

# Pravni život

časopis za pravnu teoriju i praksu

TEMATSKI BROJ

## PRAVO I MORAL



25

godina kopaoničke škole  
prirodnog prava

**UDRUŽENJE PRAVNIKA SRBIJE**

**BROJ 12 • BEOGRAD • 2012 • TOM IV**



25  
godina



**giz** Deutsche Gesellschaft  
für Internationale  
Zusammenarbeit (GIZ) GmbH

On behalf of

**BMZ**



Federal Ministry  
for Economic Cooperation  
and Development

Publikacija je podržana u okviru projekta ORF za jugo-istočnu Evropu Pravna Reforma koju sprovodi Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH u ime Saveznog Ministarstva za privrednu saradnju i razvoj (BMZ).

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 12/2012 / Godina LXI / Knjiga 558

1-1068

---

**B e o g r a d**

*Glavni i odgovorni urednik*  
SLOBODAN PEROVIĆ

*Redakcija*  
MIODRAG ORLIĆ, SLOBODAN PEROVIĆ,  
RATOMIR SLIJEPČEVIĆ

*Izdavački savet*  
Budimir Košutić, Petar Milutinović, Miroslav Paunović,  
Slobodan Perović, Dragoljub Petrović, Gordana Stanković,  
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*  
Javorina Beker

Pretplata za 2012. 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: 310-203539-17  
uz naznaku: Pretplata za časopis “Pravni život”

Tiraž: 1.000 primeraka

---

*Štampa: FUTURA, Petrovaradin*



PETA KATEDRA

# **PRAVO NA PRAVDU**

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



ARSEN JANEVSKI

## NOTAR KAO POVERENIK SUDA U POSTUPKU ZA RASPRAVLJANJE ZAOSTAVŠTINE

### U V O D

Proces rasterećenja sudova od nespornih stvari počeo je 1996. godine kada je donet Zakon o obavljanju notarskih poslova<sup>1</sup> i taj proces još traje i odvija se različnim intenzitetom, u zavisnosti da li je u pitanju rasterećenje sudova iz sve-re parničnog, vanparničnog ili izvršnog postupka. Rasterećenje sudova započelo je najpre u sferi vanparničnog postupka, a zatim je nastavljeno u sferi izvršnog i parničnog postupka.<sup>2</sup> Uvođenjem notarijata rasterećeni su jednog dela poslova i upravni organi.

---

Dr Arsen Janevski, profesor Pravnog fakulteta "Justinijan Prvi" u Skoplju.

<sup>1</sup> "Zakonot za vršenje na notarskite raboti" donet 16 oktobra 1996 godine, "Služben vesnik na Republika Makedonija", br. 59/96, 25/98, 6/2002, i 66/2006. Ovaj zakon bio je u primeni do donošenja Zakona o notarijatu 2007. godine. "Zakonot za notarijatot", objavljen u "Služben vesnik na Republika Makedonija" br. 55/2007, 86/2008, 139/2009; 135/2011; Odluka Ustavnog suda br. 125/2007, 134/2007 i 170/2007. U tekstu koji sledi za Zakonot za vršenje na notarski raboti biće upotrebljena skraćenica ZONP, a za Zakon o notarijatu – ZN.

<sup>2</sup> Vidi: A. Janevski, Notarskata dejnost vo Republika Makedonija, *Notarius*, br. 1, 2001, str. 24–36; A. Janevski, Potreba od rastovaruvanje na sudovite od nesporni raboti, *Notarius*, br. 12, 2009, str. 30–40; T. Tomanović, Sogleduvanja od održanite stručni sovetuvanja za novata nadležnost na notarite vo vrska so rešenija za dozvola za izvršuvanje vrz osnova na verodostojni ispravi, *Notarius*, br. 17, 2011, str. 20–27; Z. Nikolovski, Rešenje za dozvola za izvršuvanje vo nadležnost na nota-



Prema ZONP i prema ZN, notar ima izvorna javna ovlašćenja. Prema čl. 2. ZN, notarijat je samostalna nezavisna javna služba koja vrši poslove iz domena javnih ovlašćenja na osnovu zakona, na zahtev građana, državnih organa, pravnih lica i drugih zainteresovanih institucija, pri čemu notar vrši svoju službu kao osnovno zanimanje za vreme za koje je imenovan. Prema čl. 3. ZN, notar vrši notarske poslove slobodno, nezavisno, samostalno, stručno i nepristrasno na osnovu Ustava, zakona, ratifikovanih međunarodnih ugovora i drugih propisa i opštih akata zasnovanih na zakonu. Pored izvornih javnih ovlašćenja koja su u nadležnosti notara utvrđena zakonima, najpre ZONP, a zatim i ZN, i kasnije i drugim zakonima, notari mogu da vrše i druge poslove, kada je to izričito predviđeno drugim zakonom kojim se uređuje određena materija, tako da sudovi i drugi organi mogu da im povere vršenje određenih poslova kao poverenicima.

Zakonski osnov za ovlašćenje notara da vrši određene poslove (pored izvornih javnih ovlašćenja), kao povernik suda i drugih organa, bio je predviđen još u ZONP iz 1996. godine. Ta mogućnost predviđena je i u ZN iz 2007. godine. U čl. 134. ZN predviđeno je da sud ili drugi organ može poveriti notaru sve poslove koji su utvrđeni posebnim zakonom pod osnovnim uslovom da je to izričito predviđeno posebnim zakonom kojim se uređuje ta materija. Generalno, osnov pravnog položaja notara, kao poverenika suda ili drugog organa, predviđen je u čl. 135. ZN. Poveravanje notarima da vrše određene poslove zasniva se na sledećim principima: 1) nadzor (kontrolu) nad radom notara kao povernika određenog organa vrši sam taj organ; 2) povereni posao notaru može biti oduzet u svako doba ako za to ima opravdanih razloga; 3) notar, kao povernik (a ne organ koji mu je poverio posao), odgovara za štetu koju je pričinio strankama; 4) notar vrši poverene poslove tako što primenjuje pravila kojima se uređuje postupak u pravnim stvarima koje su mu poverene, kao što su pravila za izuzeće, za dostavljanje, za pružanje pravne pomoći i dr.; 5) nakon preduzimanja poverenog posla (preduzete službene radnje), notar je dužan da bez odlaganja podnese izveštaj organu koji mu je poverio posao.<sup>3</sup>

---

rite, *Notarius*, br. 15, 2010, str. 10–15; R. Maksimovski, Verodostojna isprava – pretpostavka za donesuvanje na rešenje za izvršuvanje (platen nalog), *Notarius*, br. 15, 2010 godina, str. 15–22; F. Stoev, Postapuvanje na notarot po predlogot za donesuvanje na rešenje so koe se dozvoluva izvršuvanje vrz osnova na verodostojna isprava, *Notarius*, br. 15, 2010, str. 22–27; N. Lazarov, Prigovor protiv rešenje so koe se dozvoluva izvršuvanje vrz osnova na verodostojna isprava i potvrda za pravosilnost i izvršnost, *Notarius*, br. 15, 2010, str. 27–30; T. Tomanović, Sproveduvanje na zakonot za izmehuvanje i dopolnivanje na zakonot za izvršuvanje, *Notarius*, br. 15, 2010, str. 30–37.

<sup>3</sup> Tako i Z. Nikolovski, Pravnata položba nan notarot kako povernik vo ostavinskata postapka, *Notarius*, br. 11/2009, str. 5; F. Stoev, Položbata i ovlastuvanjata na notarot kako poverenik na sudot vo ostavinskata postapka, *Notarius*, br. 11/ 2009, str. 12.

U članu 133. ZN predviđeno je da se ovlašćenja notara za raspravljanje zaostavštine uređuju zakonom koji uređuje taj postupak. Do stupanja na snagu Zakona o vanparničnom postupku<sup>4</sup> (januara 2008 godine), postupak za raspravljanje zaostavštine u Republici Makedoniji bio je u nadležnosti sudova i sudovi su ga sprovodili. Međutim, pošto je donet ZVP, postupak za raspravljanje zaostavštine, iako je u nadležnosti suda, sprovode notari, kao poverenici suda.<sup>5</sup>

### *Notar kao poverenik suda u postupku za raspravljanje zaostavštine*

*Zakonski osnov.* – ZVP je uneo jednu veoma značajnu novinu jer je u glavi VIII (čl. 131–141), koja nosi naslov “Notari kao poverenici suda”, u čl. 131. ZVP predvideo je da je predsednik osnovnog suda ovlašćen da, u skladu sa odredbama ZVP, predmete za raspravljanje zaostavštine poveri na postupanje notarima koji imaju sedište na području nadležnog osnovnog suda.<sup>6</sup> Sud je mogao da poveri notarima one ostavinske predmete u kojima do dana stupanja na snagu ZVP nije preuzeo nijednu radnju (čl. 141. ZVP). Za raspravljanje zaostavštine nadležan ja sud, odn. notar, kao poverenik suda (čl. 126. st. 1. ZVP). ZVP nalaže predsedniku suda da u roku od osam dana od prijema predmeta sa spisima (tj. od dana kad predmet bude zaveden u sudu) dostavi spise nadležnom notar, kao povereniku suda, na dalje postupanje (čl. 126. st. 2. ZVP). ZVP je predvideo pravila prema kojima su notari dužni da postupaju, a ako nešto nije uređeno u odredbama, notar je dužan da primeni opšte odredbe ZVP (čl. 1–33), a ako i u ZVP nema odgovarajuće odredbe, primeniće odredbe Zakona o parničnom postupku.<sup>7</sup> I pored toga, ZVP sadrži odredbu da u postupku koji se vodi pred notarem, učesnik, odn. učesnici (ako ih ima više) mogu biti zastupani prema odredbama koje su predviđene za zastupanje u parničnom postupku (čl. 133. st. 2 ZVP). Ova odredba je suvišna i predstavlja opterećenje zakonskog teksta jer i bez njenog postojanja, kada

---

<sup>4</sup> Zakonot za vonparničnata postapka je objavljen u “*Služben vesnik na Republika Makedonija*”, br. 9/ 2008.U tekstu koji sledi biće upotrebljena skraćenica ZVP.

<sup>5</sup> Prema članu 30, st. 2. t. 10. Zakona o sudovima, osnovni sudovi nadležni su i da odlučuju o raspravljanju zaostavštine, a prema t. 9. nadležni su i za sporove iz naslednopravnih odnosa. Zakonot za sudovite je objavljen u “*Služben vesnik na Republika Makedonija*”, br. 58/2006; 35/2008; 150/2010. U tekstu koji sledi biće upotrebljena skraćenica ZS.

<sup>6</sup> U čl. 311. ZVP izričito je predviđeno da se odredbe čl. 131–134, koje se odnose na notare, kao poverenike suda, primenjuju od 1. marta 2008. godine.

<sup>7</sup> “Zakonot za parničnata postapka” objavljen je u “*Služben vesnik na Republika Makedonija*”, br. 79/2005, 110/ 2008, 83/ 2009, 116/ 2010 i prečišćeni tekst 7/2011. U tekstu koji sledi biće upotrebljena skraćenica ZPP.

nema odredbe u ZVP, na odgovarajući način primenjuju se odredbe ZPP (čl. 33 ZVP), a posebno i zbog toga što ZVP ima opštu odredbu kojom je uređeno pitanje zastupanja u vanparničnom postupku (čl. 3. st. 4 ZVP).

Kako je napred već navedeno, notari u Republici Makedoniji počeli su da sprovedu postupak za raspravljanje zaostavštine kao poverenici suda nakon što je otpočela primena ZVP. Cilj ovakvog rešenja bilo je rasterećenje sudova i ubrzanje postupka. Dosadašnja primena ZVP pokazala je da su ovi ciljevi ostvareni i opravdani.

*Pokretanje postupka.* – Postupak za raspravljanje zaostavštine je strogo oficijelan. Sud pokreće postupak po službenoj dužnosti, odmah čim sazna za smrt lica ili da je određeno lice proglašeno za umlo (čl. 121. ZVP). Za smrt lica sud doznaje po pravilu, kad od matičara, koji je izvršio upis smrti u matičnu knjigu umrlih, dobije smtrovnicu. Matičar je dužan da, nakon upisa u matičnu knjigu umrlih smrti ili rešenja kojim je jedno lice proglašeno za umrlo, sastavi u roku od 30 dana smtrovnicu i da je dostavi ostavinskom sudu (čl. 142. ZVP). Sud može da sazna da treba da pokrene postupak za raspravljanje zaostavštine određenog lica i kada primi pravosnažno rešenje da je jedno nestalo lice proglašeno za umrlo (čl. 87 ZVP). Pokretanje postupka za raspravljanje zaostavštine umlog lica ili lica koje je proglašeno za umrlo mogu da traže i zainteresovana lica, pa i treća lica koja imaju pravni interes da se raspravi zaostavština. Ukazivanje ovih lica da sud treba da pokrene postupak za raspravljanje zaostavštine, pa i kad su podneli predlog za raspravljanje zaostavštine, ne znači da postupak gubi oficijelni karakter. Predlog za raspravljanje zaostavštine je samo signal za sud da on pokrene postupak jer mu matičar nije blagovremeno dostavio smrtovnicu ili mu sud, koji je doneo rešenje o proglašenju nestalog lica za umrlo, nije dostavio pravosnažnu odluku. Učesnici u ovom postupku nemaju nikakav uticaj na pokretanje postupka, osim kada se zaostavština sastoji od pokretnih stvari.<sup>8</sup>

Postupak za raspravljanje zaostavštine sud pokreće po službenoj dužnosti, bez obzira na to da li naslednici to žele ili ne, osim kad je u pitanju zaostavština koja se sastoji isključivo od pokretnih stvari. Postupak se ne pokreće predlogom jer predlagač može da disponira predlogom i da povuče predlog i tada bi sud, odnosno notar, bio dužan da donese rešenje kojim bi obustavio postupak. U tom slučaju bila bi povređena prava određenih učesnika u postupku ili trećih lica koja imaju pravni interes da se postupak sprovede. Tada bi bilo otežano ili onemogućeno ispunjenje određenih obaveza koje je imao ostavilac. Kako je cilj ovog postupka da se obezbedi pravna sigurnost i da se poštuje volja ostavioca ukoliko je

<sup>8</sup> Tako i A. Janevski, T. Zoroska-Kamilovska, *Gradansko procesno pravo*, knjiga vtora, *Vonparnično pravo*, Skopje, 2010, str. 115.



ostavio testament, onda je sasvim jasno zašto je postupak strogo oficijelan i zašto je eventualni predlog samo signal da sud pokrene postupak.

Pokretanje postupka za raspravljanje zaostavštine nije isto što i sprovođenje ostavinske rasprave, odn. održavanje ročišta. Postupak pokreće sud po službenoj dužnosti, a da li će se sprovesti ostavinska rasprava, odn. održati ročište za raspravljanje zaostavštine, zavisi od toga da li u zaostavštini ima nepokretnosti ili ne. Ako u zaostavštini ima nepokretnosti, onda sud odn. notar kome će biti poveren prdmet, mora da sprovede raspravu, odn. da održi ročište, bez obzira na to da li učesnici u postupku to žele ili ne. Notar ne sprovodi postupak za raspravljanje zaostavštine kada se zaostavština sastoji samo od pokretnih stvari, a niko od pozvanih lica ne traži da se sprovede rasprava (čl. 165 st. 1 i 2 ZVP).

Kad sud pokrene postupak za raspravljanje zaostavštine, predsednik osnovnog suda poverava predmet na postupanje notaru koji ima sedište na području nadležnog osnovnog suda pred kojim je zaveden predmet (čl. 131. ZVP). Postupanje po predmetima za raspravljanje zaostavštine predsednik suda poverava notarima prema službenim područjima koja su utvrđena ZN. Kada na području suda ima više notara, predmeti se dodeljuju ravnomerno, prema azbučnom redosledu prezimena notara (čl.135. ZVP) iz imenika notara koji vodi Notarska komora Republike Makedonije.

*Pravila na osnovu kojih notar postupa.* – Osnovno pravilo iz ZVP je da notari, kao poverenici suda, preduzimaju radnje i donose odluke u postupku za raspravljanje zaostavštine u skladu sa ZVP. Notar, kao poverenik suda, ima ovlašćenje da u ovom postupku preduzme sve procesne radnje i da donosi sve odluke, izuzev onih za koje je u ZVP drugačije propisano (čl. 126. st. 3. ZVP).

*Nadležnost.* – Kad primi predmet, notar ispituje nadležnost, stvarnu, odn. mesnu nadležnost suda čiji je on poverenik, i to iz dva aspekta:1) prvo, proverava da li za raspravljanje zaostavštine nije nadležan strani organ, i, 2) drugo, da li za raspravljanje zaostavštine nije nadležan drugi sud, a ne sud koji mu je poverio postupak za raspravljanje zaostavštine. Notar mora da ima u vidu ne samo odredbe ZVP koje regulišu pitanje nadležnosti (čl. 126. i 129), već i odredbe Zakona o međunarodnom privatnom pravu<sup>9</sup> (čl. 55, 84, 85. i 86. ZMPP). Kada se radi o raspravljanju zaostavštine državljanina Republike Makedonije čija se imovina nalazi u Republici Makedoniji, isključivo je nadležan sud Republike Makedonije, odn. notar kao poverenik suda (čl. 126. st. 1. ZVP). Sud Republike Makedonije isključivo je nadležan i za raspravljanje zaostavštine državljanina Republike Makedonije koju čine pokretne stvari koje se nalaze u stranoj državi, a za zaostavštinu koja

---

<sup>9</sup> “Zakonot za međunarodno privatno pravo”, objavljen u “Služben vesnik na Republika Makedonija”, br. 87/2007. i 156/2010. U tekstu koji sledi biće upotrebljerna skraćenica ZMPP.

se sastoji od nepokretnosti, koje se nalaze u stranoj državi, biće nadležan samo ako prema zakonima države u kojoj se nalazi zaostavština nije nadležan strani organ (čl. 126 st. 4. ZVP). Identične odredbe sadrži i čl. 84 ZMPP. U ZMPP predviđene su odredbe o tome kada je makedonski sud nadležan da raspravlja zaostavštinu stranog državljanina i lica bez državljanstva (čl. 85 st. 1. i 2. i čl. 86 st. 1, 2. i 4. ZMPP).<sup>10</sup> Osnovno pravilo za određivanje mesne nadležnosti suda za raspravljavanje zaostavštine je stalno prebivalište, odn. boravište ostavioca u momentu smrti. Za raspravljavanje zaostavštine mesno nadležan je sud na čijem području je ostavilac u vreme smrti imao stalno prebivalište, odn. boravište (ostavinski sud) – čl. 129. st. 1. ZVP.

Pored navedene odredbe, ZVP, kada je u pitanju mesna nadležnost, sadrži još dve odredbe kojima je uređeno pitanje mesne nadležnosti suda za raspravljavanje zaostavštine. Ako ostavilac u vreme smrti nije imao stalno prebivalište ili boravište u Republici Makedoniji, za raspravljavanje zaostavštine mesno je nadležan sud na čijem području ostavilac ima zaostavštinu, a njegovi naslednici su zahtevali pokretanje postupka za raspravljavanje zaostavštine (čl. 129. st. 2. ZVP). Ako se nijedan deo zaostavštine ne nalazi u Republici Makedoniji, mesno nadležni sud odrediće Vrhovni sud Republike Makedonije (čl. 129. st. 3. ZVP).

Notar ispituje (proverava) stvarnu i mesnu nadležnost suda, a time i svoju nadležnost, na osnovu spisa koje dobija od suda koji mu je poverio predmet. On pazi na svoju nadležnost u toku celog postupka. Ako notar utvrdi da je za raspravljavanje zaostavštine nadležan strani organ, sastaviće zapisnik o tome i vratiće sudu predmet sa spisima na dalje postupanje (čl. 134. st. 1. ZVP). U tom slučaju sud je dužan da donese rešenje kojim se proglašava nenadležnim (čl. 161. st. 3. ZVP).

Notar je dužan da vrati povereni ostavinski predmet sa spisima sudu i kada utvrdi da nije mesno nadležan da postupa u konkretnom predmetu. I u ovom slučaju notar treba da sastavi zapisnik i dostavi ga sudu. Ako sud smatra da je nenadležan, dostaviće smrtovnicu i druge spise nadležnom sudu, koji će dostaviti predmet nadležnom notaru suda sa njegovog područja da on raspravi zaostavštinu (čl. 161. st. 2. ZVP).

### *Preduzimanje prethodnih radnji od strane notara*

*Smrtovnica.* – Pošto je rascišćeno pitanje stvarne i mesne nadležnosti, notar je dužan da izvrši uvid u spise i da proveri da li u predmetu ima smrtovnicu, i ako je ima, da li je ona potpuna, odnosno, da li sadrži sve potrebne podatke koji

<sup>10</sup> Opširnije vidi: A. Janevski, T. Zoroska-Kamilovska, cit. delo, str. 112 i 113.

su predviđeni čl. 145. ZVP. Ako u smrtovnici nema svih podataka ili postoji samo izvod iz matične knjige umrlih, notar može, na osnovu čl. 143. ZVP, da sam sastavi smrtovnicu ili da njeno sastavljanje poveri nadležnom matičaru. Notar može, kada je to svrsishodno, da sam sastavi smrtovnicu, ako je iz izvoda matične knjige umrlih ili iz druge javne isprave dokazana smrt nekog lica ili je ono proglašeno za umrlo. Notar sastavlja smrtovnicu na osnovu podataka koje je dobio od rodbine umrlog, od lica koja su živela sa umrlim, kao i od drugih lica koja mogu da daju podatke koji se unose u smrtovnicu.

Prilikom uvida, odn. sastavljanja smrtovnice, notar posebno mora da proveri tačnost i identičnost podataka koji su navedeni u smrtovnici sa podacima u dokumentima koji su priloženi uz smrtovnicu (posedovni listovi, štedne knjižice i dr) i, ako se podaci ne podudaraju, da uzme za relevantne i verodostojne podatke za umrlog iz matične knjige umrlih.<sup>11</sup>

*Popis i procena zaostavštine.* – Kada su naslednici nepoznati ili se ne zna gde se nalaze, kada su naslednici potpuno ili delimično nesposobni i nisu sposobni da se brinu o svojim pravima (maloletna lica, psihički bolesna lica i sl.), kada zaostavština treba da se preda Republici Makedoniji, kao i u drugim opravdanim slučajevima, na osnovu odluke suda, ovlašćeni su, notar ili službenik suda, da izvrše popis i procenu zaostavštine. U svakom slučaju, kada to zatraže naslednici, legatari ili poverioci umrlog lica, kao i prilikom sastavljanja smrtovnice, notar je ovlašćen da izvrši popis celokupne imovine umrlog, na način i prema postupku koji je predviđen u ZVP. Ako se u postupku popisa pronađu predmeti za čije držanje, čuvanje ili prijavljivanje postoje posebni propisi (oružje, arheološki predmeti i sl.), notar treba da postupi u skladu sa tim propisima. Da bi popis i procena zaostavštine koju je izvršio notar bili punovažni, potrebno je da su izvršeni u prisustu dva svedoka (punoletnih građana), a kada je to potrebno i sa veštacima. Popisu i proceni mogu prisustvovati sva zainteresovana lica. Ako popis i procenu zaostavštine vrši notar na osnovu naloga suda, podatke o izvršenom popisu i proceni notar dostavlja ostavinskom sudu. Postojanje ove odredbe ima smisla samo u izuzetnim slučajevima, a to je kad sud sam vodi postupak za raspravljanje zaostavštine, što je veoma retko, no nije isključeno. Za izvršeni popis i procenu notar ima pravo na posebnu nagradu, koja je predviđena Pravilnikom o notarskoj tarifi.

*Preuzimanje mera za zaštitu prava određenih učesnika u postupku.* – Ako notar utvrdi da je nadležan za raspravljanje zaostavštine, on posebno mora voditi brigu da preduzima mere za zaštitu prava i interese maloletnih lica o kojima se roditelji ne brinu (ako takvih u postupku ima), ili za lica koja ne mogu sama da se staraju o svojim pravima. Ako se očekuje rađanje deteta koje bi bilo pozvano na

---

<sup>11</sup> Tako i F. Stoev, cit. delo, str. 13.



nasleđe, notar je dužan da izvesti centar za socijalni rad koji treba da oceni da li njegove interese treba da zastupa njegov roditelj ili je potrebno da se odredi staratelj.

*Proglašenje testameta.* – Notar kod koga se nalazi testament na čuvanju, bez obzira na to da li je on nadležan da sprovede postupak za raspravljajanje zaostavštine ili postupak nije još pokrenut, dužan je, kada utvrdi da je testator umro ili da je proglašen za umrlog, da otvori testament vodeći računa da ne povredi pečat, da ga pročita u prisustvu dva svedoka (punoletnih građana), da sastavi zapisnik i da, na tako proglašenom testamentu, stavi potvrdu da on proglašen. Zapisnik o proglašenju testameta sadrži podatke o tome koliko testameta je pronađeno i gde su pronađeni, datume pronađenih testameta, ko je predao testament, imena svedoka koji su prisustvovali proglašenju testameta, da li je testament bio otvoren ili zatvoren sa pečatom, da li je u testamentu bilo nešto precrtano, brisano i sl. Pored toga navodi se i sadržina proglašenog testameta.

Zapisnik o proglašenju testameta potpisuju notar koji je proglasio testament, zapisničar i svedoci koji su prisustvovali proglašenju testameta. Kad proglašenje testameta vrši notar kome nije poveren postupak za raspravljajanje zaostavštine, zapisnik o proglašenju testameta i izvorni pisani testament, predaju se sudu, odn. notaru koji treba da sprovede postupak za raspravljajanje zaostavštine, a kod sebe zadržava njihove prepise (čl. 159. ZVP).

Izvorni pisani testament i isprava o usmenom testamentu, zapisnik o saslušanju svedoka o usmenom testamentu, čuvaju se u sudu odvojeno od drugih spisa, a njihov overeni prepis prilaže se spisima (čl. 159. st. 2 ZVP).

Ako se pisani testament nalazi kod nekog od učesnika u postupku, notar u pozivu za ročište poziva ta lica da mu podnesu pisani testament ili ispravu o usmenom testamentu ili da navedu svedoke usmenog testameta, i u skladu sa odredbama ZVP, proglasiće testament.

*Ročište za raspravljajanje zaostavštine.* – Ako iz podataka u smrtovnici proizlazi da ostavilac nema imovinu ili da se njegova zaostavština sastoji samo od pokretnih stvari, a niko od pozvanih naslednika ne traži da se sprovede postupak za raspravljajanje zaostavštine, notar će doneti rešenje kojim obustavlja postupak zato što nema zaostavštine.

Ročište za raspravljajanje zaostavštine je obavezno ako ostavilac ima imovinu i ima naslednike. Notar učesnicima u postupku šalje poziv kojim ih obaveštava da je pokrenut postupak za raspravljajanje zaostavštine i upozorava ih da mogu u toku celog postupka da daju nasledničke izjave da prihvataju nasleđe ili se odriču, a upozorava ih i na njihova prava i obaveze. Ako notar ne zna da li ostavilac ima naslednike, i u drugim slučajevima kada je to predviđeno u čl. 168. ZVP, notar objavljuje oglas u "Službenom vesniku Republike Makedonije" i na oglasnoj

tabli suda, u kome poziva naslednike da se jave u roku od godinu dana od objavljivanja oglasa.

Nasledničku izjavu daje naslednik i ona može biti pozitivna ili negativna. Pozitivna naslednička izjava (izjava kojom se naslednik prihvata nasleđa) može da se da u sudu i to samostalnom sudskom savetniku, sudskom savetniku i stručnom saradniku ili notaru, kao i u diplomatsko-konzularnom predstavništvu Republike Makedonije pred licem koje ima najmanje rang konzula.

Negativna naslednička izjava (izjava za odricanje od nasleđa) daje se pred sudijom, a u diplomatsko-konzularnom predstavništvu Republike Makedonije pred licem koje ima najmanje rang konzula. U ZVP izrično nije propisano da se izjava o odricanju od nasleđa daje pred notarem. Odsustvo izričite odredbe u ZVP da se negativna naslednička izjava daje pred notarem, izazvala je dilemu i polemiku. Imajući u vidu da je notar poverenik suda i da može preduzeti sve radnje u postupku koje preduzima i sud, izuzev onih za koje je to izričito propisano, a kako nije propisano izričito da se pred notarem ne može dati negativna nasledniška izjava, sasvim je jasno da može i pred notarem da se da negativna naslednička izjava. Ovakav stav ima i Notarska komora Republike Makedonije. Notarska komora zauzela je stav da negativnu nasledničku izjavu može uzeti i zamenik notara, ali ne i pomoćnik notara.<sup>12</sup> Sve što važi za nasledničku izjavu datu pred sudom, važi i za nasledničku izjavu datu pred notarem.

Notar, u toku postupka za raspravljanje zaostavštine, na ročištu raspravlja sva pitanja koja se odnose na zaostavštinu, a posebno o pravu na nasleđe, veličini naslednog dela svakog naslednika i pravu na legat.

Ako u toku postupka nastane spor između učesnika o činjenicama od kojih zavisi neko njihovo pravo iz čl. 173 ZVP ili spor o činjenicama ili o primeni prava iz čl. 175. ZVP, notar je dužan da donese rešenje o prekidu postupka i da uputi učesnika čije pravo smatra da je manje verovatno da pokrene parnični ili upravni postupak.<sup>13</sup> Notar će uputiti učesnika čije pravo smatra manje verovatnim da pokrene parnični, odn. upravni postupak ali neće doneti rešenje o prekidu postupka ako je u pitanju pravo na legat ili drugo pravo iz zaostavštine.

---

<sup>12</sup> "Stavovi i mislenja vo ostavinskata postapka, *Notarius*, br. 11, Notarska komora na Republika Makedonija, Skopje, 2009, str. 53.

<sup>13</sup> S. Česnoska-Taneva smatra da u ovom slučaju notar ne treba da donese rešenje o prekidu postupka, već da "zatvori" predmet i vrati ga ostavinskom sudu, pa da on donese rešenje o prekidu postupka i da uputi učesnike na parnicu. Vidi: S. Česnoska-Taneva, "Notarite kako poverenici na sudot", *Pravnik*, br. 206, Združenie na pravnicite na RM, Skopje, 2009, str. 55–56. Detalnije o prekidu postupka vidi: A. Janevski, T. Zoroska-Kamilovska, cit. Delo, str. 136–137; T. Tomanović, cit. delo, str. 18–23.

*Rešenje.* – Pošto je utvrdio sastav zaostavštine, naslednike i njihova prava na nasleđe, notar donosi odluku u formi rešenja kojim proglašava naslednike. U pogledu ovog rešenja važi sve ono što važi i za rešenje koje donosi sud.

Ako u rešenju kojim je raspravljena zaostavština ima grešaka u imenima i brojevima, ili postoje druge očigledne greške u pisanju i računanju, te greške ispravlja sam notar koji je doneo to rešenje, kao što i sud, koji je doneo rešenje, vrši sam ispravke. Ispravke rešenja se vrše tako što se donosi posebno rešenje i učesnicima u postupku se dostavlja posebno rešenje (čl. 128. ZVP).

*Prigovor.* – Protiv rešenja koje je doneo notar koji postupava kao poverenik suda, dozvoljen je prigovor. Prigovor se izjavljuje u roku od osam dana od dana kada je dostavljeno rešenje učesnicima. Prigovor se podnosi notaru koji je doneo rešenje protiv koga je izjavljen prigovor. Notar je dužan da odmah (bez odlaganja), a najkasnije u roku od tri dana, zajedno sa spisima iz predmeta, prigovog dostavi nadležnom osnovnom sudu koji mu je poverio postupanje po ostavinskom predmetu. O prigovoru odlučuje sudija pojedinac (čl. 127. ZVP).

Ako je prigovor neblagovremen, nepotpun ili nedozvoljen, sud ga odbacuje. Ukoliko je prigovor koji je izjavljen protiv rešenja notara blagovremen, potpun i dozvoljen, sud može u potpunosti ili delumno da potvrdi ili da ukine rešenje notara. Kada sud delimično ukida ili delimično potvrđuje rešenje notara, onda sam sud odlučuje u pogledu ukinutog dela rešenja. Protiv rešenja suda kojim je rešenje notara ukinuto u celini ili delimično, dozvoljena je žalba u roku od osam dana od dana dostavljanja prvostepenog rešenja. Rešenje koje je doneo sud po prigovoru dostavlja se učesnicima u postupku i notaru.

*Pravosnažnost rešenja.* – Ako je sud u postupku po prigovoru na rešenje koje je doneo notar odbacio prigovor, rešenje notara postaje pravosnažno. Klauzulu pravosnažnosti u ovom slučaju stavlja sud koji je odlučivao po prigovoru. Ukoliko protiv rešenja koje je doneo notar nije izjavljen prigovor, rešenje je postalo pravosnažno i u tom slučaju klauzulu pravosnažnosti stavlja notar koji je doneo rešenje.

*Radnje koje ne sme preduzeti notar i vraćanje spisa sudu na dalji postupak.* – U ZVP, u delu koji nosi naslov “Notari kao poverenici suda”, postoje posebne odredbe kojima je predviđeno kada notar ne treba da postupava, odn. kada je notar dužan da vrati spise sudu koji mu je poverio raspravljanje zaostavštine da bi sud postupao (čl. 134 ZVP). Notar je dužan da vrati spise sudu na dalje postupanje u nekoliko slučajeva koji su taksativno navedeni u ZVP. Tako, ako se u toku postupka za raspravljanje zaostavštine pred notarem postavi pitanje u pogledu proglašenja pisanog testamenta koji je (nestao) izgubljen ili uništen, nezavisno od volje ostavioca, bez obzira na to što između učesnika u postupku, odn. zainteresiranih



lica nema spora u pogledu postojanja testamenta, njegove forme u kojoj je bio sastavljen i za njegove sadržine, kao i o tome kako je izgubljen, odn. uništen, notar je dužan da vrati spise sudu na dalje postupanje. Proglašenje izgubljenog ili uništenog testamenta vrši ostavinski sud (čl. 160, st. 1. i 4. ZVP).

Iz odredbe člana 134. st. 1. ZVP proizlazi da je notar dužan da vrati spise ostavinskom sudu koji mu je poverio predmet za raspravljanje zaostavštine i kada bi zaostavština, ako nema testamenta, postala svojina Republike Makedonije, a saglasnost zainteresovanih lica o tome da je ostavilac sačinio testament, o njegovoj formi i sadržini proizvodi dejstvo samo ako se sa tim složi nadležni organ koji štiti imovinska prava i obaveze Republike Makedonije (čl. 160. st. 2. ZVP). Smatramo da u ovom slučaju nema potrebe da notar vrati spise sudu na dalje postupanje ako postoji saglasnost nadležnog organa (koji je po zakonu dužan da se brine o zaštiti imovinskih prava i interesa Republike Makedonije) i kada saglasnost zainteresovanih lica važi. Racionalno bi bilo da se postupak nastavi pred notarem koji već vodi ostavinski postupak, umesto da se vraćaju spisi ostavinskom sudu, i da se, pošto nadležni organ da saglasnost, nastavi postupak. Ako nadležni organ za zaštitu imovinskih prava i interesa Republike Makedonije ne da saglasnost da je postojao testament ili da nije saglasan u pogledu njegove forme ili sadržine, onda notar donosi rešenje na osnovu koga zaostavština postaje svojina Republike Makedonije.

Treći slučaj kada je notar dužan da vrati spise sudu na dalje postupanje je kada među zainteresovanimima ima lica koja nisu sposobna da se brinu o svojim poslovima, a o saglasnosti zainteresovanih lica o tome da je postojao testament, o njegovoj formi i sadržini treba da se saglasi centar za socijalni rad (čl. 160. st. 3. ZVP). I u ovom slučaju, kao i u prethodnim, prema članu 134. st. 1. ZVP, notar je dužan da vrati sudu spise na dalje postupanje. Po našem mišljenju, i u ovom slučaju, ako postoji saglasnost centra za socijalni rad da je postojao testament, o njegovoj formi i sadržinu, odn. da sporazum učesnika važi, racionalno bi bilo da se postupak nastavi pred notarem kome je povereno raspravljanje zaostavštine, umesto da se vrate spise ostavinskom sudu, pa da on, nakon što dobije saglasnost, nastavi postupak.

Notar je dužan da vrati spise ostavinskom sudu koji mu je poverio predmet za raspravljanje zaostavštine na dalje postupanje, ako utvrdi da nije nadležan (čl. 134, st. 1 ZVP). U ovom slučaju notar, činjenicu da nije nadležan konstatuje u zapisnik koji, zajedno sa spisima, vraća ostavinskom sudu. Međutim, ako ostavinski sud ponovo vrati spise istom notaru da sprovede postupak za raspravljanje zaostavštine, notar je dužan da sprovede postupak.<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> Tako i Z. Nikolovski, cit. delo, str. 9.

Notar ne može da izdaje mere za obezbeđenje zaostavštine. Ako u toku postupka za raspravljanje zaostavštine ima potrebe za merama za obezbeđenje zaostavštine, notar je dužan da vrati spise ostavinskom sudu na dalje postupanje (čl.134. st. 1. i čl.162. ZVP).<sup>15</sup>

U ZVP predviđeni su i drugi slučajevi kada je notar dužan da vrati spise ostavinskom sudu. Prema čl. 134. st. 2. ZVP, kada poverioci ostavioca, u skladu sa čl. 138. Zakona o nasleđivanju,<sup>16</sup> zatraže u roku od tri meseca od otvaranje nasleđa da se odvoji zaostavština od imovine naslednika, tada notar može da donese odluku samo ako se o tome slože svi učesnici. Ako između učesnika nema saglasnosti, pa makar da se i samo jedan od njih protivi, notar je dužan da spise vrati ostavinskom sudu.

Na isti način postupiće notar i kada je u pitanju deoba nasleđa. Pitanje deobe nasleđa uređeno je u ZNa (čl. 139). Deobu nasleđa može da traži svaki naslednik u svako vreme. Ovo pravo ne može da zastari. Deobu nasleđa mogu da izvrše naslednici sporazumno, vansudski, ili u postupku pred sudom, odn. pred notarem u vanparničnom postupku za deobu zajedničkih stvari ili imovine. Ako nema spora o načinu i uslovima za deobu, deoba se vrši kod notara u formi notarskog akta (čl. 213. st. 2. ZVP). Međutim, deoba nasleđa može da se izvrši i u postupku za raspravljanje zaostavštine ako nema spora o tome koja lica su naslednici i koliko iznosi naslednička kvota za svakog od njih. U slučaju da svi naslednici sporazumno predlože deobu i način deobe, notar će njihov sporazum uneti u rešenje o nasleđivanju, a ako sporazuma nema, vратиće spise sudu.

Notar je dužan da vrati spise sudu ako u toku postupka za raspravljanje zaostavštine naslednik koji je živeo ili privređivao u zajednici sa ostaviocem traži da mu se ostave određeni predmeti, pokretne ili nepokretne stvari ili grupa predmeta, koji bi pripali u deo drugim naslednicima, a njihova vrednost da im se isplati u novcu (čl. 142 ZNa), a nema sporazuma o tome između svih učesnika (čl. 134. ZVP). Notar je dužan da vrati spise nadležnom sudu i kada je postupak okončan pravnosnažnim rešenjem, odn. kada je protiv rešenja o nasleđivanju koje je doneo notar izjavljen prigovor, kao i u drugim slučajevima koji su predviđeni odredbama ZVP. Tako, npr., notar je dužan da vrati spise nadležnom sudu i kada je odbio povereni posao, kao i kada mu je sud, koji mu je poverio posao, oduzeo povereni posao. Kada notar vraća spise nadležnom sudu, u notarskom spisu zadržaće prepis spisa (čl. 134. st. 3. ZVP).

<sup>15</sup> Član 160. ZVP glasi: "Ostavinskiot sud može da naredi merki za obezbeduvanje na ostavinata vo tekot na celata postapka za raspravanje na ostavinata".

<sup>16</sup> Zakon za nasleđuvanjeto je objavljen u "Služben vesnik na Republika Makedonija", br. 47, 1996. godina. U tekstu koji sledi biće upotrebljena skraćenica ZNa.

*Primena propisa koji važe za sudove na notara, kao poverenika suda.* – Za poverene poslove notaru, kao poverniku suda, važe isti propisi koji važe i za sudove, izuzev ako ZVP nije drugačije određeno (čl. 136. st. 1 ZVP).<sup>17</sup> Ova odredba izazvala je određenu dilemu kada je u pitanju odgovornost za štetu koju je pričinio notar koji je postupao kao poverenik suda. Prema čl. 70. st. 1. ZS za štetu koju je pričinio sudija građanima ili pravnim licama u vršenju sudijskih poslova postupajući protivno zakonu odgovorna je Republika Makedonija. U st. 2. čl. 70. ZS predviđeno je da je šteta pričinjena grubom i neoprostivom povredom zakona razlog za pokretanje postupka za razrešenje. Republika Makedonija može tužbom tražiti od sudije vraćanje iznosa isplaćene štete u visini koju će utvrditi sud u skladu sa načelom pravičnosti. Prema nekim autorima<sup>18</sup> ova odredba se odnosi i na notara kada on postupa kao poverenik suda u postupku za raspravljanje zaostavštine. Ovo iz razloga što je čl. 70. Zakona o sudovima *lex specialis* u odnosu na čl. 134. st. 3. ZN. Ovo je sasvim razumljivo ako se ima u vidu da u postupku za raspravljanje zaostavštine, pored notara kao poverenika suda, učestvuju još i ostavinski sud i apelacioni sud, preduzimanjem niza radnji koje su predviđene u ZVP. Prema drugim autorima, za pričinjenu štetu učesnicima u postupku od strane notara kao poverenika suda u postupku za raspravljanje zaostavštine, notari odgovaraju prema čl. 35 st. 4. ZN, u kome je izričito navedeno da država ne odgovara za štetu koju je pričinio notar.<sup>19</sup> Ako se striktno tumači ova odredba zaista se nameće zaključak da notar za učinjenu štetu treba da odgovara prema ZN, zato što je izričito navedeno da država ne odgovara za štetu koju je pričinio notar. Međutim, ova odredba je opšta i trebalo bi da se odnosi na odgovornost notara za štetu koju je on pričinio učesnicima u postuku kada preduzima radnje iz svojih izvornih ovlašćenja, a ne i kad preuzima radnje za poslove koji su mu povereni, zato što tada važe propisi koji važe za sudove, odn. organ koji mu je poverio te poslove.

*Izuzeće notara.* – Notar u postupku za raspravljanje zaostavštine može da bude izuzet. O razlozima za izuzeće odlučuje sud koji mu je poverio posao (čl. 136. st. 2. ZVP). Imajući u vidu da u ZVP nema izričite odredbe o razlozima i postupku za izuzeće sudije, odn. notara kao poverenika suda, u skladu sa opštom odredbom iz čl. 33. st. 1. ZVP, shodno se primenjuju odredbe ZPP. Kada je u pita-

---

<sup>17</sup> Približno istu odredbu sadrži i Zakon o notarijatu. Čl. 135. st. 1. ZN glasi:” Na notarot kako poverenik na sudot ili na drug organ na soodveten način se primenuvaat pravilata so koi se ureduva postapkata vo koja mu e dovereno vršenjeto na opredeleni raboti, osobeno pravilata za iz-zemanje, za dostava,baranje pravna pomoš,podnesoci i drugo”.

<sup>18</sup> Tako, Z. Nikolovski, cit. delo, str. 10.

<sup>19</sup> Tako: E. Matevska, *Ovlastuvanjata na notarot vo vonparničnata postapka vo Republika Makedonija i vo sporedbenoto pravo*, Magisterski rad, neobjavljen, Skopje, 2010, str. 17.

nju izuzeće notara, treba da se napomene da i ZN sadrži odredbe o izuzeću notara (čl. 29. st. 1. ZN). Međutim, razlozi za izuzeće sudije, odn. notara kada postupa kao poverenik suda, prema ZPP su daleko stroži od razloga koje predviđa ZN. Ovo se posebno odnosi na razlog koji je predviđen u čl. 64. st. 1. t. 6. ZPP, prema kome sudija, odn. notar, kada je u pitanju povereni posao, ne može da postupa (da preuzima radnje u postupku i da donese odluku), ako postoje okolnosti koje dovode u sumnju njegovu nepristrasnost. Na ovu okolnost notari treba posebno da obrate pažnju da ne bi doveli u pitanje svoju nepristrasnost, na što ih obvezuje čl. 3 ZN, koji predviđa da notar vrši notarske poslove slobodno, samostalno, stručno i nepristrasno na osnovu Ustava, zakona, ratifikovanih međunarodnih ugovora i drugih propisa i opštih akata zasnovanih na zakonu. U slučaju izuzeća notara u postupku za raspravljanje zaostavštine, ako u istom području suda nema drugog notara, (a takvih područja u Republici Makedoniji ima), ostavinski sud poveriće postupak notaru koji je najbliži sudskom području gde treba da se sprovede postupak. Ovaj notar sprovodi postupak u kancelariji notara koji je izuzet, tako da učesnici u postupku ostvaruju svoja prava lakše i sa manjim troškovima.<sup>20</sup> Ovo rešenje je slično rešenju koje je predviđeno u čl. 29. st. 5. ZN, kada, u slučaju izuzeća notara na područje suda na kome ima samo jedan notar, Upravni odbor Komore određuje notara sa susednog područja koji preduzima radnje koje je trebao da preduzme notar koji je izuzet.

Isto kao kod izuzeća, primenjuju se odredbe ZPP i kada treba da se vrši dostavljanje poziva i drugih isprava koje sastavlja notar, kao poverenik suda, prilikom vođenja postupka za raspravljanje zaostavštine, a dostavljanje treba da se izvrši učesnicima u postupku.

*Nadzor nad radom notara.* – Kada notar postupa kao poverenik suda, nadzor nad njegovim radom vrši sud koji mu je poverio posao. Notar ne može da odbije povereni posao, izuzev ako ima izuzetno opravdane razloge za to. U ZVP nije navedeno, primera radi, koji bi bili ti izuzetno opravdani razlozi. U svakom slučaju, to bi bili razlozi zbog kojih bi sudija bio nepodoban u konkretnom slučaju da bude sudija, kada on mora po sili zakona sam da se izuzme, što u svakom slučaju važi i za notara kada postupa kao poverenik suda, ili u slučaju iznenadne bolesti koja može izvestan vremenski period da potraje i sl. U slučaju da odbije povereni posao, notar mora da navede razloge za to, a da li su ti razlozi opravdani ili ne, odlučuje sud koji mu je poverio posao.

Sud može zbog nekih važnih razloga, kao što su: nemogućnost da postupa notar, zbog bolesti ili drugih razloga, radi očiglednog zanemarivanja službenih radnji, kao i zbog drugih razloga prema oceni suda, da oduzme predmet notaru i

<sup>20</sup> Tako i: Z. Nikolovski, cit. delo, str. 9.

sam sprovede postupak za raspravljanje zaostavštine ili da ga poveri drugom notaru (čl. 132. st. 2. ZVP). Protiv ovakve odluke suda, koja ima procesnoppravnu prirodu, nije dozvoljena žalba.

Ako notar odbije povereni posao ili ako mu sud oduzme povereni posao, sud je dužan da naredi notaru da preda spise. Ako notar odbije da izvrši nalog suda ili ako odbije da preda spise o poverenom poslu, sud može kazniti notara. U odnosu na novčanu kaznu primenjuju se odredbe Zakona o izvršenju.<sup>21</sup> Protiv rešenja kojim je izrečena kazna notaru dozvoljena je žalba drugostepenom (apelacionom) sudu. Protiv rešenja drugostepenog suda, u ovom slučaju, nisu dozvoljeni vanredni pravni lekovi.

*Promena sedišta notara i prestanak službe.* – ZVP uredio je i pitanje prestanka notara sa radom ili promene službenog sedišta. U ovim slučajevima ZVP upućuje na primenu odredbe iz ZN koja se odnosi na postupak sa notarskim spisima nakon upražnjenja notarskog mesta. Prema čl. 18. st. 1. ZN, ako notaru prestane služba ili ako premesti svoje sedište na područje drugog nadležnog suda, njegove spise i knjige, kao i dokumenta koji su mu službeno predati i pečati i štambilji koji su proglašeni za nevažeće, preuzima na čuvanje nadležni sud. Prepise i izvode iz spise notara nakon prestanka sa radom notara ili u slučaju premeštanja sedišta na područje drugog suda izdaje nadležni sud ili notar kao poverenik suda (čl. 18. st. 2. ZN). Ministar za pravosuđe može čuvanje spisa, knjiga i dokumenata i izdavanje prepisa i izvoda iz spisa notara poveriti i notaru ako se on složi (čl. 18. st. 3. ZN).

*Notarska nagrada i troškovi.* – Za postupanje notara kao poverenika suda u sprovođenju postupka za raspravljanje zaostavštine, ZVP predviđa da notaru pripada nagrada i da mu se priznaju troškovi koje je imao prilikom sprovođenja postupka za raspravljanje zaostavštine. Nagrada se određuje tako što se jedna nagrada odnosi na sve preuzete radnje u jednom istom postupku za raspravljanje zaostavštine. Visina nagrade utvrđena je u Pravilniku o notarskoj tarifi. Pravilnikom je propisano za koje radnje notar ima pravo na posebnu nagradu. Tako, npr. predviđena je posebna nagrada za popis zaostavštine.

S ciljem da ne poskupe usluge građanima, prilikom donošenja zakona kojim se poverava notarima da vode postupak za raspravljanje zaostavštine, predviđeno je da postupak kod notara ne bude skuplji od postupka za raspravljanje zaostavštine koji bi vodili sudovi, te se u tom slučaju ne plaća notarska taksa.

---

<sup>21</sup> Zakonot za izvršivanje je objavljen u “*Služben vesnik na Republika Makedonija*”, br. 35/ 2005; 50/ 2006; 129/ 2006; 8/2008; 83/ 2009; 50/ 2010; 83/ 2010; 88/ 2010; 171/ 2010 i 148/ 2011. U tekstu koji sledi biće upotrebljena skraćenica ZI.



## ZAKLJUČAK

Ovlašćenja notara kao poverenika suda u postupku za raspravljanje zaostavštine, proizlaze iz ZVP i protežu se kroz ceo postupak. Osnovno pravilo prema ZVP je da notari, kao poverenici suda, preduzimaju radnje i donose odluke u postupku za raspravljanje zaostavštine u skladu sa odredbama ZVP, odnosno važe isti propisi koji važe i za sudove, izuzev ako ZVP nije drugačije određeno. Kada notar preduzima radnje u postupku za raspravljanje zaostavštine kao poverenik suda, on ima ovlašćenje da preduzme sve radnje u postupku i da donese sve odluke, izuzev onih za koje je u ZVP drugačije propisano. Odredbama ZVP izričito je predviđeno koje radnje ne sme preduzeti notar, kao poverenik suda, u toku postupka za raspravljanje zaostavštine i tada je on dužan vratiti spise ostavinskom sudu na dalje postupanje.

Kada notar postupa kao poverenik suda, nadzor nad njegovim radom vrši sud koji mu je poverio posao. Notar ne može da odbije povereni posao, izuzev ako za to ima opravdanih razloga. Da li su razlozi opravdani, odlučuje sud koji mu je poverio posao.

Za postupanje u postupku za raspravljanje zaostavštine, notar ima pravo na nagradu i na troškove koje je imao u toku postupka.

Nakon izvršenja poverenog posla, notar je dužan vratiti spise sudu koji mu je poverio posao.

Dosadašnji rad notara u postupku za raspravljanje zaostavštine, pokazao je da su ciljevi zakonodavca (rasterećenje sudova od predmeta raspravljanja zaostavštine i brzo ostvarivanje prava građana) ostvareni. To je jedan primer o uspešnom zakonskom projektu.

ARSEN JANEVSKI, Ph.D.,  
Professor, Faculty of law "Iustinianus Primis" in Skopje

## THE NOTARY AS THE COURT'S TRUSTEE IN THE LEGACY PROCEEDINGS

### Summary

In the article "The notary as the court's trustee in the legacy proceedings" the author elaborates on the powers in the legacy proceedings, which were obtained by the notaries with the enact-

ment of the Law on non-contentious issue in the Republic of Macedonia. According to the Law on non-contentious issues, the authorized body for conducting the legacy proceedings is the court, or the notary as the court's trustee. The court will entrust the notary to conduct the legacy proceedings and will submit to him the legacy record with all the documents, within 8 days from the day the record is registered in the court. When the notary takes actions in the legacy proceedings as the court's trustee, he is authorized to take all the actions in the proceedings and to render all the decisions, unless otherwise provided in the Law on non-contentious issues. In the article, the author first elaborates on the legal basis for the notary to take actions in the legacy proceedings as the court's trustee, and then focuses on the commencement of the proceedings, the competence, taking of prior actions (the obituary, inventory and evaluation of the legacy, taking measures to protect the rights of certain participants in the proceedings and the declaration of the testament), the hearing in the legacy proceedings, the rendering of the decision and the objection as a legal remedy. The author especially focuses on the actions which the notary is not allowed to take and the application of the provisions which are valid for the courts, and which are applied by the notary as the court's trustee. In the end of the article, the author addresses the supervision over the notary's work and the notary's award and costs.



NEBOJŠA ŠARKIĆ,  
MILAN POČUČA

## IZVRŠNO I JAVNO BELEŽNIČKO (NOTARSKO) PRAVO

U V O D

*Izvršno pravo*

Građansko izvršno pravo predstavlja sistem pravnih normi kojima se obezbeđuje izvršenje, prevashodno sudskih, ali i odluka drugih državnih organa.

Građansko izvršno pravo možemo podeliti na procesno, materijalno i organizaciono pravo.<sup>1</sup> Bazični zakon u postupku izvršenja sudskih odluka, kod nas, je Zakon o izvršenju i obezbeđenju<sup>2</sup> mada postoje i drugi zakonski propisi kojima se direktno ili indirektno uređuje ova materija (Zakon o parničnom postupku, Za-

---

Dr Nebojša Šarkić, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta Union u Beogradu.

Dr Milan Počuča, docent Pravnog fakulteta Univerziteta Privredna akademija Novi Sad.

<sup>1</sup> O izvršnom pravu detaljnije videti: N. Šarkić, D. Rašić: Komentar Zakona o izvršnom postupku, JP "Sl. glasnik RS", Beograd, 1989, N. Šarkić, M. Nikolić: Komentar Zakona o izvršnom postupku, Beograd, 2010, J. Đorđević: Izvršenje sudskih odluka, ZR. Beograd 1975, S. Triva, V. Bjelajac, M. Dika: Sudsko izvršno pravo, drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Informator, Zagreb, 1984., B. Blagojević: Sistem izvršnog postupka, Beograd, 1938., F. Čulinović, I. Mažijerić: Komentar Zakona o izvršenju i obezbeđenju, Svetlost, Beograd, 1939, M. Dika: Ovršno pravo, Zagreb, 1998.

<sup>2</sup> Zakon o izvršenju i obezbeđenju Republike Srbije donet je 9.maja 2011. godine i objavljen je u "Službenom glasniku RS, br. 31/2011. Stupio je na snagu 17. maja 2011. godine a primenjuje se po isteku četiri meseca od tog datuma, osim odredaba koje se odnose na izvršitelje, a koje će se primenjivati po isteku jedne godine od dana stupanja na snagu, odnosno koje su stupile na snagu 18. maja 2012. godine.

kon o hipoteci, Zakon o oduzimanju imovinske dobiti ostvarene krivičnim delima i sl.).

U naš pravni sistem novi Zakon o izvršenju i obezbeđenju uvodi i novu pravosudnu profesiju- izvršitelja. Raniji pravni sistem iz 1978. god, poznavao je samo sudskog izvršitelja kao pomoćni organ suda koji je sprovodio izvršavanje sudskih odluka u pojedinim materijama (naplata novčanih potraživanja na pokretnim stvarima, na nepokretnostima, činidbe, predaja stvari, useljenja, iseljanja, rušenja i sl.).<sup>3</sup>

Uvođenje privatnog izvršitelja predstavlja značaj pomak jer je ova pravosudna profesija uglavnom bila afirmisana u anglosaksonskom pravu a poslednjih godina prošlog veka snažno se proširila i na gotovo čitavu Evropu. Trenutno postoje uglavnom dva osnovna sistema u kome razlikujemo ulogu suda u postupku sprovođenja izvršenja i rada privatnih izvršitelja. U jednom sistemu (Holandija, Makedonija, Mađarska) sud ima minimalnu gotovo zanemarljivu ulogu dok je u većini zemalja uloga suda još uvek zadržana. Ovaj model prihvatila je i naša zemlja te izvršitelji imaju značajnu ulogu ali ipak prevashodno rade po nalogu suda. Naš je zakon predvideo i takozvanu alternativnu nadležnost tako da se građani mogu opredeliti da li će se obratiti sudu ili izvršitelju. Izuzetak postoji u pojedinim segmentima koji su rezervisani samo za sudskog, odnosno, samo za izvršitelja. Tako zakon predviđa da se odluke iz porodičnih odnosa, te vraćanje radnika na rad može sprovoditi samo uz asistenciju sudskog izvršitelja dok je za privatnog izvršitelja kao isključiva nadležnost obezbeđeno sprovođenje izvršenja u komunalnim i njima srodnim stvarima.

Ovo je prva zajednička nit između izvršnog i javnobeležničkog prava jer se u obe oblasti pojavljuju, za nas nove pravosudne profesije, kao što su izvršitelj te javni beležnik.

### *Javnobeležničko (notarsko) pravo*

Javni beležnici-notari imaju izuzetno dugu tradiciju. Njih vezujemo za prve oblike nastanka pisanih pravnih izvora te su oni uglavnom zapisivali volju ili naredbe vladara ili crkvenih velikodostojnika. U Rimu oni dobijaju naziv tabelioni po tablama prekrivenih voskom na kojima su zapisivali određene pravne poslove ili volju građana.<sup>4</sup> U savremenom svetu uglavnom razlikujemo dva modela javnih

<sup>3</sup> Detaljno o poslovima izvršitelja po novom Zakonu o izvršenju i obezbeđenju kod Nebojša Šarkiće Mladen Nikolić: Poslovi izvršitelja, Zbornik radova sa savetovanja pravnika, Budva, 2012, str. 193 do 214. Takođe i Nebojša Šarkiće, Mladen Nikolić, Nataša Sekulić: Priručnik za primjenu zakona o izvršenju i obezbeđenju, Uprava za kadrove Crne Gore, Vrhovni sud Crne Gore, Centar za edukaciju nosilaca pravosudne funkcije, Podgorica, 2011, str. 67. do 80.

<sup>4</sup> O nastanku i historijskom razvoju notarijata videti, Milena Trgovčević-Prokić: Nastanak i istorijat notarijata, O javnom beležniku notaru, Zbornik radova Glosarijum, Beograd, 2004. i Dika

beležnika. Anglosaksonski model podrazumeva blaže uslove za obavljanje poslova javnih beležnika a samim tim i manji krug poslova koji se stavlja u nadležnost ovoj profesiji. Evropski-latinski model notara podrazumeva posebnu pravosudnu profesiju (diplomiranog pravnika sa položenim pravosudnim ili javnobeležničkim ispitom sa određenim brojem godina radnog iskustva i izuzetnim ugledom u sredini u kojoj živi i radi).<sup>5</sup> Javni beležnici dakle dobijaju pečat javnog ovlašćenja od države i na taj način dobijaju specifičan status privatne profesije koja obavlja određene poslove koji su im preneti od strane države ili koje obavljaju po nalogu suda.<sup>6</sup>

Zakon o javnim beležnicima Republike Srbije u čl.98 predviđa ograničenje u poveravanju poslova javnom beležniku. Tako stav treći istog Zakona predviđa da sud ne može javnom beležniku poveriti poslove za koje je sam sud nadležan, po pravilima Zakona kojim se uređuje postupak izvršenja i obezbeđenja.

Najpre bismo hteli da izrazimo svoje neslaganje sa ovakvom koncepcijom zakona pogotovo imajući u vidu iskustva iz uporednog prava. Javni beležnik je svakako lice od izuzetnog poverenja te se po našem mišljenju, a na bazi iskustava iz uporednog prava, mogla predvideti grupa poslova koja se odnosi na primer na popis i procenu imovine veće vrednosti. Sasvim je sigurno da kada se radi o naplati novčanog potraživanja na pokretnim stvarima iz tzv. uobičajenog režima onda su izvršitelji kao lica koja sprovode izvršenje (bez obzira da li se radi o sudskom ili privatnom izvršitelju), osposobljeni da vrše procenu pokretnih stvari koje se zateku na primer u stanu ili poslovnoj prostoriji. Njihovo dugogodišnje iskustvo omogućuje im da jednostavno procene vrednost televizora, muzičkih uređaja, kompjutera, vozila ili drugih pokretnih stvari. Ipak kada se radi o procenama veće vrednosti čini se da bi tu moralo da se angažuje stručno lice koje vrši procenu stvari veće vrednosti. S obzirom da Zakon o izvršenju i obezbeđenju kao sredstva izvršenja predviđa i različita prava to se postavlja pitanja da li će izvršitelji biti osposobljeni da izvrše na primer procenu akcija ili udela, vrednost autor-

---

Mihajlo: Osvrt na povijesni razvoj evropskog latinskog javnog bilježništva, Zakon o javnom bilježništvu, Organizator, Zagreb, 1994.

<sup>5</sup> O javnim beležnicima u uporednom pravu videti: Gomez, Augusto, Martihno, Faerna: La fonction del Nortario en la Union Europea, Colegionis notariales de Espana, Madrid, 1999, i Knežević-Popović Dragana, Dabić Ljubiša, Saša Gajin: Javni beležnik u uporednom pravu, Strani pravni život 1-3/2000, Institut za uporedno pravo, Beograd.

<sup>6</sup> O javnom beležništvu detaljnije vidi: M.Trgovčević-Prokić: Prenošenje ovlašćenja sa važećih propisa na javnog beležnika, Pravni život, br. 11/2001, Beograd, i N. Šarkić i grupa autora o javnom beležništvu, Glosarijum, str. 5. do 21. Beograd, 2004, i N. Šarkić S. Spasić M. Nikolić i Đ. Sibinović: Pravo pravosudnih profesija, Beograd, 2012, i Hiber Dragor: Pojam javnog beležnika (notara) i beležničkog (notarijalnog) prava, Javnobeležničko pravo, Priredio Dragor Hiber, Pravni fakultet, Beograd, 2005.



skih ili patentnih prava ili neka druga prava koja mogu biti predmet izvršnog postupka.

Takođe u uporednom pravu poznajemo i situacije u kojima se javnom beležniku ostavljaju na čuvanje stvari veće vrednosti za slučaj da je došlo do odlaganja sprovođenja izvršenja (na zahtev izvršnog poverioca ili izvršnog dužnika), da je došlo do prekida postupka iz nekog od zakonom predviđenih razloga ili naprosto da se čeka odluka o sprovođenju izvršenja na pr. od strane parničnog suda u slučaju uputa na parnicu radi raspravljanja spornih pitanja ili okolnosti.

Dakle naše je mišljenje da je javni beležnik mogao dobiti određenu ulogu u izvršnom postupku te da je ovako postavljena odredba nepotrebno rigidna. Ovakva odredba takođe može nedovoljno upućenima stvoriti utisak da se javnobeležničko i izvršno pravo razilaze te da nemaju dodirnih tačaka s obzirom da je zakon predvideo da se javnom beležniku ne mogu poveravati poslovi koji se uređuju postupkom izvršenja i obezbeđenja. U daljem tekstu pokušaćemo da objasnimo koliko je čvrsta veza između javnobeležničkog i izvršnog prava te da se ni u kom slučaju odredba čl.98 ne može tumačiti kao negacija povezanosti ova dva postupka.

#### IZVRŠNOST JAVNOBELEŽNIČKE ISPRAVE

Zakon o javnom beležništvu definiše javno beležništvo kao službu od javnog poverenja. Ovu službu vode javni beležnici koji obavljaju delatnost kao isključivo i stalno zanimanje do prestanka obavljanja ove delatnosti u skladu sa zakonom. Javni beležnik je definisan kao stručnjak iz oblasti prava imenovan od strane ministra nadležnog za pravosuđe te on na osnovu javnih ovlašćenja obavlja sledeće poslove. On može da prihvata od stranaka izjave volje i da im daje potrebnu pismenu formu i o tome izdaje isprave koje imaju karakter javnih isprava. On takođe čuva originale tih isprava i druge poverene dokumente, izdaje prepise isprava javno potvrđuje činjenice te daje strankama savete o pitanjima koja su predmet njegove delatnosti. On može da preduzme i druge radne i vrši druge poslove određene zakonom.

Zakon predviđa da javnobeležnička isprava mora biti sačinjena u skladu sa zakonom da bi imala snagu javne isprave.<sup>7</sup> Znamo da su javne isprave isprave koje se izdaju od državnih organa dakle javnobeležnička isprava sačinjena u zakonitoj formi predstavlja javnu ispravu. Javnobeležnička isprava je izvršna ili verodostojna isprava u slučajevima kada je to predviđeno zakonom.<sup>8</sup> Dakle, već u osnovnim odredbama čl. 7 Zakon govori o izvršnosti javnobeležničkog akta.

---

<sup>7</sup> O pojmu i karakteristikama notarske isprave prema odredbama Zakona o notarima Crne Gore vidi: Notarijat u Crnoj Gori, M. Radović, E. Dikić, S. Suljević, GTZ Podgorica, 2010.

<sup>8</sup> "Izraz notarska ili javnobeležnička isprava se koristi radi označavanja svih onih isprava koje uz različite oblike i načine sudelovanja javnog beležnika mogu steći svojstvo ovršne isprave-ne-

Sasvim je sigurno da nije svaka isprava koju javni beležnik sačini i izvršna isprava. Javni beležnici u svom poslu između ostalog obavljaju poslove sačinjavanja javnobeležničkih zapisa, sačinjavaju javnobeležničke zapisnike, izdaju potvrde te vrše overe. Samo javnobeležnički zapisi koji su sačinjeni u preciznoj po zakonu predviđenoj formi i ukoliko ispunjavaju zakonom predviđene uslove mogu biti izvršna isprava.

Zakon predviđa koji se pravni poslovi moraju sačiniti u formi javnobeležničkog zapisa a koji "drugi pravni poslovi" mogu imati oblik javnobeležničkog zapisa.<sup>9</sup> Razumevanja radi nabrojaćemo samo neke. Tako se u formi javnobeležničkog zapisa sačinjavaju ugovor o imovinskim odnosima između supružnika, ugovor o imovinskim odnosima između vanbračnih partnera, sporazum o zakonskom izdržavanju u skladu sa zakonom,<sup>10</sup> ugovor o ustupanju i raspodeli imovine za života, ugovor o doživotnom izdržavanju.<sup>11</sup>

U formi javnobeležničkog zapisa članom 83 predviđeno je da se mogu sačiniti ugovori o raspolaganju nepokretnostima, zaveštanje (testament), izjava kojom se nužni naslednik isključuje iz nasleđstva, izjava kojom se nužni naslednik lišava nasleđstva, izjava o priznanju očinstva kao i izjava o saglasnosti sa priznanjem očinstva.<sup>12</sup>

Dakle našu pažnju posebno ćemo usmeriti na čl. 85 Zakona o javnom beležništvu kojim se uređuje pitanje izvršnosti javnobeležničkog zapisa. Ovo pitanje je za nas interesantno zbog veze sa izvršnim postupkom odnosno koji se pokreće nekim od javnobeležničkih akata (zapisa)<sup>13</sup> i kada može izvršavati po pravilima

---

ovisno o tome da li je tu ispravu javni beležnik sastavio kao javnobeležnički akt, soleminizirao ili je na njoj samo overio potpis obezbnika odnosno ima li ona značenje javnobeležničke kondemnatorne odluke." M. Dika: Zbornik radova sa regionalnih koferencija o notarima, GTZ, Beograd 2010.

<sup>9</sup> Zakon o javnim beležnicima Republike Hrvatske odredbom čl. 21 predviđa da značenje ovršne isprave mogu imati i ovršna javnobeležnička odluka i ovršna javnobeležnička isprava.

<sup>10</sup> Detaljnije o imovinskim odnosima supružnika i vanbračnih partnera kod N.Šarkić, M. Počuča: Porodično pravo i porodičnopravna zaštita; JP "Službeni glasnik" i Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd, 2012, str. 275 do 293. i M. Počuča: Zakonsko izdržavanje bračnih i vanbračnih partnera, Pravo teorije i praksa, br. 3–4/2010, Novi Sad.

<sup>11</sup> O ulozi notara u naslednom pravu i ostavinskom postupku, detaljnije videti, Oliver Antić: Javni beležnik (notar) i ostavinski postupak, Javnobeležničko pravo, priredio Dragor Hiber, Beograd, 2005. O ugovorima o doživotnom izdržavanju i ustupanju i raspodeli imovine za života vidi Milan Počuča: Nasledno pravo, Pravni fakultet Univerziteta Privredna akademija, Novi Sad, 2012, str. 198 do 223.

<sup>12</sup> Detaljnije o mogućnostima i ovašćenjima notara prilikom sačinjavanja i overe isprava i ugovora kod Jakšić Aleksandar: Notarijat kao javna služba, Javnobeležničko pravo, priredio Dragor Hiber, Pravni fakultet Beograd, 2005.

<sup>13</sup> Zakon o notarima Federacije Bosne i Hercegovine umesto izraz za javnobeležnički ili notarski akt koristi izraz isprava nastala obradom notara ili notarski obrađena isprava.

izvršnog postupka. U čak sedam stavova čl. 85 razrađuje pitanje izvršnosti javnobeležničkog zapisa. Dakle centralno pitanje je kada je javnobeležnički zapis izvršna isprava.

Prvi uslov je obaveza na činidbu. Kondemnatornost je uslov za činidbu. Prema pravilima građanskog procesnog prava postoje 3 vrste tužbi pa samim tim i 3 vrste presuda. Samo one presude koje u sebi sadrže nalog za određenu činidbu (kondemnatornost) mogu se izvršavati prema pravilima izvršnog prava. Dakle da bi zapis koga sačini javni beležnik mogao biti upodobljen sa izvršnom ispravom on mora sačinjavati određenu činidbu. Teoretski posmatrano činidbe se mogu deliti na pozitivne radnje i negativne. Pozitivne radnje podrazumevaju na primer: isplatu novca, predaju stvari, iseljenje iz stana, vraćanje radnika na rad, predaju ili oduzimanje deteta, upis prava u neku javnu knjigu ili registar i sl. Pod negativnim radnjama najčešće podrazumevamo uzdržavanje od određenih radnji kao što su: zabrana prolaza, zabrana uznemiravanja, zabrana činjenja, zabrana objavljivanja određenih tekstova i sl. Dakle, pojam činidbe je uslov bez kojeg se ne može kada govorimo o svakoj izvršnoj ispravi pa i o javnobeležničkom zapisu. Tako na primer uopštene izjave stranka o pomirenju, uređivanju međusobnih odnosa, prevazilaženju određenih problema među partnerima ili druge izjave koje u sebi ne sadrže jasnu činidbu, ne mogu biti predmet izvršavanja pa se samim tim ni takav zapis ne smatra izvršnom ispravom.

Zakon kao uslov predviđa takođe i da se o pitanjima koja su predmet dogovora stranke "mogu sporazumeti". Ovaj uslov treba sagledavati u kontekstu opštih pravila Zakona o parničnom postupku, koji se shodno primenjuje u izvršnom postupku pa samim tim i u postupku izvršavanja javnobeležničkog zapisa. Naime, opštim odredbama građanskog procesnog prava je predviđeno da stranke ne mogu rapolagati onim zahtevima ili pravima koja su u suprotnosti sa zakonom, koja su u suprotnosti sa moralom ili sa opštim pravilima koja važe u jednome društvu. Tako na primer sudsku zaštitu ne mogu tražiti kockari za naplatu kockarskog duga, ne može se postići sporazum kojom se jedan od roditelja odriče prava na izdržavanje ili da se ugovori izvršenje nekog krivičnog dela i naknada za obavljanje tog krivičnog dela. Dozvoljenost je opšti princip koji podrazumeva da se stranke mogu dogovarati samo ono što je u skladu sa zakonom te da je svaki akt raspolaganja koji je u suprotnosti sa zakonom ne dozvoljen pa ga samim tim ni javni beležnik neće sačiniti. To dalje znači da se dozvoljenost tretira kao uslov koji mora da ispuni javnobeležnički zapis a o tome će naravno odlučivati javni beležnik koji sačinjava ovaj zapis. U slučaju da javni beležnik utvrdi da nije dozvoljeno raspolaganje koje je predmet dogovora stranka u određenom javnobeležničkom zapisu, stranke mogu tražiti pravnu zaštitu pred javnobeležničkom komorom.

Kao jedan od osnovnih uslova za izvršnost javnobeležničkog akta Zakon predviđa i izričitu izjavu obavezanog lica o tome da se na osnovu te isprave može

sprovesti izvršenje. Ova izjava mora biti precizna, jasna i nedvosmislena. Izjave poput onih da “neko namerava, ima želju, planira, voleo bi da može i sl. ne mogu biti predmet izvršenja. Takve izjave ne sadrže izričiti pristanak niti se mogu tretirati kao saglasnost volja koja je pred uslov za izvršnost javnobeležničkog zapisa. Upravo u ovoj odredbi leži i suštinska razlika između izvršne isprave koju sačinjava sud u odnosu na izvršnu ispravu koju sačinjava javni beležnik. Naime, sud sudi i samim tim i presuđuje. Odluka suda predstavlja izvršnu ispravu uz naravno ostale izvršne isprave. Ali kada govorimo o razlici onda moramo imati u vidu da javni beležnik nema ovlašćenja da odlučuje o spornim stvarima. Imanentnost njegove profesije upravo leži u činjenici da on na osnovu javnog ovlašćenja koje ima može da uredi nesporne odnose između stranaka. To dalje govori o vrednosti javnobeležničke profesije te ogromnim uštedama koje uvođenje javnobeležničke profesije donosi svakoj državi. Javni beležnici “rasterećuju” sudove od nespor-nih stvari ali i olakšavaju strankama da u situaciji kada postoji saglasnost volja mogu brže, jednostavnije i jeftinije da razreše problem. Dakle stranka koja priznaje određeno pravo činidbu ili je spremna da nešto učini ili da se trajno uzdrži od nečega, može sa drugom strankom sačiniti javnobeležnički zapis u kome će tu svoju volju nedvosmisleno iskazati. Tako iskazana volja mora biti i potvrđenja od strane javnog beležnika.

Kada se radi o novčanim potraživanjima zakon predviđa i uslov određivanja roka dospelosti. Taj rok dospelosti znači da se jedna strana obavezuje da će u vremenski određenom trenutku izmiriti određenu obavezu. Iako zakon ne daje preciznija određenja pojma dospelosti, možemo sa sigurnošću tvrditi da se radi o opšte prihvaćenim pojmovima koji važe u drugim zakonskim propisima. To su pre svega odredbe Zakona o izvršenju i obezbeđenju koji se odnosi na dospelost ali i drugih propisa kojima se uređuju ova pitanja (npr. Zakon o obligacionim odnosima i sl.). Nema karakter izvršne isprave javnobeležnički zapis u kome se na pr. osoba A obavezuje da će dug vratiti osobi B. Čak i ukoliko je iznos toga duga precizno određen a nema vremenskog naznačenja dospelosti obaveze ne možemo govoriti o podobnosti za izvršenje takvog zapisa. Prema odredbama Zakona o izvršenju i obezbeđenju paricioni rok za dobrovoljno izvršenje nakon donošenja izvršne isprave je 15 dana. U zavisnosti od materije u zavisnosti od okolnosti slučaja te procene suda nekada ti rokovi mogu biti kraći (rok od 8 dana u privrednim sporovima ili sasvim kratki rokovi u odlukama o privremenim merama). No pošto se ovde ne radi o presudi, već o sporazumu stranaka koji javni beležnik samo utvrđuje, nepostojanje utvrđenog datuma dospelosti onemogućava sprovođenje izvršenja te takav akt ne može biti podoban za izvršenje i taj javnobeležnički zapis nema karakter izvršne isprave. Pored svih nabrojanih uslova i vremensko označene dospelosti je uslov za izvršnost javnobeležničkog zapisa.

Navedeni uslovi, koje je predvideo zakon, predstavljaju osnov za prinudno izvršenje. Prinudno izvršenje prema pravilima Zakona o izvršenju i obezbeđenju

podrazumeva aktivnu ulogu suda ili izvršitelja. Mehanizam sprovođenja izvršenja po pravilu zavisi od volje stranaka odnosno da li će izvršenje odluke poveriti sudu ili izvršitelju. Izuzetak su samo oni slučajevi koji su dati u isključivu nadležnost sudu odnosno izvršitelju o čemu je bilo reči u uvodnom delu ovoga teksta. Prinudno izvršenje podrazumeva skup radnji suda ili izvršitelja koje se odnose na: naplatu novčanih potraživanja putem prodaje pokretnih stvari, prodajom nepokretnosti, prodajom akcija ili udela i sl.; predaju stvari; činidbe, itd.

Zakon o javnom beležništvu predviđa varijantu u kojoj se pravi razlika između izvršenja koje sprovodi sud i onog izvršenja koje sprovodi izvršitelj. I ako zakon naznačava da u slučajevima kada se izvršenje sprovodi preko sudskog izvršitelja, javnobeležnički zapis mora imati i druge elemente koji su neophodni za sprovođenje izvršenja. Po našem mišljenju ova naznaka zakonodavca je nepotrebna jer zapravo ne postoje nikakvi posebni elementi kada se radi o izvršenju koje sprovodi izvršitelj.

Iako je izričito predvideo da postoji obaveza da se utvrdi datum dospeća, zakon predviđa i situaciju u kojoj nije moguće unapred utvrditi tačan datum nastupanja određene dospelosti. Ova dospelost može zavisiti od isteka određenih vremenskih rokova koji se ne mogu predvideti ili okolnosti koje ne mogu nastupiti na pr. danom odlaska u penziju, završetkom studija, upisom privrednog društva u registar privrednih društava, dobijanjem građevinske dozvole i sl. U ovakvim slučajevima zakon predviđa dve osnovne mogućnosti. Prva mogućnost je da se stranke naknadno slože oko toga da je određeni vremenski period istekao odnosno da je određena okolnost nastupila. Tada će se javnobeležnički zapis dopuniti izjavama stranaka koje predstavljaju takođe saglasnost volja i sprovode se prema opštim-uobičajenim pravilima javnobeležničkog prava. Dakle ta saglasnost volja može biti veoma jednostavna. Ona bi se mogla izraziti naprosto konstatacijom i potpisivanjem da je određeni vremenski period istekao odnosno da je određeni rok nastupio. Ipak, ozbiljnija situacija nastaje ukoliko takve saglasnosti nema ili se takva saglasnost iz raznih objektivnih ili subjektivnih okolnosti ne može dobiti. Tada prema slovu zakona mogu da nastupe sledeće situacije i to: da se javnom ispravom potvrdi određena činjenica, da se privatnom ispravom na kojoj je overen potpis poverioca to dokaže. Šta je javna isprava je opšte poznato i o tome ne treba pisati. Lice koje javnom ispravom dokaže na pr. da je diplomiralo, da je dobio građevinsku dozvolu, da je upisao privredno društvo u registar privrednih društava može dakle dokazati ispunjenost određenog uslova. Takođe, zakon ostavlja mogućnost da se i privatna isprava na kojoj je overen potpis poverioca može tretirati kao validna za nastupanje uslova. Dakle to je isprava sa overenim potpisom kojom poverilac potvrđuje da je određeni uslov za ispunjenje obaveze nastupio odnosno da su se stekli uslovi da javnobeležnički zapis postane izvršna isprava.

Komplikovanija situacija je u slučajevima kada nemamo ni jedan od napred naznačenih uslova. Tada izvršni poverilac može da pokrene parnični postupak i da na osnovu pravosnažne sudske odluke<sup>14</sup> dokaže da je nastupila dospelost (protekao predviđeni rok ili da je nastupio određeni uslov koji je bio predviđen javnobeležničkim zapisom). Po našem mišljenju pojam “pravosnažna parnična presuda” nije odgovarajući. Zakonodavac je trebalo da koristi pojam pravosnažna odluka jer se u parničnom postupku stranke mogu sporazumeti i poravanjem što bi u konkretnom slučaju bilo u potpunosti izjednačeno sa pravosnažnom presudom s obzirom na uslov koji zakon traži. Naime za izvršnost javnobeležničkog zapisa bitna je ili u sudskom postupku utvrđena kao nesporna činjenica što se dokazuje pravosnažnom presudom ili činjenica koju priznaju obe strane što se može utvrditi zaključenim sudskim poravanjem.

No bez obzira na sve naznačene okolnosti možemo reći da je zakon relativno precizno utvrdio šta je sve neophodno da bi se jedan javnobeležnički zapis tretirao kao validna izvršna isprava odnosno da bi stranke mogle da ostvare određeno pravo u “skraćenom” postupku u odnosu na sudski postupak.

Nažalost, moramo konstatovati da odredba stava 7. Zakona o javnom beležništvu ne odgovara realnosti. Naime ovom odredbom je predviđeno da se izvršnost javnobeležničkog zapisa može pobijati po odredbama Zakona kojim se uređuje izvršnost postupka.<sup>15</sup> Sud odnosno drugi organ ili lice koje sprovodi izvršenje (izvršitelj), obustaviće izvršenje ako utvrdi da prilikom sačinjavanja javnobeležničkog zapisa nisu ispunjeni uslovi koji se zahtevaju da bi taj zapis imao snagu javne ili izvršne isprave. Ova odredba je naime u potpunoj suprotnosti sa načelom formalnog legaliteta koje se primenjuje u izvršnom postupku kada govorimo o izvršnim ispravama koje donosi sud ili drugi organ kome je dato pravo da donosi izvršne isprave koje se sprovode po pravilima izvršnog postupka. Naime izvršni sud odnosno izvršitelj nisu vlasni da tumače, menjaju, preinačuju ili na bilo koji drugi način preispituju izvršnu ispravu. Ovakvom zakonskom odredbom zakonodavac utvrđuje da je izvršni sud odnosno izvršitelj ovlašćen da ispituje izvršnu ispravu i da obustavi izvršenje ako utvrdi da prilikom sačinjavanja javnobeležničkog zapisa nisu ispunjeni uslovi za dobijanje snage izvršne odnosno javne isprave. Po našem mišljenju ova odredba bi se morala preispitati jer se izvršnost javnobeležničkog zapisa ne može pobijati po odredbama Zakona o izvršenju

---

<sup>14</sup> O pojmu pravosnažnosti vidi, B. Poznić: *Građansko procesno pravo* Beograd, 1992, isto i B. Poznić V. Rakić Vodinić: *Građansko procesno pravo*, Beograd, 2006, i S. Culja: *Građansko procesno pravo*, Beograd, 1984.

<sup>15</sup> O izvršnosti notarskih akata prema propisima Bosne i Hercegovine vidi, Hess B. “Ekspertiza o nacrtu izvršnog zakona za frderaciju BIH od 16.07.1997, Nova rešenja u zakonu o parničnom postupku Federacije BIH”, Ministarstvo Pravde BIH, Sarajevo, 1998.



i obezbeđenju. Ovaj zakon ne poznaje mogućnost bilo kakvog sudskog pobijanja odluke pa samim tim ni javnobeležničkog zapisa. Ovde se ne mogu ni koristiti odredbe koje govore o eventualnom upućivanju na parnicu jer je ovaj uput predviđen za druge pravne situacije te se po našem mišljenju ova odredba mora ili brisati ili u potpunosti revidirati jer će stvarati nejasnoće u postupku primene. Zakon dalje predviđa ovlašćenje javnog beležnika da na zahtev stranke stavi klauzulu izvršnosti na javnobeležnički zapis.<sup>16</sup> Po ovakvoj zakonskoj formulaciji javni beležnik će još jednom proveriti da li su ispunjeni svi uslovi koje predviđa kako Zakon o javnom beležništvu tako i Zakon o izvršenju i obezbeđenju u smislu da li je javnobeležnički zapis ujedno i izvršna isprava. Zahtev stranke je dakle uslov bez kojeg se ne može. To praktično znači da javni beležnik ne stavlja po službenoj dužnosti potvrdu o izvršnosti. Javni beležnik će nakon sprovođenja prethodnog postupka provere javnobeležničkog zapisa staviti ovu klauzulu. Potvrda o izvršnosti je prema opštim pravilima Zakona o izvršenju i obezbeđenju potvrda koju stavlja sud na pravosnažnu presudu. Pravosnažnost se deli na formalnu i materijalnu. Kada su ispunjeni uslovi da je izvršni dužnik primio izvršnu ispravu od tada teče paricijalni rok (najčešće 15 dana a rok može biti i duži i kraći ukoliko je utvrđen sudskom odlukom). Ukoliko nije utvrđen sudskom odlukom istekom 15-og dana nastupa izvršnost. I ovde napominjemo da izvršnost moramo razlikovati od izvršljivosti kao mogućnosti za sprovođenje izvršenja u smislu podobnosti-kondemnatornosti izvršne isprave da se može sprovesti prema opštim pravilima zakona o izvršnom postupku.

Nažalost, zakonodavac nije predvideo mogućnost šta se dešava ukoliko je došlo do promene javnog beležnika odnosno da drugi javni beležnik može staviti potvrdu izvršnosti na tuđ javnobeležnički zapis. U pogledu prvog pitanja naše razmišljanje ide u pravcu da javni beležnik koji je nastavio sa radom u javnobeležničkoj kancelariji ili koji zamenjuje odsutnog ili javnog beležnika kome je prestalo svojstvo javnog beležnika, može staviti klauzulu izvršnosti. Ovu klauzulu, po našem mišljenju, ne može staviti drugi javni beležnik jer je potvrda o izvršnosti sastavni deo jednog javnobeležničkog zapisa. Takođe zakon ne predviđa ni životne situacije koje se mogu desiti u slučajevima da javni beležnik iz određenog razloga odbije da stavi klauzulu izvršnosti. Po našem mišljenju i u ovoj situaciji mogu se primeniti opšta pravila koja važe za slučaj da je stranka nezadovoljna radom javnog beležnika te zaštitu toga prava može ostvariti pred javnobeležničkom komorom.

---

<sup>16</sup> O ovlašćenjima u izvršnom postupku videti detaljno kod: Šarkić Nebojša, Mladen Nikolić, Ovlašćenja u izvršnom postupku, Zbornik radova Zastupanje i punomoćstvo, IP "Glosarijum", Beograd, 2007, str. 159 do 181.

## IZVRŠNOST VERODOSTOJNE ISPRAVE

Izvršenje radi ostvarivanja novčanog potraživanja određuje se i na osnovu verodostojne isprave.<sup>17</sup> Zakon o izvršenju i obezbeđenju kao verodostojne isprave nabraja menicu i ček domaćeg ili stranog lica sa protestvom ako je to potrebno za zasnivanje potraživanja, obveznice ili druge hartije od vrednosti izdate u seriji koju imao daje pravo na isplatu nominalne vrednosti, fakture, računi domaćeg ili stranog lica sa otpremnicom ili drugim pisanim dokumentima da je izvršni dužnik obavestjen o nastaloj obavezi, izvod iz poslovnih knjiga, javna isprava koja konstituše izvrši u novčanu obavezu, bankarska garancija, akreditiv, poverena izjava izvršnog dužnika koje ovlašćuje banku da sa njegovog računa izvrši prenos novčanih sredstava na račun izvršnog poverioca, obračun kamate sa dokazima o osnovu dospelosti i visini potraživanja, privremena ili okončana situacija u vezi sa izvršnim građevinskim radovima, obračun o nagradi i naknadi advokata.

Verodostojna isprava je potvrda za izvršenje ako su u njoj naznačeni izvršni poverilac i izvršni dužnik, predmet, vrsta, obim i vreme ispunjenja obaveza.

Zakon predviđa da u slučajevima da se iz verodostojne isprave ne vidi dospelost potraživanja izvršenje se određuje ako je izvršni poverilac podneo pismeni dokaz da je izvršnog dužnika pozvao da ispuni dospelu obavezu u naknadno ostavljenom roku.

Sa stanovišta javnobeležničkog prava ovde možemo reći da se pod određenim uslovima i verodostojne isprave mogu tretirati kao osnov za nastupanje obaveze izvršnog dužnika. Naime verodostojne isprave, same po sebi, predstavljaju izvršne isprave u postupku izvršenja i obezbeđenja. Ove izvršne isprave sprovodiće sud odnosno izvršitelj. Veza između izvršnog i javnobeležničkog prava kod verodostojnih isprava može nastupiti u svim onim uslovima koji su naznačeni kod izvršnosti javnobeležničkog zapisa.

Naime, ukoliko postoji spor oko toga da li je neki od uslova koji je predviđen verodostojnom ispravom nastupio, stranke mogu pred javnim beležnikom da priznaju nastupanje određenog uslova ili istek određenog roka za dospelost potraživanja. Dakle ne možemo govoriti o direktnom sprovođenju verodostojnih isprava od strane javnih beležnika jer javni beležnik i nema ta ovlašćenja s obzirom da su ista rezervisana za sud. Javni beležnik može samo obaviti one radnje koje su predviđene čl.85 radi sačinjavanja javnobeležničkog zapisa koje će imati snagu izvršne isprave. Tako na primer čl. 8 u stavu 1 tačka 8 predviđa da se može kao verodostojna isprava tretirati overena izjava izvršnog dužnika kojom ovlašćuje banku da sa njegovog računa izvrši prenos novčanih sredstava na račun izvršnog poverioca. Ukoliko izvršni dužnik pred javnim beležnikom sačini ovu ispra-

---

<sup>17</sup> O pojmu verodostojne isprave vidi S. Triva Z. Bjelajac M. Dika: *Sudsko izvršno pravo* Zagreb, 1980.

vu ona će biti tretirana kao valjana izvršna isprava za osnaživanje verodostojne isprave.

Identična situacija može se tretirati i kod tačke 9 koja predviđa obračun kamate sa dokazima o osnovu dospelosti i visini potraživanja. Ako izvršni poverilac i izvršni dužnik kod javnog beležnika sačine u formi javnobeležničkog zapisa akt kojim se pitanje sporne kamate reguliše sud će takođe ovaj sporazum tretirati kao verodostojnu ispravu i pristupiti njegovom direktnom sprovođenju.

Na isti način možemo tretirati i tačku 10 koja predviđa saglasnost o privremenim ili okončanim situacijama u vezi sa izvršenim građevinskim radovima ili obračun o nagradi i naknadi advokata. Ukoliko su ova akta sačinjena pred javnim beležnikom u formi javnobeležničkog zapisa oni će imati mnogo jaču pravnu snagu i moći će se odmah sprovesti u izvršnom postupku.

Na osnovu svega iznetog možemo reći da u pogledu verodostojnih isprava javni beležnik nema direktnih ovlašćenja, već je on u funkciji osnaživanja izvršnosti verodostojnih isprava ili pak u funkciji potvrđivanja činjenica koje mogu biti sporne ili potvrđivanja o nastupanju određenih rokova dospelosti.<sup>18</sup>

#### OVERAVANJE NEJAVNE ISPRAVE (SOLEMINIZACIJA)

Zakon o javnom beležništvu odredbom čl. 93 predviđa da u određenim slučajevima koji su predviđeni zakonom javni beležnik može svojom overom da da nejavnoj ispravi pravnu snagu javne isprave-da učini soleminizaciju.<sup>19</sup> Suština ove overe od strane javnog beležnika je u tome da se proverom podataka potvrđuje sadržina isprave koja odgovara volji stranaka.

Tako, na primer, ukoliko lice A licu B izda priznanicu o dugu takva isprava će imati određenu pravnu snagu i u parničnom postupku. Ona će dokazivati postojanje duga ali postoje brojni razlozi koje izdavalac potvrde može naknadno isticati pred sudom odnosno osporavati tačnost same potvrde, isticati elemente prinude, zablude, autentičnosti potpisa da je dug vraćen ili da je dug namiren nekim drugim poslom. To je i razlog zašto se u uporednom pravu soleminizacija od strane javnih beležnika afirmisala kao izuzetno značajan institut. I naš zakonodavac opredelio se za mogućnost soleminizacije od strane javnih beležnika te se na taj način privatna isprava koja ima određenu, ali prilično ograničenu pravnu snagu, osnažuje i dobija neuporedivo veću pravnu snagu u sudskim dokaznim postupcima.

---

<sup>18</sup> Detaljnije o izvršnosti javnobeležničkog akta Povlakić Meliha: Izvršnost Javnobeležničkog akta, Pravna misao, br. 3-4/2000, Sarajevo, isto i Rijavec Vesna: Neposredna ovršnost javnobilježničkog akta, Javni bilježnik, br. 13/2002, Zagreb.

<sup>19</sup> O pojmu soleminizacije vidi detaljnije M. Trgovčević-Prokić: Ovlašćenja javnog beležnika, Službeni Glasnik, Beograd, 2009, str. 209. do 212.

Naravno da javni beležnik ne može overiti svaku nejavnu ispravu. Da bi on pristupio soleminizaciji mora prethodno da proveri da li je privatna isprava sačinjena te da li ima sve elemente koji su predviđeni zakonom i ako je sastavljena u propisanoj formi za javnobeležnički zapis. To su pre svega ime i prezime javnog beležnika te izjava da postupa u svojstvu javnog beležnika i oznaka sedišta javnog beležnika. Takođe to su osnovni podaci o strankama kao što su ime i prezime, podaci o mestu i datumu rođenja kao i adresa i prebivalište stranaka u postupku koji zaključuju pravni posao ili daju izjavu. Zatim to su podaci o načinu utvrđivanja identiteta stranaka, svedoka, zakonskih zastupnika te drugih učesnika koji eventualno prisustvuju sačinjavanju akta o soleminizaciji.

Ime i prezime, adresa prebivališta svedoka, prevodioca ili tumača ako su učesnici u postupku sastavljanja javnobeležničkog zapisa i podatka o načinu utvrđivanja njegovog identiteta i osnova zastupanja. Tekst i sadržina pravnog posla (na primer priznanice o dugu). Takođe javnobeležnički zapis treba da sadrži označenje isprave koja se prilažu javnobeležničkom zapisu ako ima određenih isprava kao što su punomoćja, izvodi iz matičnih knjiga, potvrdi iz katastra i sl. Svakako na aktu mora stajati datum ako ima potrebe i čas i mesto sastavljanja javnobeležničkog zapisa u slučajevima da se soleminizacija vrši van javnobeležničke kancelarije. Javni beležnik je dužan da unese i izjavu da je stranke ili druge učesnike poučio o sadržini pravnih posledica pravnog posla. Na samom kraju moraju stajati potpisi stranaka zakonskih ili drugih zastupnika punomoćnika, tumača te drugih učesnika u postupku. Na samom kraju stavlja se potpis javnog beležnika, pečat i štambilj javnog beležnika.

Da bi se izvršila soleminizacija privatne isprave u javnu javni beležnik je dužan da izvrši i i određene provere. Tako na primer javni beležnik neće vršiti overu isprave ako je njena sadržina ne dopušta. O pojmu nedopuštenosti smo govorili kod izvršnosti javnobeležničkog akta ali ćemo samo napomenuti da se ovde primenjuju opšta pravila koja se odnose na nedopuštenost raspolaganja i pravnih poslova. Dakle javni beležnik ima pravo da odbije overavanje privatne isprave ukoliko smatra da raspolaganje nije dopušteno odnosno da je u suprotnosti sa zakonom, moralom ili opšte prihvaćenim pravilima u našoj zemlji. U istu grupu spada i ovlašćenje javnog beležnika da ne overi privatnu ispravu ako sumnja da je njena sadržina prividna te da se preduzima radi izbegavanja zakonskih obaveza ili protivpravnog oštećenja trećih lica. U ovu grupu bi spadale na primer privatne izjave kojim se supružnička imovina prenosi poklonom ili drugim pravnim poslom raspolaganja na jednog supružnika da bi se izbegle obaveze plaćanja prema banci-vraćanje kredita ili drugim poveriocima.

Razlog za neoveravanje privatne isprave je i maloletstvo. Ukoliko na osnovu priloženih dokumenata ili na bazi opšte poznatih činjenica javni beležnik utvrdi da se radi o nezakonitom raspolaganju maloletnika, neće overiti punovažnost pravnog posla. Naravno ovde postoje izuzeci ukoliko sačinjavanju tog pravnog

posla prisustvuje zakonski zastupnik tog lica iako postoje sve ostale potrebne saglasnosti (na primer Centra za socijalni rad, staratelja i sl.).

Na bazi iskustva iz uporednog prava javni beležnici su imali dosta problema se overom nejavnih isprava. Građani pokušavaju da neke svoje probleme reše tako što pokušavaju da kod javnog beležnika potvrde neistinitu ispravu ili dobiju potvrdu o sadržini koja ne odgovara istini. To je i razlog zašto se i naš zakon opredelio za mogućnost da javni beležnik čuva svoje profesionalno dostojanstvo tako što će upozoriti stranke na to da se radi o raspolaganju koje nije u skladu sa pravom. On je dužan da na to upozori i da to upozorenje naznači pored overene isprave. U slučaju kada se radi o ozbiljnijoj povredi prava javni beležnik može i da odbije da overi nejavnu ispravu pa će po žalbi stranke odlučivati komora. Dakle ovde govorimo o nekoj vrsti javnobeležničkog postupka koja podrazumeva odluku javnog beležnika da o nečemu odluči ili ne odluči. Odlučivanje o sadržini nije imanentno poslovima javnog beležnika jer je odluka o spornim pitanjima u nadležnosti suda. Ipak u postupku obavljanja svog posla javni beležnik može da odluči da li će neki pravni posao obaviti ili ne. To je slučaj sa odbijanjem overe nejavne isprave gde se nezadovoljna stranka može žalbom obratiti komori koja odlučuje o tome. Zakon naravno ne govori kakva je pravna snaga komore i da li ona ima obavezujući karakter za javnog beležnika. Čini se da je ta odluka ipak obavezujuća i da će javni beležnik uprkos protivljenju biti u obavezi da u slučaju da komora nađe da je zahtev stranke opravdan ipak izvrši soleminizaciju.

Osim prethodnih pitanja o dopuštenosti sačinjavanja moramo se baviti i pitanjem same overe. Suština soleminizacije dakle leži u potvrdi javnog beležnika kao lica od javnog poverenja da sadržina isprave odgovara volji stranka i da su stranke pred njim stavile svoj potpis ili otisak prsta u skladu sa odredbama zakona o potpisivanju javnobeležničkih isprava. Izjava stranaka kojom potvrđuje sadržinu javnobeležničkog akta mora biti data nedvosmisleno. Ona ne može biti poslata u formi pisma, elektronske pošte ili telegrama. Ona ne može biti data preko telefona ili putem posrednika, ona ne može podrazumevati klimanje glave ili neke konkludentne radnje. Javni beležnik je dužan da ukoliko postoje nemogućnosti u komunikaciji sa licem koje daje izjavu (stranac ili gluvonema osoba) obezbedi prevodioca ili tumača i da to unese u sam tekst javnobeležničkog akta. Jedna od najvažnijih uloga javnog beležnika upravo se iskazuje u njegovom javnom poverenju koje mu država daje te njegovom pravu da svojim potpisom overi sadržinu i tačnost datih izjava. Podsećanja radi treba reći da je prema našem sadašnjem Zakonu o vanparničnom postupku sud mogao potvrditi volju stranaka ali da se ova mogućnost nažalost u praksi od strane građana pa čak ni od strane advokata nije dovoljno koristila.

Potvrđivanjem volje stranaka zapravo javni beležnik jednoj privatnoj ispravi daje snagu javne isprave te se povećava njena dokazna snaga i smanjuju elementi pobijanja njene autentičnosti. Razlika između privatne i soleminizirane isprave

je ogromna. Logično je za očekivati i zakon to nedvosmisleno isključuje da postoji mogućnost u sumnju o kvalitetu javnobeležničke overe. Dakle isključuju se svi ovi razlozi da je stranka bila pod uticajem alkohola, da nije razumela sadržinu, da je na nju vršen pritisak, da je stranka u trenutku sačinjavanja pravnog posla bila maloletna, duševno bolesna i sl. Naravno i javnobeležnički akt kao i svaki drugi akt (pa čak i sudski testament) mogu se pobijati u parničnom postupku iz uobičajenih razloga (prevara, sila, pretnja, elementi zablude).

Ipak ogromna je uloga javnobeležničke overe s obzirom da se nakon svojeručnog potpisivanja javnog beležnika stavljanja pečata i štambilja javnog beležnika te upisa u delovodni broj upisnika i drugih administrativnih radnji jedna privatna isprava "pretvara" u javnu ispravu. Sa stanovišta izvršnog prava možemo istaći izuzetan značaj soleminizacije. Ona zapravo skraćuje put naplate novčanih potraživanja, isključuje sudsku parničnu proceduru te osim efikasnosti i ekonomičnosti podiže nivo pravne sigurnosti pa samim tim i pravne kulture građana. Privatna isprava kao što smo već rekli sigurno ima određenu pravnu snagu. Ipak njena pravna snaga je neuporedivo slabija u odnosu na javnu ispravu. Javnobeležnička overa zaoštava i pitanje osporavanja kvaliteta jedne isprave jer se ona smatra autentičnom sve dok se neko u posebno zakonom predviđenom postupku ne dokaže da je overena neistinita isprava odnosno da overa nije sačinjena u skladu sa zakonom.

#### ULOGA NOTARA U ZASNIVANJU I REALIZACIJI HIPOTEKE

Po našem mišljenju neopravdano Zakon o izvršenju i obezbeđenju praktično isključuje ulogu javnih beležnika u ovom postupku.<sup>20</sup> Njegova uloga može se svesti samo na aktivnosti vezane za njen nastanak i eventualno prestanak dok se realizacija i njeno izvršenje ostaje isključivo u nadležnosti suda odnosno izvršitelja. Po našem mišljenju ovde postoje brojne mogućnosti za noveliranje zakona ili kreativno tumačenje te ulogu javnih beležnika u čitavom procesu.

Javni beležnik bi mogao da sačini ugovor o hipoteci u formi javnobeležničkog zapisa. Članom 84 Zakona o javnom beležništvu predviđena je i obaveza soleminizacije javnobeležničkog zapisa ako on sadrži zakonom predviđene uslove. Javni beležnik bi mogao da izvrši soleminizaciju odnosno potvrdi ugovora o hipoteci ako je sačinjen kao privatna isprava. Kako Zakon o hipoteci predviđa da potpis stranaka mora biti overen u sudu ili kod drugog nadležnog organa po našem mišljenju taj drugi nadležni organ mogao bi biti javni beležnik pri čemu bi

---

<sup>20</sup> O ulozi notara u sačinjavanju i realizaciji hipoteke vidi detaljnije, K. Dolović: Uloga javnih beležnika kod založnog prava nepokretnosti, Strani pravni život 2/2010, Beograd, i D. Medić: Sticanje hipoteke na osnovu sporazuma pred sudom i notarski obrađene isprave, Pravni život, tom IV, br. 10/2005, Banja Luka.



on imao odgovornost da proveri da li je sadržina predmetnog ugovora saobrazna obaveznoj sadržini koju propisuje Zakon.<sup>21</sup>

Ugovor o hipoteci koji sačini javni beležnik može imati i značaj izvršne isprave ukoliko sadrži odredbe koje zakon izričito propisuje.<sup>22</sup> Hipoteka koja je zasnovna na osnovu izvršnog ugovora upisuje se u registar nepokretnosti i kao izvršna nadsudska hipoteka a koji upis omogućava primenu vansudskog postupka namirenja koju propisuje Zakon o hipoteci. Dakle od sadržaja ugovora o hipoteci zavisi da li će imati ili ne značaj izvršne isprave.

#### PRIZNANJA I IZVRŠENJE STRANE JAVNOBELEŽNIČKE ISPRAVE

Pre nego što pristupimo analizi ovog problema najpre treba da naznačimo šta se smatra stranom javnobeležničkom ispravom. Strana javnobeležnička isprava je svaka isprava koja je sačinjena u drugoj zemlji van područja Republike Srbije. Strane javnobeležničke isprave imaju pod uslovom uzajamnosti isto pravno dejstvo kao i javnobeležničke isprave sačinjene po Zakonu o javnom beležništvu. Dakle pojam uzajamnosti je uobičajeni pojam kod priznavanja i izvršavanja stranih sudskih ili arbitražnih odluka. Uzajamnost podrazumeva da jedna zemlja prihvata naše javnobeležničke isprave te i mi prihvatamo javnobeležničke isprave te zemlje. U pravnoj teoriji postoji takozvani prvi korak koji se uvek mora povući da bi se jedna javnobeležnička isprava priznala u slučaju da takvih situacija nije bilo. Nakon tog "prvog koraka" ukoliko nastupi uzajamnost ona će se kasnije pretvoriti u pravilo.

Zakon takođe predviđa da strane javnobeležničke isprave ne mogu u Republici Srbiji imati pravno dejstvo koje nemaju po zakonu države po kome su izdate. Dakle ne može se u našoj zemlji dati veće pravo nečemu što ni u zemlji izdavanja nema takvo svojstvo.<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> "Ugovor o hipoteci koji sačini javni beležnik može imati značaj izvršne isprave ukoliko sadrži odredbe koje zakon izričito propisuje. Hipoteka koja je zasnovna na osnovu izvršnog ugovora upisuje se u registar nepokretnosti kao izvršna vansudska hipoteka a koji upis omogućava primenu vansudskog postupka namirenja koji propisuje zakon o hipoteci. Dakle, od sadržaja ugovora o hipoteci zavisi da li će imati ili ne značaj izvršne isprave." M. Dika: Zbornik radova o javnom beležništvu, GTZ, Beograd, 2010, str. 3 do 20.

<sup>22</sup> M. Dika u članku javnobeležničke ovršne isprave strana 6 navodi "kako bi se javnobeležnički akt mogao smatrati izvršnom ispravom on mora da sadrži i klauzulu izvršnosti u kojoj će biti konstatovana izjava obveznika da je saglasan da se neposredno na osnovu tog akta nakon dospelosti potraživanja traži izvršenje".

<sup>23</sup> O pretpostavkama za dozvolu izvršenja na osnovu inostranih izvršnih isprava vidi detaljnije Komentar zakona o izvršenju i obezbeđenju I. Mažijerić, F. Čulinović, Geca Kon, Beograd, 1939, str. 246.

Potvrđenim međunarodnim ugovorima mogu se predvideti i druga pravna dejstva strane javnobeležničke isprave. Nama predstoji brojna aktivnost kako bi se najpre u zemljama regiona a potom i sa drugim zemljama zaključili ugovori kojima se potvrđuju međusobni postupci priznavanja ili izvršavanja javnobeležničkih isprava.<sup>24</sup>

Posebno pitanje imaju javnobeležnički zapisi koji su nepotpuno izvršni po stranom pravu. Ta neposredna izvršnost koja proističe iz njihovih propisa ima se primeniti i u Republici Srbiji. To praktično znači da onaj javnobeležnički akt koji u zemlji nastanka ima snagu izvršne isprave ima se kao takav tretirati i na području Republike Srbije. Ipak uslov za to je i postojanje svih elemenata koji su domaćim zakonodavstvima dakle Zakonom Republike Srbije potrebni za izvršenje.

U pojedinim slučajevima može se desiti da je isti javnobeležnički zapis sastavio domaći ali i strani javni beležnik. U takvim situacijama javnobeležnički zapis se smatra domaćom javnom ispravom ako je overen pečatom i štambiljom domaćeg javnog beležnika. To je svakako u interesu samih stranaka te će se ova zakonska odredba pozitivno odraziti na pravni promet. Ovakva situacija može nastati na primer kod mešovitih brakova ili kada je između našeg državljanina i stranca došlo do određenog pravnog posla. S jedne strane overom i našeg i stranog javnog beležnika olakšaće se pravni promet kako u nas tako i u zemlji čiji je javni beležnik takođe overio ispravu.

Nažalost, moramo konstatovati da se o priznanju i izvršenju stranih javnobeležničkih (notarskih) isprava u nas jako malo pisalo.<sup>25</sup> To je i razlog zašto su brojna pitanja ostala nerazjašnjena kako u pravnoj teoriji a naravno tako i u stručnoj javnosti. Naime zakon predviđa ograničenja koja se odnose na to da li je određeni notarski akt izvršna isprava u zemlji nastanka. Sud ili izvršitelj koji budu neposredno sprovodili stranu javnobeležničku ispravu dakle moraće da dobro znaju propise te zemlje kako bi znali da li se radi o izvršnoj ispravi ili ne. Tu moramo voditi računa o različitoj pravnoj organizaciji država, o terminološkim nejasnoćama kao i o strukturalnim pitanjima.<sup>26</sup>

Drugo ograničenje postoji i u pogledu da li je sadržina te izvršne isprave koja nam dolazi od stranog javnog beležnika u potpunosti upodobljeno sa našim zakonodavstvom. Odnosno da li ispunjava sve uslove prema Zakonu o izvršenju

---

<sup>24</sup> Čl. 109 Zakona o notarima u Bosni i Hercegovini predviđa da notarska isprava izdata u inostranstvu uz uzajamnost ima isto pravno dejstvo kao i notarska isprava izdata po domaćem zakonu te se strana isprava ne može u federaciji imati pravno dejstvo koje nemaju po zakonu koji za njihovo izdavanje bilo merodavno u inostranstvu.

<sup>25</sup> O priznanju stranih sudskih i arbitražnih odluka vidi: G. Knežević: Međunarodno trgovinska arbitraža, Beograd, 1965; Knežević, Stojanović: Komentar Zakona o međunarodnim priznanjima i procesnim pravima Bgd, 1991; M. Dika: O pojmu priznavanja sudskih odluka Zagreb, 1987.

<sup>26</sup> O tome koje su strane sudske odluke podobne za priznanje i izvršenje u domaćoj državi vidi detaljnije M. Živković: Međunarodno privatno pravo, Beograd, 2006.

i obezbeđenju. Podsetimo da ovaj zakon sadrži pojedine odredbe koje govore o ograničenju u pogledu obima te vrste sprovođenja izvršenja. Tako na primer ukoliko je pred javnim beležnikom u nekoj stranoj zemlji sačinjen javnobeležnički zapis kojim se izvršni dužnik obavezuje na mesečno davanje (izdržavanje ili renta usled prouzrokovane štete) takva izvršna isprava bi trebala u nas da se sprovodi najčešće plenidbom zarade. Ukoliko je iznos suprotan ograničenjima koja važe za zaradu u nas onda se sigurno takva izvršna isprava neposredno ne može sprovoditi preko zarade izvršnog dužnika. Postoje i brojna druga ograničenja koja će onaj ko bude sprovodio izvršenje morati da ceni što će svakako u mnogome komplikovati postupak neposrednog izvršenja stranih javnobeležničkih isprava.<sup>27</sup>

Uprkos brojnim mogućim problemima moramo istaći ogroman značaj ovih javnobeležničkih isprava. Neposredna primena naših javnobeležničkih isprava u inostranstvu te stranih javnobeležničkih isprava u nas u mnogome će rasteretiti sudove ali, što je mnogo važnije, omogućiti brže i jeftinije ostvarivanje prava građana te zaštitu njihove imovine. Postupak pred javnim beležnikom je neuporedivo brži i ekonomičniji u odnosu na sudski postupak te je i realizacija njegovih akata neuporedivo racionalnija. Eventualne teškoće na koje smo ukazivali predstavljaju samo naš napor da unapred ukažemo na moguće probleme sa kojima ćemo se suočiti i za koje se trebamo pripremiti.

#### EVROPSKI IZVRŠNI NASLOV

Institut Evropskog izvršnog naslova koji se odnosi na nesporne tražbine uveden je u pravo zemalja Evropske Unije uredbom EU, br. 805 iz 2004. god. Evropskog parlamenta i veća od 21. Aprila 2004. godine. Ova uredba je doneta u okviru programa mera za sprovođenje nespornih načela pri priznavanju odluka o građanskim i privrednim stvarima što u prvoj fazi predviđa ukidanje egzegviture (postupak priznavanja stranih sudskih i arbitražnih odluka) i stvaranje Evropskog izvršnog naslova samo za nesporne tražbine. Ovo je trebalo da doprinesu ubrzanju osnovnog cilja zajednice o razvoju prostora slobodne i sigurne naplate potraživanja, kretanja lica i kapitala te saradnje pravosudnih organa. Uredba je odraz opštih stanja o uzajamnom priznanju sudskih odluka te drugih izvršnih naslova kao što su upravna i javnobeležnička akta.<sup>28</sup>

Ovim Evropskim izvršnim naslovom propisuje se minimalna procedura i standardi da bi se omogućio slobodan promet sudskih odluka te poravnanje. Jav-

---

<sup>27</sup> V. Jelić: Neposredna ovršnost javnobeležničkog akta, Bilten javnih beležnika Hrvatske, br. 13; o izvršnosti javnobeležničkih isprava; vidi detaljnije M. Trgovčević-Prokić: Ovlašćenje javnih beležnika, Beograd, 2009, str. 273 do 275.

<sup>28</sup> O Evropskom izvršnom naslovu vidi detaljnije, M. Dika: Javnobeležničke ovršne isprave, GTC Beograd, 2010, str. 17.

na isprava koja je u zemlji porekla potvrđena kao evropski izvršni naslov izvršava se u drugim državama članicama bez potrebe da bude proglašena izvršnom ispravom i bez mogućnosti pobijanja njene izvršnosti. U odnosima javnobeležničke isprave mogu se utvrditi sledeći slučajevi: u kojima je presuda koja je potvrđena kao evropski izvršni naslov prestala biti izvršna ili njena izvršnost suspendovana ili ograničena, pa će sud porekla u pogledu zahteva donesenog u svako doba izdati potvrdu u kojoj će naznačiti neizvršnost ili ograničenje izvršnosti i upotrebiti standardizovani obrazac; kada nakon izvršne odluke koja je potvrđena kao evropski izvršni naslov bude donesena odluka kojom je izvršna u državi porekla u pogledu zahteva podnesenih u svako doba uz primenu standardizovanog obrasca. Mogu se utvrditi i slučajevi po kojima će se odluka koja sadrži i izvršnu odluku o iznosu troškova povezanih sa sudskim postupkom uključujući i kamate potvrditi i u odnosu na te troškove kao evropski izvršni naslov osim ako dužnik nije u sudskom postupku u skladu sa pravom države porekla izrekom osporio svoju obaveznu na naknadu troškova postupka. Takođe ako samo delovi presude zadovoljavaju pretpostavkama iz uredbe ako se potvrda o evropskom izvršnom naslovu može ispraviti zbog očite greške ili postoje nepodudarnosti između odluke i potvrde. Takođe može se opozvati kada je očito da je pogrešno izdata imajući u vidu pretpostavku propisane uredbom. Na određenu ispravu ili opoziv potvrde o evropskom izvršnom naslovu primenjuje se pravo države porekla. U slučaju da se zahteva za ispravku ili opoziv potvrde o Evropskom izvršnom naslovu može podneti uz primenu standardizovanog obrasca, izdavanju potvrde o izvršnom naslovu u žalbi koja nije dopuštena te da je potvrda o evropskom izvršnom naslovu delotvorna samo u granicama izvršne odluke i drugim slučajevima koji su predviđeni uredbom. Sama uredba ne deluje na mogućnost traženja priznanja izvršenja presude sudskog poravnanja ili javnih isprava o neospornim potraživanjima. Uredba ne deluje ni na primenu drugih uredaba.

Evropski izvršni naslov je svakako jedna od najznačajnijih novina u pravcu razrešavanja nastalog problema međusobnog priznavanja i izvršavanja sudskih arbitražnih ili javnobeležničkih odluka.<sup>29</sup> Njen je značaj izuzetno veliki jer se ona upravo bazira na nespornim stvarima. Uloga notarskog izvršnog naslova upravo jeste u sačinjavanju specifičnih oblika poravnanja odnosno u sačinjavanju izjava volje kojom strane uređuju svoje odnose ili regulišu iste.

Uloga javnih beležnika zapravo i jeste u uređivanju ovih odnosa te usklađivanju odnosa u slučajevima postizanja sporazuma između stranaka. Sud će i u narednom periodu presuđivati sporna pitanja te evropski izvršni naslov gotovo

---

<sup>29</sup> N. Šarkić, M. Nikolić: Priznanje i izvršenje stranih izvršnih i javnobeležničkih (notarskih) isprava, Paragraf br. 12/10, Beograd, str. 23.

idealna forma za rešavanje javnobeležničkih akata koji predstavljaju izvršne naslove u drugoj zemlji.<sup>30</sup>

Po našem mišljenju i bilateralnim ali i regionalnim sporazumima može se urediti na identičan način neposredno priznanje i izvršenje dopunskih akata odnosno ubrzavanje postupka priznanja ili rešenja akata koje su sačinili javni beležnici. To bi svakako obezbedilo veću pravnu sigurnost i pomoglo u zaštiti prava građana za zaštitu njihove imovine. Naša regionalna pravna-politička situacija najbolje govori o tome jer su i dalje brojne porodice iz mešovitih brakova u različitim sada državama te je privredna saradnja u regionu ponovo oživela. Formiranje regionalnog izvršnog naslova za područje npr. bivše Jugoslavije, u mnogome bi omogućila ubrzavanje pravnih procedura i podiglo nivo kvaliteta zaštite prava građana i njihove imovine.

#### ZAKLJUČAK

Javnobeležničko pravo je u nas novina. Nažalost i ono malo iskustava koje smo imali sa ovim institutom prekinuta su 1941. godine. Uvođenjem javnih beležnika u Srbiji ponovo će se afirmisati ova u svetu veoma priznata pravosudna profesija. Njome će se u mnogome postići osnovni ciljevi rasterećivanja sudova, smanjivanja troškova budžeta, ubrzavanja postupka zaštite prava građana i njihove imovine, pojednostaviti procedure i podići nivo pravne svesti i pravne kulture građana.

S druge strane, novi Zakon o izvršenju i obezbeđenju uveo je neka nova rešenja od kojih je najznačajnije uvođenje izvršitelja, kao privatne pravosudne profesije.

Po našem mišljenju Zakon o izvršenom postupku nije u prvom trenutku u potpunosti iskoristio brojne mogućnosti komplementarnosti sa javnim beležništvom. Tako je zakon zauzeo rigidan stav o tome da se poslovi iz izvršenja i obezbeđenja ne mogu prenositi na poslove javnog beležnika što je u suprotnosti sa našim razmišljanjem. Ipak ovim radom pokušali smo da dokažemo da postoje brojna preplitanja u nadležnosti i ogromna uloga javnih beležnika za ubrzavanje sudskih i drugih upravnih procedura u funkciji zaštite prava građana. Takođe, pokazali smo da se u pojedinim segmentima javni beležnici i te kako angažuju u izvršnom postupku te da je privid da je njihovo delovanje u izvršnom postupku ograničeno ili minorno.

Očekujemo da će u narednim reformama našeg pravnog sistema javni beležnik dobiti brojnija ovlašćenja u pogledu na primer popisa i procene imovine, čuvanja popisanih stvari, rukovođenja prodajom većih vrednosti, sačinjavanjem te realizacijom hipoteka, neposrednim izvršenjem uz saglasnost stranaka i sl.

---

<sup>30</sup> N. Šarkić, M. Nikolić: Priznanje i izvršenje stranih sudskih i arbitražnih odluka, Pravni život, br.13/2008. str. 345 do 359.

Na bazi iskustva iz uporednog prava dakle treba očekivati da će se javnobeležničko (notarijalno) i izvršno pravo više preplitati te da će jačati uloga javnih beležnika u postupku izvršavanja sudskih odluka i uopšte realizaciji prava građana.

NEBOJŠA ŠARKIĆ, LL.D.,  
Professor, Faculty of Law, University Union, Belgrade  
MILAN POČUČA, LL.D.,  
Assistant Professor, Faculty of Law in Novi Sad,  
University Business Academy, Novi Sad

## EXECUTIVE AND PUBLIC NOTARY LAW

### Summary

Two new judicial professions were introduced into our legal system: notaries public and executors. This is the result of the reform of the civil adjective law and harmonization with the European law. In our opinion, the Public Notary Law does not grant enough space for the legal engagement of notaries public and restrictively relates to the powers of notaries public in the executive procedure. In our work we have stressed the strong ties between the notary public and the executive law and the interrelation between these two civil procedures. The most important role of notaries public is certainly the possibility of composition of notary public records which, under legally stipulated terms, can be executive documents which allows for the relief of courts, accelerates and cheapens the procedure and provides a better quality of the protection of the citizen's rights and their property.





## POLOŽAJ LICA SA POSEBNIM POTREBAMA U NOTARSKOM POSTUPKU

### U V O D

Notarski (javnobeležnički) postupak predstavlja skup pravom propisanih radnji čije je preduzimanje nužno za nastanak punovažnog notarskog (javnobeležničkog) zapisa. Procedura sastavljanja javnobeležničkog zapisa prolazi kroz nekoliko etapa,<sup>1</sup> od kojih je najznačajnija rekognicija (priznanje javnobeležničkog zapisa) – stadijum notarskog postupka u kojem stranka treba da se upozna sa sadržinom isprave, da je odobri davanjem izričite izjave da je njena volja u svemu verno uneta i da se na samoj ispravi potpiše.<sup>2</sup> Putem rekognicije neposredno se ostvaruje preventivna uloga javnog beležništva, jer upravo taj stadijum notarskog postupka omogućuje stranci da se pre potpisivanja javnobeležničke isprave na pouzdan način upozna sa njenom sadržinom i da izvrši kontrolu njene tačnosti i

---

Dr Dejan B. Đurđević, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Rad je rezultat istraživanja u okviru projekta Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu pod nazivom: "Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija s pravom Evropske unije (pravni, ekonomski, politički i sociološki aspekti)".

<sup>1</sup> O stadijumima u postupku sastavljanja javnobeležničkog zapisa, vid. D. Đurđević, "Javnobeležnički akti", *Javnobeležničko pravo* (ur. D. Hiber), Beograd 2005, 136 i dalje.

<sup>2</sup> O stadijumu rekognicije, vid. bliže: D. Đurđević, "Priznanje notarskog zapisa", *Analisi Pravnog fakulteta u Beogradu*, 1/2012, 159 i dalje..

potpunosti.<sup>3</sup> Ispunjavanje pravnopolitičkih ciljeva radi kojih je zakonodavac propisao pravila o rekogniciji znatno je otežano kada stranka ima nedostatak koji je sprečava da: sama pročita ispravu (nepismena lica, lica koja ne znaju jezik na kojem se sastavlja notarska isprava, lica koja ne mogu da vide) ili da na uobičajen način komunicira sa javnim beležnikom (lica koja ne mogu da čuju ili govore). Za stranke sa takvim nedostatkom srpski zakonodavac koristi naziv "lica sa posebnim potrebama".<sup>4</sup> U ovom radu biće obrađeni pravni mehanizmi putem kojih pravni poredak nadomešćuje nedostatke određenih učesnika u postupku sastavljanja notarske isprave kako bi im omogućio da izvrše kontrolu njene tačnosti i potpunosti i da je priznaju za svoj akt.

### POJAM LICA SA POSEBNIM POTREBAMA

Najopštije posmatrano, lice sa posebnim potrebama je svako lice koje: 1° nije u stanju da određene radnje u notarskom postupku obavi na zakonom propisan način, odnosno 2° prema kojem se određene radnje u notarskom postupku ne mogu preduzeti na zakonom propisan način. Da li će se neka stranka u postupku sastavljanja javnobeležničkog zapisa smatrati licem sa posebnim potrebama zavisi od toga kako je koncipiran postupak rekognicije. Tako, kada pravila notarske procedure propisuju dužnost stranke da potpiše ispravu, licem sa posebnim potrebama smatraće se ono koje iz bilo kog razloga (na primer, nepismenost, trajna ili privremena nesposobnost da piše usled telesnog nedostatka) nije u stanju da obavi tu radnju u momentu sastavljanja javnobeležničkog zapisa. S druge strane, ukoliko pravni poredak obavezuje notara da stranci pročita ispravu, u kategoriji lica sa posebnim potrebama ubraja se i ona stranka prema kojoj u trenutku sastavljanja notarske isprave takva procesna radnja ne može biti preduzeta, jer nije u stanju da čuje ono što joj notar kazuje (na primer, gluvo lice ili lice slabijeg sluha kojem se pokvario slušni aparat).

Prema redovnom toku stvari, stadijum rekognicije u srpskom pravu sprovodi se tako što se stranci u prisustvu javnog beležnika čita tekst pravnog posla sa izvornika javnobeležničkog zapisa, a nakon toga stranka izjavljuje da je njena volja u svemu verno uneta i potpisuje se.<sup>5</sup> Kada je stadijum rekognicije postavljen

<sup>3</sup> Diether Huhn, Hans-Joachim von Schuckmann, *BeurkG und DONot – Kommentar*, Berlin 2003, 182.

<sup>4</sup> Vid. marginalni naslov iznad čl. 76 Zakona o javnom beležništvu ("Sl. glasnik RS" 31/2010), u daljem tekstu: ZJB.

<sup>5</sup> Bliže o tome vid. D. Đurđević, "Priznanje notarskog zapisa", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 1/2012, 171 i dalje.

na takav način, od stranke se očekuje da obavi sledeće radnje: da potpiše ispravu i da izjavi da je njena volja u svemu verno uneta. S druge strane, notar je dužan da stranci pročita ispravu. Preduzimanje svih ovih radnji u notarskom postupku podrazumeva da stranka poseduje određene kvalitete: da može da čuje, vidi, govori, da se potpiše, da pročita ispravu i da razume jezik koji je u službenoj upotrebi kod notara. Imajući u vidu izloženo, licem sa posebnim potrebama smatra se ona stranka koja u momentu sastavljanja javnobeležničkog zapisa nije sposobna da čuje, vidi, govori, piše, čita i komunicira na jeziku na kojem se sastavlja javnobeležnička isprava.

Notar u svakom konkretnom slučaju mora da utvrdi da li je stranka lice sa posebnim potrebama. Ovu okolnost javni beležnik može ustanoviti na osnovu tvrdnji same stranke ili izvođenjem drugih dokaza.<sup>6</sup> Kada stranka tvrdi da je nepismena, da ne vidi, ne čuje i sl., u uporednom pravu preovlađuje stav da je notar vezan tim navodima i da nije dužan da dokazuje njihovu tačnost.<sup>7</sup> Ukoliko stranka tvrdi suprotno (da može da vidi, čuje, čita, piše itd.) ili se ne izjašnjava o svojoj pismenosti i sposobnosti da čulno opaža, notar je dužan da utvrdi da li takva stranka ulazi u kategoriju lica sa posebnim potrebama. Pri tome se primenjuje princip slobodne ocene dokaza. Kada utvrđuje sposobnost stranke da čulno opaža, nije neophodno da javni beležnik zahteva od nje podnošenje lekarskog uverenja.<sup>8</sup> Na primer, sposobnost stranke da čuje notar može utvrditi tako što će od nje tražiti da ponovi nešto što joj je usmeno saopštio.

Za slučaj da notar, suprotno navodima stranke, ustanovi da je ona nepismena ili da nije u stanju da čulno opaža, on ne sme da sporovodi redovan postupak za sastavljanje notarskog zapisa, već je dužan da primenjuje posebna pravila notarske procedure koja su predviđena za lica sa posebnim potrebama. Ukoliko se stranka protivi primeni specijalnih pravila za lica sa posebnim potrebama (pozivanje svedoka, tumača i sl.) notar je dužan da odbije sastavljanje javnobeležničkog zapisa.<sup>9</sup>

---

<sup>6</sup> Upor. § 22, st. 1 (1) nemačkog Zakona o potvrđivanju isprava (*Beurkundungsgesetz*), u daljem tekstu: *BeurkG*: “Ako stranka, prema svom tvrđenju ili uverenju notara, nije sposobna da u potrebnoj meri čuje, govori ili vidi, u postupku sastavljanja isprave treba da učestvuju svedok ili drugi notar, ukoliko stranka to ne odbije.”

<sup>7</sup> Vid. C. Armbrüster, N. Preuß, T. Renner, *BeurkG – Kommentar*, Berlin 2009, 394; W. Litzenburger, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (Hrsg. H. G. Bamberger, H. Roth), München 2003, III, 1825.

<sup>8</sup> Vid. H. Grziwotz, J. Heinemann, *Beurkundungsgesetz – Kommentar*, Köln 2012, 256.

<sup>9</sup> To proističe iz čl. 53, st. 2 ZJB, koji predviđa da je javni beležnik dužan da uskrati službeno radnju ako je ona nespojiva sa njegovom službenom delatnošću i ako se njegovo učešće traži radi postizanja nedopuštenog cilja. U istom smislu, vid. W. Litzenburger, 1826, koji se poziva na § 4 *BeurkG*. Pomenuta odredba glasi: “Notar treba da odbije sastavljanje isprave, ukoliko to ne bi bilo spoji-

## LICA KOJA NE MOGU DA ČUJU

Prema redovnim pravilima rekognicije u srpskom pravu, stranka se upoznaje sa sadržinom javnobeležničkog zapisa tako što joj notar (ili neko drugo lice u prisustvu notara) glasno čita izvornik isprave. Stranka može, ali ne mora lično da pročita notarski zapis.<sup>10</sup> Isto rešenje važi u austrijskom<sup>11</sup> i nemačkom pravu (§ 13 BeurkG), kao i u pojedinim švajcarskim kantonima (Lucern, Bern, Nidvalden i Uri).<sup>12</sup> Lica koja nisu u stanju da čuju ne mogu se upoznati sa sadržinom notarskog zapisa tako što će im on biti pročitan. Da bi takvoj stranci omogućio da izvrši kontrolu tačnosti i potpunosti javnobeležničkog zapisa, zakonodavac je morao da odstupi od opštih pravila rekognicije i da propiše specijalne norme.

Pre nego što se izlože ta specijalna pravila neophodno je ukazati na različit terminološki pristup koji postoji u uporednom pravu. Dok austrijski zakonodavac koristi termin "gluvo lice - *ein Tauber*" (§ 60, st. 1 ÖNotO), nemačko pravo opisno govori o "stranci koja nije u stanju da čuje u potrebnoj meri" (§ 23 BeurkG). Srpski ZJB, isto kao i austrijski ÖNotO, propisuje posebna pravila notarske procedure za slučaj kada je stranka "gluvo lice" (čl. 76, st. 1 ZJB).

Pristup nemačkog zakonodavca je pravilniji. Za sprovođenje notarske procedure bitna je sposobnost stranke da u momentu sastavljanja notarske isprave čuje ono što joj javni beležnik čita.<sup>13</sup> Irelevantni su razlozi zbog kojih stranka ne može čulom sluha da registruje ono što notar izgovara (urođena gluvoća, naknadno oboljenje, privremen gubitak čula sluha). Svesnim odbijanjem da upotrebe termin "gluv" redaktori nemačkog BeurkG-a hteli su da istaknu da za primenu specijalnih pravila notarske procedure nije nužna trajna gluvoća, već da su ta pravila primenljiva i u slučaju privremenog odsustva čula sluha koje postoji u momentu sastavljanja notarske isprave.<sup>14</sup>

---

vo sa njegovim službenim dužnostima, a naročito onda kada se zahteva njegova saradnja u preduzimanju pravnih radnji koje očigledno služe za ostvarenje nedozvoljenih i nepoštenih ciljeva."

<sup>10</sup> Vid. D. Đurđević, "Priznanje notarskog zapisa", *Anal. Pravnog fakulteta u Beogradu*, 1/2012, 175.

<sup>11</sup> Vid. § 52 austrijskog Zakona o javnom beležništvu (*Notariatsordnung*), u daljem tekstu: ÖNotO.

<sup>12</sup> Vid. § 37 Zakona o javnom potvrđivanju isprava (*Gesetz über die öffentlichen Beurkundungen*) Kantona Lucern; čl. 46 Javnobeležničke uredbe (*Notariatsverordnung*) Kantona Bern; § 27 Uredbe za sprovođenje Zakona o javnom potvrđivanju isprava (*Vollziehungsverordnung zum Gesetz über die öffentliche Beurkundung*) Kantona Nidvalden; čl. 26 Uredbe o javnom beležništvu (*Verordnung über das Notariat*) Kantona Uri.

<sup>13</sup> Upor. W. Litzenburger, 1825, koji kaže da: "stranka nije u stanju da čuje u potrebnoj meri onda kada je njeno čulo sluha oštećeno tako da onemogućava sporazumevanje od usta ka uvetu (*von Mund zum Ohr*)".

<sup>14</sup> Vid. P. Jansen, *FGG – Kommentar*, Berlin 1971, III, 193.

Uprkos drugačijim formulacijama zakonskih odredbi, između austrijske i nemačke notarske prakse razlike nema. Austrijski notari pod gluvim licem podrazumevaju ono lice: "koje nije u stanju da čuje u potrebnoj meri".<sup>15</sup> Na isti način treba da postupaju i srpski javni beležnici. Sa stanovišta notarskog postupka i primene čl. 76 ZJB, treba uzeti da je stranka gluva ukoliko u postupku sastavljanja javnobeležničkog zapisa nije u stanju da čulom sluha registruje ono što joj notar kazuje. U skladu sa tim, lica sa oštećenim sluhom mogu da sačinjavaju javnobeležničke zapise po redovnim pravilima ukoliko je *in concreto* moguće prevazići taj njihov nedostatak i omogućiti im da čuju ono što notar čita (na primer upotrebom slušnog aparata, glasnijim čitanjem, da stoje bliže notararu dok im čita izvornik isprave i sl.).<sup>16</sup>

Kada utvrdi da stranka nije u stanju da čulom sluha registruje ono što joj se čita, javni beležnik je dužan da postupak sačinjavanja javnobeležničkog zapisa sprovede na način propisan čl. 76, st. 1-5 ZJB. U odnosu na redovna pravila notarske procedure, pomenute odredbe ZJB uvode dva bitna odstupanja: 1° stranka se upoznaje sa sadržinom isprave tako što sama čita izvornik javnobeležničkog zapisa (čl. 76, st. 1 ZJB) i 2° pored notara i stranke u postupku obavezno učestvuje jedan svedok (čl. 76, st. 3 ZJB) koji će na samoj ispravi svojim potpisom potvrditi da je stranci pismeno predočena sadržina javnobeležničkog zapisa (čl. 76, st. 5 ZJB).

U suštini, ovakav pristup odgovara pravilima koja su se iskristalisala u uporednom pravu. Ako je u nekom pravnom poretku redovan postupak rekognicije uređen tako što notar stranci čita ispravu (npr. Austrija, Nemačka), za slučaj da stranka ne može da čuje, notarski akt se sačinjava po posebnoj proceduri koja se odlikuje time što stranka sama čita notarski akt i što u postupku prisustvuju svedoci.

Austrijsko pravo zahteva da u postupku prisustvuju dva svedoka ukoliko je stranka gluva (§ 56, st. 1d ÖNotO). Prisustvo svedoka može biti supstituisano učešćem dugog notara (§ 56, st. 2 ÖNotO). Stranka sa oštećenim sluhom mora sama da pročita notarski akt i da izričito potvrdi da ga je pročitala i da njegova sadržina odgovara njenoj volji. Tu izjavu notar je dužan da unese u javnobeležnički akt iznad mesta namenjenog za potpisivanje (§ 60, st. 1 ÖNotO). Dok stranka čita ispravu, notar mora biti neprekidno prisutan.<sup>17</sup>

Za slučaj da stranka nije u stanju da čuje, nemačko pravo zahteva da u postupku prisustvuje svedok ili drugi notar, koji su dužni da se potpišu na notarskom aktu (§ 22 BeurkG). Nasuprot austrijskom pravu, u Nemačkoj prisustvo

---

<sup>15</sup> Vid. Kurt Wagner, Gerhard Knechtel, *Notariatsordnung*, Wien 2000, 276.

<sup>16</sup> Vid. C. Armbrüster, N. Preuß, T. Renner, 394; H. Grziwotz, J. Heinemann, 254.

<sup>17</sup> Vid. K. Wagner, G. Knechtel, 276.

svedoka, odnosno drugog notara nije obavezno, jer stranka to može odbiti. Ukoliko u postupku učestvuje više stranaka (npr. kod zaključenja ugovora u formi notarskog zapisa) neophodno je da se sve saglase sa sprovođenjem notarskog postupka bez pozivanja svedoka, odn. drugog notara. Na zahtev stranke notar je dužan da obezbedi učešće tumača za gestove gluvonemih lica. Stranci koja ne može da čuje notar će dati ispravu da je pregleda. Pošto pregleda ispravu stranka će je priznati za svoj pravni posao i svojeručno će se potpisati. Sve ove činjenice notar mora konstatovati na samom notarskom aktu. Svojeručan potpis stranke na notarskom aktu stvara pretpostavku da joj je akt dat na pregled i da ga je priznala za svoj pravni posao (§ 23 BeurG).

Zakon o javnom potvrđivanju isprava Kantona Lucern (§ 48, st. 1) predviđa da lice koje je gluvo ili gluvonemo mora samo da pročita notarsku ispravu i da na ispravi pismeno potvrdi da je ona saobrazna njegovoj volji. Prisustvo svedoka se ne zahteva.

Srpsko pravo takođe insistira na tome da stranka koja ne može da čuje lično pročita javnobeležnički zapis. Notar je dužan da stranci dâ ispravu na čitanje, čak i onda kada ona to ne zahteva.<sup>18</sup> U prilog ovakvom stanovištu može se istaći formulacija čl. 76, st. 1 ZJB, gde stoji da će notar: "tražiti od stranke" da pročita ispravu. Sledstveno tome, čitanje isprave od strane stranke ne može biti nadomešćeno time što je ona vična čitanju sa usana ili što ju je notar sa sadržinom isprave upoznao koristeći gestove gluvonemih lica.<sup>19</sup>

U vezi sa primenom čl. 76 ZJB pojavljuju se i neka sporna pitanja. Ona se tiču: 1° prostiranja dužnosti javnog beležnika da se stara o tome da stranka pročita ispravu i 2° važenja načela neposrednosti.

*a) Dužnost javnog beležnika da se stara o tome da stranka pročita ispravu.* – U uporednom pravu ne postoji konsensus o tome da li je dovoljno da javni beležnik stranci pruži mogućnost da pročita ispravu, tj. da joj samo uruči ispravu i da njenoj sopstvenoj odgovornosti prepusti odlučivanje o tome koliko pažljivo i detaljno će je pročitati? Ili je potrebno da notar preduzme određene mere kako bi obezbedio da stranka zaista pažljivo pročita celokupan tekst isprave pre nego što je potpiše i prizna za svoj akt?<sup>20</sup>

Prema jednom shvatanju dovoljno je da notar preda ispravu stranci i na taj način joj omogući da je pročita. Notar nije dužan da se stara o tome da stranka u

<sup>18</sup> U tom smislu vid. H. Grziwotz, J. Heinemann, 265.

<sup>19</sup> U tom smislu vid. C. Armbrüster, N. Preuß, T. Renner, 398.

<sup>20</sup> Za razliku od austrijskog prava koje u § 60, st. 1 ÖNotO insistira na tome da "gluvo lice mora lično da pročita akt (*Ein Tauber muß den Akt selbst lesen*)", nemački zakonodavac se u § 23 BeurG zadovoljio time što je predvideo dužnost notara da stranci ispravu "podnese na uvid (*zur Durchsicht vorgelegt werden*)".



potpunosti pročita ispravu.<sup>21</sup> Prema drugom shvatanju, pretpostavka za punovažnost notarskog akta jeste da ga stranka zaista i u potpunosti pročita.<sup>22</sup> Notar je u obavezi da preduzme sve mere kako bi se uverio da je stranka pročitala notarsku ispravu.<sup>23</sup> Pri tome se ne traži da stranka glasno čita javnobeležnički zapis u prisustvu notara – dovoljno je da ona u prisustvu notara drži ispravu tačno ispred očiju.<sup>24</sup>

Za srpsko pravo primerenije je drugo shvatanje. Naime, stadijum rekognicije ima kontrolnu funkciju jer podstiče stranku na to da pažljivo proveri sadržinu javnobeležničkog zapisa pre nego što ga odobri i potpiše.<sup>25</sup> Na taj način se afirmiše preventivna uloga javnobeležničke službe. Javno beležništvo neće pružiti preventivnu pravnu zaštitu u potrebnoj meri ukoliko se vršenje određenih procesnih radnji u notarskom postupku svede na prosto udovoljavanje formalnostima: na primer, notar preda gluvoj stranci notarski zapis na nekoliko kucanih strana, ona ga uzme u ruku, površno ga pogleda i nakon par sekundi izjavi da je njena volja u svemu verno uneta i potpiše se. Činjenica je da notar ne može nikada biti u potpunosti siguran da li je stranka pažljivo pročitala javnobeležnički zapis, kao što ni u redovnom postupku rekognicije nikada ne može garantovati da je stranka pri punoj koncentraciji slušala ono što joj se čita. Ali insistiranje na tome da stranka drži ispravu pred očima onoliko dugo koliko je prema razumnoj proceni potrebno da se takav akt pročita može na nju da deluje opominjuće, da joj ukaže na ozbiljnost transakcije u koju stupa i na taj način je spreči da nepromišljeno preduzme pravni posao.<sup>26</sup>

b) *Važenje načela neposrednosti.* – Načelo neposrednosti je razvijeno u stranoj notarskoj praksi i ima za cilj da obezbedi potpunu podudarnost između ono-

---

<sup>21</sup> Vid. H. Grziwotz, J. Heinemann, 265.

<sup>22</sup> Vid. A Escher, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch* (Hrsg. E. Beck et al.), Bd. III: Erbrecht, Zürich 1959, 375.

<sup>23</sup> Vid. P. Ruf, *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht – Zivilgesetzbuch II* (Hrsg. H. Honsell, N. P. Vogt, T. Geiser), Basel-Genf 2003, 243. Vid. i čl. 47, st. 2 Javnobeležničke uredbe Kantona Bern.

<sup>24</sup> Vid. odluku švajcarskog Saveznog vrhovnog suda - *Bundesgericht*, Urteil der II Zivilabteilung vom 26. 10. 1939. (*Locher gegen Trüssel*), BGE 65 II 214–218, objavljeno na: [www.servat.unibe.ch/dfr/pdf/c2065214.pdf](http://www.servat.unibe.ch/dfr/pdf/c2065214.pdf).

<sup>25</sup> O ciljevima rekognicije vid. R. Kanzleiter, "Das Vorlesen der Niederschrift", *Deutsche Notar – Zeitschrift*, 4/1997, 262

<sup>26</sup> Jedna od najvažnijih funkcija forme u građanskom pravu jeste i upozoravajuća (*Warnfunktion*): formalnosti kroz koje treba da prođe na putu preduzimanja pravnog posla imaju za cilj da stranku u svakom trenutku opomenu na značaj i domašaj transakcije u koju se upušta i na taj način je spreče da pre nagljeno zaključi ugovor ili preduzme neki drugi pravni posao. Upor. R. Bork, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuch*, Tübingen 2006, 395.

ga što je stranka priznala za svoju volju i onoga što će u pravnom prometu figurirati kao njen pravni posao.<sup>27</sup> U skladu sa tim, načelo neposrednosti u postupku sastavljanja javnobeležničkog zapisa znači da stranka treba da pročita tekst pravnog posla sa izvornika notarske isprave. Na primer, notarska procedura neće biti ispoštovana ukoliko stranka pročita tekst javnobeležničkog zapisa sa monitora i prizna ga za svoj pravni posao, a zatim notar odštampa ispravu i da je stranci da se potpiše.<sup>28</sup>

Formulacija čl. 76, st. 1 ZJB čini spornim važenje načela neposrednosti u srpskom pravu. U pomenutoj odredbi stoji da će javni beležnik: “predlog sadržine isprave i pouku izraditi pismeno i tražiti od stranke da ih pročita”. Da li ovu odredbu treba razumeti u smislu da srpsko pravo dozvoljava notarima da stranci preda na čitanje skicu (radnu verziju, nacrt) javnobeležničkog akta i da nakon njenog odobravanja tu skicu preštampa na posebnu ispravu koju bi stranka samo potpisala? Takvo tumačenje ne bismo smeli da prihvatimo. Preventivna funkcija notarijata zahteva da se i u srpskom pravu poštuje princip neposrednosti kod sastavljanja notarskih isprava. Zakonski termin “predlog sadržine isprave”, koji zakonodavac upotrebljava samo u čl. 76 ZJB, treba razumeti kao “izvornik javnobeležničke isprave u nastajanju”, tj. kao težnju zakonodavca da terminološki razgraniči pojam izvornika, koji predstavlja jedan svršen akt u skladu sa pravilima notarske procedure od isprave koja bi mogla da to postane ukoliko je stranka pročita, odobri i potpiše.

#### LICA KOJA NE MOGU DA GOVORE

Srpski zakonodavac u čl. 76, st. 1-5 ZJB predviđa da se stranka koja je nemo lice ili lice koje ima poteškoća u govoru koje otežavaju razumevanje upoznaje sa sadržinom notarske isprave tako što je sama čita, pri čemu u postupku rekognicije mora učestvovati jedan svedok koji svojim potpisom na ispravi potvrđuje da je stranci pismeno predočena sadržina javnobeležničkog zapisa. Na sličan način postupka i austrijsko pravo. ÖNotO u § 61 propisuje da kad notarski akt sačinjava lice koje je nemo ili gluvonemo, ono mora ispravu lično pročitati i na njoj svojeručno napisati da ju je pročitao i da ona odgovara njegovoj volji. Uz to je, prema § 56, st. 1 (d) ÖNotO obavezno i prisustvo dva svedoka.

<sup>27</sup> Bliže o tome, vid. K. Mihm, “Pflicht zur Verlesung notarieller Urkunden bei EDV-Einsatz – Zur Unwirksamkeit der Verlesung vom Bildschirm und zum Umfang der Verlesung von geänderten, neu ausgedruckten Seiten”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 47/1997, 3121 и даље

<sup>28</sup> Ovakvo stanovište obrazlaže se time što nikada nije u potpunosti isključena mogućnost da se usled greške u softveru ili nekog drugog tehničkog defekta ne podudaraju tekst na monitoru i tekst na izvorniku javnobeležničke isprave. Vid. W. Litzener, 1812.

Za primenu ovih pravila merodavna je sposobnost stranke da svoju volju u momentu sastavljanja notarske isprave materijalizuje (učini saznatljivom) izlaganjem razumljivog govora.<sup>29</sup> Nebitno je da li se radi o urođenoj ili naknadno nastaloj nesposobnosti verbalne komunikacije i da li je ta nesposobnost trajna ili privremena (na primer lice koje usled operacije krajnika nije u stanju neko vreme da govori).<sup>30</sup> Iz tog razloga bilo bi primerenije da se srpski zakonodavac ugledao na nemačko pravo (§ 22 BeurkG) i da u zakonu stoji izraz “lice koje nije u stanju da govori”, a ne da poput austrijskog zakonodavca (§ 61 ÖNotO) koristi termin “nemo lice”. Sa licima koja ne mogu da govore upodobljena su i ona lica koja govore nerazumljivo.<sup>31</sup>

U pogledu sprovođenja notarske procedure srpsko pravo pravo izjedanačava lica koja ne mogu da govore sa licima koja ne mogu da čuju. Ovakav pristup teško da može naći valjano pravnopolitičko opravdanje. Naime stranku koja nije u stanju da čuje, notar ne može upoznati sa sadržinom javnobeležničkog zapisa tako što će joj ga glasno pročitati. Zbog toga zakonodavac zahteva da stranka koja nije u stanju da čuje lično pročita javnobeležničku ispravu. Kada je reč o nesposobnosti govora, ona, sama po sebi, ne predstavlja prepreku za to da se stranka sa sadržinom isprave upozna po redovnim pravilima rekognicije, tj. tako što će joj isprava biti pročitana u prisustvu javnog beležnika. S obzirom na izloženo, nije bilo potrebe da se kod stranaka koje nisu u stanju da govore, prilikom sastavljanja javnobeležničkog zapisa odstupa od redovnog pravila rekognicije. U prilog ovom stanovištu možemo istaći i neka uporednopravna rešenja. Nemačko pravo predviđa da kad je stranka lice koje nije u stanju da govori, u postupku učestvuju svedok ili drugi notar, a na zahtev takve stranke notar je dužan da obezbedi prisustvo tumača (§ 22 BeurkG). Osim ovih izuzetaka, nemački zakonodavac ne propisuje posebna pravila postupanja sa strankama koje nisu sposobne da verbalno komuniciraju. Zakon o javnom potvrđivanju isprava Kantona Lucern (§ 49, st. 1) za slučaj u kome stranka nije u stanju da govori predviđa samo jedno odstupanje od redovne notarske procedure: takva stranka odobrava notarski zapis na taj način što će pismeno na samom aktu potvrditi da je on saobrazan njenoj volji. U svemu ostalom važe redovna pravila rekognicije. Ne traži se čak ni prisustvo svedoka.

Ostaje da se razjasni da li ima potrebe zahtevati prisustvo svedoka kada je stranka lice koje ne može da govori. Sposobnost govora ima određenu ulogu prilikom odobravanja isprave. Kada se upozna sa sadržinom isprave, stranka treba

---

<sup>29</sup> U tom smislu vid. odluku nemačkog Saveznog vrhovnog suda (*Bundesgerichtshof*): BGH, 4. 4. 1962. – V ZR 110/60, *Neue Juristische Wochenschrift*, 25/62, 1150.

<sup>30</sup> Upor. H. Grziwotz, J. Heinemann, 254-255; K. Wagner, G. Knechtel, 278.

<sup>31</sup> Upor. C. Armbrüster, N. Preuß, T. Renner, 394-395; H. Grziwotz, J. Heinemann, 254-255; W. Litzenger, 1825; K. Wagner, G. Knechtel, 278.

da izjavi da je njena volja u svemu verno uneta.<sup>32</sup> Značaj sposobnosti govora za postupak sastavljanja javnobeležničke isprave relativizovan je time što notarska praksa stoji na stanovištu da izjava o odobravanju ne mora biti data izgovaranjem reči. Dovoljno je da stranka na pitanje javnog beležnika potvrdno odgovori klimanjem glavom ili nekim drugim gestom iz kojeg se sa sigurnošću može razaznati postojanje namere da odobri notarsku ispravu.<sup>33</sup> Međutim, ova okolnost ne bi smela da navede na zaključak da je sposobnost govora potpuno irelevantna za postupak sastavljanja javnobeležničkog zapisa. U literaturi se ističe da su neverbalne radnje odobravanja notarske isprave sporan pokazatelj postojanja ozbiljne namere da se preduzme pravni posao.<sup>34</sup> Propisivanje dodatnog elementa forme (na primer, da prisustvuju svedoci ili da stranka svojeručno na samoj ispravi napiše izjavu o odobravanju) za slučaj kada stranka nije u stanju da govori, stvara veću izvesnost u pogledu toga da su njene neverbalne radnje nastale kao posledica ozbiljne namere da preduzme određeni pravni posao.<sup>35</sup> Imajući u vidu izloženo, može se reći da je sasvim na mestu insistiranje srpskog zakonodavca na obaveznom prisustvu svedoka onda kada se u ulozi stranke pojavljuje lice koje nije u stanju da govori.

#### LICA KOJA NE MOGU DA VIDE

Sprovođenje notarske procedure u situaciji kada stranka ne može da vidi regulisano je u čl. 76, st. 8 ZJB. Ova odredba predviđa da će se na "slepe ili slabovide" stranke shodno primeniti pravila po kojima notar postupa kada sastavlja javnobeležničku ispravu stranci koja ne može da čuje. Ovakva regulativa otvara dva sporna pitanja: 1° kako notar treba da postupi kada je stranka slepo ili slabov-

<sup>32</sup> O odobravanju isprave, vid. D. Đurđević, "Priznanje notarskog zapisa", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 1/2012, 176 i dalje.

<sup>33</sup> *Ibid.*

<sup>34</sup> Tako K. Muscheler, *Erbrecht*, Tübingen 2010, I, 886, koji smatra da odobravanje notarskog akta klimanjem glavom i sličnim gestovima ima za posledicu povećanje tzv. "graničnih slučajeva" kod kojih nije moguće na pouzdan način utvrditi da li određena radnja stranke predstavlja svesnu aktivnost namenjenu izjavljivanju volje. Kao primer za granični slučaj, ovaj autor navodi klimanje glavom teško obolelog zaveštaoca, koje bi moglo da znači odobravanje notarskog zapisa o testamentu ili da nastane nesvesno, kao posledica bolesti. Još su oštiri u kritici neverbalnih radnji odobravanja: T. Kipp, H. Coing, *Erbrecht*, Tübingen 1990, 194-195. Za ove autore odobravanje notarskog akta klimanjem glavom i sličnim gestovima više liči na "nodostojnu komediju" nego na "protokolisanje jedne slobodno i promišljno iskazane odluke".

<sup>35</sup> Upor. C. Armbrüster, N. Preuß, T. Renner, 393, koji ističu da prisustvo svedoka treba da osigura da ne dođe do nesporazuma u pogledu volje stranke usled toga što je njena mogućnost izražavanja ograničena.

vido lice i 2° u kojoj meri čulo vida stranke treba da bude oštećeno da bi se odstupilo od redovnih pravila notarskog postupka.

a) *Postupanje javnog beležnika sa slepim i slabovidim licima.* – Shodna primena pravila o postupanju javnog beležnika sa strankom koja ne može da čuje na sastavljanje notarskog zapisa slepom ili slabovidom licu nailazi na jednu veliku teškoću. Podsetimo da se postupak sastavljanja javnobeležničkog zapisa licu koje ne može da čuje odlikuje sledećim specifičnostima: 1° stranka se upoznaje sa sadržinom javnobeležničkog zapisa tako što ga sama čita, 2° u postupku mora da učestvuje jedan svedok, 3° koji će na ispravi svojim potpisom potvrditi da je stranci pismeno predočena sadržina isprave. Više je nego očigledno da su ova pravila neprimenljiva na postupak sastavljanja javnobeležničkog zapisa kada je stranka slepo ili slabovido lice. Jer, kako će slepo ili slabovido lice da pročita notarsku ispravu? S obzirom na to da slepo, odnosno slabovido lice ne može da pročita ispravu potpuno je besmisleno da svedok svojim potpisom potvrđuje da je stranci pismeno predočena sadržina isprave. Takođe, ne treba izgubiti iz vida ni čl. 68, st. 6 ZJB koji predviđa da ako stranka ne zna da čita u postupku moraju učestvovati dva punoletna, pismena i poslovno sposobna svedoka. Slabovidost stranke kao jedan od nedostatka za sprovođenje redovne notarske procedure može se upodobiti sa nepismenošću, jer je i slabovidoj i nepismenoj stranci zajedničko to što ne mogu da pročitaju ispravu. Shodno tome na slabovida lica nije primenjivo ni pravilo koje predviđa obavezno prisustvo jednog svedoka, pošto iz čl. 68, st. 6 ZJB proističe da su neophodna dva svedoka.

Koliko je neprimereno upodobljavanje slepih i slabovidih lica sa licima koja nisu sposobna da čuju može pokazati i osvrt na rešenja u uporednom pravu. Austrijski notari sastavljaju notarske isprave slepim licima po pravilima koja se ne razlikuju puno od redovne notarske procedure: stranci se pročita isprava u prisustvu notara, a nakon toga stranka odobri akt i svojeručno se potpiše. Jedino odstupanje sastoji se u tome što se sve ove radnje moraju obaviti pred dva neprekidno i istovremeno prisutna svedoka, odnosno pred drugim notarom (§ 59 ÖNotO). I u nemačkom pravu kada stranka ne može da vidi u notarskom postupku učestvuje jedan svedok ili drugi notar (§ 22 BeurkG), a u svemu ostalom postupak rekognicije se sprovodi po redovnim pravilima.<sup>36</sup> Zakon o javnom potvrđivanju isprava Kantona Lucern predviđa da se na sastavljanje notarske isprave slepoj stranci shodno primenjuju pravila o postupanju javnog beležnika kada je stranka nepismena (§ 50). Notari iz ovog švajcarskog kantona dužni su da slepoj stranci pročitaju ispravu u prisustvu dva svedoka, nakon čega će stranka izjaviti da je isprava saobrazna njenoj volji, a svedoci će pismeno na samoj ispravi potvrditi da su sve ove radnje učinjene (§ 47).

---

<sup>36</sup> Vid. P. Jansen, 193.

Na sličan način bi trebalo da postupaju i srpski notari kada sačinjavaju javnobeležničke zapise slepim i slabovidim strankama. Čl. 76 u vezi sa čl. 68, st. 6 ZJB treba razumeti u smislu da je notar dužan da slepoj ili slabovidoj stranci pročita ispravu u prisustvu dva svedoka, nakon čega stranka izjavljuje da je njena volja u svemu verno uneta, a svedoci svojim potpisima potvrđuju da su sve ove radnje preduzete.

U praksi može biti sporno kako javni beležnik treba da postupa kada slepa ili slabovida stranka prilikom preduzimanja pravnog posla u formi notarskog zapisa neke svoje odnose uređuje tako što upućuje na crteže, slike, karte i sl. (na primer, plan pregrađivanja kuće kod sklapanja ugovora o fizičkoj deobi). Takvi prilozi, po prirodi stvari, ne mogu biti pročitani strankama. U redovnom notarskom postupku javni beležnik će karte, crteže i slike dati strankama na pregled i priložiti ih javnobeležničkom zapisu.<sup>37</sup> S obzirom da slepa, odnosno slabovida lica nisu u stanju da pregledaju te priloge, u uporednom pravu se ovaj problem prevazilazi tako što im javni beležnik u prisustvu svedoka detaljno opisuje sliku, kartu ili crtež.<sup>38</sup> Celishodno je da se u takvim situacijama opis priloga unese u sam javnobeležnički zapis i pročita stranci.

*b) Značenje izraza slabovido lice.* – Sporno je koliki stepen oštećenja vida treba da postoji da bi se odstupilo od redovnih pravila notarske procedure. Pristalice jednog shvatanja smatraju slabovidim samo ona lica koja teško mogu da razlikuju svetlo i tamu, koja nisu u stanju da jasno uoče pokrete ispred svojih očiju niti da raspoznaju ljude.<sup>39</sup> Ukoliko je neko sposoban da razlikuje ljude i uočava pokrete, ali nije u stanju da pročita napisan tekst, prema zastupnicima ovog stanovišta takvo lice se ne smatra slabovidim i njemu javni beležnik sačinjava notarsku ispravu po redovnim pravilima notarskog postupka.<sup>40</sup> Zastupnici strožeg gledišta stoje na stanovištu da je za primenu redovnih pravila notarske procedure neophodno da stranka bude u stanju da pročita napisan tekst.<sup>41</sup>

Srpskom pravu više odgovara drugo stanovište. Naime, čl. 68, st. 6 ZJB zahteva odstupanje od redovnih pravila rekognicije i prisustvo dva svedoka ukoliko stranka ne zna da čita. Sa takvim licima mogu se izjednačiti i ona lica koja zbog oštećenja vida ne mogu da čitaju, jer je za notarsku proceduru relevant-

<sup>37</sup> Bliže o tome: D. Đurđević, "Priznanje notarskog zapisa", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 1/2012, 166–167.

<sup>38</sup> K. Wagner, G. Knechtel, 275. Nemačko pravo dozvoljava slabovidoj stranci da u takvim slučajevima odbije prisustvo svedoka. Vid. W. Litzenburger, 1825.

<sup>39</sup> U tom smislu vidi odluku austrijskog Vrhovnog suda (*Oberster Gerichtshof*) od 15. 6. 1946 – SZ 21/3, navedeno prema: K. Wagner, G. Knechtel, 275.

<sup>40</sup> K. Wagner, G. Knechtel, 275. U istom smislu: C. Armbrüster, N. Preuß, T. Renner, 395; W. Litzenburger, 1825.

<sup>41</sup> H. Grziwotz, J. Heinemann, 255.

na nesposobnost stranke da nešto uradi (*in concreto* da pročita ispravu), a ne i okolnost koja je tu nesposobnost uzrokovala. Za sprovođenje notarskog postupka nebitno je da li je slabovidost koja sprečava stranku da čita trajna ili privremena, otklonjiva ili neotklonjiva. Na primer, ako notar utvrdi da stranka nije u stanju da pročita ispravu zato što je zaboravila da ponese naočare, u postupku rekognicije moraće da učestvuju dva pozvana svedoka.

#### LICA SA VIŠESTRUKIM NEDOSTACIMA

Dosadašnja izlaganja bila su posvećena sastavljanju javnobeležničkog zapisa strankama koje imaju samo jedan nedostatak (koje ne mogu da čuju, ili ne mogu da govore ili ne mogu da vide). U praksi se dešavaju slučajevi kada se javnim beležnicima za sastavljanje notarskog zapisa obraćaju lica sa višestrukim nedostacima. Reč je o strankama koje niti mogu da čuju ono što im javni beležnik čita, niti su u stanju da same da pročitaju javnobeležnički zapis (na primer, lice koje je istovremeno i gluvo i nepismeno, odnosno lice koje je gluvo i slabovido). Uprkos tome što je takvim licima znatno otežano komuniciranje sa javnim beležnikom, njima ne sme *de facto* da bude uskraćena mogućnost preduzimanja pravnih poslova.<sup>42</sup> Pravni poredak s toga mora da predvidi specijalna pravila javnobeležničkog postupka koja će omogućiti stranci sa višestrukim nedostacima da izvrši kontrolu tačnosti i potpunosti isprave koju je za nju sastavio javni beležnik i da na pouzdan i nesumljiv način odobri takav akt.

Austrijsko pravo predviđa da ukoliko je stranka gluvo ili gluvonemo lice koje je uz to ne može da čita, u postupku rekognicije pored dva svedoka (odnosno drugog notara) mora da prisustvuje još jedno lice u koje stranka ima poverenje, a koje je u stanju da sa njom komunicira putem gestova (§ 60, st. 2 i § 61, st. 2 ÖNotO). To lice mora biti starije od 18 godina, sposobno da čita i piše i mora znati jezik na kojem se sastavlja isprava. Ne zahteva se da bude potpuno poslovno sposobno. Dovoljno je da poseduje sposobnost za rasuđivanje. Lice od poverenja može biti i ono koje je sa strankom u bračnoj ili srodničkoj vezi, ali nije dozvoljeno da se u toj ulozi javi osoba koja dobija neku korist iz javnobeležničkog zapisa (§ 57; § 60, st. 3 i § 61, st. 3 ÖNotO). Na samom početku stadijuma rekognicije notar je dužan da kroz komunikaciju o temama koje nisu u vezi sa sadržinom javnobeležničkog zapisa utvrdi da li stranka razume gestove gluvonemih lica i da sve to konstatuje u notarskom aktu (§ 60, st. 4 i § 61, st. 3 ÖNotO).

---

<sup>42</sup> U tom smislu, vid. odluku nemačkog Saveznog ustavnog suda (*Bundesverfassungsgericht*) – BVerfG, 1 BvR 2161/94 vom 19. 1. 1999, Absatz – Nr. (1–63), koji je zauzeo stanovište da nisu u skladu sa ustavom zakonske odredbe iz kojih proističe da višestruki invaliditet predstavlja prepreku da lice koje je inače poslovno sposobno, preduzme pravni posao. Objavljeno na: [http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs19990119\\_1bvr216194.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs19990119_1bvr216194.html).



Na sličan način je uređen položaj stranaka sa višestrukim nedostacima i u nemačkom pravu. Kada je stranka gluva ili nema, a uz to nije u stanju da komunicira u pisanoj formi,<sup>43</sup> osim svedoka (odnosno drugog notara) u postupku rekognicije mora učestvovati još i lice koje je u stanju da komunicira sa strankom i sa čijim učešćem je stranka saglasna (§ 23 BeurkG). Irelevantno je kako se vrši ta komunikacija (gestovima, pokretima, Brajevom azbukom i sl.).<sup>44</sup> To lice ne mora biti nepristrasno (na primer, dete može da se nađe u ulozi tumača za svog roditelja).<sup>45</sup> Ako je više stranaka koje su gluve ili neme, a nisu u stanju da komuniciraju u pisanoj formi, pravilo je da svaka od njih mora imati svog tumača.<sup>46</sup>

Zakon o javnom potvrđivanju isprava Kantona Lucern razlikuje dve situacije. Prva situacija postoji onda kada gluva, odnosno gluvonema stranka nije u stanju da sama pročita ispravu. Tada je neophodno učešće tumača koji je dužan da stranku upozna sa sadržinom notarske isprave i da svojim potpisom na ispravi potvrdi da je to učinio i da mu je stranka saopštila da isprava odgovara njenoj volji (§ 48, st. 2). Druga situacija je ona u kojoj stranka nije u stanju da govori, a ne može da sama potpiše ispravu. Takvoj stranci će notarska isprava biti pročitana u prisustvu notara i tumača. Uloga tumača svodi se na to da notar prenese izjavu stranke da isprava odgovara njenoj volji i da to u pisanoj formi potvrdi na samom javnobeležničkom aktu (§ 48, st. 2).

Srpski ZJB u čl. 76, st. 6 predviđa da ako je stranka gluvo ili nemo lice koje je uz to i nepismeno, u postupku: "obavezno učestvuje tumač, čija se izjava o toku postupka unosi posle teksta isprave i koju tumač svojeručno potpisuje u prisustvu javnog beležnika." Iako u zakonu to nije eksplicitno navedeno,<sup>47</sup> treba uzeti da prisustvo tumača ne isključuje potrebu za prisustvom svedoka. Nepismenost stranke, sama po sebi, ima za posledicu prisustvo dva svedoka (čl. 68, st. 6 ZJB). Ukoliko je uz to što je nepismena, stranka još i gluva ili nema, pored ta dva svedoka u postupku mora učestvovati i tumač.

U vezi sa primenom ove odredbe sporno je kako se sprovodi notarska procedura kada je stranka lice sa višestrukim nedostacima. Zakonodavac ovo pitanje nije uređio. Odgovor se može dobiti ciljnim i sistemskim tumačenjem odredbi Zakona o javnom beležništvu. Sledstveno tome, treba razlikovati tri situacije.

<sup>43</sup> U pitanju su sledeće kategorije lica: 1° lica koja ne mogu da čuju i da čitaju i 2° lica koja ne mogu da govore i pišu. Vid. H. Grziwotz, J. Heinemann, 270–271.

<sup>44</sup> C. Armbrüster, N. Preuß, T. Renner, 401; H. Grziwotz, J. Heinemann, 273.

<sup>45</sup> C. Armbrüster, N. Preuß, T. Renner, 401; H. Grziwotz, J. Heinemann, 272; W. Litzenburger, 1828.

<sup>46</sup> H. Grziwotz, J. Heinemann, 272.

<sup>47</sup> Upor. § 24, st. 4 BeurkG, koji predviđa da se odredbom o pozivanju tumača ne dira u pravilo o učešću svedoka, odnosno drugog notara.

Prva situacija postoji onda kada stranka ne može da čuje, a nije u stanju da pročita ispravu. Nedostatak stranke ogleda se u tome što ona ne može sama, niti uz pomoć javnog beležnika da se upozna sa sadržinom notarske isprave. Pri takvom stanju stvari učešće tumača je potrebno da bi se stranka pomoću specijalnih sredstava komunikacije (na primer, gestovi gluvonemih lica) upoznala sa sadržinom notarske isprave koju javni beležnik čita u postupku rekognicije. Pošto se uz posredovanje tumača upozna sa sadržinom notarske isprave stranka će usmeno izjaviti da je njena volja u svemu verno uneta i potpisaće se. Tumač će svojim potpisom na javnobeležničkom zapisu potvrditi da je stranci tačno preneo sve ono što joj je notar pročitao.

Druga situacija je ona u kojoj stranka niti može da govori, niti je u stanju da pročita i potpiše ispravu. Pošto ima očuvano čulo sluha, takva stranka može da se upozna sa sadržinom isprave tako što će joj ona biti pročitana u prisustvu notara. Tumač nije potreban za to da stranku upozna sa sadržinom isprave. Njegovo učešće u ovakvim situacijama potrebno je radi toga da notaru prenese izjavu stranke da je tekst isprave saobrazan njenoj volji. Stoga, tumač u ovakvim slučajevima svojim potpisom na notarskoj ispravi potvrđuje da mu je stranka izjavila da je njena volja u svemu verno uneta.

Uloga tumača je najizraženija onda kada je stranka gluvonemo lice koje nije u stanju da čita i piše. U takvim slučajevima, njegov zadatak je i da stranku upozna sa sadržinom isprave i da notara upozna sa izjavom stranke. Svojim potpisom na samoj javnobeležničkoj ispravi tumač će potvrditi da je stranci tačno preneo sve ono što joj je notar pročitao i da mu je stranka izjavila da je njena volja u svemu verno uneta.

Srpski zakonodavac je predvideo pravilo za slučaj kada su nedostaci čula strance takve prirode da onemogućavaju komunikaciju. Reč je o situacijama kada je stranka gluvo ili gluvonemo lice koje uz to nije u stanju da čita i piše, a javni beležnik se uverio da komunikacija sa tim licem nije moguća i pored toga što je angažovan tumač. Tada je notar dužan da odloži sastavljanje isprave i da o tome obavesti organ starateljstva (čl. 76, st. 9 ZJB).

## ZAKLJUČAK

Lica sa posebnim potrebama su one stranke koje u momentu sastavljanja javnobeležničkog zapisa nisu sposobna da čuju, govore ili vide. Njihov položaj u notarskom postupku je delikatan jer nisu u stanju da na pouzdan način izvrše kontrolu tačnosti i potpunosti javnobeležničkog zapisa i priznaju ga za svoj pravni posao. Nasuprot notarskim sistemima koji postoje u uporednom pravu, srpski zakonodavac nije na celovit način uredio položaj lica sa posebnim potrebama u postupku sastavljanja javnobeležničkog zapisa. Problemi koji će usled toga na-

stati u praksi kada javni beležnici krenu sa radom mogli bi se prevazići ciljnim i sistemskim tumačenjem odredaba Zakona o javnom beležništvu. Sledstveno tome, valja razlikovati tri situacije:

1° Stranka koja ne može da čuje ili govori priznaje javnobeležnički zapis tako što sama čita izvornik javnobeležničkog zapisa u neprekidnom prisustvu notara i jednog svedoka, da bi zatim izjavila da je njena volja u svemu verno uneta, a svedok na samoj ispravi svojim potpisom potvrđuje da je stranci pismeno predočena sadržina javnobeležničkog zapisa;

2° Stranka koja ne može da vidi, odnosno koja usled nepismenosti ili nekog drugog razloga nije u stanju da pročita ispravu, priznaje javnobeležnički zapis tako što će joj tekst zapisa biti pročitán u neprekidnom prisustvu notara i dva svedoka, da bi zatim izjavila da je njena volja u svemu verno uneta, a svedoci na samoj ispravi svojim potpisom potvrđuju da je stranka upoznata sa sadržinom javnobeležničkog zapisa;

3° Stranke koje ne mogu da čuju ili govore, a uz to usled slabovidosti, nepismenosti ili nekog drugog uzroka nisu u stanju da pročitaju i potpišu ispravu biće upoznate sa sadržinom isprave i priznaće je za svoj pravni posao u neprekidnom prisustvu notara, dva svedoka i tumača.

DEJAN B. ĐURĐEVIĆ, Ph.D.,  
Associate Professor, Faculty of Law,  
University of Belgrade

## PERSONS WITH DISABILITIES IN NOTARIAL PROCEEDINGS

### Summary

Persons with disabilities include those who, in the course of performing a notarial act (Notariatsakt), have a hearing, speech or visual impairment. The procedural position of these individuals before the notary public is delicate, as they are not able to effectively control accuracy and completeness of the notarial acts, and to acknowledge or recognize these acts as their own. After a thorough comparative analysis and examination of the provisions of Serbian Law on Notary Public (2011), the author calls attention to the fact that Serbian law still needs a comprehensive and well-rounded set of norms relating to the position of persons with disabilities in notarial proceedings. The author believes that shortfalls in legislation may be corrected by means of systemic and teleological construction of the existing norms. Thus, this paper offers an interpretation of the provisions of Serbian Law on Notary Public, and construes the procedures notary public needs to follow in dealing with a person with multiple (hearing, speech or visual) impairments.

## LATINSKI NOTARIJAT: TEMELJI I IZGRADNJA

Narodna skupština Republike Srbije je 2011. godine donela Zakon o javnom beležništvu.<sup>1</sup> U odnosu na bivše jugoslovenske republike, Srbija je među poslednjima preduzela ovaj korak. Tako je Republika Srpska 2004. godine donela Zakon o notarima<sup>2</sup>, koji je stupio na snagu 5. oktobra. Ovo je bio poslednji korak<sup>3</sup> ka ponovnom uspostavljanju instituta notarijata na prostoru Bosne i Hercegovine.<sup>4</sup> Prethodno su svoje zakone koji uređuju ovu oblast doneli Federacija Bosne i

---

Dr Vladimir Vuletić, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Ovaj tekst je nastao kao rezultat istraživanja u okviru projekta Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu "Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom EU (pravni, ekonomski, politički i sociološki aspekti)".

<sup>1</sup> Službeni glasnik Republike Srbije, 31/2011. Međutim, primena ovog zakona, planirana za 1. septembar 2012. godine, odložena je za 2013. godinu, budući da se nisu stekli svi uslovi za početak primene zakona u praksi, pre svega nisu još okončani svi notarski ispiti, samim tim nije uspostavljena ni notarska mreža niti je izvršen njihov izbor.

<sup>2</sup> Službeni glasnik Republike Srpske, 86/2004.

<sup>3</sup> Prvi zakon koji je bio donešen ali nikad nije stupio na snagu je Zakon o javnom bilježništvu Federacije Bosne i Hercegovine iz 1999. godine. Razloge zbog kojih ovaj Zakon nije nikada stupio na snagu valja potražiti u okolnosti da se ugledao na uređenje notarijata u Republici Hrvatskoj, koji je pretrpeo ozbiljne kritike u međunarodnopravnoj teoriji i stručnoj literaturi.

<sup>4</sup> Do 1918. godine notarijat je postojao na teritoriji Bosne i Hercegovine u okviru Austro-Ugarske monarhije.

Hercegovine<sup>5</sup> i Brčko Distrikt<sup>6</sup>. Finalizacija zakonodavne aktivnosti u pravnom uređenju instituta javnog beležništva u Republici Srpskoj, rezultat je rada zajedničke ekspertske grupe Federacije BiH i Republike Srpske, formirane 2001. godine, čiji je zadatak bio da, napravivši otklon prema hrvatskom modelu, izrade zajednički Nacrt Zakona koji bi bio prosleđen zakonodavnim telima.<sup>7</sup> Slovenija je zakon donela još 1994. godine<sup>8</sup>, dok je Crna Gora svoje zakonodavstvo u ovoj oblasti uredila do 2008. godine.<sup>9</sup>

Donošenjem ovog zakona, Republika Srbija se svrstala u red država koje primenjuju tzv. latinski tipa notarijata. Prema definiciji Međunarodne unije latinskih beležnika, notar je učeni pravnik koji vrši javnu službu, tj. na osnovu javnih ovlašćenja prihvata od stranaka njihovu izjavu volje, daje joj neophodnu pisanu pravnu formu i o tome izdaje odgovarajuće isprave, koje imaju snagu javne isprave. Pri tom, originale tih isprava preuzima na čuvanje i izdaje overene prepise.<sup>10</sup> Navedena javnopravne ovlašćenja su osnov razlikovanja notara od ostalih pravnih stručnjaka, u prvom redu advokata, što u prvi plan ističe značaj ovog instituta u celini.<sup>11</sup> Notari, u okviru svoje nadležnosti, preuzimaju na sebe obavezu pružanja pravne pomoći ekonomski i socijalno slabijim strankama, kao i obavezu nepristrasnosti, koja se ogleda u jednakoj pravnoj zaštiti stranaka. Međutim, posebno važna razlika između notara i advokata, specifična u latinskom tipu notarijata je što dokument koji sačini notar, ako je to učinjeno u zakonom predviđenoj formi i postupku, ima snagu javne isprave.<sup>12</sup> Štaviše, notarski obrađena isprava, u određenim slučajevima, ima snagu i izvršne isprave. U osnovi, težnja države je da, poveravajući notaru svoja javna ovlašćenja, zameni funkciju koju je do tada obavljao sud, što u znatnoj meri utiče na rasterećenje u okviru sudske mreže.<sup>13</sup>

<sup>5</sup> Službene novine F BiH, br.45/2002.

<sup>6</sup> Zakon o notarima za Brčko Distrikt – Službeni glasnik, br. 09/2003.

<sup>7</sup> Ova zakonodavna grupa bila je sastavljena od domaćih eksperata iz entitetskih ministarstava pravde, profesora univerziteta, pravnika praktičara i inostranih stručnjaka.

<sup>8</sup> Uradni list RS, br. 13–512/1994.

<sup>9</sup> Službeni list RCG, br 68/2005, Službeni list CG, br 49/2008.

<sup>10</sup> O ovome više u Dragor Hiber "Pojam beležnika (notara) i beležničkog (notarijalnog) prava", *Javnobeležničko pravo*, Beograd 2005, 9–29.

<sup>11</sup> U novije vreme težnje Velike Britanije da notari kao i advokati imaju pravo na slobodno tržište, sledstveno čl. 43. i 49. Ugovora Evropske zajednice, sve više nailaze na otpor, budući da uspostavljanje slobodnog tržišta za notare ne odgovara njihovoj javnopravnoj funkciji, Enes Hašić, *Notarsko pravo*, Banja Luka 2009 (daktilografisano), 5.

<sup>12</sup> Pri tom se primenjuje *praesumptio iuris et de iure* da je sve što je u ispravi navedeno tačno.

<sup>13</sup> Obim poslova koje notar može obavljati umesto sudskih službenika je različit, sve do poveravanja samostalnog vođenja pojedinig postupaka (npr. nespornog ostavinskog postupka) odno-

Temelji notarske službe prema latinskom tipu notarijata vezuju se već za najstarije civilizacije. Prvi takav primer je ugovor o prodaji roba u Mesopotamiji u vreme vladavine Rim-Sina. Zaključen oko 2300. godine p. H. u prisustvu svedoka i Ligulubištuma, sina Apa, pisara, koji je overio ugovor pečatom svedoka.<sup>14</sup> Širom Mesopotamije otkriveno je skoro milion glinenih pločica, među njima i cela Asurbanipalova biblioteka, na kojima su ispisani ugovori, priznanice, presude, notarske beleške, međunarodni sporazumi.<sup>15</sup> Samo u Iraku i dalje ima još oko 5000 neistraženih humki koje sadrže dokumenta.

U potrazi za odgovorom na pitanje otkuda toliko pisanih dokumenata u jednoj orijentalnoj despotiji, možda se može u pomoć pozvati geoklimatski faktor. Područje Mesopotamije, za razliku od Egipta, redovno plave Eufrat i Tigar. Premda Egipat može da računa na plavljenja Nila, na ovim prostorima ipak ima više kiše a i izlivanje reke nije toliko pravilno i predvidljivo kao u Egiptu.<sup>16</sup> Sledstveno ovome, strankama u Mesopotamiji nije bilo teško da za bilo koji pravni posao ostave pisani trag: sagnu se, zahvate malo zemlje, nakvase je i trščanom pisaljkom sačine ugovor ili priznanicu. Glinena pločica možda nije tako lep i elegantan materijal za pisanje kao egipatski papirus, ali je svakako postojaniji i dugovečniji. Uloga pisara prilikom sastavljanja ugovora najčešće se svodila na pravno uobličavanje saglasnosti volja stranaka i sporazuma o bitnim elementima ugovora.<sup>17</sup> Deluje da je pisar u Mesopotamiji, u osnovi, postupao kao i današnji notar u sistemu latinskog notarijata: zadržavao je neophodnu ekvidistancu među strankama, beležio je isključivo njihovu volju, podjednako zastupajući interese obeju stranaka. Nakon sastavljenog ugovora, pisar ga je umotovao u novi sloj gline, kako sadržina ugovora ne bila lako dostupna trećim licima. Međutim, sličnost postoji i na terenu obaveze notara da overi, čuva i pohrani notarski obrađene ispravu: na tom, novom sloju gline, ispisivana je svojevrsna "autorizacija predmeta": ime stranaka, predmet ugovora, pečati stranaka i svedoka, kao i znak samog pisara, kao neka

---

sno pojedinih radnji u postupku (popis zaostavštine), uobličavanja i overe poslovnih izjava volje i overe zapisnika sa sednica organa akcionarskog društva, D. Hiber, 12–13.

<sup>14</sup> F. Karčić, *Pravni tekstovi*, Sarajevo 2004, 11.

<sup>15</sup> Ovaj zamašni fond dokumenata se uglavnom nalazi pohranjen u muzejima Bliskog Istoka, međutim, upadom u bagdaski Nacionalni muzej na početku rata u Iraku 2003. godine, znatan deo od 170 000 ekspanata, mahom glinenih klinopisnih pločica je ukradeno ili uništeno, Sima Avramović, "Pravnistorijski aspekti notarijata", *Javnobeležničko pravo*, Beograd 2005, 35.

<sup>16</sup> Za Egipćane, Eufrat i Tigar teku uzvodno, sa severa na jug, jer su bili opterećeni činjenicom da Nil teče sa juga na sever, što je za njih bio normalan način, Obrad Stanojević, *Istorija prava*, Slobomir, Bijeljina 2011, 48.

<sup>17</sup> Prema Avramoviću na to ukazuje i niz dekorativnih, blagoglagoljivih rečenica koje su izgleda sastavljali profesionalci po unapred određenom obrascu, kao i uobičajene formulacije poput "srce prodavca je zadovoljno", S. Avramović, *Uporedna pravna tradicija*, Beograd 2010, 72.

vrsta overe ugovora. Takav ugovor je pohranjivan u arhivu patesijata, pisar je, za svoj posao, imao i pravo na naknadu.<sup>18</sup>

Interesantno je da je situacija veoma slična u egipatskom i jevrejskom pravu. Osetljivost nežnog papirusa uslovlila je da danas nemamo toliko podataka kao u slučaju Mesopotamije, međutim, sa izvesnom dozom sigurnosti može se konstatovati da je postojala profesija pisara, kao državnog službenika, koji je za potrebe vladara beležio i arhivirao akte. Tako je staro jevrejsko pravo poznavalo više vrsta ovakvih pisara: kraljevski, pravni, narodni i državni.<sup>19</sup> U Egiptu je najpoznatiji aspekt uloge pisara prilikom raspolaganja *mortis causa*. Sastavljajući imit-per<sup>20</sup>, stranka ga je poveravala pisaru koji je uobličavao njenu volju i čuvao do trenutka kada naslednike valja upoznati sa poslednjom voljom ostavioca. Deluje da je ova transakcija bila najviše rasprostranjena u Egiptu i da je uloga pisara bila nezamenljiva.<sup>21</sup> Međutim, u vreme Treće dinastije postoje dokazi o postojanju dokumenata koji podsećaju na ugovor o prodaji i poklonu većih vrednosti. U vreme Novog carstva između 1573. i 712. g. p. H. pisari su sastavljali dokumenta koje su imala elemente javnopravnog karaktera, ukoliko su pohranjeni u Tebi, glavnom gradu tadašnjeg carstva.<sup>22</sup>

Premda se u literaturi najčešće za kolevku notarijalne službe uzima rimsko pravo, u novije vreme ima mišljenja da se, prilikom analize razvoja notarske službe ne može zaobići stara Grčka. Tome u prilog se navode podaci o tome da je Grčka imala javne pisare još u 4. veku p. H. *singraphos* i *apographos*<sup>23</sup> kao i osobe

<sup>18</sup> *Ibid.*

<sup>19</sup> E. Oruč, "Savremene tendencije u razvoju institucije notara", *Anali Pravnog fakulteta u Zenici* 2009, 134.

<sup>20</sup> Postoje izvesne nedoumice u pogledu pitanja da li egipatsko pravo poznaje testament. Institut imit-pera, ukazuje da su ostavioci (a to su ravnopravno mogle biti i žene) sačinjavali neku vrstu inventara imovine. Premda se teško ovo može izjednačiti sa klasičnim testamentom, budući da ne sadrži imenovanje naslednika kao ključnu odliku testamenta, u novije vreme ima mišljenja da imit-per može biti izjednačen sa testamentom. Autor ove teze je belgijski egiptolog grčkog porekla Teodorides, koji u prilog svom tvrđenju ističe da se pomoću njega mogao menjati zakonski red nasleđivanja, A. Theodorides, "L' Testament dans l' Egypte anncien", *Revue internationale des droits de l'antiquité (RIDA)* 1970, 193. U domaćoj naučnoj javnosti njega podržavaju profesori Stanojević i Avramović, navodeći da je imit-per imao još neke osobine testamenta: mogao se opozvati i sastavljao se pred svedocima, vidi više u S. Avramović, 2010, 87–88, O. Stanojević, 39–43.

<sup>21</sup> Da je i dalje čvrsto uverenje da su egipatski pisari embrion savremene institucije notarijata, svedoče i brojni ukrasi notarskih kancelarija, koji, u stvari, predstavljaju repliku sačuvane statute egipatskog pisara stare oko četiri milenijuma, čiji se original danas čuva u Luvru, S. Avramović 2005, 37.

<sup>22</sup> A. S. Diamond, *Primitive Law Past and Present*, Oxford 1971, 11.

<sup>23</sup> P. A. Malavet, "The Latin Notary: A Historical and Comparative Model", *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.*, Vol. 19:389, 1996, 406–408.



zadužene za registrovanje, čuvanje i overevanje važnijih privatnih dokumenata - astinome.<sup>24</sup> Pri tom se poziva na grčkog logografa Iseja i njegov sačuvani slučaj o tzv. Kleonimovom imanju, gde se ističe uloga ove profesije.<sup>25</sup>

Prilikom isticanja geneze i embriona notarske profesije, uz isticanje početka na prostorima Međurečja i stare Grčke, čini se da prva prava tačka oslonca leži u rimskom pravu. Premda pojam notarijata nije u svim fazama razvoja rimske države bio identično razvijen<sup>26</sup>, ne može se prenebregnuti značajan doprinos rimskog prava razvoju ovog instituta. Prvo pominjanje notarske službe u funkciji koju ona danas ima, u Rimu dugujemo Ulpijanu:

“Nonnumquam non advocacionibus cui interdicitur, sed foro. Plus est autem foro quam advocacionibus interdicerere, si quidem huic omnino forensibus negotiis accommodare se non permittatur. Solet autem ita vel iuris studiosis interdici vel advocatis vel tabellionibus sive pragmaticis.”<sup>27</sup>

U odeljku iz Digesta koji nosi naziv “O kaznama”, Ulpijan analizira profesije koje moraju imati završenu pravnu školu, posebno izdvajajući advokate i notare. Iz ovog fragmenta, može se zaključiti da je notarski poziv i u Rimu, baš kao i danas podrazumevao visoko opšte i pravničko obrazovanje, kao i da su samo najdostojniji kandidati mogli da se bave ovom profesijom. Ulpijanov fragment jasno navodi i naziv za notare u Rimu – tabelioni (tabeliones).<sup>28</sup> Tabelioni su, nakon sticanja najširih znanja iz pravne nauke, prolazili kroz postupak izbora za obavljanje ove profesije, a osnovna delatnost bila im je sastavljanje i overa pravnih dokumenata za potrebe imućnijih stranaka.<sup>29</sup> Iako su njihova akta imala privatnopravni karakter, ova profesija je podlegala strogoj pravnoj regulativi i državnoj organizaciji kako bi se osigurao njihov kvalitetan rad. Zabeleženo je da su tabelioni imali svoje posebno određeno mesto na rimskom forumu (statio) koje nisu smeli napuštati sve dok sačinjavanje dokumenta ne bude okončano, pod pretnjom gu-

---

<sup>24</sup> S. Avramović 2005, 42.

<sup>25</sup> Vidi više u S. Avramović, *Isejevo sudsko besedništvo i atinsko pravo*, Beograd 2000, 107.

<sup>26</sup> Pojam notar potiče od latinske reči *notarius* koja označava neku vrstu stenografa, osobe koja je kadra da brzo zapisuje. Pri tom, ovom su se profesijom bavili češće oslobođenici (*libertini*) ali i slobodni punopravni rimski građani (*cives*), što nije iziskivalo značajnija pravnička znanja, niti se država pojavljivala kao kontrolor ove delatnosti. U trećem veku notari predstavljaju sekretare imperatora i crkvene administracije, dok u četvrtom veku notari počinju da poprimaju obrise današnje funkcije, vid. više u Milena Trgovčević-Prokić, *Ovlašćenja javnog beležnika*, Beograd 2007, 23, Nebojša Šarkić, *O javnom beležniku-notaru*, Beograd 2004, 23.

<sup>27</sup> *D.48.19.9.4. (Ulpianus libro decimo de officio proconsulis)*

<sup>28</sup> Termin potiče od latinske reči *tabula* koja označava drvenu pravougano ploču, izdignutog drvenog oblika i premazanog tanjim slojem voska (*tabulae ceratae*), vid. više u H. Ankum “Les tabellions romains, ancêtres directs des notaries modernes”, *Atlas du notariat*, Amsterdam 1986, 6–8.

<sup>29</sup> Najčešće su to bili ugovori, testamenti pa čak i žalbe na presude.

bitka prava na ovu svojevrstu "kancelariju".<sup>30</sup> Sastavljanje akta takođe je podlegalo strogim pravilima forme. On je morao biti sačinjen na voskom premazanoj drvenoj ploči, koja je sastavljane često od dve (diptychae), ponekad i tri tablice (triptychae), kroz koje je provlačena žica (linum), pa su ličile na knjigu koja se mogla sklopiti. Na spoljašnjoj strani stavljana je oznaka koja je opisivala sadržinu teksta koji se nalazi u unutrašnjim stranicama, dok je sadržina akta ispisivana je na drugoj i trećoj strani ove "knjige". Interesantno je da je samim svojim specifičnim oblikom bila zaštićena od potencijalnih falsifikata, budući da se na kraju akta ovako povezanih tablica stavljalo onoliko pečata koliko je bilo stranaka i sve-doka.<sup>31</sup>

Međutim, profesija notara se u rimskom pravu neprestano razvija. Pred kraj rimske Republike, ona poprima novo obeležje i novi naziv. Usled sve većeg broja ugovornih odnosa između stranaka, znatno povećanog obima pravnih poslova, javlja se potreba za drugačijim načinom zapisivanja i overavanja ugovora. Nakon mučnih ratova i nestabilnosti, nastupa zlatni period rimske države – *pax romana*. Rim i dalje širi teritoriju, gradovi su veliki proizvodni i potrošački centri, a među njima najveći – Rim, sa velelepnom građevinama (Koloseum, 55 000 gledalaca, *Circus Maximus*, 200 000 mesta), i sa blizu 1 000 000 stanovnika!<sup>32</sup> Krajem republike rimsko pravo je već toliko razučeno, da se u njemu teško snalazi i građani imaju problem da ostvaruju svoja prava.<sup>33</sup> Gibon navodi da "u toj zamršenosti i protivrečnosti starog i novog, dopuštenog i nedopuštenog, građanin ima osećaj usamljenosti u džungli, iz koje ga svaki čas vreba nevolja."<sup>34</sup> dok Šulc piše da "pravnici nisu ni prstom mrdnuli da daju građanima korektne tekstove zakona, čak ni korektnu verziju Zakona 12 tablica."<sup>35</sup> Nova profesija je, imajući sve ovo u vidu, bila neophodna. Veliki broj poslova u samo jednom danu zahtevao je efikasnu notarsku službu. Novim, bržim i znatno ujednačenijim načinom stenografskog zapisivanja, koji je prvi put uveo u praksu Ciceronov libertin i pisar Tiron,

<sup>30</sup> Malavet, 410.

<sup>31</sup> M. Trgovčević-Prokić, 23, N. Šarkić, 23, S. Avramović 2005, 45.

<sup>32</sup> L. Mamford, *Grad u istoriji*, Beograd 2001, 229.

<sup>33</sup> U ovom periodu najznačajnija delatnost pravnika je razvijanje pravnog sistema. Koliko Rimljani cene pravo, govori i činjenica da su u vreme republike deca u školama napamet učila Zakon 12 tablica, da je za pripadnike višeg staleža, pogotovu za političke funkcionere bila sramota nepoznavanje rimskog prava. O tome svedoči i podatak o advokatu Rufu, koji je došao kod znamenitog učenog pravnika iz doba Cicerona, Kvinta Mucija Scevole. Pošto nije razumeo objašnjenje koje mu je dva puta dato, Scevola je rekao: "Sramota je za patricija i nobila, koji je još i advokat na sudu, da ne poznaje pravo kojim se služi." – D. 1.2.2.43.

<sup>34</sup> E. Gibon, *The History of Decline and Fall of the Roman Empire*, Oxford 1924, 345.

<sup>35</sup> F. Shulz, *History of Roman Legal Science*, Oxford 1953, 4.

uspostavljen je razvijeniji i efikasniji sistem notarske službe. Dobio je i novo ime *notarii*, prema Tironovim beleškama (*notae Tironinae*).<sup>36</sup>

Ovoj novoj profesiji nedostajala je jedna važna osobina. Zapisi i overe ugovora imali su samo privatnopravni karakter. Nedostajala je potvrda države, odnosno imperijum koji bi ovim dokumentima dao, modernom terminologijom rečeno, izvršnu snagu. Bilo je notara, koji čak imaju i poseban naziv (*librarii*) koji su, tokom principata, prepisivali dokumenta iz državne arhive za potrebe javnog fiska.<sup>37</sup> Takva dokumenta bila su snabdevena državnim pečatom i imala su snagu javnog akta. Međutim, uloga notara u njihovom nastajanju nije bila konstitutivna. Svodila se na prepisivanje, bez aktivne uloge u sastavljanju dokumenta, što čini srž moderne profesije notara.

Korak napred u pogledu ojačavanja notarskog akta kao izvršne isprave dešava se u vreme dominata i predstavlja sastavljanje dokumenta pred tabelionima, uz saradnju notara, te deponovanje tako sastavljenih dokumenata u državnu arhivu. Ovo je prvi put da se i država uključuje u ovaj proces, čime dokumenta iz privatnopravnog diskursa dobijaju obeležje *instrumenta publica* - javne isprave. Stoga su ovu funkciju sada mogli da obavljaju samo najugledniji i najčasniji rimski građani, punopravni *cives*, uz to i vrlo dobri poznavaoци prava.<sup>38</sup> Tabelioni sada imaju jasnu ulogu pri izradi pravnih akata: oni ih pišu, daju savete strankama i asistiraju u samom procesu, uvek vodeći računa o svojoj objektivnosti i ekvidistanci između obe stranke (*ad respondendum et ad agendum et ad cavendum*). Ova uloga tabeliona, čini se vodi poreklo od funkcija rimske jusriprudenције klasičnog perioda. Kako su stranke dolazile kod učenih pravnika po savete (*cavere*) i uputstva za vođenje sudskih sporova na osnovu konkretnih odgovora na pravna pitanja (*respondere*) čak očekujući od njih i aktivniju ulogu u zastupanju njihovih interesa (*agere*), jedan broj jurisprudenata bio je u prilici da dobije i državno priznanje za svoj rad, odnosno neku vrstu "brenda" ozvaničenog državnim pečatom da su njihove usluge posebno dobre (*ius publice respondendi ex auctoritate principis*). Princeps, koji se, za vreme Vespazijanove vlade, izborio za načelo da vla-

---

<sup>36</sup> Prema Avramoviću, iako je ovaj Tironov stil doneo malu revoluciju u pismenosti i izdavaštvu, rimskom pravu nisu bile nepoznate skraćenice: scribe su ih često koristile i nazivale su se *sigla*, bilo tako što su se skraćivale pojedine reči ili su se skraćenice pravile od početnih slova pojedinih reči, S. Avramović 2005, 47. Ima, međutim i mišljenja da je ovo prvi jasan pokazatelj znatno pojednostavljenog zapisivanja koje ima funkciju pravne norme, odnosno samostalne jezičke lekseme, čime je uspostavljen temelj profesije notara, V. Olgiati "The Latin-type Notary and the process of the European Unification", *International Journal of the Legal Profession*, 1994, 255.

<sup>37</sup> Državno uređenje principata je u znaku dijarhije - princeps i senat imaju dve blagajne (*fiscus* i *aerarium*), dva činovnička aparata, čak i različite oblasti kojima su upravljali.

<sup>38</sup> Ova novina se pripisuje konstitucijama Arkadija i Honorija, Teodosijevim naslednicima, čemu prethodi 395. godine podela carstva među njima na istočni i zapadni deo.

dara postojeći zakoni ne vezuju (*princeps legibus solutus*), teži da učene pravni-ke veže uz sebe. Ovo ovlašćenje je u početku više “psihološkog karaktera”, jer ono ne znači da jurisprudenti koji nemaju *ius respondendi* ne mogu da daju odgovore. Avgust je ovo ovlašćenje dao radi većeg autoriteta tih odgovora, jer su stranke, mahom, odlazile kod pravnika koji ima pravo odgovora *ex auctoritate principis*.<sup>39</sup> Međutim, Avgustovi naslednici (Kaligula, Klaudije, Neron) kasnije su se trudili da stvore “režimske pravni-ke” tako što su ovlašćenje za davanje odgovora proglasili kao jedino zvanično odobrenje. Mnogi pravni-ke su, otvoreno ili prikriveno, pripadali republikanskoj opoziciji i ovo je bio jedan od načina obračuna sa njima.<sup>40</sup> Nije teško zaključiti da je ovaj trend iz principata nastavljen i pooštren u vreme dominata, tako da su i tabelioni, pored nespornog poznavanja prava, morali biti na režimskoj liniji, odnosno verni i lojalni caru. Međutim, važno je ovde napomenuti i razliku između jurisprudenata sa jedne i tabeliona sa druge strane. I jedni i drugi, vidi se, daju pravne savete strankama. Ipak, dok jurisprudenti stranke savetuju u vezi sa pravnim problemima, tabelioni im daju savete u vezi sa pisanjem pravnih akata.

Novi akti, koje sačinjavaju tabelioni sada imaju snagu javne isprave, uz određeno ograničenje od strane države, budući da je bio obavezan i potpis upravnika provincije. Dioklecijan je čak propisao i naknade za usluge koje tabelioni pružaju<sup>41</sup>, kao i obim i delokrug njihovih poslova.<sup>42</sup> Dalji koraci ka potpunom javnom osnaženju pravnih akata sastavljenih kod tabeliona su i opštevažeća odredba iz Teodosijevog Kodeksa iz 421. godine, kojom je predviđeno da svako ko sačinjava dokument mora da dokaže i njegovu pravnu valjanost,<sup>43</sup> kao i odredba iz 427. godine kojom se akta sastavljena kod tabeliona nazivaju posebnom oznakom *instrumentum publice confectum*,<sup>44</sup> čime se obezbeđuje veća dokazna snaga od ranijih privatnopravnih akata, izuzev ako je i privatnopravni akt bio snabdeven potpisima (*subscriptiones*) tri pouzdana svedoka.

<sup>39</sup> Prema Pomponiju, prvi ekvestar koji je dobio ovakvo ovlašćenje je Masurije Sabin – *D. 1.2.2.*

<sup>40</sup> Više o ovome u É. Chénon, *Étude sur les controverses entre les Procuéliens et les Sabiniens sous les premiers empereurs de Rome*, Paris 1881.

<sup>41</sup> U njegovom Ediktu o cenama iz 301. godine naknada po tarifniku iznosila je najviše deset dinara za sto redaka napisanog teksta, M. Trgovčević-Prokić, 24.

<sup>42</sup> Tako je imperator Konstantin naredbom iz 316. godine razgraničio delokrug poslova između dekuriona i tabeliona. Štaviše, ovi komandiri nad deset vojnika koji su pravljali gradovima i ubirali porez, na osnovu ove naredbe trpeli su nespojivost svoje funkcije sa funkcijom tabeliona, *ibid.*

<sup>43</sup> *C. Th. 2.27.*

<sup>44</sup> *C. Th. 8.7.11.*

Potpuno uređenje ove profesije konačno je zaokruženo u vreme Justinijana. Na osnovu jedne Justinijanove konstitucije iz 528. godine, može se zaključiti kako je izgledao čitav proces sastavljanja dokumenta pred tabelionom. U prisustvu obe stranke, tabelion je bio u obavezi najpre da sastavi kratak zapis, neku vrstu nacрта koji oličava saglasnost volja između stranaka (*scheda*).<sup>45</sup> Nadalje bi ovaj nacrt bio razrađen odgovarajućim detaljima: bitnim elementima ugovora, njegovim modalitetima (rokom, uslovom, nalogom) i svojeručno ponovo ispisan od strane tabeliona sa oznakom *in mundum* što je trebalo da označava da je dokument sačinjen u mestu njegove nadležnosti. Ovaj deo sastavljanja tabelionske isprave nazivao se *absolutio*. Sledeća faza bila je zapisivanje dokumenta na zvanično predviđeni formular – *protocolum*.<sup>46</sup> Namera je bila da se oteža i spreči falsifikovanje ovih dokumenata, tako da je tabelionima bilo zabranjeno da pišu na materijalu koji nije označen protokolom, odnosno prvom stranicom na kojoj je slovima pod pravim uglom bilo ispisan i ime najvišeg funkcionera poreske administracije u Konstantinopolju (*comes sacrarum largitionum*) kao i datum kada je akt sačinjen.<sup>47</sup> U posebnoj knjizi tabelioni su imali obavezu da upišu i ime svog zamenika (*acta magister census*) u slučaju da izgube svoju službu. Nakon okončanja ovog postupka, svaka stranka dobijala je svoj primerak dokumenta a tabelion više nije u obavezi da čuva ranije izrađeni nacrt. Međutim, sudije su dokumenta uvažavale sa očiglednim razlikama imajući u vidu da li za njih postoji originalni nacrt ili ne. Time su, iako ne formalno, faktički, obaveze tabeliona da čuvaju nacrt bile podrazumevajuće.<sup>48</sup> Poslednja faza, koja u potpunosti dokumentu sastavljenom pred tabelionom (koji je do tada samo *instrumenta publica confecta*) daje snagu izvršne isprave odigrava se pred nadležnim državnim službenikom koji akt registruje u službene spise i zavodi u državnu arhivu. Ova faza se naziva *insinuatio*.

U rimskom pravu je i poklon potpadao pod obaveznu javnopravnu registraciju uz učešće tabeliona. Svaki poklon morao je biti zaveden kao kao dokument pred svedocima a sadržavao je generalije poklonodavca, iscrpan opis vrednosti poklona i dokaz o pravnom osnovu sticanja svojine za poklonoprimeca.<sup>49</sup> Među-

---

<sup>45</sup> E. Giménez-Arnau, *Derecho Notarial Espanol*, Madrid 1984, 105.

<sup>46</sup> Ovom fazom akt dobija zvaničnu dokaznu snagu čime se izjednačava sa dokumentima koje su izdavali državnisluzbenici - *publica monumenta*.

<sup>47</sup> Međutim, tabelioni nisu bili ovlašćeni da izdaju protokol, već su ga ostavljali zakačenog za materijal koji su, za novčanu protivnaku, dobili od države na korišćenje - M. Trgovčević-Prokić, 25.

<sup>48</sup> Malavet navodi da je nacrt (*scheda*) imao i ulogu dokaza u slučaju spora između stranaka, a time je autoritet tabeliona bio veći ukoliko je on pred sudijom mogao da dostavi na uvid originalni zapis koji je prethodio sastavljanju završnog dokumenta – Malavet, 411.

<sup>49</sup> *Constitutio Tanta* 8. 12. 1. *Ius eius, id est, ex qua causa, quo titulo dominii rem eam quam donat habeat, ne forte rem alienam donet.*

tim, postojao je i zahtev da poklon bude predat pred *advocata vicinitate*<sup>50</sup> i na kraju bi bivao zaveden u službene spise, čime se okončava *insinuatio*.<sup>51</sup>

Za akta koja su sačinjavali tabelioni važio je poseban sistem datiranja. Oni su bili u obavezi da koriste tzv. trojno datiranje koje je sadržavalo godinu cara, godinu konzula i godinu pozivanja konzula, uz obeležavanje odgovarajućeg meseca i dana.<sup>52</sup> Kako bi tabelionski dokument bio u potpunosti pravno valjan, uvedena je trostepena provera: prednost najpre imaju svedoci, nakon njih tabelioni i njihovi pomoćnici, a tek na posletku sravnjivanje rukopisa.<sup>53</sup> Moguće da je razlog ovome želja zakonodavca da postoji više vrsta svedoka u korist dokumenta, jer je samo za privatnopravne akte bilo neophodno sravnjivanje rukopisa.<sup>54</sup>

Upoređujući tabelione i moderne javne beležnike, možemo konstatovati jasnu i značajnu sličnost koje se temelji na doprinosu rimskog prava. Međutim, i dalje rimski tabelioni nemaju u potpunosti sve osobine savremenih notara. Premda postavljeni od strane državnih organa, njihova akta nemaju izvršnu pravnu snagu sama po sebi. Potreban je višestepeni proces, kroz nekoliko faza u kojem tabelionski sačinjen dokument dobija dokaznu vrednost. Sa druge strane, iako je tabelionima država delegirala delokrug poslova, to nije činila u pogledu njihovih ovlašćenja. Građani nisu u obavezi da akata sastavljaju kod tabeliona<sup>55</sup>, međutim, autoritet njihove ličnosti i vrsno poznavanje prava pribavljali su im faktički legitimitet koji se ne može prenebrežnuti. Temelj moderne notarske profesije baziran

<sup>50</sup> Cimerman navodi da je reč o posebnim svedocima koji predstavljaju članove poklonodavčevog susedstva, čime se teži pribaviti dodatni legitimitet da je čitav posao potpuno pravno valjan i da nije reč o svesnom rasipanju imovine, npr. da bi se počinio delikt izigravanja poverilaca (*fraus creditorum*), R. Zimmermann, *Law of Obligations - Roman Foundations on Civilian Traditions*, Oxford 1995, 492.

<sup>51</sup> Justinijan je obavezu insinuacije ograničio samo za poklone vrednosti veće od 500 solida, dok su pokloni manje vrednosti mogli biti davani i neformalno, M. Milošević, *Rimsko pravo*, Beograd 2010, 382.

<sup>52</sup> V. Olgiati, 259. Trgovčević-Prokić navodi da je ovo datiranje predma konzulima označavalo tzv. istinski datum – M. Trgovčević-Prokić, 26.

<sup>53</sup> A. Cannata "Historique du notariat Européen", *Revue Suisse du Notariat et du Registre foncier* 45/1986, 198.

<sup>54</sup> H. Ankum, 9.

<sup>55</sup> Prema Stojčeviću, tabelioni (a češće bankari) su sastavljali syngarphe u kojem dužnik, u formi pisma, priznaje poveriocu da nešto treba dati ili učiniti. Pismeno je mogao napisati tabelion, pa bi ga dužnik svojeručno potpisao. U suštini, sastavljanje akta je moralo biti obavešteno pred svedocima, u kojem se, u formi zapisnika, u trećem licu jednine konstatuje da dužnik dužan dati ili učiniti nešto trećem licu. Na kraju su bili obavezni pečati i potpisi stranaka i svedoka. Akt je poveravan jednom od svedoka na čuvanje, koji bi ga, na zahtev suda, morao dostaviti, D. Stojčević, *Rimsko privatno pravo*, Beograd 1976, 246.

na principima latinskog notarijata postavljen je u potpunosti u rimskom klasičnom i postklasičnom pravu.

Dalji razvoj notarske službe kao javne funkcije na načelima latinskog notarijata, vezan je za period ponovnog interesovanja i recepcije rimskog prava. Justinijanova kodifikacija postaje ponovo riznica iz koje se može mnogo toga naučiti i primeniti u zahtevima novog vremena. Istočno rimsko carstvo nastavlja tradiciju rimske jurisprudencije i filigranske preciznosti u tumačenju prava. Poseban značaj za razvoj notarske službe u Vizantiji pripisuje se njenim vladarima Vasiliju I i njegovom sinu Lavu VI, koji su vladali od 886. do 912. godine. U njihovo vreme nestaje razlika između naziva *tabelliones* i *tabularii* u uobičajenoj terminologiji. Oba naziva sada označavaju učene pravnike sa odličnim znanjem rimskog prava, koji su u stanju da, na zahtev stranaka, sastavljaju pravna dokumenta. Jedinstveni naziv za sve njih sada je *notarius*.<sup>56</sup> Na prostoru zapadne Evrope, češće se za notare koristi naziv skribe.<sup>57</sup> Ipak, i dalje se ne može govoriti o notarskoj službi kao javnoj funkciji, snabdevenoj izvršnom snagom. Notarske kancelarije rade isključivo po zahtevu stranaka, a njihova akta imaju snagu i dalje samo nacrtu (*chartae*, *charta*, *carta*)<sup>58</sup> koja naknadno mogu dobiti snagu javne isprave ukoliko se poštuju stroga pravila procedure. U tom pogledu je, po ugledu na rimski institut insinuacije, neophodna potvrda državnog organa.

Međutim, najvažniji momenat uobličavanja notarske službe u srednjem veku vezuje se za početak rada bolonjske škole. Rad bolonjske i škole glosatora u velikoj meri zaslužni su za razvoj privatnog prava temeljenog na rimskom. Pre njih kružili su razni nezvanični zbornici, nudeći raznolika rešenja, kao što su odluke crkvenih saveta, mišljenja svetih otaca, papski dekreti, fragmenti iz Biblije, pa se nije znalo šta je nečije mišljenje, a šta pravo. Red u oblast kanonskog prava uveden je tek proglašenjem Gracijanovog dekreta oko 1140. godine. Međutim, poznavanje privatnog prava postalo je nemoguće bez poznavanja rimskog prava. Kod god je želeo ozbiljno da se bavi privatnim pravom, smatralo se da bi bio bolji i uspešniji ako poznaje Digesta.<sup>59</sup>

---

<sup>56</sup> Malavet, 412, C. Radding, *The Origins of Medieval Jurisprudence, Pavia and Bologna*, New Haven 1988, 182.

<sup>57</sup> Najviše podataka o notarskoj službi na ovim prostorima nalazimo u Teodorikovom Ediktu u Italiji i Fuero Juzgo u Španiji, R. Zimmermann, *Basistexte zum Europäischen Privatrechts*, Baden Baden 2000, 42. Rivers navodi da su se pojavljivali različiti termini: scriba, notarii, escribano, notario, T. J. Rivers, *Laws of the Salian and Ripuarian Franks*, New York 1966, 196.

<sup>58</sup> Cimerman nedvosmisleno tvrdi da se ne može se govoriti o dokumentu koji je snabdeven sa *publica fides*, R. Zimmermann 2000, 43.

<sup>59</sup> Novi problemi i pravni sporovi nastali usled razvoja gradova i privrede, potreba sekularnih vladara i crkvenih velikodostojnika, zahtevali su dodatno angažovanje pravnika. Razna običajna i partikularna feudalna pravila nisu imala adekvatne odgovore. Možda to nije imalo u potpunosti



Širom Evrope biskupi i kraljevi su želeli da iskoriste ovu novu veštinu zapošljavajući one koji su je izučili, dok su mladi ambiciozni ljudi videli šansu za zauzimanje visokog položaja i sticanja ugleda i bogatstva. Stoga je Bolonja postala pravni centar od najvišeg značaja, jer su se tamo izučavali originalni tekstovi i komentari.<sup>60</sup> Zbog svog odličnog geografskog položaja, na raskrsnici važnih puteva u severnoj Italiji, u Bolonju je bilo relativno lako doći. Otuda ne čudi na hiljade ljudi koji su se u nju sliki (krajem XIII veka imala je preko 1000 studenata iz svih krajeva Evrope) kao i laskava titula koja ju je krasila: *Bononia mater legum*.

Mada se u Bolonji izučavala i teologija i medicina (centar za teologiju bio je ipak Pariz, a za medicinu Salerno i Monpelje), rimsko privatno i kanonsko pravo su bili dominantni. Onaj ko bi završio studije oba prava dobijao bi titulu *doctor iuris utriusque*.<sup>61</sup> Pri tom je rimsko privatno pravo imalo posebno i najznačajnije mesto. Prvo, predmet je bio takav da se mogao izučavati bilo gde, pa mu je njegova univerzalna vrednost dala prevagu nad pravom lokalnih komuna. Štaviše, lokalno pravo se nije izučavalo ni u jednoj zemlji sve do XVII veka.<sup>62</sup> Drugo, kako je pravo postalo predmet organizovane nastave, tako je i rimsko privatno pravo podignuto na viši naučni nivo. Za naslednike Irnerija, u prvom redu Bulgara, postoje podaci da je držao predavanja velikim grupama studenata.<sup>63</sup> Prepisi beležaka sa predavanja su bili dostupni za kupovinu, kao neka vrsta skripte.<sup>64</sup> Treće, predavanja su koncipirana tako da se simulirao neki konkretni pravni spor, što je podsticalo studente da polemišu o različitim rešenjima, neretko organizujući debate pod nadzorom svojih profesora.<sup>65</sup>

ni rimsko pravo, ali je posedovalo mudre savete i argumente koji su mogli da dovedu do rešenja, E. Cortese, *Il rinascimento giuridico medievale*, Roma 1992, 96.

<sup>60</sup> Studenti su u Bolonji izučavali rimsko privatno pravo uporedo sa kanonskim, a mnogi od njih su već imali savladane osnove rimskog privatnog prava pre prelaska na studije kanonskog, *ibid*.

<sup>61</sup> O. Stanojević, *Rimsko pravo*, Beograd 2003, 127.

<sup>62</sup> Čak i kada se radilo o engleskom *common law*, na Oksfordu i Kembridžu se izučavalo građansko i kanonsko pravo (pre Reformacije) sve do XVIII veka, M. Bellomo, *Saggio sull' Università nell' eta del diritto comune*, Catania 1979, 50.

<sup>63</sup> Belomo piše o jednom šaljivom događaju sa tih predavanja. Bulgar, udovac, oženio je mladu ženu za koju je verovao da je devica. Sledećeg dana, kada je došao na predavanje, prvi tekst za analizu bio je C. 3.1.14. koji je počinjao sa *rem nec novam nec inusitatem aggremidur*. Igra reči da je "naišao na nešto što nije niti novo niti nekorišćeno", izazvala je salve smeha među studentima, *ibid*.

<sup>64</sup> Posebni prodavci tih prepisa beležaka, nazvani *stationarii exempla tenentes*, prodavali su ih ili iznajmljivali studentima, a studenti su, kada dođe vreme da napuste univerzitet, imali osnovni materijal koji bi mogli poneti sa sobom. Ako i sami ne bi postali profesori, imali su mogućnost da šire znanje o privatnom pravo duž Evrope donoseći već glosirane tekstove u svoje domovine, M. Bellomo, 113.

<sup>65</sup> O načinu nastave u Bolonji i ustrojstvu prvog evropskog univerziteta detaljno vidi u V. Vuletić "Ius commune Europaeum – novi termin za staro rešenje", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, Beograd 2011/2, 163-193.

Međutim, Bolonja je možda i ponajviše zaslužna za razvijanje i konačno uobličavanje notarske profesije, stvaranjem u svom okrilju posebne notarske škole (*Scuola di Notario*) 1228. godine,<sup>66</sup> koja je izvršila snažan utisak na ostatak Evrope.<sup>67</sup> Njen osnivač, Ranijeri di Peruđa (*Ranieri di Perugia*), poznat je prevažodno po svom obimnom delu *Summa Artis Notariae* iz trinaestog veka, nije i njen najpoznatiji predstavnik. Najugledniji predstavnik ove škole je Rolandino (*Rolandino*)<sup>68</sup> koji je 1234. godine napisao svoje kapitalno delo *Summa Aurea, Diadema, Summa Rolandina*.<sup>69</sup> Interesantno je da je Rolandino u svojim delima koristio termine *notarius* i *tabellio* kao sinonime, jedino ih razlikujući u po tome da li je reč o notarskoj službi u gradu ili u seoskoj sredini.<sup>70</sup> Štaviše, u svom delu *De officio Tabellionatus in villis vel castris* nastoji da edukuje buduće notare u ruralnim sredinama, pre svega ih upoznavajući sa klasičnim rimskim i Justinijanovim pravom. U bolonjskoj notarskoj školi, pored rimskog prava, izučavala se i praktična veština pisanja notarskog akta. Ona je podlegala strogim pravilima forme, pa se tako može zaključiti da je jedan klasičan notarski dokument obavezno sadržao zahtev stranaka da ga notar sastavi, detaljan opis predmeta odnosno sadržine notarski obrađenog dokumenta baziran na izjavama stranaka, opis činjeničnog stanja, potpise svih lica u postupku i obaveze da se primerak notarski obrađenog dokumenta dostavi strankama.<sup>71</sup> Pored toga, postojala je i profesionalna organizacija (nalik modernoj notarskoj komori) koja je strogo nadzirala praksu notara i kontrolisala ponašanje svojih članova, jer je notar ličnost posebnog ugleda i svoju službu mora da obavlja savesno i besprekorno.<sup>72</sup> Sledstveno ovome, notarska profesija dobila je jednu važnu osobinu koja joj je nedostajala: notaru je

---

<sup>66</sup> Pre njenog osnivanja Irnerije je podučavao veštinu pisanog govora (*ars dictandi*), pa je čak napisao i delo *Formularium tabellionum*, o znanju i stilu pravnih isprava i posebnih formi, M. Bellomo, 114.

<sup>67</sup> Ima mišljenja da je se čitava bolonjska škola razvila upravo zaslugama notarske škole, A. Cannata, 201.

<sup>68</sup> U tekstovima je ovaj pravnik poznat mahom po svom ličnom imenu. Postoje izvesne neudomice u vezi sa njegovim prezimenom, pa se negde pojavljuje kao Rolandino Rodulfo, a negde kao Rolandino Pasaderi, M. Bellomo, 115, E. Cortese, *Il rinascimento giuridico medievale*, Roma 1992, 100.

<sup>69</sup> Ovo delo je poznato i pod nazivom *Summa Orlandina*. Pored njega, Rolandinov obiman opus uključuje i dela *La Aurora*, *Flos testamentorum*, *Flos ultimarum voluntatem* i *De officio Tabellionatus in villis vel castris*, *ibid*.

<sup>70</sup> Tako je termin notar korišćen u gradskim sredinama, a tabelion u seoskim, premda nema sumnje da su se oba odnosila na istu profesiju, koja je nazivana i eminentnom strukom gradskog društva srednjeg veka. Tome Korteze dodaje da ovo nije ništa neuobičajeno, budući da je bogatstvo uticaja raznih govornih područja i jezika, specifičan šarm Bolonje, E. Cortese, 102.

<sup>71</sup> P. Malavet, 419.

<sup>72</sup> N. Šarkić, 26.

omogućeno da sopstvenim pečatom garantuje istinitost i pravnu snagu dokumenta (*manus publica*) koja se mogla porediti sa snagom izvršne isprave. Moguće je da je ovo ovlašćenje notara proisteklo iz funkcije sudskog pisara, koji je učestvovao u fiktivnim parnicama u kojima se dokazivalo da neka isprava ima pravnu snagu koju valja uvažiti.<sup>73</sup> Upotreba pečata je doprinela jačanju kredibiliteta notarski obrađenih pravnih akata, budući da su pojedini beležnici, u odsustvu svojih pečata, koristili pečate feudalnih gospodara.<sup>74</sup>

Notarska profesija se brzo širila Zapadnom Evropom. Car Fridrih Barbarosa (1152-1190.) i papa Aleksandar III (1159-1181) priznali su i ozakonili notarijat. Razvijeni trgovački gradovi su, tokom dvanaestog i trinaestog veka, među prvima prihvatili beležništvo: od Đenove preko luke Langdok do Marseja, Liona, Grenobla, Savoje, Sent Morica sve do Španije. Duh notarijata zapahnuo je i Lijež i Lajpcig, pa čak i gradove u Engleskoj u kojoj se prvi put pominju 1279. godine.<sup>75</sup> U Portugalu je notarska profesije uspostavljena u vreme vladavine Alfonsa II, dok je španska Katalonija<sup>76</sup> na kraju trinaestog veka već imala razvijenu beležničku službu, koja je svoj najveći uspon doživela u vreme Pedra III (1331.) i Alfonsa III (1333.) kralja Sevilje i Leona. Kasnije su i Aragon i Valensija uspostavljali notarijat, dok su se prve notarske škole počele pojavljivati tokom šesnaestog veka.

Po nalogu Alfonsa Mudrog, 1265. godine, stvoren je srednjovekovni zbornik rimskog prava pod nazivom *Siete partidas*, kojim je želeo da stvori jedinstven pravni sistem za svoju državu. Iako je u njemu bilo nekih institucija običajnog prava, sastavljen je pod velikim uticajem rimskog prava.<sup>77</sup> Prema ovom zborniku notarijat je definisan kao *escribano público*.<sup>78</sup> Beležnici su ovu javnu službu dobi-

<sup>73</sup> U potrdi ove teze Trgovčević-Prokić i Šarkić citiraju jedan firentinski ugovor iz 1199. godine čija završna klauzula glasi: *Ego, Hidelbrandus, iudex readictas mulieris interrogavi, atque notarius haec rogavi et scripsi, et huic instrumento ideo complectionem dedi* - Ja, Hidelbrand, sudija, pomenute žene pitao sam i takođe je i beležnik ovo pitao i zapisao, i sa ovim dokumentom doneo sam zaključak, M. Trgovčević-Prokić, 28, N. Šarkić, 26-27.

<sup>74</sup> Tako je bilo i onih koji su stavljali *signum* - potpis sa crtežom u obliku složenih geometrijskih figura, životinja, cveća (npr. *Bertraimus* je ostavljalo svoj portret u signumu), N. Šarkić, 27.

<sup>75</sup> E. Cortese, 105.

<sup>76</sup> Ima mišljenja da je na španski notarijat u dobroj meri uticalo šerijatsko pravo. Više u R. Laurence, *The Antropology of Justice: Law and Culture in Islamic Society*, Cambridge 1994, 24-26, 29-30.

<sup>77</sup> Ovaj kodeks je primenjivan ne samo u Španiji, nego i u njenim kolonijama, posebno u Latinskoj Americi pa čak i na teritoriji današnjeg SAD-a (Luizijana). I danas u španskoj pokrajini Kataloniji, rimsko pravo je pomoćni izvor prava, odnosno primenjuje se kao dopunski izvor uz katalonski Građanski zakonik, O. Stanojević, 134.

<sup>78</sup> Originalni tekst zbornika, u stvari, pominje termin "escruiano", što je, prema Malavetu, samo starija varijanta reči "escribano", a obe su sinonim za termin notar, P. Malavet, 420.

jali direktno od kralja i vršili je u svojim domenima.<sup>79</sup> Insistira se da svaki pravni posao bude propraćen notarski obrađenim dokumentom, pečaćen od strane beležnika i opskrbljen izvršnim naslovom.<sup>80</sup> Prilikom susreta sa strankama, notar je bio u obavezi da sastavi sažetak pravnog posla koji će biti notarski obrađen (*imbreviatura*), koji kasnije postaje integralni deo beležničkog zvaničnog dokumenta.<sup>81</sup> Za nesavesno obavljanje posla, kršeći stroge standarde struke, notara čeka kazna odsecanja ruke.<sup>82</sup>

U Statutu grofa Amadeusa VI od Savoja (1334–1383) načinjena je konačna distinkcija između sudske i notarske profesije, kao javne službe. Godine 1400. Amadeus VIII, vladar Savoje i Pijemonta, izdao je svoj statut u kojem je ranija imbreviatura zamenjena protokolom. Uz to je beležnik bio u obavezi da zabeleži svoj susret sa strankama - *audiencia*.<sup>83</sup> U toku audijencije notar je bio u obavezi da sasluša stranke, kao i da ih potpuno objektivno i podjednako prilježno savetuje kako bi pravni posao bio zaključen istinskom saglasnošću volja. Može se uočiti da je ovo embrion moderne obaveze notara da zadrži ekvidistancu među strankama i da podjednako zastupa njihove interese. U vreme cara Maksimilijana I od Austrije, 1512. godine, izdat je poseban statut notarske profesije u kojem je precizno naznačeno da protokol više nije u svojini beležnika, nego u svojini države, čime je notarska profesija dodatno ojačala svoju javnu funkciju.<sup>84</sup> Konačno, zaokruživanje razvoja notarske službe na temelju latinskog notarijata, okončan je nakon ujediničenja u Španiji, posle Napoleonove vladavine, kada je 28. maja 1862. godine donet prvi Zakon o notarima, koji je raniji termin *escribano* zamenio novim - *notario*.<sup>85</sup> Uslov za obavljanje notarske profesije bio je završen pravni fakultet, a beležnici su bili okupljeni u strukovne organizacije pod imenom *colegios*.

---

<sup>79</sup> Notari su, prema zborniku, opisivani kao ljudi vični pisanju, a postojale su dve grupe: prvi, koji su zapisivali sudske odluke u kraljevoj palati i drugi, koji su, na zahtev stranaka, zapisivali ugovore (najčešće o prodaji), račune i sve ostale saglasnosti volja, *Partida II, Title IX, Law VII*. Ovo razlikovanje između kraljevskih i privatnih notara verovatno potiče iz sedmog veka iz zbornika *Fuero Juzgo*.

<sup>80</sup> *Partida III, Title XIX, Law I*

<sup>81</sup> Za razliku od sažetka u Justinijanovo vreme (*scheda*), imbreviatura je i formalno morala biti čuvana od strane javnih beležnika.

<sup>82</sup> *Partida III, Title XIX, Law XVI*.

<sup>83</sup> Zabeleške sa audijencije su čuvane i kasnije uključivane u tekst protokola, hronološki opisujući rad notara prilikom sastavljanja dokumenta, P. Malavet, 421.

<sup>84</sup> Ima mišljenja da je ova odredba stvarala probleme strankama, u slučajevima u kojima bi notari preseljavali svoju praksu ili je ustupali drugima. Tada bi strankama bilo znatno teže da pronađu originalne protokole i kopije svojih originalnih dokumenata, P. Malavet, 422.

<sup>85</sup> On je noveliran u tri navrata: 1875, 1879, i 1913. godine.

Notarski obrađena izjava je u Francuskoj dobila snagu izvršne isprave u vreme vladavine Filipa IV Lepog. Beležnički dokument je sada opskrbljen kraljevskim pečatom, a notari svoj rad obavljaju u javnim kancelarijama, nakon što bi bili upisani u notarski registar. Postojala su dva tipa notarski obrađenih dokumenata: prvi, pod nazivom *minute*, zvanični dokument potpisan od strane notara, koji je morao biti čuvan o originalu a izdavana je samo kopija na zahtev stranke, i drugi, pod imenom *brevet*, koji je u originalu mogao biti izdavan strankama.<sup>86</sup> Poput rešenjima u modernim pravnim sistemima, notari su opsluživali teritorije određenog broja stanovnika, otprilike oko 6000, i bili su okupljeni u notarske komore, čiji bi članovi morali biti kako bi obavljali svoju praksu. Da bi bili članovi Notarske komore, odnosno da bi mogli obavljati beležničku funkciju, notari su morali ispuniti nekoliko kumulativnih uslova: da su francuski državljani, stariji od 25 godina, da je položio notarsku zakletvu, da poseduje dobre moralne osobine i da je odslužio vojnu službu.<sup>87</sup> Pre nego što bi bili u mogućnosti da postanu notari, kandidati su bili u obavezi i da provedu šestogodišnji period pripravnštva u notarskoj kancelariji, koji je mogao biti skraćen na četiri godine, ukoliko bi mentor istakao izvanredne rezultate svog pripravnika.

Slično kao i u Španiji, kraljevskim ediktom iz 1597. godine okončano je razlikovanje kraljevskih (*tabelliones iures*) i privatnih notara (*clercs*), pa su spojeni u jedinstvenu službu *notaire - garde note (minute) et tabellion*.<sup>88</sup> Tokom šesnaestog veka beležnici su sami overavali svoje akte potpisom, dok je u vreme Luja XVI notar dobio ključno ovlašćenje: mogao je na svoje dokumente samostalno da stavlja kraljevski pečat, čime je izvršnost notarski obrađene izjave bila potpuno obezbeđena.<sup>89</sup>

Francuski sistem notarijata izvršio je snažan utisak na sisteme u Austriji i Italiji. Do usvajanja Zakona o građanskom postupku iz 1781. godine u Austriji je na snazi Carska notarska uredba iz 1512. godine. Međutim, novim zakonom notarska služba se suočava sa krizom, budući da su i menice dobile snagu beležničkog akta, odnosno javne isprave. Stanje će se vidno popraviti tek 1850. godine novim Zakonom o notarima, čiji je uzor bio upravo francuski zakon iz 1803. godine.<sup>90</sup> Italijanski Zakon o notarima iz 1913. godine, po uzoru na francuska rešenja, pravi razliku između notarskih dokumenata koji se u originalu moraju čuva-

<sup>86</sup> Alan Moreau, "Le Notariat Français", *Atlas du Notariat* 1989, 334.

<sup>87</sup> Ovaj poslednji zahtev za odsluživanjem vojne službe, praktično je onemogućio ženama bavljenje notarskom profesijom. Tek će kasnije, i to zahvaljujući intervencijama sudova, ovaj uslov biti ukinut, *ibid*.

<sup>88</sup> M. Trgovčević-Prokić, 29.

<sup>89</sup> *Ibid*.

<sup>90</sup> M. Trgovčević-Prokić, 30, N. Šarkić, 28.

ti a samo se izdaju kopije, i nezvaničnih akata koji se strankama mogu izdavati u originalu. Kombinacijom španskih i francuskih odredbi, uslovi za bavljenje notarskom službom bili su da je kandidat završio pravni fakultet, obavio notarsku praksu u trajanju od najmanje dve godine i da je položio notarski ispit.

Međutim, specifičnost italijanskog notarijata ogleđa se u tome što je javni beležnik, na osnovu dozvole stranke, mogao da se pojavi i pred sudom.<sup>91</sup> Imajući u vidu vreme kada je italijanski zakon donet, beležnicima je omogućeno korišćenje i modernim tehnologijama (telegrafom i telefonom). Notarijat je i zvanično definisan kao javna funkcija, čime je obezbeđen autoritet ovoj službi.

Moderni notarijat se u najvećoj meri temelji na rezultatima i začecima latinskog tipa notarijata starog Rima i srednjovekovnih recipiranih i unapređenih odredbi. Na Konferenciji notarijata Evropske unije održanoj 4. februara 1995. godine u Napulju donet je Kodeks prava notarske profesije. Ovim Kodeksom koji su ratifikovale nemačka, Francuska, Grčka, Italija, Luksemburg, Holandija, Austrija, Portugal i Španija definisana zajednička pravila latinskog notarijata. Tako je notar definisan kao nosilac javne službe kojem je prenesena državna vlast, kako bi sačinjavao javne isprave, a on je u obavezi da osigura čuvanje, dokaznu snagu i izvršnost ovih isprava.<sup>92</sup>

Lako je uočljivo nastojanje da se transponuje istorijski razvoj notarske službe, insistirajući na javnosti u službi notara i posebno prenosu državne vlasti na njegovu službu, baš kako je to rešavano u ranije analiziranim primerima. Da moderni notarijat nastavlja kriterijume latinskog notarijata svedoče i uslovi za obavljanje javnobeležničke funkcije, takstativno nabrojani Kodeksom: visoka univerzitetska kvalifikacija, položen notarski ispit, formalizovani, objektivni i transparentni postupak konkursa za izbor notara i kontrola notarske profesije od strane državnih organa. Imajući u vidu zajednički pravni prostor, temeljen na iskustvima i doprinosima rimskog prava, može se zaključiti da i javno beležništvo u Evropi takođe plovi pod Justinijanovom zastavom. Rimsko pravo na još jedan živ i funkcionalan način ističe svoju vitalnost i primenljivost u modernim pravnim sistemima Evrope. Latinski tip notarijata, recipiran i uobličavan vekovima snažan je dokaz zajedničkog evropskog pravnčkog mišljenja, jedinstvenog i uniformnog sistema koji je, verujemo, i dobar putokaz ka ostvarivanju zajedničkog evropskog privatnog prava.

---

<sup>91</sup> P. Malavet, 424.

<sup>92</sup> E. Hašić, 11.

VLADIMIR VULETIĆ, LL.D.,  
Assistant Professor, Faculty of Law  
University of Belgrade

LATIN NOTARY:  
FOUNDATIONS AND BUILDING

Summary

This paper is a comparative, historical and normative analysis of the origin and development of the so-called Latin notary and its influence on modern legal systems of the European Union.

The author attempts to, by shading the most important developments, indicate the beginnings of notary services in states of cuneiform law and Greece. Special attention was paid to the notary public in Rome, from classical to Justinian law, and the author points out that it was not until this legal system that notary service was established as a public function, that under certain conditions, prepares documents with enforcement power. In this context, the paper analyzed the work of Roman tabelions and changes introduced by Justinian in their work.

Author in the reception of Roman solutions emphasizes the experiences and achievements of the law school of Bologna, which is the inspiration of further medieval solutions, particularly in Spain, France, Germany and Italy. Drawing centuries' long line of notary services in European countries, the author finally concludes based on his previous premises: Roman law is the foundation on which the legal system of modern Europe is built and the indicator of emergence of the European private law.



MILENA TRGOVČEVIĆ-PROKIĆ

## ZAKON O JAVNOM BELEŽNIŠTVU SRBIJE I POTREBA ZA USKLAĐIVANJEM SA DRUGIM ZAKONIMA

### U V O D

Zakon o javnom beležništvu Srbije<sup>1</sup> donet je maja 2011. Zakon je usaglašen sa najsavremenijim pravnim standardima evropskog zakonodavstva. U našoj zemlji prihvaćen je model latinskog beležništva (tzv. slobodni notari), koji preovlađava u savremenim pravnim sistemima evropskih zemalja.

Latinski organizacioni tip javnog beležnika podrazumeva slobodno zanimanje javnog beležnika, i to je ujedno i njegovo organizaciono načelo, jer obavlja službu samostalno i nezavisno u odnosu prema državi i strankama, ali kao osoba od javnog poverenja. Ovo stanovište izraženo je u načelu poverljivosti javnobeležničke službe. Javni beležnici obavljaju svoju službu kao samostalni i nezavisni nosioci te službe, te imaju svojstvo osoba od javnog poverenja. Oni se ne pojavljuju kao zastupnici stranke, već kao njeni nepristrasni poverenici.

---

Dr Milena Trgovčević-Prokić, sudija Prvog osnovnog suda u Beogradu, načelnik vanparničnog odeljenja i sudske prakse.

<sup>1</sup> Zakon o javnim beležnicima Srbije "Službeni glasnik RS", br. 31/11. od 9. maja 2011. U daljem tekstu: ZJB Srbije. Prema odredbama Zakona njegova primena je trebalo da otpočne 1. septembra 2012. godine, a zbog ambiciozno postavljenih rokova Zakonom o izmenama Zakona o javnim beležnicima odložena je primena zakona za 1. mart 2012.

Domaće pravo prihvatilo je ustaljeno određivanje ove službe kao pravosudne profesije, polazeći od stava da javni beležnici obavljaju državnu službu i ne mogu obavljati i slobodnu profesiju. Beležnik obavlja svoju službu kao slobodno zanimanje, a pravilo je da je javnobeležnička delatnost isključivo i stalno zanimanje javnog beležnika u periodu za koji je imenovan, odnosno dok obavlja tu delatnost. Predviđena je nespojivost javnobeležničke delatnosti s drugim poslovima, na primer s advokaturom ili bilo kojim drugim plaćenim zanimanjem koje nije u skladu s ugledom javnog beležnika.

Izuzetan značaj beležništva leži u distinkciji koja je vezana za njegov društveni status. Za razliku od sudija, koji su ipak visoki državni činovnici i koji trpe brojna ograničenja u ponašanju, u političkom angažovanju, u javnim komunikacijama i uopšte brojna ograničenja vezana za njihovu nezavisnost i samostalnost, beležnici nisu državni službenici i oni obavljaju službu kao slobodan poziv, što im daje mnogo veću slobodu delovanja. Ali i za njih je predviđena zabrana bavljenja drugim delatnostima, osim bavljenje naukom, književnošću ili poslovima zasnovanim na odluci nadežnog organa.<sup>2</sup> Prihvaćen stav iz uporednog prava ogleda se i u srpskom zakonu, da se delatnost javnog beležnika zasniva na polju preventivne pravne pomoći i poverenju u instituciju beležništva. U tom kontekstu poslovi javnog beležnika kao izvršioca zaveštanja ili arbitra počivaju na poverenju ukazanom prema javnobeležničkoj službi. Da bi njihova nezavisnost i nepristrasnost bila poštovana, oni moraju prilikom obavljanja sporednih delatnosti izbegavati ugrožavanje ovih svojih funkcija, a obavljanje ovih poslova od strane beležnika ogleda se u poverljivosti njegove ličnosti.

Dodatne poslove, on ne obavlja u funkciji javnog beležnika, već kao dopunsku delatnost. Nadležni organ postavlja beležnika samo kao lice koje jemči sigurnost da će poverene poslove obaviti na najbolji način. Na primer, odlukom organa starateljstva on može biti postavljen za staraoca poslovno nesposobnog lica, ali ulogu staraoca poslovno nesposobnog lica ne obavlja kao beležnik, već u svojstvu staraoca. On ima sva prava i obaveze kao staraoc, a te obaveze uključuju i zastupanje ovog lica. Naime, ako bi ovu ulogu obavljao kao beležnik on ne bi mogao da zastupa to lice. On ne može preneti ove poslove ni na zaposlene u svojoj kancelariji. U tom pravcu je prihvaćen stav u uporednom pravu a o tome se izjasnio Vrhovni sud Nemačke: "treba poći od činjenice da postavljanje beležnika za izvršioca zaveštanja počiva na ličnom poverenju što ne važi za zaposlene, odno-

<sup>2</sup> Član 5. ZJB Srbije predviđa da se zabrana bavljenja drugim poslovima ne odnosi na "poslove zasnovane na odluci nadležnog organa, na primer, izvršioca zaveštanja, staratelja i slične, povremeno ili dopunsko obavljanje naučne, nastavne, umetničke i slične delatnosti, obavljanje poslova u komori i u međunarodnim udruženjima javnih beležnika, obavljanje poslova medijatora, arbitra, sudskih prevodilaca.

sno njegove predstavnike.”<sup>3</sup> Iako u zakonu nije izričito navedeno, za obavljanje poslova zasnovanih na odluci nadležnog organa njemu neće biti potrebna saglasnost komore. Domaće pravo definiše beležnika isključivo kao preventivnog sudiju, predviđajući i zabranu zastupanja u vezi sa ispravom koju beležnik sačinjava, iako je ovaj vid zastupanja uobičajen u uporednom pravu.

S druge strane, za razliku od advokata, koji su prevashodno vezani za određenog klijenta ili obavljaju poslove za jednog klijenta, beležnici imaju status osoba od javnog poverenja i obavljaju poslove koji mogu biti i u funkciji građana, ali ipak dominira opredeljenje da oni štite javni poredak. Njihova dužnost je da utvrđuju zakonitost i verodostojnost u pravnom prometu. Pored toga, a radi očuvanja javnog poverenja predviđena je zabrana poslovne saradnje, i on ne sme saradivati s advokatom ili drugim fizičkim ili pravnim licem radi zajedničkog obavljanja delatnosti niti koristiti njihov poslovni prostor. Zabranjeno mu je da učestvuje u aktivnostima političkih stranaka i da bude član njihovih organa.

Pored ovih ograničenja, u uporednom pravu za javne beležnike je predviđen posebni kodeks ponašanja, koji ne donosi država već njihovo profesionalno udruženje, javnobeležnička komora. U njoj se afirmišu etičke vrednosti beležničkog zanimanja. Insistira se na poštovanju zakona, ali i najviših standarda ljudskih prava. Rad beležnika kontroliše država. Službeni nadzor je neophodan, jer su beležnici nosioci suverenosti koja proizlazi iz državnopravne suverenosti, i povereno im je obavljanje određenih poslova javnopravnog karaktera, te je u zakonu određena nadležnost ministarstva nadležnog za pravosuđe.

Javno poverenje obuhvata zaštitu interesa stranaka, pa je Zakonom propisana građanska odgovornost javnog beležnika za povredu službenih dužnosti i on odgovara za štetu koju prouzrokuje stranci u okviru vršenja službe. Beležnik odgovara i za naknadu štete solidarno ako su je prouzrokovali njegov pomoćnik, zamjenik ili druge osobe zaposlene u njegovoj kancelariji. Javni beležnik odgovara za svoje profesionalne obaveze i propuste, kao i za nepoznavanje profesionalnih obaveza, a o težini prestupa odlučuju disciplinski organi i krivični sud.

Iz istih razloga, radi zaštite stranaka i opšteg poverenja u službu, predviđena je dužnost javnog beležnika da se pre početka rada osigura od odgovornosti za štetu koju bi obavljanjem svoje službene dužnosti mogao naneti strankama i trećim licima. Ako javni beležnik počini štetu trećim licima namerno ili iz grube nepažnje, osiguratelj ima pravo regresu prema javnom beležniku. Pre donošenja novog seta zakona<sup>4</sup> koji predviđaju uvođenje novih instituta, beležnika i izvršitelja

---

<sup>3</sup> Vrhovni pokrajinski sud u Frankfurtu 7.12.1999, Mitt Bay Not 2000, 464 cit. kod Beck'sches Notar-Handbuch, red. Wolfram Waldner, 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2000, str. 1173.

<sup>4</sup> Član 318. Zakon o izvršenju i obezbeđenju” Službeni glasnik RS”, br. 31/2011, u daljem tekstu: ZIO Srbije, predviđa da je izvršitelj “dužan da zaključi ugovor o osiguranju za štetu koju bi

u našem pravnom sistemu, profesionalna pravna zaštita koju su pružali advokati nije bila regulisana na valjan način, jer nije postojala obaveza osiguranja delatnosti od poslovnih propusta usled nesavesnog i neažurnog rada. Institut javnog beležnika i izvršitelja doprineo je i obaveznom osiguranju advokata koje je predviđeno novim zakonom.<sup>5</sup>

U cilju zaštite stranaka predviđena je obaveza čuvanja tajnosti podataka koje je javni beležnik saznao tokom obavljanja delatnosti. Dužnost čuvanja tajne obavezna je i za zaposlene u javnobeležničkoj kancelariji.

Javni beležnik je ovlašćen da odbije preduzimanje službene radnje ako postoji razlog za njegovo izuzeće ili druge okolnosti koje dovode u sumnju njegovoučešće. On je dužan da uskrati službenu radnju koja je nespojiva s njegovom službenom delatnošću, posebno kada se njegovo učešće zahteva radi postizanja očigledno nedopuštenog i nepoštenog cilja, kao i ako je njegova radnja prema zakonu nedopuštena, ili ako sumnja da je stranka preduzimala prividno, da bi izbegla zakonske obaveze ili protivpravno oštetila treće lice.

Javni beležnik je dužan da se izuzme iz postupka ukoliko postoji sumnja u njegovu nepristrasnost. Zakon o beležništvu predviđa uzdržavanje javnog beležnika od vršenja dužnosti ako je povezan tako blisko s učesnicima da ga to čini pristrasnim. Zakonom je predviđena zabrana učešća javnog beležnika u poslovima gde je on stranka, zakonski zastupnik, srodnik po krvi u pravoj liniji ili pobočnoj do određenog stepena. Zbog toga što uživa javno poverenja beležnik ne može da obavlja poslove koji su nekompatibilni s kvalitetom njegove profesije, a to su poslovi za koje je on lično zainteresovan ili njegovi srodnici, a naročito ako bi sticali korist od pravnog posla.

Javni beležnik pazi na izuzeće po službenoj dužnosti, jer svaka zabrana preduzimanja službene radnje javnog beležnika ima za cilj da izbegne kršenje njegovih zakonskih obaveza. Zakon pored taksativno propisanih razloga ostavlja mogućnost beležniku da se izuzme, odnosno odbije službenu radnju kada postoje opravdani razlozi za njegovo izuzeće, a koje razloge on sam ceni.

### *Organizacija javnog beležništva*

*Postupak imenovanja* i razrešenja prepušten je ministarstvu i komori. Predviđeni su kumulativni uslovi za imenovanje javnog beležnika. To su: državljanstvo, opšta poslovna i zdravstvena sposobnost, upotreba službenog jezika i pisma. U domaćem zakonu definisan je i negativni uslov, a to je nedostojnost, koja obuhvata neosuđivanost za određena krivična dela. Posebni uslovi su: završen pravni

---

pričinio trećem licu obavljanjem delatnosti”.

<sup>5</sup> Član 37. ZA.

fakultet, položen pravosudni i javnobeležnički ispit, radno iskustvo u određenom trajanju, dostojnost kandidata za obavljanje ove delatnosti i posedovanje adekvatnog poslovnog prostora i opreme.<sup>6</sup> Polaganje osiguranja za eventualnu štetu od profesionalne odgovornosti koju bi javni beležnik prouzrokovao jeste poseban uslov koji se zahteva pre početka stupanja u službu. Ove uslove mora ispunjavati svaki kandidat koji se prijavi za polaganje javnobeležničkog ispita. Imenovanje javnog beležnika ima za posledicu da kandidat mora prekinuti radni odnos do dana kada je imenovan za javnog beležnika. Delatnost<sup>7</sup> beležnika je isključivo zanimanje i predviđena nespojivost javnobeležničke službe sa drugim poslovima.

*Javnobeležnički ispit.* – U zemljama u regionu, a koji primer daje Slovenija, vodila se diskusija o tome da je Zakonom za izbor javnih beležnika predviđeno više uslova nego za sudije. Preovladala je argumentacija da se radi o profesiji koja dugo nije postojala u regionu bivših država Jugoslavije i da se na pravnim fakultetima nisu izučavali predmeti iz oblasti javnobeležničkog prava. Ova argumentacija je opravdana, jer i u pravima<sup>8</sup> gde je ovaj institut dugi niz godina integrisan u pravni sistem, predviđen je javnobeležnički ispit. Novi institut zahteva posebnu veštinu u pogledu forme, ali i praktičnog obavljanja poslova iz delokruga javnobeležničke delatnosti. Prava u regionu su prihvatila iskustva zemalja koje imaju dugu tradiciju. U domaćem pravu javnobeležnički ispit<sup>9</sup> mogu da polažu lica koja su završila pravni fakultet i imaju položen pravosudni ispit i koja su nakon polaganja tog ispita radila dve godine na pravnim poslovima u pravosuđu, advokaturi i javnom beležništvu, odnosno tri godine na drugim pravnim poslovima. Ispit se sastoji iz pismenog i usmenog dela, a slična rešenja imaju i zemlje u regionu.<sup>10</sup>

<sup>6</sup> Član 25. ZJB Srbije.

<sup>7</sup> Član 2,5. ZJB Srbije.

<sup>8</sup> U Španiji je predviđen ispit koji se polaže iz četiri dela. Postoje dva usmena i četiri pismena ispita iz oblasti građanskog, poreskog, administrativnog, trgovačkog i javnobeležničkog procesnog prava. U okviru ispita predviđen je i praktični deo iz oblasti javnobeležničke delatnosti.

<sup>9</sup> Pravilnikom o javnobeležničkom ispitu "Službeni glasnik R Srbije," br. 71/2011,81/11. regulisani su uslovi za polaganje javnobeležničkog ispita.

<sup>10</sup> Isto rešenje ima Crna Gora (Pravilnik za polaganje notarskog ispita, "Službeni list RCG", broj 12/09), dok u Makedoniji ispit mogu polagati i osobe koje nisu položile pravosudni ispit (Pravilnik za polaganje notarskog ispita, "Služben vesnik na Republika Makedonija" broj 31/08). Interesantno je pomenuti i uslove koje treba da ispunjava beležnik u Albaniji. Uslovi su da je završio pravni fakultet, da nije mlađi od 26 niti stariji od 55 godina, i da je radio kao pomoćnik beležnika najmanje dve godine. Postoji i izuzetak ovog uslova za posebne kategorije, lica na određenim položajima (članovi parlamenta, direktori, savetnici ili specijalisti u predsedničkoj kancelariji, skupštini, Ustavnom i Vrhovnom sudu i dr.). Oni mogu da konkurišu s manje od tri godine iskustva. "Izveštaj za zemlju – Albanija – Notarski sistem", Otvoreni regionalni fond za Jugoistočnu Evropu, 15. septembar 2008.

*Prestanak službe.* – Javnom beležniku prestaje zvanje pod uslovima koje predviđa zakon. To su: smrt, navršenjem određene životne dobi, ispunjenje uslova za starosnu penziju, pismeni otkaz i razrešenje javnog beležnika.

*Razrešenje.* – U zakonu su taksativno određeni uslovi za razrešenje javnog beležnika.<sup>11</sup> To su: gubitak i nepostojanje pretpostavki za obavljanje delatnosti, ako zasnuje drugi radni odnos, počne da koristi prava iz penzijskog osiguranja ili počne da obavlja drugu delatnost; trajni gubitak radne sposobnosti za rad i lišenje poslovne sposobnosti, obavljanje poslova koji nisu spojivi sa ugledom i čašću profesije, povreda obaveze osiguranja, izricanje disciplinske kazne, povreda obaveze stručnog usavršavanja, ako ne počne sa radom u roku od 15 dana od dana određenog za početak rada. Ministar donosi odluku o razrešenju i protiv nje se može voditi upravni spor.

*Javnobeležnička komora.* – Propisano je udruživanje javnih beležnika u komoru. Javnobeležnička komora je profesionalno udruženje beležnika i ima svojstva pravnog lica s ovlašćenjima koja su određena zakonom i statutom. Ona se stara o primeni prava i časnom i poštenom obavljanju dužnosti javnih beležnika, ali izriče i mere koje su predviđene za očuvanje ugleda i dostojanstva njenih članova. Komora će se osnovati nakon imenovanja prvih sto beležnika.

U pogledu nagrade za rad i naknade troškova javnog beležnika potrebno je istaći da će tarifu propisati ministarstvo nadležno za pravosuđe. Javni beležnik ima pravo na nagradu za rad i naknadu troškova. U Zakonu je izričito predviđeno da se javni beležnici moraju pridržavati tarife.

U završnim odredbama Zakona uređeno je pitanje početka njegove primene. Prema našem mišljenju, rokovi za primenu Zakona su ambiciozno određeni. Prvi izbor za javne beležnike treba da se raspiše u roku od devet meseci od dana stupanja Zakona na snagu, i prvi javni beležnici biće imenovani nakon jedne godine od dana stupanja Zakona na snagu. Smatramo da je ovo kratak rok, jer nezadovoljni učesnici konkursa moći će da pokrenu upravni spor i da izjave ustavnu žalbu, a izvesno je da dužina spora pred Upravnim sudom može trajati i više od četiri meseca. Zbog ovih razloga pokrenuta je inicijativa pred vladom da se odloži primena Zakona do 1. marta 2012.

Uglavnom, na ovaj način postavljeni su status, organizacija i odgovornost latinskog javnog beležnika.

### *Delatnost javnog beležnika*

Delatnost javnog beležnika prema Zakonu čine već ustaljena ovlašćenja iz uporednopravnih rešenja, koja predstavljaju njegovu neotuđivu delatnost. To su:

<sup>11</sup> Član 31. ZJB Srbije.

sastavljanje i izdavanje isprava o pravnim poslovima, overe, potvrde i poslovi depozita. Takođe je predviđeno i njegovo postupanje po nalogu suda.

*Postupanje po nalogu suda.* – Zakon je opštom odredbom<sup>12</sup> propisao da sud može odlukom poveriti postupak ili preduzimanje pojedine radnje javnom beležniku i dao diskreciono pravo sudu da odluči koje će postupke i radnje poveriti javnom beležniku. Javni beležnik može sastaviti zapisnik u slučaju popisa i procene zaostavštine na osnovu prethodne saglasnosti suda i o činjenicama od kojih zavisi mera obezbeđenja, saslušati svedoka u okviru pravne pomoći, sastaviti zapisnik o obezbeđenju dokaza zaključiti poravnanje pre pokretanja parničnog ili upravnog postupka, preuzeti radnje dostavljanja. Na ovaj način mogu se i drugi postupci poveriti javnom beležniku. U poverenom postupku beležnik donosi rešenje. Na javnog beležnika će biti preneto vođenje ostavinskog postupka. Prihvatanje ovog rešenja, u prvoj fazi integracije ovog instituta zavisice od činjenice koja se odnosi na preopterećenost suda ostavinskim predmetima<sup>13</sup> i zahteva za njegovim rasterećenjem, ali i od pripremljenosti kandidata za profesiju beležnika.

*Ograničenje u poveravanju poslova.* – Zakon nije naveo koje sve radnje u postupku i postupke može sud da poveri javnom beležniku, samo je izričito zabranio njegovo postupanje u izvršnom i parničnom postupku kada je određena nadležnost suda.

On ne može da postupa u izvršnom i parničnom postupku, izuzev radnji dostavljanja pismena i obezbeđenje dokaza. Zakonom o javnom beležništvu Srbije<sup>14</sup> taksativno su nabrojani postupci iz Zakona o vanparničnom postupku u kojima ne bi mogao da postupa javni beležnik, a odnose se na statusne i imovinske stvari, jer su redaktori ovog zakona odredili poslove u kojima javni beležnik može postupati, polazeći od načina zaštite i rasterećenja sudova koje se postiže beležništvom, te su opreza radi nabrojani poslovi koje on ne bi mogao obavljati. Ova zabrana predstavlja ograničenje u poveravanju postupaka i određuje nadležnost beležnika.

*Pravni poslovi u formi zapisa.* – Naš zakonodavac je za kriterijum određivanja pravnih poslova u formi javnobeležničkog zapisa uzeo važnost pravnih poslo-

---

<sup>12</sup> Član 4. stav 3, član 99. ZJB.

<sup>13</sup> Prema zvaničnom izveštaju o radu osnovnih sudova u Republici Srbiji, u Prvom osnovnom sudu u Beogradu od 1. januara 2010. do 31. decembra 2011. primljeno je 20.927 ostavinskih predmeta, a ostalo je nerešeno 7.693 predmeta. Prosečan rad po sudiji u ostavinskom odeljenju iznosi 1.923,25 predmeta. U Drugom osnovnom sudu primljeno je 4.770 predmeta, a ostalo je nerešeno 1.867.

<sup>14</sup> Član 98. stav 2. tačka 1–6. ZJB Srbije predviđa poslove koje sud ne može poveriti javnom beležniku: “proглаšenje nestalog lica za umrlo; zadržavanje u zdravstvenoj organizaciji koja obavlja delatnost u oblasti neuropsihijatrije; lišenje i vraćanje poslovne sposobnosti; lišenje, vraćanje i produženje roditeljskog prava; određivanje naknade za eksproprisanu nepokretnost; vođenje knjiga i drugih i registara.”



va u pravnom prometu i autentičnu-svečanu formu, koja je uslov njihove punovažnosti. Pravni poslovi porodičnog i naslednopravnog karaktera u našem pravu uživaju posebnu važnost i kao takvi dobili su i posebnu pravnu zaštitu, koja se ispoljava u imperativnoj formi zapisa. Drugi kriterijum se odnosi na pravne poslove za koje je predviđeno poštovanje autentične forme i za koje je predviđen poseban postupak obrade isprava, nakon čega ovi pravni poslovi dobijaju javnu formu. Javni beležnik je preuzeo postupke sastavljanja isprave i potvrđivanja sadržine isprave i njenog overavanja, pa su ugovori koje sud sastavlja, potvrđuje i overava prešli u njegovu nadležnost. Osim toga, predviđeni su pojedini imenovani ugovori (ugovori o ustupanju i raspodeli imovine za života, ugovori o doživotnom izdržavanju; obećanje poklona i ugovori o poklonu za slučaj smrti). Imajući u vidu da je cilj beležničke službe sprečavanje sporova, zakonodavac je predvideo da se pred beležnikom mogu sačiniti poravnanja, pa otuda i proizlazi forma zapisa za sporazume porodičnopravnog karaktera. Primena zakona se očekuje nakon dve godine od dana njegove primene<sup>15</sup> pa će ugovori za koje zakon predviđa obaveznu formu javnobeležničkog zapisa proizvoditi pravno dejstvo samo ako se zaključie pred javnim beležnikom.

Zakon Srbije određuje formu zapisa na tri načina, kao imperativnu, fakultativnu i konkurentnu. U prvom slučaju, imperativna forma zapisa određuje se za određene pravne poslove, i pritom se ostavlja prostora i mogućnosti da se ova forma odredi drugim zakonima. U drugom slučaju ne zahteva se imperativnost ove forme, ali se taksativno nabrajaju pravni poslovi i izjave koje mogu imati ovu formu, određujući je kao fakultativnu i konkurentnu.

*Obavezna forma zapisa.* – U našem pravu predviđena je obavezna forma javnobeležničkog zapisa<sup>16</sup> za: ugovore o imovinskim odnosima supružnika; ugovore o imovinskim odnosima između vanbračnih partnera; sporazume o deobi zajedničke imovine između supružnika ili vanbračnih partnera; sporazume o zakonskom izdržavanju, ugovore o raspolaganju nepokretnostima lica koja su poslovno nesposobna; ugovore o ustupanju i raspodeli imovine za života; ugovore o doživotnom izdržavanju; i ugovore o poklonu za slučaj smrti.

*Konkurentna forma zapisa.* – Zakon taksativno navodi pravne poslove koji mogu imati formu zapisa<sup>17</sup>. To su: ugovori o raspolaganju nepokretnostima; ugovori o raspolaganju pokretnim stvarima ili pravima; izjave i raspolaganje imo-

<sup>15</sup> Skupština Srbije je dana 31. avgusta 2012. usvojila predlog za Izmenu Zakona o javnim beležnicima, tako da se primena zakona koja je bila predviđena za 1. septembar 2012, odložila za 1. mart 2012.

<sup>16</sup> Član 82. ZJB.

<sup>17</sup> Član 83.ZJB.

vinom radi osnivanja zadužbine, odnosno fonda, za života ili za slučaj smrti osnivača zadužbine, odnosno fonda; zapis o poništaju izgubljenih, uništenih ili oštećenih isprava; zaveštanje (testament); izjava kojom se određeno lice lišava nasledstva; izjava da se poklon dat budućem nasledniku neće uračunavati u njegov nasledni deo, u skladu sa zakonom; izjava o priznanju očinstva ili materinstva.

*Fakultativna forma zapisa.* – Latinski sistem beležništva daje široku autonomiju strankama, jer one mogu da izaberu formu javnobeležničkog zapisa i za pravne poslove kada ona zakonom nije izričito predviđena. Fakultativni izbor javnobeležničkog akta-zapisa koji je ostavljen strankama doprinosi pravnoj sigurnosti u pravnom saobraćaju i predstavlja “korisni domen” autentičnosti javnobeležničkog zapisa. Stranke često zaključuju ugovore u formi javnobeležničke isprave i kada ova forma nije imperativno predviđena, a zbog pravne sigurnosti.

U zakonima o beležništvu bivših članica SFRJ predviđena je obavezna forma zapisa za određene pravne poslove i ostavljeno je prostora da se ona odredi i drugim zakonima. Zakonodavac Srbije je na isti način opredelio imperativnu formu zapisa, s tim što je odredio i njegovu konkurentnu formu za pojedine pravne poslove za koje je predviđena nadležnost suda i drugih organa, tako da je odredio i konkurentnu nadležnost javnog beležnika. Primer za ovaj slučaj bilo bi zaveštanje: nepotrebno bi bilo izostaviti i druge forme zaveštanja (sudsko, svojeručno, pred svedocima i druga), da bi postojala samo forma javnobeležničkog zaveštanja. Kod izjava porodičnopravnog karaktera nije potrebno ukinuti već predviđenu nadležnost upravnih organa (matičara, centra za socijalni rad) i suda, jer je nadležnost javnog beležnika predviđena zbog sprečavanja postupaka pred sudom i lakše, brže i dostupnije zaštite stranaka. Takve su, na primer, izjava o priznanju očinstva i izjava o saglasnosti priznavanja očinstva, a za koje je predviđena konkurentna nadležnost suda i upravnih organa.

*Overa.* – Zakon Srbije taksativno nabroja vrste overe privatnih isprava. To su overa potpisa, prepisa, preвода i odluke organa upravljanja.

*Potvrda.* – Zakon propisuje i vrste potvrda koje je javni beležnik ovlašćen da ih izda. To su: potvrda da je određeno lice u životu, da je određena isprava podneta na uvid, o saopštenju izjava, o meničnom protestu.

*Depozit.* – Zakon predviđa da preuzimanje isprava, novca i hartija od vrednosti na čuvanje i uručenje spadaju u samostalan delokrug poslova javnog beležnika; on ove poslove može da obavlja i po nalogu suda, ali je zadržana i konkurentna nadležnost suda. Ovlašćenje javnog beležnika kod depozita je privatnopravnog karaktera, jer čuvanje isprava ima za svrhu da obezbedi efikasnije i sigurnije ostvarivanje prava (imovinskog i neimovinskog). Privatnopravno ovlašćenje proizlazi iz javnog poverenja koje garantuje sigurnost čuvanja isprava, nov-

ca i drugog. Preuzimanje predmeta depozita može biti obavezno i fakultativno. Obavezno preuzimanje predmeta depozita će postojati kada javni beležnik sastavlja javnobeležničku ispravu i u vezi s tim treba da predmet preda određenom licu ili organu. Fakultativna obaveza će biti kada se beležniku obrati stranka samo radi čuvanja i predaje predmeta depozita drugom licu.

### *Potreba za izmenom zakona*

Zakon o javnim beležnicima je na sveobuhvatan način uredio brojna pitanja, koja iziskuju potrebu za promenom drugih zakonskih propisa. Ovde ćemo nabrojati samo neke.

Zakon koji će trpeti najveće promene svakako je Zakon o vanparničnom postupku. Zakon je odredio i poslove koji će ostati u delokrugu vanparnične materije, i sudu ostavio pravo da odredi koje će poslove i postupke preneti u nadležnost beležnika. U krugu poslova koji će ostati u vanparničnoj materiji u sudskoj nadležnosti su oni poslovi koji se odnose na davanje određenih saglasnosti ili na oduzimanje određenih prava za statusna pitanja. Tu je, naravno, najvažnije pitanje lišavanja poslovne sposobnosti ili produžetka roditeljskog staranja nad decom koja iz određenih zdravstvenih razloga ne mogu da se brinu o sebi. Takođe, to su lišavanje roditelja roditeljskog prava kao jedno od najznačajnijih pitanja uređivanja odnosa roditelja i dece, pitanje starateljstva, pitanje davanja saglasnosti za zaključivanje braka maloletnih lica, proglašenje nestalog za umrlog i druga statusna pitanja. Takođe, u vanparničnom postupku ostaće i eksproprijacija kao naknada za oduzeto zemljište ili dobra. Postupci iz imovinskih odnosa moraju ostati u nadležnosti suda, iako Zakon o beležništvu nije predvideo ograničenje u pogledu njihovog poveravanja. Naime, u praksi ovi postupci iziskuju dokazni postupak, utvrđivanje određenih činjenica i drugo, što uključuje sudsku proceduru. U ove postupke spadaju donošenje rešenja koje zamenjuje ugovor o otkupu ili zakupu stana, deoba imovine, uređenje načina korišćenja zajedničke stvari. Stranke će moći da sačine pred beležnikom sporazum koji za osnov ima ugovor o deobi, ili ugovor o zakupu i ne pokreću ove postupke pred sudom.

Postupak sastavljanja, potvrđivanja, čuvanja i poništavanja isprava biće prenet na javnog beležnika. Postupak sastavljanja isprava mora ostati i u Zakonu o vanparničnom postupku jer će konkurentna nadležnost suda morati da se zadržia kako je već i rečeno o konkurentnoj formi zapisa, sud se ne može odreći nadležnosti kod sudskog zaveštanja, ali će overu i potvrđivanje isprava preuzeti novi institut.

U odnosu na odredbe Zakona o vanparničnom postupku i Zakona o javnom beležništvu već je konstatovana Modelom Javnobeležničkog poslovnika

preciznost u određenju svojstava i sposobnosti stranaka, svojstava svedoka, i zabrana vezanih za svedoka, i u postupanju stranke sa nedostatkom čula, kao i zakonskim zastupnicima i punomoćnicima.

Zakon o beležništvu ostavlja mogućnost da se ostavinski postupak prenese na javnog beležnika i u zavisnosti od toga, biće potrebno da se i odgovarajuće odredbe koje regulišu ostavinski postupak u Zakonu o vanparničnom postupku urede.

Imajući u vidu rešenja koja imaju novonastale države bivše Jugoslavije, a koje su proistekle iz istog pravnog sistema, smatramo da je u početnoj fazi uvođenja ovog instituta bolje zadržati paralelni sistem, odnosno pravni režim. Raskid s tradicijom beležništva predugo je trajao da bi se poverenje u ovu službu brzo i potpuno uspostavilo. Takođe, ne sme se pre nagljivati s ukidanjem pojedinih zakona dok se ne donese odgovarajući zakon. Na ovo ukazuje iskustvo Makedonije, koja je predvidela Zakonom o beležništvu da beležnik postupa u ostavinskom postupku, ali je ostavila da se Zakonom o vanparničnom postupku uredi delatnost beležnika u ostavinskom postupku. Međutim, u praksi dugo nije zaživela delatnost beležnika. Slovenija je već u prelaznim i završnim odredbama Zakona o javnom beležništvu predvidela prestanak važenja pojedinih odredaba Zakona o nasleđivanju, Zakona o braku i porodičnim odnosima, Zakona o overavanju potpisa, prepisa i rukopisa i Zakona o menici, što je u svakom slučaju bolje rešenje.

U oblasti građansko procesnog zakona određeno je pitanje dokaza i dokazne snage isprava novim Zakonom o parničnom postupku. Beležnički zapis kao poseban vid isprave određen je novim Zakonom o parničnom postupku, i ovoj vrsti javne isprave data je dokazna snaga. Snaga beležničkog zapisa kao posebne i specifične isprave mora biti tako naglašena da pomogne u rešavanju određenih sporova, ubrzanju postupka i podizanju kvaliteta suđenja. Ipak, u novom Zakonu o parničnom postupku moraće se određenije urediti i pitanje postupanja pred beležnikom u onim slučajevima koji mogu biti u konkurentskoj nadležnosti sa sudovima, ili u slučajevima kada beležnik obavlja određene poslove po nalogu suda. Novi procesni zakon predviđa dostavljanje pismena preko beležnika.

U Zakonu o izvršenju i obezbeđenju<sup>18</sup> izvršnost beležničkog zapisa mora dobiti bolju infrastrukturu u odredbama ovog zakona. Mora se izričito odrediti izvršna javnobeležnička isprava i sporazum pred beležnikom koji ima snagu izvršnosti.

---

<sup>18</sup> Članom 13. ZIO predviđeno je da su izvršne isprave i: "druga isprava koja je zakonom određena kao izvršna isprava, i drugi akti stranaka koji su zakonom izjednačeni kao takvi." Zakon na posredan način određuje javnobeležničku ispravu kao izvršnu. Isto i članom 16. ZIO propisuje izvršnost sporazuma pred javnim beležnikom: "dospelost potraživanja dokazuje se zapisnikom o poravnanju, javnom ispravom ili u skladu sa zakonom overenom ispravom."

U Zakonu o upravnom postupku moraće se predvideti konkurentna nadležnost beležnika i upravnog organa kod overe, popisa imovine i drugih stvari koji su sada u nadležnosti upravnog organa. Sasvim je sigurno da je upravni postupak veoma kompleksan jer uređuje rad državnih organa, ali neki od poslova iz ove nadležnosti svakako mogu biti preneti u nadležnost javnim beležnicima. Morale bi biti ukinute odredbe Zakona o overavanju potpisa, rukopisa i prepisa. Overavanje osim opštinskog organa uprave vrši opštinski sud preko ovlašćenog službenog lica. Zakonom je predviđen i postupak overavanja isprava koje su namenjene za upotrebu u inostranstvu. Sve te overe trebalo bi da obavlja javni beležnik.

U sferi materijalnopravnih propisa najveće promene očekuju se u Zakonu o nasleđivanju. Zakonom o beležništvu su predviđeni poslovi koji se odnose na sastavljanje zaveštanja, čuvanje zaveštanja, overu sadržine ugovora o doživotnom izdržavanju i raspodeli imovine za života, proglašavanje zaveštanja kao i drugi poslovi, po nalogu suda, popis i procena stvari – odnosno mere obezbeđenja zaostavštine, koje sud može poveriti beležniku. Forma beležničkog zaveštanja izjednačena je s formom sudskog zaveštanja, pa se i postupak proglašavanja ovakvog zaveštanja i njegova pravna snaga moraju izjednačiti. Osim toga, predviđena je forma javnobeležničkog zapisa za pojedine izjave naslednopravnog karaktera (izjava o lišenju i isključenju iz nasledstva i dr.) koje zahtevaju izmene i dopune Zakona o nasleđivanju.

U oblasti Porodičnog zakona i porodičnih odnosa potrebna je izmena zakona u pogledu nadležnosti koju će preuzeti javni beležnik, sastavljanjem određenih ugovora. Predviđena je forma javnobeležničkog zapisa za sporazume o imovinskim odnosima između supružnika i vanbračnih partnera, zakonskom izdržavanju, o deobi zajedničke imovine supružnika i vanbračnih partnera. Konkurentna forma zapisa predviđena je i za izjave porodičnopravnog karaktera ( izjave o priznanju očinstva, o saglasnosti sa priznatim očinstvom, pristanak na postupak biomedecinski potpomognutog oplodnje) i za ove izjave mora biti određena konkurentna nadležnost javnog beležnika u Porodičnom zakonu.

Zakon o javnom beležništvu predvideo je nadležnost beležnika beležnika kod overe zapisnika odluka sa skupština akcionara dok novi Zakon o privrednim društvima<sup>19</sup> ne predviđa formu javnobeležničke isprave. Takođe će i novi Zakon o privrednim društvima morati da se uskladi sa Zakonom o javnim beležnicima i pretrpi izmene i dopune. Javnobeležnička overa takvih zapisnika ili odluka privrednih društava u mnogome će uticati na povećanje nivoa pravne svesti i na taj način će se izbeći brojni sporovi koji bi mogli proisteći iz nerazumevanja ili neslaganja ortaka, akcionara ili drugih lica koja su u pravnom odnosu. Međutim, sma-

<sup>19</sup> Zakona o privrednim društvima "Službeni glasnik R. Srbije", br. 36/2011.

tramo da će se delokrug njegove delatnosti proširiti i na prethodno obavljanje poslova zaključivanja ugovora o osnivanju preduzeća, izrade i potvrde određenih akata i verifikacije takvih akata organu koji će se baviti registracijom (sud ili agencija za registraciju) i da će i odredbe ovog zakon morati da se dopune.

Zakon o javnim beležnicima uvodi osiguranje od odgovornosti javnog beležnika. Do sada u našem pravnom sistemu nije postojala obaveza osiguranja kod pružanja savetodavnih i drugih vrsta usluga njihovim korisnicima. Na snazi su, osim odredaba Zakona o osiguranju<sup>20</sup> i odgovarajuće odredbe osiguranja imovine i lica, koji još uvek važi u oblasti obaveznog osiguranja, a ne uređuje se obavezno osiguranje od profesionalne odgovornosti. Međutim, i drugim zakonima (advakaturi, izvršenju i obezbeđenju) predviđeno je obavezno osiguranje. Iako tek treba da se počne sa primenom Zakona javnim beležnicima, treba da se dopuni odredbe postojećeg Zakona o osiguranju a koji se odnose na uslove osiguranja od profesionalne odgovornosti kod slobodnih profesija.

Pitanje građanske odgovornosti javnih beležnika otvoriće pitanje odgovornosti za povredu službenih dužnosti javnih beležnika a u Zakonu o obligacionim odnosima ne postoje norme o profesionalnoj odgovornosti, a odredbe Zakona o javnim beležnicima koje propisuju naknadu su oskudne, te bi trebalo u ovom pogledu dopuniti i Zakon o o obligacionim odnosima.

Izmene će biti i u materiji hartija od vrednosti jer u zakonskom rešenju javnim beležnicima su data brojna ovlašćenja vezana za protestovanje menica, naplatu određenih potraživanja, obezbeđivanja potraživanja i drugi poslovi.

Forma javnobeležničkog zapisa opredeljuje izmenu i za zakone kojima su regulisani ugovori koji se zaključuju pred beležnikom. Zakoni koji moraju da noveliraju odredbe su Zakon o zadužbinama, Zakon o obligacionim odnosima, Zakon o zalozi i Zakon o hipoteci.

Prilikom donošenja svih navedenih zakonskih propisa zakonodavac mora uzeti u obzir činjenicu da se ipak radi o jednom novom pravnom institutu. Zbog toga se ovaj proces uvođenja i implementacije propisa o javnim beležnicima mora sprovesti postepeno i sa značajnim periodima od donošenja propisa do početka njihove primene. Implementacija je od izuzetnog značaja jer bi ona podrazumevala, pre svega, edukaciju lica koja će se baviti ovim poslovima kao javni beležnici, njihovi pomoćnici ili činovnici.

Institut beležništva omogućava strankama da spreče nastajanje nejasnih dogovora i ugovora i postignu pouzdaniji i lakši postupak dokazivanja. Cilj beležništva jeste da spreči nesporazume i sporove čija je osnova dispozicija stranaka, a da iskrse nesporazume razreši sporazumom. U pravnoj tradiciji beležnička isprava ima ulogu u organizaciji i delovanju preventivne jurisdikcije.

---

<sup>20</sup> Zakon o osiguranju "Službeni glasnik R. Srbije", br. 84/2004 i 61/2005.

U prvom redu funkcija beležništva dotiče funkcije konsultovanja javnog beležnika sa svim učesnicima prilikom potvrđivanja i overe, i ona dokazuje i garantuje pravila već oformljenog pravnog odnosa učesnika, kao i njihov faktički odnos. Stoga je osnovna svrha ove posebne institucije u njenoj tradicionalnoj specifičnosti, a to je domen preventivne jurisdikcije.

MILENA TRGOVČEVIĆ-PROKIĆ, LL.D.,  
Judge of the Primary Court and the Head of Contentious  
Department and Judicial Practice

## NOTARY PUBLIC LAW OF SERBIA AND THE NEED OF ADJUSTMENT WITH OTHER LAWS

### Summary

The competencies for a notary public under the Law for Public Notaries in Serbia, enables the preventive legal role of the notary to be enabled in the best way.

Serbia will need to integrate this institute and pass laws that are very important for the functioning of the institute. After two years have passed, from the start date of the execution of the law, notary public documents will receive a legal legitimacy, and until then all laws must be passed that relate to this service.

The proposed draft Model Rules of the notary public for the Ordinance on conditions for carrying out activities of the notary public regulates the issues of the way the notary public should write documents, and similar. In addition, the Chamber will develop a founding charter and other documents. It is also necessary to regulate the issue of disciplinary responsibility and disciplinary proceedings in front of the Chamber. The Code of Ethics of the notary public as a general law must be passed by the Chamber. This code will regulate the general ethical standards relating to the conduct of public notaries and their relationship to other state agencies, but also the relationship between themselves. This code should regulate the issue of disciplinary responsibility for violations of standards relating to the violation of notary public ethics.

The future Institute requires the insurance of the competence of candidates for public notaries. Insisting on the high competence and qualifications as well as a strict adherence to the law and a taking into account the professions ethics, will be very important from the beginning of the development of the service as a prerequisite for the affirmation of this profession and also so it is closer to international standards. In addition, amendments to numerous laws are required.

Despite the late introduction of the notary public, Serbia has taken a significant step closer to the European community. The reasons for the introduction of this mechanism are certainly a need for easing the work of the courts and increasing legal security and law culture. The introduction of public notaries will have direct impact on the operation of the courts, their workload and it will increase their efficiency.



## NAČINI VRŠENJA JAVNOBELEŽNIČKE DELATNOSTI

### U V O D

Načini vršenja javnobeležničke delatnosti doživeli su u uporednom pravu u poslednjih pola veka velike promene. Smatra se da su za profesiju one značile pravu revoluciju<sup>1</sup>. Tvorac zakona Ventôse, sledeći ideju nezavisnog i samostralnog notarijata, imao je u vidu samo formu individualnog obavljanja delatnosti. Ali, vremena su se menjala, pa se na ovom polju nametala potreba za drugim modalitetima.

Kada je reč o modalitetima obavljanja delatnosti, slika notarijata se nije menjala sve negde do šezdesetih godina prošlog veka: javni beležnik obavljao je delatnost samo na individualnoj osnovi. Ali, snažni uticaji, i u ovom domenu iz anglo-saksonskog pravnog kruga, doveli su do promena i uzdrnali vladajuću ideju o individualnom obavljanju profesije. Konkurencija stranih pravno-konsultantskih kancelarija, naročito onih multidisciplinarnog profila, postaje sve jača. Sve se liberalizuje, mondijalizuje, a pružanje konsultantskih (pravnih) usluga počinje da organizuje u formi društva. Ekonomska i finansijska bitka povlači za sobom i teške borbe na polju stručnih sposobnosti. Dužnost savetovanja, inherentna javnom

---

Dr Dragana Knežić-Popović, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta Union u Beogradu.

<sup>1</sup> Daigre, Jean-Jacques, *L'exercice en groupe monoprofessionnel*, u: *Exercice en groupe des professions libérales* (France, Europe, Etats-Unis), GLN Joly, Paris, 1995, str. 58; Moreau, Alain, *Le Notaire dans la société française d'hier à demain*, Economica, Paris 1999, str. 107.

beležniku, dobija na značaju jer zahteva dobro poznavanje snažno uvećane pravne materije. U takvim okolnostima pitanje udruživanja javnih beležnika moralo se nametnuti svom svojom snagom. Najpre se krenulo sa idejom profesionalnih građanskih društava, sa različitim modalitetima uređenja, da bi se dospelo do udruživanja javnih beležnika u privredna društva, čak i društva kapitala. Ipak, trebalo je pri tome izbeći i neke opasnosti. Na primer, grupisanje javnih beležnika u malim zemljama ili malim gradovima rađa opasnost od preterane koncentracije kancelarija. Zbog malog broja kancelarija strankama je sužen slobodan izbor javnog beležnika<sup>2</sup>. Zatim, grupisanje, naročito multiprofesionalno, nosi više rizika na polju konkurencije, nezavisnosti, nepristrasnosti, itd.

Danas uporedno pravo beleži četiri načina vršenja profesije: lično obavljanje delatnosti, u obliku građanskog profesionalnog društva, u obliku privrednog društva i u statusu zaposlenog.

### *Individualno obavljanje delatnosti*

Javnobeležnička profesija može da se vrši individualno, što je tradicionalno i opšteusvojeno rešenje. Ako ispunjava uslove predviđene za imenovanje i bude imenovan, kandidat postaje titular prava javnobeležničke delatnosti u jednoj kancelariji.

Neki zakoni predviđaju samo ovaj oblik obavljanja javnobeležničke delatnosti<sup>3</sup>. Ovo (ograničeno) rešenje ima opravdanje kada se radi o uvođenju notarijata u pravni sistem kao nove, do tada nepraktikovane javne službe, kao što je slučaj kod nas ili u nekim istočnoevropskim državama bivšeg socijalističkog dela sveta. U nekim pravnim sistemima predviđa se da javni beležnik koji delatnost obavlja lično može da otvara filijale/pisarnice svoje kancelarije (npr. Francuska) ili se pak ta mogućnost otvara samo uz dozvolu nadležnog ministarstva<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Otuda predlog npr. u Luksemburgu da se rizik prejake koncentracije javnobeležničkih kancelarija ublaži ograničenjem udruživanja samo dva javna beležnika iz iste opštine. V. Schwachtgen, André, *Le notariat au Grand-Duché de Luxembourg*, u: Léon Raucant *et alia*, *Notariats d'Europe, du Quebec et du Zaire*, Deixième volume, Université catholique de Louvain – collection PATRIMOINE, volume XI, Academia –Bruylant, Louvain, 1991, str. 446.

<sup>3</sup> Npr. naš Zakon o javnom beležništvu Republike Srbije – ZJB, *Službeni glasnik RS*, br. 31/2011, u čl. 14, sa širokom formulacijom da "javni beležnik obavlja delatnost u javnobeležničkoj kancelariji", bez daljih preciziranja i predviđanja drugih modaliteta obavljanja, dopušta da se izvede zaključak o isključivo ličnom obavljanju delatnosti. Slovenski Zakon o notariatu – ZN, *Uradni list Republike Slovenije*, br. 13/94, 48/94, 82/94, 73/04, 98/05, 17/06, 115/06, 33/07, 45/08, čl. 1, st. 3, izričito predviđa lično obavljanje notarske delatnosti, izuzev slučajeva koje uređuje ovaj zakon.

<sup>4</sup> Npr. hrvatski zakonodavac određuje da javni beležnik ne sme bez dozvole ministarstva da ima više pisarnica (Zakona o javnom bilježništvu - ZJB, *Narodne novine RH*, br. 78/93, 29/94, 162/98, 16/07, 75/09, čl. 29).

Zemlje razvijenog notarijata imaju iskustva sa posledicama otvaranja nove kancelarije. Jedna od njih je šteta koja se trpi otvaranjem u susedstvu nove kancelarije. Otuda i rešenje, npr. u francuskom pravu, da javni beležnik koji je imenovan u jednu novoosnovanu kancelariju može dobiti obavezu da isplati izvesnu naknadu javnim beležnicima koji su pretrpeli štetu otvaranjem te nove kancelarije. Ova naknada se plaća tokom šest godina, računajući od dana polaganja zakletve<sup>5</sup>. Ipak, kako se vodilo računa da se nove kancelarije osnivaju generalno u zonama koje su beležile privredni rast, bila je retkost da je takva vrsta odštete bila zahtevana i isplaćena<sup>6</sup>.

Izuzev slučaja imenovanja javnog beležnika za titulara jedne novoosnovane kancelarije, imenovanje pretpostavlja stupanje na mesto prethodnika koje je ostalo upražnjeno iz razloga prestanka delatnosti predviđenih zakonom (smrt, navršene godine života, pismeni otkaz javnog beležnika, razrešenje). Stupanje na mesto prethodnika može da otvori pitanje eventualne naknade vrednosti kancelarije. Naime, rešavanje pitanja ustupanja kancelarije značajno je iz više razloga. Najpre, važno je zbog kontinuiteta javnog beležništva kao javne službe. Klijenti jedne kancelarije i, još šire, građani uopšte imaju interes da se zamena javnog beležnika i njegove delatnosti izvrši uspešno. Misli se prvenstveno na prenošenje i okončavanje predmeta koji su u toku, ali i na neprekinuto funkcionisanje kancelarije čije usluge građani žele da koriste. Zatim, prestanak službe je značajan događaj za javnog beležnika koji je došao do kraja svoje karijere i koji treba da ustupi nekom trećem, kojeg često ni ne poznaje, kancelariju koju je vodio dugi niz godina, što ima, između ostalog, svoje finansijske implikacije. Za onog ko preuzima kancelariju ovaj događaj nije ništa manjeg značaja, bez obzira da li ima neko iskustvo u ovoj javnoj službi ili ne. Osim toga, prilikom ustupanja kancelarije finansijski aspekt je značajan za obe stranke: cedentu često predstavlja na izvestan način njegov "penzijski fond", a cesionar se obavezuje na plaćanje sume koju će trebati, u većini slučajeva, da pozajmi<sup>7</sup>.

Francuska i belgijska notarska praksa beleži u tom pogledu zanimljivo iskustvo.

Srednjovekovni francuski notarijat karakterisala je mogućnost prodaje službe (*la vénalité des charges*), što je vremenom postalo jedno od najozloglašnijih

---

<sup>5</sup> Décret n°71-942 du 26 novembre 1971 relatif aux créations, transferts et suppressions d'office de notaire, à la compétence d'instrumentation et à la résidence des notaires, à la garde et à la transmission des minutes et registres professionnels des notaires, JORF du 3 décembre 1971, čl. 5 (Modifié par Décret 86-728 du 1986-04-29 art. 25 JORF 30 avril 1986).

<sup>6</sup> François Pillebout, Jean-Yaigre, Jean, *Droit professionnel notarial*, Litec, Paris 2004, str. 31.

<sup>7</sup> Casman, Hélène, *Précis du notariat*, Bruylant, Bruxelles 2011, str. 83-84.

svojtava starog notarijata. Zakonodavstvo koje je usledilo tokom i posle Velike francuske revolucija videlo je u tome jednu preživelu instituciju, tako da već Zakon iz 1791. godine, a zatim i Zakon *Ventôse* iz 1803. godine, ukidaju prodaju i nasledivost notarskog zvanja. Ali, jednim zakonom od 28. aprila 1816. godine francuski zakonodavac se opet vratio na ideju ustupanja, ali ustupanja kancelarije a ne službe, koja praksa je ostala sve do danas. Francuska doktrina, iako svesna da je priroda prava ustupanja kancelarije još uvek nedovoljno definisana, ovo rešenje obrazlaže činjenicom da se kod ustupanja individualne kancelarije treba voditi računa o tome da se napravi važna sledeća razlika: u svakoj individualnoj notarskoj kancelariji postoji, s jedne strane, zvanje notara koje daje pravo na vršenje javnobeležničke službe i, s druge strane, imovinska vrednost kancelarije. Kada je reč o titulu notara, treba imati u vidu da javna ovlašćenja vrši jedino država i da ih samo država može delegirati, ali ne i otuđiti, nekoj ustanovi, pojedincu itd. Prema tome, onaj na koga su preneti izvesna javna ovlašćenja nema pravo da njihovo vršenje prodaje nekom trećem. U tom smislu ideja o *la vénalité des charges* je neprihvatljiva. Međutim, imovinska vrednost kancelarije je plod usluga koje pruža javni beležnik svojoj klijenteli i plod poverenja koje ova ima prema tom javnom službeniku. Vrednost proizvoda koji stvara jedna javnobeležnička kancelarija nastaje na osnovu elemenata kao što su kvalitet notarske usluge, ugled javnog beležnika, kvalitet organizacije kancelarije, efikasnost osoblja itd. Rezultat delovanja ovih elemenata je vernost klijentele jednoj kancelariji. Klijentela je ta koja velikim delom određuje vrednost kancelarije, koja pri tome ima tendenciju da se uvećava. Klijentela, stvorena delatnošću cedenta i njegovim renomeom, je proizvod koji njemu ne može biti oduzet jer bi to bio napad na elemetarne vrednosti, pravdu i svojinu. Prema tome, pravo cedenta da dobije naknadu za vrednost kancelarije izjednačava se sa pravom svakog građanina da izvuče korist iz plodova svog rada, samo što se u ovom slučaju mora voditi računa o ograničenjima koja proizlaze iz činjenice vršenja javne službe. Ugovor o cesiji može biti teretan i dobročin, a visinu naknade uvek kontroliše ministarstvo, za razliku od ustupanja udela notarskog društva koje se ne može kontrolisati<sup>8</sup>.

Uočavajući značaj ovog pitanja, belgijski zakonodavac je velikom reformom u oblasti javnog beležništva, jednim zakonom o izmenama zakona *ventôse* i jednim dopunskim zakonom, oba od 4. maja 1999. godine, precizno uredio prenos notarskih kancelarija<sup>9</sup>. Pridružila se i belgijska notarska komora, usvajajući pra-

<sup>8</sup> Pillebout-Yaigre, *op. cit.*, str. 28–31.

<sup>9</sup> Les lois du 4 mai 1999 modifiant la loi du 25 ventôse an XI contenant organisation du notariat – Les lois du 4 mai 1999, mod. 22 décembre 2003, 16 juillet 2004, 27 décembre 2004, 10 juillet 2006, 1 mars 2007, 23 mai 2007, 18 juillet 2008, 4 mai 2009, 23 octobre 2009, Moniteur belge n.

vilnike o proceni notarskih kancelarija (poslednji od 26. aprila 2011), u cilju ujednačavanja modaliteta ustupanja kancelarija.

Belgijski zakon pravi razliku između elemenata javnobeležničke kancelarije koji se ustupaju nasledniku bez naknade i onih za koje se duguje naknada. Predaju se bez naknade elementi koji ne pripadaju notarima, a čine ih javnobeležničke isprave, registri i depoziti. Uz naknadu se predaju, kao deo imovine javnog beležnika, elementi telesne i bestelesne pokretne imovine vezani za organizaciju kancelarije. Radi se o svim onim elementima koji su neophodni za dobro funkcionisanje kancelarije. Ipak, javni beležnik cedent može da isključi određena dobra iz ličnih razloga. Nepokretna dobra su isključena iz cesije kancelarije, ali je uključena pasiva nastala iz ugovora o radu, zakupu i ugovora o nabavci koji su u toku<sup>10</sup>.

Procenu vrednosti kancelarije vrši ovlašćeni revizor ili računovodstveni ekspert kojeg određuje javnobeležnička komora. Procenjivač, u načelu predviđen samo jedan, ne sme biti onaj ko je prethodno imao bilo kakava ovlašćenja u toj kancelariji. Njegova ocena ima karakter konačnog akta, a pobijati se može samo iz posebnih razloga (očigledna greška, prekoračenje ovlašćenja itd.), izuzev prava da se zahteva ispravka materijalnih grešaka<sup>11</sup>.

Pošto se ispravna procena ne može izvršiti samo na osnovu računovodstvenih podataka, notarska komora je predložila da dopunske informacije može da pruži pomoćnik u ovom postupku. Pomoćnik se bira među postojećim ili ranijim članovima komore i treba da pruži sve garancije o nezavisnosti. On priprema opisni izveštaj o kancelariji, a pomaže procenjivaču naročito u rasvetljavanju svakog znaka nefunkcionisanja kancelarije. Opisni izveštaj treba da sadrži detaljno određene sve karakteristike kancelarije (npr. kancelarija u gradu, gradskoj periferiji ili na selu; da li je klijentela vezana više za ličnost notara ili kancelariju, a razlozi mogu biti lični, porodični, politički itd; prognoze ekonomskog razvoja tog područja; nepravilno nagrađivanje osoblja, neuobičajeno mali troškovi, naduvani rezultati poslovanja poslednjih godina, itd.). Na ovaj izveštaj notar cedent može uložiti svoje primedbe<sup>12</sup>.

Izračunavanje visine naknade za kancelariju vrši se po tačno utvrđenim kriterijumima. Naknada je jednaka srednjem prihodu, uvećanom dva ipo puta, koji je indeksovan i eventualno korigovan, za poslednjih pet godina rada kancelarije. Indeksacija se radi u odnosu na indeks cena u potrošnji, prema utvrđenim mo-

---

376/2009, Publié le :2009-11-16 (Ed. 1). Section IV: De la transmission des minutes et autres éléments de l'étude notariale, čl. 54–62.

<sup>10</sup> *Ibid.*, čl. 54; 55, § 1, a.

<sup>11</sup> *Ibid.*, čl. 55, § 3, c.

<sup>12</sup> Casman, Hélène, *op. cit.*, str. 86.

dalitetima. Ovaj prihod, nazvan polu-neto prihod, podrazumeva iskazani fiskalni prihod kojem su dodati određeni troškovi, a koji nisu tipični za javnobeležničku profesiju ili su pak specifično vezani za jednog javnog beležnika (npr. troškovi reprezentacije, troškovi naknade štete zbog profesionalne greške koju je počinio notar titular, troškovi popravke prostorija kancelarije itd.), a odbijaju se prihodi koji proizlaze iz delatnosti koje ne spadaju u profesionalne javnobeležničke delatnosti. Prihod se eventualno koriguje zbog okolnosti koje mogu da se pojave, a koje bi mogle da utiču na procenu (npr. otvaranje nove kancelarije u blizini, značajna promena ekonomskog i socijalnog ambijenta tog područja, itd.)<sup>13</sup>.

Belgijska notarska komora u svom Pravilniku o ustupanju notarskih kancelarija insistira na još nekim preciziranjima prenosa kancelarije. Tako npr. na potrebi da procenjivač vodi računa o elementima navđenim u opisnom izveštaju i bude spreman da izvrši ispravke (npr. kad se pokaže da je klijentela izrazito *intuitu personae*). Takođe insistira na tome da je javni beležnik koji napušta profesiju obavezan da od momenta izvršene procene do momenta plaćanja vrši svoju profesionalnu delatnost na optimalan način. To podrazumeva, između ostalog, da više ne može da vrši korenite izmene u strukturi imovine koja se ustupa kao ni u organizaciji, strukturi i funkcionisanju kancelarije koje bi dovele do očigledne promene predmeta cesije. Javni beležnik cedent treba da se upozna sa predlogom izveštaja, može izneti svoje primedbe koje je procenjivač dužan da unese u svoj definitivni izveštaj kao i svoju obrazloženu odluku u vezi s tim<sup>14</sup>.

U postupku ustupanja kancelarije važno mesto ima i informacioni sastanak koji organizuje komora sa kandidatima na upražnjeno mesto. Na njemu se dobijaju dopunske informacije koje pruža notar cedent. Svaki kandidat, na vlastiti zahtev, dobija kopiju izveštaja o proceni, uz obavezu da poštuje poverljivost dokumenata. Procena važi godinu dana, a po isteku tog roka mora biti sačinjen novi izveštaj. Naknada treba da se isplati u roku od 75 dana od objavljivanja imenovanja naslednika u službenim novinama. Komora prethodno procenjuje da li je kandidat za preuzimanje kancelarije pružio solidne finansijske garancije. Svaki eventualni sporazum zaključen između cedenta i cesionara notara, a koji se odnosi na naknadu za preuzimanje utvrđenu mimo propisane procedure, ništav je jer su odnosne zakonske norme kogentne<sup>15</sup>.

Posebna pravila važe ako je odlazeći javni beležnik vršio svoju profesiju u okviru društva.<sup>16</sup>

<sup>13</sup> Čl. 54; 55, § 1, b. i c. belgijskog loi du 4 mai 1999.

<sup>14</sup> Casman, Hélène, *op. cit.*, str. 87–88.

<sup>15</sup> *Ibid.*, str. 89–91.

<sup>16</sup> Čl. 55. belgijskog loi du 4 mai 1999.

*Obavljanje delatnosti u obliku građanskog profesionalnog društva*

Kada je francuski Zakon n. 66–879 od 29. novembra 1966. godine o profesionalnim građanskim društvima omogućio fizičkim licima koja obavljaju slobodnu profesiju uređenu zakonom ili podzakonskim aktima i koja ima zaštićenu titulu da osnuju građanska profesionalna društva za zajedničko obavljanje profesije, to je bila značajna novina u svetu slobodnih profesija.<sup>17</sup> Za svaku od slobodnih profesija trebalo je da se donese odgovarajući podzakonski akt o primeni zakona, što je za notarijat, kao prvu slobodnu profesiju koja je primenila zakon, učinjeno dekretom iz oktobra 1967. godine. Ovaj dekret je uredio u Francuskoj uslove primene navedenog zakona na profesiju javnog beležnika.<sup>18</sup>

Građansko profesionalno društvo javnih beležnika postiglo je npr. u Francuskoj, Italiji, Holandiji vrlo brzo veliki uspeh<sup>19</sup>, dok je npr. u Švajcarskoj, iako predviđeno zakonima kantona, ostalo retka pojava, a onde gde se pojavljivalo nije okupljalo, čak ni u većim gradovima, više od tri javna beležnika<sup>20</sup>. U Belgiji zakonodavne promene nisu nikada išle u pravcu dopuštanja pravnog subjektiviteta građanskom društvu<sup>21</sup>.

Potrebno je istaći da razmatranjem građanskih društva u notarskoj profesiji nismo izgubili iz vida jasno uočljivu i nespornu tendenciju približavanja statusa građanskih i privrednih društava, težnju da se razlika među njima izbríše i u skladu s tim da je ovo razlikovanje izgubilo svoj nekadašnji značaj.<sup>22</sup>

---

<sup>17</sup> Loi n° 66-879 du 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles – Loi n° 66–879, JORF du 30 novembre 1966.

<sup>18</sup> Décret n°67-868 du 2 octobre 1967 pris pour l'application à la profession de notaire de la loi n° 66–879 du 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles - Décret n°67-868 du 2 octobre 1967, JORF du 6 octobre 1967 (Modifié par Décret n. 2009–452 du 22 avril 2009).

<sup>19</sup> Quintus, J. Marck, *Le notariat aux Pays-Bas*, u: Léon Raucent *et alia*, *Notariats d'Europe, du Quebec et du Zaire*, Deixième volume, Université catholique de Louvain – collection PATRIMOINE, volume XI, Academia –Bruylant, Louvain, 1991, str. 490.

<sup>20</sup> Tarrade, Jean, *Le notariat en France*, u: Léon Raucent *et alia*, *Notariats d'Europe, du Quebec et du Zaire*, Premier volume, Université catholique de Louvain – collection PATRIMOINE, volume XI, Academia –Bruylant, Louvain, 1991, str. 121; Jacot, Anne-Marie, *Le notariat suisse*, u: Léon Raucent *et alia*, *Notariats d'Europe, du Quebec et du Zaire*, Premier volume, Université catholique de Louvain – collection PATRIMOINE, volume XI, Academia –Bruylant, Louvain, 1991, str. 308; Di Fabio, Marcello, *Manuale di notariato*, Seconda edizione, Giuffrè Editore, Milano 2007, str. 412.

<sup>21</sup> Daublou, Georges, *Le domaine des sociétés civiles*, Revue trimestrielle de droit commercial (RTD com) 1/1983, str. 49.

<sup>22</sup> Dugo vremena status građanskih društava u francuskom pravu, uređen 1804. godine, nije se menjao, tako da je razlikovanje građanskih i privrednih društava bilo *summa divisio* prava društava. Međutim, kompleksnost ekonomije druge polovine XX veka učinila je njihov režim neprila-



Danas se u uporednom pravu može pratiti nekoliko modaliteta ovog oblika udruživanja javnih beležnika. To su po svojoj prirodi ortračke zajednice, regulisane ugovorom o ortakluku, što je u osnovi pravna priroda ugovora na kojem notari zasnivaju svoje povezivanje.

*Ortakluk sredstava.* – O ovom obliku građanskih društava radi se onda kada javni beležnici ugovaraju samo združivanje sredstava u cilju olakšavanja svakom od članova društva vršenja njegove delatnosti. U tom smislu članovi mogu: zajednički kupiti prostorije za smeštaj kancelarije ili druga sredstva za rad, zajednički koristiti osoblje, usluge eksperata, itd<sup>23</sup>. Ova društva ne mogu imati za cilj združeno vršenje javnobeležničke profesije, niti združivanje prihoda. Članovi zadržavaju lično i nezavisno vođenje svoje kancelarije<sup>24</sup>. U ovom smislu mogu se razumeti formulacije odredaba o zajedničkom obavljanju delatnosti u javnobeležničkim zakonima npr. Republike Srpske, Federacije BiH i Makedonije, a koje posebno ukazuju na mogućnost zajedničkog korišćenja kancelarije, ako time nije ugroženo lično, nezavisno i nepristrasno obavljanje službe<sup>25</sup>.

U Belgiji je ortakluk sredstava kao jedini oblik udruživanja javnih beležnika bio poznat do reforme notarijata 1999. godine<sup>26</sup>.

Javnobeležnička građanska društva dopuštena su i u pravu Kvebeka. Podela određenih zajedničkih troškova uz zadržavanje vlastito stečenog prihoda, bez

---

gođenim, pa je promena bila neophodna. Usledile su izmene koje su imale za posledicu pojavu građanskih društava sa specijalnim statusom, što je udaljavalo sve više ta specijalna građanska društva od režima koji im je početno dao *Code civil* i približavalo ih privrednim društvima. Tako je razlikovanje privrednih i građanskih društava postalo sporedna stvar. Pod pojmom građanskog društva pojavljivale su se organizacije koje su se razlikovale prema predmetu, strukturi ili cilju. Slobodne profesije su jedan od domena u kojem se javilo više građanskih društava posebnog statusa. V. Guyon, Yves, *Droit des affaires*, Economica, Paris 2002, 11. éd., t. 216; 223; Guyon, Yves., *La situation des associés dans les sociétés civiles et les sociétés commerciales ne faisant pas publiquement appel à l'épargne*, Revue trimestrielle de droit commercial (RTD com) 3/1983, str. 353 i d; Daublon, *op. cit.*, str. 18 i d.

<sup>23</sup> U tom smislu francuski loi n° 66–879, čl. 36.

<sup>24</sup> Beaulne, Jacques, *Le notariat quebecois*, u: Léon Raucent *et alia*, Notariats d'Europe, du Quebec et du Zaire, Premier volume, Université catholique de Louvain – collection PATRIMOINE, volume X, Academia – Bruylant, Louvain, 1991, str. 281.

<sup>25</sup> Zakon o notarima Republike Srpske – ZN, Službeni glasnik RS, br. 86/04, čl. 50; Zakona o notarima Federacije BiH – ZN, *Službene novine Federacije BiH*, br. 45/02, čl. 55; Закон за вршење на нотарските работи – ZVNR, Службен весник на Република Македонија, бр. 59/96, 25/98, 6/02, čl. 31, st. 3.

<sup>26</sup> Gregoire, Michel, *Le notariat belge*, u: Léon Raucent *et alia*, Notariats d'Europe, du Quebec et du Zaire, Premier volume, Université catholique de Louvain – collection PATRIMOINE, volume X, Academia – Bruylant, Louvain, 1991, str. 70-71.

sticanja subjektivita društva, mogući je oblik grupisanja. Bez obzira na prednosti i mane udruživanja profesionalaca u društvo kao i na tradicionalno individualno obavljanje profesije, broj društava je stalno rastao da bi se zadovoljili ritam i nove potrebe savremenog društva. Tako je sedamdesetih godina prošlog veka u Kvebeku prevladavalo individualno vršenje profesije, a već krajem osamdesetih godina građanska društva notara su bila u brojčanoj prednosti<sup>27</sup>.

Udruživanje javnih beležnika predvideo je i italijanski zakonodavac, ali je ostavio i izvesne nedoumice. Član 82. italijanskog zakona o notarijatu sadrži jednu jedinu ali specifičnu odredbu o udruživanju javnih beležnika: dopušta povezivanje samo ako javni beležnici pripadaju istom službenom području, u cilju zajedničkog sticanja prihoda i njihove podele, u celini ili delimično, na jednake ili nejednake delove. Ova odredba izazvala je interesovanje i teorije i prakse. Sudska praksa se izjasnila da ova vrsta udruženja ne znači ni organizacije sa pravnim subjektivitetom, ni profesionalna (privredna) društva, već samo ugovor koji može da ima za predmet ne samo podelu prihoda već i podelu troškova<sup>28</sup>. I deo doktrine podržava ovaj stav naglašavajući da se ova udruženja ne mogu smatrati privrednim društvima zbog toga što, ostavljajući po strani svako drugo razmatranje, učesnici ne vrše delatnost zajedno već svaki vrši notarske poslove u svoje ime i za svoj račun, a podela prihoda predstavlja sredstvo za olakšavanje vršenja ove javne službe<sup>29</sup>. Posmatrano u tom smislu, ima svojstva građanskog ortakluka. Novija doktrina, naprotiv, smatra da se ono može uklopiti u šemu društava, preciznije da bi se moglo raditi i o *società semplice* kojeg poznaje italijansko pravo kao elementarni oblik društva, a koje se može osnovati za obavljanje isključivo neprivredne delatnosti i bez pravnog subjektiviteta<sup>30</sup>.

Ako se ne radi o ortakluku sredstava, građanska profesionalna društva mogu da se organizuju na dva načina: društvo koje je titular javnobeležničke kancelarije i društvo koje nije titular kancelarije.

*Društvo koje je titular javnobeležničke kancelarije.* – Ovaj tip građanskog društava postigao je u Francuskoj više uspeha u poređenju sa drugim modalite-

---

<sup>27</sup> Frenette, François, *La responsabilité civile des professionnels réunis en société de droit out de fait*, les Cahiers de droit, vol 18, n. 4, 1977, str. 617-626, studija preuzeta sa adrese: <http://id/erudit.org/iderudit/042187ar>, 22.07.2012; Beaulne, Jacques, *op. cit.*, str. 282.

<sup>28</sup> Di Fabio, *op. cit.*, str. 412. n. 8.

<sup>29</sup> Pietro Zanelli, *Le notaire dans l'ordre juridique italien*, u: Léon Raucent *et alia*, Notariats d'Europe, du Quebec et du Zaire, Premier volume, Université catholique de Louvain – collection PATRIMOINE, volume X, Academia –Bruylant, Louvain, 1991, str. 183.

<sup>30</sup> Di Fabio, *op. cit.*, str. 412.

tom vršenja delatnosti u građanskom društvu<sup>31</sup>. Jedna od osnovnih karakteristika je da se radi o društvu titularu kancelarije kome je zakonodavac podario jednu specifičnost: dodelio mu je pravni subjektivitet. Više pitanja u vezi uređenja ovog tipa društva zaslužuje da bude razmotreno.

Ovo društvo mogu da osnuju i postanu njegovi članovi samo ona lica koja ispunjavaju uslove za imenovanje javnog beležnika. Pošto se društvo imenuje za titulara kancelarije, i to kancelarije jednog od članova, kancelarije ostalih članova se gase.

Ovu vrstu društva mogu osnivati i ona lica koja ispunjavaju uslove za imenovanje i koja su imenovana za ovu službu, ali koja nisu titulari kancelarije. U tom slučaju, osnovano društvo postaje titular zamenjujući titulara jedne do tada postojeće kancelarije<sup>32</sup>. Nema nikakvih ograničenja u pogledu broja članova jednog profesionalnog ortakluka. Osnivanje društva vrši se pod suspenzivnim uslovom imenovanja notara članova i odobrenja osnivanja od strane nadležnog ministarstva.

Svaki notar član unosi u društvo svoj ulog, a predmet uloga mogu biti: prihod nastao gašenjem kancelarije javnog beležnika koji je postao član društva; svako pravo koje ima tzv. imovinskopravnu komponentu; svaka pokretna stvar koja služi za obavljanje delatnosti; nepokretnost za smeštanje sedišta kancelarije; suma koja se može brojati; rad članova koji predstavlja udeo bez nominalne vrednosti, daje pravo učešća u dobiti, ne može se ustupati i poništava se prestankom članstva javnog beležnika.

Ustupanje udela među članovima je slobodno, izuzev suprotnog sporazuma. Da bi se izbegao dominantan položaj jednog člana, zahteva se saglasnost svih članova. Ustupanje udela trećim licima vrši se pod suspenzivnim uslovom imenovanja cesionara za javnog beležnika. Svakako, cesionara treba da prihvate članovi društva. U slučaju odbijanja trećeg lica, društvo treba u roku od šest meseci da saopšti cedentu predlog uslova cesije i kupovine udela. U slučaju povlačenja notara člana profesionalnog građanskog društva, rešenje ministra nadležnog za pravosuđe stupa na snagu danom objavljivanja u službenom glasilu. Vrednost udela i visina cene cesije udela društva nisu predmet kontrole ministarstva nadležnog za pravosuđe, za razliku od kontrole vrednosti kancelarije individualnog notara.

<sup>31</sup> Npr. godine 1997. u Francuskoj je bilo 2327 kancelarija ovog tipa naspram svega 23 kancelarije društava u kojima je svaki član ostajao titular svoje kancelarije. Moreau, *op. cit.*, str. 109.

<sup>32</sup> Član 3. Dekreta n° 67-868 du 2 octobre 1967. navodi više mogućih varijanti: dva ili više fizičkih lica, koji nisu titulari kancelarije, osnivaju društvo koje zamenjuje titulara već postojeće kancelarije; notar titular pridružuje se nekolicini članova u cilju osnivanja društva; više notara titulara osniva društvo; osnivanje društva koje se imenuje za titulara jedne novoosnovane kancelarije. Lista varijanti udruživanja nije ograničena.

Društvom upravlja jedan ili više članova. Statutom se utvrđuje pravo glasa članova, bilo po glavi, bilo prema broju udela.

Svaki član dužan je da posveti društvu svu svoju profesionalnu delatnost. Svaki od njih koristi svoj pečat koji sadrži ime, svojstvo člana društva i adresu sedišta društva. Društvo je solidarno orgovorno s notarom članom za posledice poslova koje je preduzeo član, čak i ako su se dogodile promene u sastavu društva. Disciplinski postupak može da se vodi ne samo protiv člana društva već i samog društva.

Pravo na dobit pripada svakom članu koji je uneo odgovarajući ulog, ali raspodela dobiti kod ove vrste građanskog društva nosi određene specifičnosti jer se prilagođava karakteristikama kancelarije. Kako je ovaj oblik društva predviđen kao posebno podsticajan za mlade članove, čiji udeli su obično u radu ili učešću u kapitalu manjeg obima, to je raspodelu dobiti valjalo prilagoditi ovom cilju. Stoga je francuski Visoki savet notarijata predvideo da se 30% dobiti deli članovima koji imaju udele u kapitalu, a 30% članovima koji imaju udele u radu, dok 40% može biti slobodno raspoređeno, prema odredbama statuta. Pri tome ovaj poslednji deo može da bude raspoređen prema kriterijumima npr. jačanja kompetentnosti, lične reputacije, postignute specijalizacije, a sve u cilju otvaranja mladim notarima perspektive karijere, podsticanja na rad i stručnost<sup>33</sup>.

Za građanska profesionalna društva predviđena je specijalno mogućnost statusnih promena, fuzije (pripajanja, spajanja) i deobe (podela, izdvajanja). U ovim slučajevima primenjuje se opšte pravo privrednih društava. Ipak, mogućnost korišćenja statusne promene deobe sudarila se sa jednom teškoćom: društvo može da se podeli na dva ili više novoosnovanih društava (podela uz osnivanje), a imenovanje notara i otvaranje kancelarije mora da se izvrši putem konkursa. Izlaz iz ove situacije francuski zakonodavac je pronašao za ona društva koja su bila ovlašćena da otvore jednu ili više pisarnica, u kom slučaju bi se one mogle transformisati u odvojene kancelarije.

*Društvo koje nije titular javnobeležničke kancelarije.* – U Francuskoj može da deluje i društvo koje nije titular javnobeležničke kancelarije<sup>34</sup>. Njegovi članovi su samo javni beležnici koji su titulari svoje kancelarije, a imaju sedišta na jednom službenom području. I posle osnivanja društva svaki član ostaje titular svoje kancelarije. Stoga svaki od njih vodi svoje predmete i svoje registre, arhivira svoje isprave. Rezultati njihovog rada predstavljaju dobit društva, pa postoji obaveza uzajamnog informisanja o svojoj profesionalnoj delatnosti. Računovodstvo može da bude zajedničko ili zasebno za svaku kancelariju. Za ustupanje udela, fuziju i

---

<sup>33</sup> Pillebout-Yaigre, *op. cit.*, str. 33–36.

<sup>34</sup> Décret n° 67–868 du 2 octobre 1967, čl. 90-134-1.

deobu važe ista pravila kao i kod društva koje je titular kancelarije, s tim što ovde deoba ne izaziva probleme jer se svaki od članova može lakše vratiti na individualno obavljanje delatnosti. Ipak, francuska praksa pokazuje da je broj ovih društava skroman<sup>35</sup>.

### *Obavljanje delatnosti u obliku privrednog društva*

Privredna društva su počela da ulaze u svet slobodnih profesija od devedesetih godina XX veka. Cilj usvajanja novog modaliteta bio je stvaranje još boljih uslova za njihovo vršenje. U mnogim zemljama nije još uvek prihvaćen ovaj oblik obavljanja slobodnih profesija, a one koje su ga usvojile – uz, razume se, značajne razlike u nacionalnim zakonodavstvima – imaju određena iskustva i rezultate koje mogu da saopšte drugima.

Različita uprednopravna rešenja za privredna društva u javnobeležničkoj profesiji su sasvim očekivana, naročito ako se ima u vidu raznolikost u opštem uređenju pravnih formi društava.

Francuska je, usvajajući zakon od 31.12.1990. godine, začetnik ideje o privrednim društvima slobodnih profesija (SEL) kao jednom novom pravnom okviru koji je prilagođen njihovim potrebama<sup>36</sup>. Međutim, francuski zakonodavac je mudro izabrao da tu novu strukturu ne uvede silom: svaka slobodna profesija mogla je da prihvati SEL, u formi posebnog dekreta, onda kada je ona to izabrala i kada je procenila da je njeni vlastiti okovi ne ograničavaju. Nekim profesijama je za to trebalo više vremena, ali su sve usvojile ovu novu strukturu. Notarijat je dospao do SEL dekretom od 13.01.1993<sup>37</sup>. I javnim beležnicima kao i nosiocima ostalih slobodnih profesija stoje na raspolaganju sledeće forme društava, posebno prilagođene slobodnim profesijama: SELARL – društvo sa ograničenom odgovornošću; SELCA – komanditno društvo na akcije; SELAFA - akcionarsko društvo<sup>38</sup>. Od 2001. godine ovom spisku dodata su SELAS – pojednostavljeno akcionarsko društvo kao i društva za finansijsko učešće u slobodnim profesijama –

---

<sup>35</sup> Pillebout-Yaigre, *op. cit.*, str. 36-37; Moreau, Alain, *op. cit.*, str. 109.

<sup>36</sup> Loi n. 90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de société des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé - n. 90-1258 du 31 décembre 1990, JORF 5 janvier 1991, str. 216.

<sup>37</sup> Décret n° 93-78 du 13 janvier 1993 pris pour l'application à la profession de notaire de la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990, JORF n° 17 du 21 janvier 1993, str. 1061.

<sup>38</sup> U posebnom poglavlju predviđeno je i SEPEL – ortačko društvo, ali sa neznatnim razlikama u odnosu na građansko društvo koje nije titular kancelarije i bez posebnog praktičnog značaja (čl. 22-23, n. 90-1258 du 31 décembre 1990).

SPFPL<sup>39</sup>. Posebna pravila koja ih uređuju odnose se u suštini na dva pitanja: prvo, da li je moguć ulog u radu i drugo, kome je dopušteno učešće u osnovnom kapitalu društva i ko ima pravo glasa. Na prvo pitanje odgovor je negativan za SELAFA, SELAS i komanditore SELCA. Odgovor na drugo odnosi se na mogućnost učešća u kapitalu, osim članova koji vrše profesiju u društvu i koji moraju imati većinu u kapitalu i glasovima, onih članova koji ne vrše javnobeležničku profesiju u društvu. Za ostatak kapitala i prava glasa, to su isključivo lica predviđena u čl. 5. zakona n. 90-1258 du 31 décembre 1990: javni beležnici koji obavljaju svoju delatnost u nekom drugom obliku organizovanja, stari članovi društva tokom 10 godina po prestanku članstva, naslednici javnog beležnika u roku od pet godina od njegove smrti i lica koja obavljaju druge slobodne pravne profesije. Interesantno je spomenuti da je zakonodavac predvideo da se sporovi SEL-a rešavaju pred građanskim sudovima. Praksa je pokazala da pravne profesije generalno, pa ni notarijat, nisu prihvatile sa velikim entuzijazmom ovaj oblik organizovanja, tako da je npr. 1998. godine bilo samo 26 SEL, a 2004. godine 60<sup>40</sup>.

U Belgiji je ovaj modalitet vršenja javnobeležničke profesije zahtevao razrešenje dve dileme: da li javni beležnik može da u društvo unosi ulog koji se sastoji od njegove javnobeležničke delatnosti i može li da ograniči svoju profesionalnu odgovornost na odgovornost društva. Prvo pitanje se postavlja zbog toga što se za ovu profesiju veže vršenje javnih ovlašćenja kojima notar ne može slobodno da raspolaže, za razliku od drugih slobodnih profesija koje nemaju ovo svojstvo (npr. advokat, lekar, arhitekta, itd.). Odgovor na ovo pitanje dao je zakonodavac odobravajući ulog u obliku delatnosti. Odgovor na drugo pitanje je negativan jer svaki javni beležnik ostaje titular delatnosti i kao takav sam odgovara za profesionalne greške<sup>41</sup>. Pravila koja se odnose na društva, građanska i privredna, sadržana su u zakonu o notarijatu<sup>42</sup>. Javni beležnik može obavljati svoju profesiju u okviru društva na više načina: u obliku jednočlanog društva, može se udružiti sa drugim javnim beležnicima titularima u obliku višečlanog društva, a može se udružiti sa kandidatom notarom (u našem Zakonu o javnom beležništvu označen kao pomoćnik javnog beležnika) koji tada dobija svojstvo notara člana. Grupacija može imati pravni oblik građanskog ili privrednog društva koje poznaje belgijsko

---

<sup>39</sup> Loi n. 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, JORF du 16 mai 2001, str. 7776; Loi n. 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant sur les mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier – MURCEE, JORF n° 288 du 12 décembre 2001, str. 19703.

<sup>40</sup> Moreau, Alain, *op. cit.*, str. 109; Pillebout-Yaigre, *op. cit.*, str. 39.

<sup>41</sup> Casman, Hélène, *op. cit.*, str. 96.

<sup>42</sup> Les lois du 4 mai 1999, *cit.*, čl. 50-53.

pravo, izuzimajući akcionarsko i komanditno društvo. Jednočlano društvo može imati samo formu društva sa ograničenom odgovornošću, a višečlana forma ortačkog društva i društva sa ograničenom odgovornošću. Moguće je udruživanje javnih beležnika i u zadrugu. Imovinu društva mogu da čine svi elementi telesnih i bestelenih pokretnih stvari vezanih za organizaciju kancelarije, izuzimajući, dakle, nepokretna dobra.

U Kvebeku je od 15. decembra 2005. godine na snazi Uredba o vršenju javnobeležničke profesije u formi društva<sup>43</sup>. Ova uredba dopušta onim javnim beležnicima koji deluju kao samostalni javni službenici da vrše svoju profesiju u okviru akcionarskog društva i društva sa ograničenom odgovornošću, predviđajući čak i multidisciplinarnost u okviru ovih društva, uz obavezu poštovanja u svemu Zakona o notarijatu, a naročito u pogledu načela čuvanja profesionalne tajne i nepristrasnosti<sup>44</sup>. Notar koji želi da vrši svoju profesiju u okviru društva treba da respektuje uslove i modalitete osnivanja ovih društava predviđene Uredbom (npr. u odnosu na većinu glasova iz akcija ili udela koji moraju pripadati nosiocu profesije, u odnosu na članove uprave u kojoj većinu moraju činiti nosioci profesije), a naročito da ovi uslovi budu navedeni u statutu ili ugovoru o osnivanju.

### *Obavljanje delatnosti u statusu zaposlenog*

Francuska je zemlja koja je otišla još jedan korak dalje u ponudi modaliteta delovanja javnih beležnika. Tako, u ovoj zemlji postoji mogućnost vršenja notarijata i u statusu zaposlenog. Na notara u statusu zaposlenog odnose se zakonska i podzakonska rešenja predviđena za individualno obavljanje delatnosti kao i deotološka i disciplinska pravila. Zaposleni notar može vršiti delatnost u okviru samo jedne kancelarije i ne može imati svoju ličnu klijentelu. Može obavljati sve poslove predviđene zakonom. Na svim ispravama koje sačini i svakom obliku korespondencije treba da navede svoje ime, titulu notara, ime ili naziv fizičkog ili pravnog lica koje je titular kancelarije u kojoj radi. Imenovanje javnog beležnika u statusu zaposlenog vrši ministar nadležan za pravosuđe, na zajednički zahtev titulara kancelarije i zainteresovanog lica. Uz zahtev za imenovanje se prilaže i ugovor o radu kao i ostala dokumenta potrebna za taj status. Ugovor o radu se zaključuje pod suspenzivnim uslovom imenovanja zaposlenog javnog beležnika i polaganja zakletve. Rešenje ministra sadrži ime ili naziv društva titulara kancela-

---

<sup>43</sup> Règlement sur l'exercice de la profession de notaire en société, R.Q. c. N-3, r. 1.3, *Gazette officielle du Québec*, 30 novembre 2005, 2, 6771.

<sup>44</sup> Loi sur le notariat, L.R.Q., chapitre N-2, N-3, Décret 121-2005 du 18 février 2005, (2005) 137 *Gazette officielle du Québec*, 2, 874.



rije u kojoj će zaposleni javni beležnik raditi. Titulara kancelarije tereti građanska odgovornost za profesionalne greške zaposlenog javnog beležnika<sup>45</sup>.

DRAGANA KNEŽIĆ-POPOVIĆ, LL.D.,  
Professor, Faculty of Law, University UNION, Belgrade

## THE MANNERS OF PERFORMING THE NOTARY PUBLIC ACTIVITIES

### Summary

Comparative Law notes four ways of performing notary profession: personal conduct of business, in the form of professional civil society, in the form of a business entity and in the status of an employee. The notary public profession can be performed individually, which is traditional and generally adopted solution. It is possible to appoint of a notary public for the holder of a newly established office or entering into the vacancy position of the predecessor, in which case can be raised a question of possible compensation of the value of the office. Here is not the case of the old and odious institution *vénalité des charges*, because the notary public to whom are transferred public authorizations is not entitled to sale its performance to the third person, but here is the case of transferring of the property value of the office which is the product of the services that is provided by a notary public and product of the confidence of its clientele. Resolving the issue of assignation of the office is important for the several reasons: for clientele, state, assignor and assignee.

Incorporation of the notary public into the professional civil societies is monitoring from the sixties of the twentieth century and is developed in several modalities: partnership of assets, a company which is the holder of notary public office and company which is not holder of the office. The most success in the practice achieved the company that is the holder of the office, and this type of civil partnerships has received one specific item – it was granted the legal personality (incorporation). Business entities began to enter into the world of free professions, and with this into the notaryship, since the nineties of the twentieth century. The aim of adoption of this new modality was to create more flexible conditions for their performance. In many countries, is not yet accepted this form of performing the free professions, and those countries which adopted it show significant differences in national legislations. Different comparative law solutions for business entities in notary public profession are expected, especially if one takes into account the diversity of commercial law in regulation of the legal forms of companies.

In France it is possible to perform the notary public activity in an employee status. To the notary public who has a status of employee are applied the legal and sub-law solutions prescribed for individual performance of the activity as well as deontological and disciplinary rules. The notary public who is employed may perform notary public activity within a single office and can not have his own clients.

---

<sup>45</sup> Décret n. 93–82 du 15 janvier 1993 portant application de l'article 1er ter de l'ordonnance n° 45–2590 du 2 novembre 1945 et relatif aux notaires salariés, JORF n°18 du 22 janvier 1993 (Dernière modification: 26 septembre 2011), str. 1111.



## NOTARSKI ZAPIS UGOVORA O HIPOTECI

### *Ugovorna hipoteka*

Ugovorna hipoteka označava pravo povjerioca na unovčenje tuđe nepokretnosti radi prvenstvenog namirenja za slučaj da dužnik ne isplati dug u cjelini i na vrijeme. To je vrsta dobrovoljnog založnog prava koje nastaje na osnovu ugovora između povjerioca i vlasnika nepokretnosti koji je najčešće dužnik ali može biti treće lice koje se saglašava da će trpjeti prodaju svoje nepokretnosti radi namirenja obaveze dužnika. Ugovor je samo pravni osnov (*iustus titulus*), a upis u javni registar evidencije prava na nepokretnostima *modus acquirendi*. Kao stvarno pravo na tuđoj stvari ovlašćuje hipotekara da saglasno zakonu i ugovoru proda nepokretnost bez ovlašćenja da stvar drži i njome raspolaze do dospelosti potraživanja.

Grčko porijeklo, rimsko utemeljenje, savremena fleksibilnost i kontinuirana aktuelnost osnovne su lapidarne odrednice u dugom istorijskom trajanju ovog realnog sredstva obezbjeđenja potraživanja. Još od kad je *lex Poetelia* označio kraj *manus iniectio* nestala je mogućnost stavljanja dužnika u ropstvo pa se odgovornost za ispunjenje obaveza sa ličnosti dužnika seli na njegovu imovinu. To je rimski pravnik Pomponije izrazio maksimom *Plus cautionis in re est, quam in persona* (veća je garancija stvar nego čovjek).<sup>1</sup> Od ranog perioda u razvoju prava, posebno od početnog oblika fiducije (*fiducia cum creditore contracta*) i različitih

---

Mr Velibor Korać, saradnik u nastavi Pravnog fakulteta Univerziteta Crne Gore.

<sup>1</sup> Pomponius – D. 50, 17, 25; prema Stojčević, D., Romac, A., *Dicta et regulae iuris*, Beograd, 1971, str. 360.

vrsta pignusa (*pignus datum* i *pignus conventum*) u rimskom pravu, recepcije pandektnog prava i osobitih ideja germanskog prava do današnjih dana, hipoteka je pratila razvoj robnonovčanih odnosa, uz nastojanje zakonodavaca da uređenjem ovog sredstva obezbjeđenja potraživanja olakšaju pravni promet i pronađu rješenja koja će biti u interesu ugovornika i drugih učesnika obligacionog odnosa. Iako se u određenoj mjeri mijenjala, hipoteka je od grčkog do modernog prava bila najpogodnije sredstvo za obezbjeđenje novčanog potraživanja. Stoga je uvijek bila široko zastupljena u pravnoj praksi. Izuzetak je bio u ex Jugoslaviji poslije Drugog svjetskog rata kada je zbog promjene karaktera kredita i ograničenja prava svojine na nepokretnostima hipoteka bila gotovo marginalizovana, u svakodnevnom govoru bila je “na zlu glasu i o njoj, kao pravnoj instituciji vlada rđavo mišljenje”.<sup>2</sup> Tadašnji nesvojinski koncept društvene svojine, planska privreda i dogovorna ekonomija imali su za posljedicu zapostavljanje hipoteke u praktičnoj primjeni i normativnom oblikovanju.<sup>3</sup>

Pojačano interesovanje za hipotekom kod nas počinje zadnjih decenija prošlog vijeka sa procesom svojinske transformacije državnih i društvenih preduzeća.<sup>4</sup> Ugovorna hipoteka je najznačajniji oblik realnog obezbjeđenja kreditnih odnosa. Obligacionopravni odnos pojačava se stvarnopravnom garancijom koja povjeriocu daje *ius vendendi*, sa karakteristikama apsolutnosti i dejstvom *erga omnes*.<sup>5</sup>

Prelaskom na tržišne uslove privređivanja naglašena je potreba povoljnijeg kreditiranja, bolje zaštite investitora, sigurnije garancije stranih ulagača, brže, jednostavnije i urednije plaćanje potraživanja, što je zahtijevalo praktičnu i normativnu renesansu hipoteke u svim državama nastalim disolucijom bivše Jugoslavije. Neke države normativno uređenje hipoteke izvršile su u okviru svojinskopravne kodifikacije (Slovenija, Hrvatska, Crna Gora, Republika Srpska), a neke su donijele posebni zakon o hipoteci (Srbija, Makedonija). U svim ovim zakonodavstvima hipoteka je šire regulisana u odnosu na bivši Zakon o osnovama svojinskopравnih odnosa koji je ovom institutu posvetio svega osam članova. Učinjene su značajne novine u reformi hipoteke, oblikovana su dodatna rješenja, prihvaćena neka uporedna iskustva.<sup>6</sup> Ublažene su donekle negativne posljedice tradicionalnih pravila hipotekarnog prava koja nijesu mogla pružiti adekvatna rješenja

<sup>2</sup> Stanković, O., Orlić, M., Stvarno pravo, Beograd, 1982, str. 401.

<sup>3</sup> Gavella, N., Josipović, T., Gliha, I., Belaj, V., Stipković, Z., Stvarno pravo, Svezak 2, Zagreb, 2007, str. 108 i 109.

<sup>4</sup> Klepić, D., Hipoteka kao realno sredstvo obezbeđenja tražbine prema dužniku, Beograd, 2004, str. 100.

<sup>5</sup> Više Rašović, Z., Stvarno pravo, Podgorica, 2008, str. 459.

<sup>6</sup> Na reformu hipoteke u nekim zakonodavstvima značajan uticaj imao je Nacrt zakona o hipoteci prof. Miodraga Orlića koji je široj javnosti predstavljen objavljivanjem u *Pravnom životu* br. 10/2004.

za novu poslovnu i kreditnu praksu, moderne i raznovrsne tehnike finansiranja.<sup>7</sup> Bankarske institucije i pravna doktrina odavno su ukazivale na potrebu prilagođavanja normativnih rješenja hipoteke novonastalim potrebama privrede i pojedinaca.<sup>8</sup> Novo normativno regulisanje ove vrste založnog prava stvorilo je fleksibilniji pravni okvir da se hipoteka prilagodi uslovima moderne kreditne privrede i doprinese ukupnom ekonomskom razvoju.<sup>9</sup>

Hipoteka u Crnoj Gori regulisana je Zakonom o svojinsko-pravnim odnosima,<sup>10</sup> koji je uglavnom preuzeo rješenja iz ranijeg Zakona o hipoteci.<sup>11</sup> Dalje će se ugovor o hipoteci razmatrati sa aspekta crnogorskog zakonodavstva. Ugovorna hipoteka u praksi je veoma često sredstvo obezbjeđenja namirenja povjeriočevog potraživanja. Ona je koncipirana tako da omogućava dužniku da lakše ispuni dug i da istovremeno sačuva tajnost njegove solventnosti.<sup>12</sup> Ali s druge strane, publicitet upisanog tereta na nepokretnosti vrši određeni psihološki pritisak na dužnika da obavezu izmiri jer njegova nepokretnost nije atraktivna za kupce i druge zalogoprince sve dotle dok na njoj postoji hipoteka prvoga reda.<sup>13</sup> Hipoteka kao teret stalno opominje dužnika da može izgubiti pravo svojine na opterećenoj nepokretnosti i psihološki ga pritiska da blagovremeno plati dug. Potencijalnu opasnost da dužnik može ostati bez državine i svojine na predmetu hipoteke francuski pisci često su izražavali navođenjem sintagme "*l'hypothèque a le venin à la queue*" (hipoteka je otrov u repu), što bi trebalo da znači da iz repa može doći u glavu.<sup>14</sup> S druge strane, ona odgovara i povjeriocu jer on i pored toga što mu dužnik odgovara cjelokupnom svojom imovinom stiče pravo da svoje potraživanje naplati iz jedne ili više tačno određenih nepokretnosti i tako obezbijedi povlašćeni položaj u odnosu na druge povjerioce koji se takođe mogu naplatiti iz ukupne imovine dužnika. Tako hipotekarni povjerilac ima pravo da podigne *actio hypothecaria* pored tužbe kojom može tražiti namirenje potraživanja iz osnovnog obligacionog odnosa. On je u stvari sticanjem hipoteke dobio latentno (potencijalno) pravo raspolaganja tuđom stvari, a to pravo postaće aktuelno nakon dospelosti, ako

---

<sup>7</sup> Softić, D., Akcesornost hipoteke kao prepreka pri prijmeni modernih tehnika finansiranja, Zbornik radova Aktuelnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, Mostar, br. 6/2008, str. 618.

<sup>8</sup> Vidi Povlakić, M., Nekti aktuelni problemi zalaganja nekretnina u entitetima BiH, Pravna riječ, br. 8/2006.

<sup>9</sup> Medić, D., Novo stvrnopravno uređenje u Republici Srpskoj, Pravna riječ, br. 24/2010, str. 74.

<sup>10</sup> "Sl. list Crne Gore", br. 19/09.

<sup>11</sup> "Sl. list RCG", broj 71/04.

<sup>12</sup> Kovačević Kuštrimović, R., Ugovorna hipoteka – sticanje hipoteke, Pravni život, br. 9-10/1993, str. 1107.

<sup>13</sup> Klepić, D., op.cit., str. 58.

<sup>14</sup> Umjesto svih Baudry-Lacantinerie, G., Houques-Fourcade, M., Chéneaux, G., et al., *Traité théorique et pratique de droit civil*, Paris, 1899, rep. 2010, str. 425.

dužnik ne isplati dug u cjelini.<sup>15</sup> Taj period latentnog raspolaganja označava stadijum obezbjeđenja, a period aktuelnog raspolaganja stadijum namirenja.<sup>16</sup> Dakle, do dospelosti hipoteka obezbjeđuje potraživanje. Stadijum obezbjeđenja potraživanja traje do dospelosti, a onda počinje stadijum namirenja ako dužnik ne isplati svoj dug kako je ugovoreno. Neki ova dva stadijuma značavaju kao statična i dinamična faza hipoteke.<sup>17</sup> Povjerilac nije ovlašćen da uzme nepokretnost u svojину kao zamjenu za ispunjenje, već jedino da traži i izdejstvuje prodaju, unovčenje i da se iz kupoprodajne cijene namiri.

Ostvarivanje slobode kretanja kapitala i pružanja finansijskih usluga u državama članicama Evropske Unije i sve intenzivniji i raznovrsniji međunarodni finansijski poslovi, brojni hipotekarni krediti plasirani izvan granica sjedišta davaoca, nametnuli su potrebu ujednačavanja nacionalnih zakonodavstva o založnim pravima na nepokretnostima. Već nekoliko decenija čine se naponi raznih bankarskih i notarskih asocijacija da se dogovori model *evropske hipoteke*. Jedno od osnovnih obilježja svih predloga za uvođenje eurohipoteke je neakcesornost, osnivanje i postojanje prava koje ne bi bilo zavisno od postojanja punovažnog potraživanja koje se obezbjeđuje. Kao mogući modeli za eurohipoteku navode se neakcesorna založna prava iz njemačkog i švajcarskog pravnog sistema (*Grundschuld* – zemljsni dug i *Schuldbrief* – lična i stvarnopravna odgovornost vlasnika opterećene nepokretnosti).<sup>18</sup> Međunarodna Unija latinskog notarijata predložila je 1987. godine da švajcarski *Schuldbrief* bude uveden paralelno uz stvarnopravna obezbjeđenja u nacionalnim zakonodavstvima, ali je nakon toga bilo i više drugih predloga stručnjaka i oficijelnih komisija EU.<sup>19</sup> Šmatra se da bi napuštanje akcesornosti hipoteke (pravna odvojenost potraživanja od njegovog stvarnopravnog osiguranja) doprinijelo efikasnijem obezbjeđenju potraživanja i uspostavljanju evropskog tržišta hipotekarnim kreditima, posebno u međunarodnim transakcijama gdje postoji više lica na povjerilačkoj ili dužničkoj strani, sa promjenom subjekata i uslova kreditiranja.<sup>20</sup>

Diskusije o eurohipoteci dovoljno ubjedljivo su pokazale da je za razvoj tržišta kredita bolja neakcesornost ili kvaziakcesornost od akcesornosti hipoteke.<sup>21</sup> Insistira se na više obezbjeđujućih prava na nepokretnosti, uvođenje, pored hipoteke, jednog samostalnog prava na unovčenje nepokretnosti koje bi se osim obe-

<sup>15</sup> Stojanović, D., *Stvarno pravo*, Beograd, 1987, str. 298.

<sup>16</sup> Gavella, N., i dr., *op.cit.*, str. 127 i 128.

<sup>17</sup> Lazić, M., u: Kovačević Kuštrimović, R., Lazić, M., *Stvarno pravo*, Niš, 2009, str. 260.

<sup>18</sup> Detaljnije Josipović, T., U potrazi za eurohipotekom, u: *Liber amicorum* Nikola Gavella, Građansko pravo u razvoju, Zagreb, 2006, str. 250 i d.

<sup>19</sup> Josipović, T., *op.cit.*, str. 278 i d.

<sup>20</sup> *Ibidem*.

<sup>21</sup> Živković, M., *Akcesornost založnih prava na nepokretnostima*, Beograd, 2010, str. 345.

zbjeđenja moglo koristiti za druge svrhe, a moglo bi “da bude kako sasvim neakcesorno (ako nema svrhu obezbeđenja), tako i kvaziakcesorno ili stepenovano akcesorno, ako je zaključen ugovor (sporazum) o obezbeđenju”.<sup>22</sup> Odstupanje od akcesornosti činjeno je prevashodno zbog toga da se hipoteka prilagodi potrebama savremenih kreditnih odnosa.

### *Pojam ugovora*

Ugovor o hipoteci je ugovor između dužnika (ili drugog vlasnika nepokretnosti) i povjerioca kojim se dužnik (odnosno drugi vlasnik nepokretnosti) obavezuje da u korist povjerioca dozvoli upis hipoteke u katastar nepokretnosti, a povjerilac se obavezuje da po prestanku njegovog potraživanja dužniku izda potvrdu radi brisanja hipoteke iz katastra nepokretnosti. Izvršenjem ovog ugovora povjerilac stiče pravo da ako dug ne bude isplaćen o dospelosti traži namirenje svog potraživanja iz vrijednosti hipotekovane nepokretnosti, prije hirografernih povjerilaca, kao i prije povjerilaca koji su hipoteku na njoj stekli poslije njega, bez obzira na promjenu vlasnika opterećene nepokretnosti, na način propisan zakonom.<sup>23</sup> U crnogorskom zakonu nije predviđena mogućnost zadržavanja ranga hipoteke nakon otplate potraživanja u korist dužnika, kao što je to slučaj u zakonodavstvu Srbije<sup>24</sup> i zakonodavstvu Hrvatske.<sup>25</sup> U teoriji se to smatra nedostatkom s obzirom na to da pravo raspolaganja hipotekom nakon prestanka potraživanja ima veliki praktični značaj na hipotekarnom tržištu.<sup>26</sup> Ovaj ugovor može biti samostalan ili dio nekog drugog ugovora koji uređuje potraživanje (ugovor o zajmu, kreditu i dr.) ali se najčešće sačinjava odvojeno zbog toga što je forma ugovora o hipoteci najčešće drukčija od forme ugovora koji stvaraju potraživanja.

Zakonom je izričito propisana sadržina ugovora o hipoteci.<sup>27</sup> Sadržina ovog ugovora s obzirom na propisanu formu za ovaj pravni posao u Crnoj Gori, sastavni je dio notarskog zapisa.

### *Forma ugovora*

Ugovor o hipoteci dobio je u novom crnogorskom zakonodavstvu drukčiju formu *ad solemnitatem*. Donošenjem Zakona o notarima, odnosno početkom rada notara u Crnoj Gori (2011) ovaj ugovor se zaključuje u obaveznoj formi no-

---

<sup>22</sup> Živković, M., op.cit., str. 347.

<sup>23</sup> Član 308 Zakona o svojinsko-pravnim odnosima Crne Gore.

<sup>24</sup> Član 53 Zakona o hipoteci (“Službeni glasnik RS”, br. 115/2005).

<sup>25</sup> Član 347 i 348 Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (“Narodne novine”, br. 91/96, 68/98, 38/09, 153/09).

<sup>26</sup> Lazić, M., Planojević, N., Novine u regulativi stvarnog prava Crne Gore, Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva, Zbornik radova sa Savetovanja pravnika, Budva, 2011 Budva, str. 53.

<sup>27</sup> Član 319 Zakon o svojinsko-pravnim odnosima Crne Gore.



tarskog zapisa. Time je crnogorski zakonodavac svrstao ovaj ugovor u pravne poslove sa najstrožijom formom, što nije čest slučaj u uporednom zakonodavstvu. Notarski zapis označava javnu ispravu o pravnom poslu koju za stranke sačinjava notar, u posebnoj formi, sa posebnim sadržajem i po posebnom postupku.<sup>28</sup> Notar treba da utvrdi identitet stranaka i njihovu sposobnost za ugovaranje, da ih pouči i poduči o posljedicama pravnog posla, da vjerno formuliše njihove izjave volja, da im sadržaj pročita i da ga zajedno sa njima potpiše i ovjeri. To je u prvom redu interes povjerioca i dužnika kojima će notar kao preventivni pravni zaštitnik pomoći da zakluče punovažan ugovor, ukazati na pravne posljedice akta koji preduzimaju, razjasniti nedoumice i tako smanjiti potrebu za tumačenjem i vođenjem parnica povodom zaključenja ugovora. Notar podučava ugovornike i tokom cijelog postupka sastavljanja notarskog zapisa pazi, kao preventivni čuvar zakonitosti, da ugovor ili neka njegova odredba ne budu ništavi.

Pored toga što je javna isprava notarski zapis je prema izričitom slovu zakona i izvršna isprava, ali pod određenim uslovima. Potrebno je da se radi o pravnom poslu koji ima za predmet plaćanje neke određene sume novca ili davanje određene količine zamijenljivih stvari ili vrijednosnih papira, a dužnik je u notarskom zapisu pristao na izvršenje bez odlaganja. Izvršnost notarskog zapisa predviđena je i u slučaju kad sadrži ugovor o hipoteci. Ako je na osnovu njega u katastru upisana hipoteka na određenoj nepokretnosti, može se, u svrhu plaćanja obezbijeđenog potraživanja, neposredno nakon dospelosti, zahtijevati izvršenje na toj nepokretnosti, ako je dužnik u izvorniku na ovo izričito pristao.<sup>29</sup> I Zakonom o izvršenju i obezbjeđenju propisano je da notarski akt predstavlja izvršnu ispravu u skladu sa zakonom, kao i ugovor o hipoteci.<sup>30</sup> Izvršnost se ocjenjuje kao najveći domet notarskog zapisa.<sup>31</sup>

### *Postupak sastavljanja notarskog zapisa*

Postupak za zaključenje ugovora o hipoteci pred notarom pokreće se na inicijativu povjerioca i dužnika koji namjeravaju da zakluče ugovor. Kad ugovorne strane traže sastavljnje ugovora one u stvari ističu zahtjev notararu kao javnom djelatniku da izvrši zadatak koji mu je zakonom stavljen u nadležnost.<sup>32</sup> On ne može odbiti njihov zahtjev da sačini zapis ugovora o hipoteci, osim u slučajevima koji su propisani zakonom. Notar će prvo utvrditi identitet ugovornika i njihovu spo-

<sup>28</sup> Triva, S., Dika, M., Građansko parnično procesno pravo, Zagreb, 2004, str. 240.

<sup>29</sup> Član 54 st. 2 Zakona o notarima Crne Gore.

<sup>30</sup> Član 18 tač. 3 i 4 Zakona o izvršenju i obezbjeđenju Crne Gore.

<sup>31</sup> Bikić, E., Radović, M., Suljević, S., Notarijat u Crnoj Gori, Podgorica, 2010, str. 299.

<sup>32</sup> Jakšić, A., Notarijat kao javna služba, u: *Javnobelezničko pravo*, priredio prof. dr Dragor Hiber, Pravni fakultet, Beograd, 2006, str. 92.

sobnost za ugovoranje, a onda pristupiti sačinjavanju pismene regakcije ugovora i na kraju ugovor pročitati i potpisati.

### Potraživanje

Prilikom ugovaranja hipoteke treba imati u vidu posebna načela založnog prava, a posebno akcesornost, specijalnost, nedjeljivost, oficijelnost. Od ovih tradicionalnih načela hipoteke u značajnoj mjeri se odstupilo prilikom pozitivno-pravnog regulisanja ovog realnog sredstva obezbjeđenja potraživanja, posebno kad se radi o načelu akcesornosti i oficijelnosti što je u skladu sa modernim rješenjima o fleksibilnosti hipoteke.<sup>33</sup> Hipoteka je vezana za obligacionopravni odnos jer obezbjeđuje potraživanje koje je iz njega nastalo. Hipoteka je zavisno pravo od potraživanja koje obezbjeđuje, jer potraživanje može postojati bez hipoteke ali ne i obrnuto. Ako je potraživanje ništavo ili poništeno nepunovažna će biti i hipoteka. Otuda se i stvorilo pravilo akcesornosti založnog prava. Hipotekarno pravo zavisi od postojanja i punovažnosti potraživanja stvorenog obligacionim odnosom. Zato je založni povjerilac uvijek i povjerilac iz obligacionog odnosa. Za hipoteku je vezano potraživanje, a ne dug. Sa promjenom povjerioca prelazi i hipoteka na novog povjerioca, a ako se promijeni dužnik založno pravo će po pravilu teretiti nepokretnost na kojoj je zasnovano.<sup>34</sup> Založno pravo ne može u našem pravu postojati samostalno bez potraživanja, ono je uvijek akcesorno, uvijek stvarnopravni odnos zavisi od obligacionopravnog odnosa, odnosno hipoteka od potraživanja. Uspostavom hipoteke obligacioni odnos se ne mijenja, on ostaje isti sa svim svojim modifikacijama i eventualnim ranijim ličnim i stvarnim obezbjeđenjima. Mijenja se samo utoliko što se iz vrijednost založene nepokretnosti može naplatiti i zastarjelo potraživanje. Založnim pravom se ne mijenja, već pojačava obligacionopravni odnos.<sup>35</sup> Ali ako prestane hipoteka potraživanje neće prestati do ispunjenja. Prelaskom potraživanja na drugo lice *ipso iure* prelazi i hipoteka koja ga obezbjeđuje. Tako će, na primjer, na osnovu ugovora o cesiji biti dozvoljena promjena u katastru nepokretnosti, jer hipoteka prati nepokretnost, a ne ličnost. Uspostavljanjem hipoteke ne mijenja se lična odgovornost dužnika za obavezu iz obligacionog odnosa, on i dalje odgovara svojom imovinom za dug samo je sada pored lične odgovornosti dodata i starnopravna odgovornost za istu obavezu. Ako obaveza ne bude izmirena o dospelosti povjeriocu ostaje na raspolaganju slobodan izbor odakle će namiriti potraživanje: iz cijele imovine dužnika,

---

<sup>33</sup> Stöcker, O., Stürner, R., Flexibility, Security and Efficiency of Security Rights over Real Property in Europe, Volume III - 2nd revised and extended edition, Berlin, 2010, str. 45 i d. Dostupno na adresi: [http://www.pfandbrief.de/cms/\\_internet.nsf/tindex/en\\_66.htm](http://www.pfandbrief.de/cms/_internet.nsf/tindex/en_66.htm).

<sup>34</sup> Gavela, N., i dr., op.cit., str. 131, fn. 51.

<sup>35</sup> Gavela N., i dr., op.cit., 132.

iz vrijednosti hipotekovane nepokretnosti ili istovremeno iz imovine i iz vrijednosti nepokretne stvari. Međutim, dužnik i povjerilac mogu ugovoriti da se zasnivanje hipoteke isključi lična odgovornost dužnika ili da ona bude supsidijarna.

Klasično načelo akcesornosti hipoteke nije dosljedno sprovedeno u savremenim pravnim sistemima. Zahtjevi moderne tržište privrede i potreba bržeg razvoja kreditnih odnosa nametnuli su fleksibilnija rješenja u tom pogledu.<sup>36</sup> Odstupanja od načela akcesornosti prihvaćena su u nastanku, prenosu i prestanku hipoteke. S tim u vezi je i uvođenje tzv. maksimalne hipoteke koja je posljednjom reformom svojinskopravnih odnosa odnosno hipotekarnog prava uvedena i u zakonodavstvo Crne Gore i većini drugih novonastalih država na prostoru ex Jugoslavije. Tako hipoteka može da se ugovori prije nego je potraživanje nastalo, pa čak i prije nego nepokretnost kao predmet hipoteke nastane. Hipotekom se može obezbijediti buduće i uslovno potraživanje, a s druge strane ugovor o hipoteci za predmet može imati buduću nepokretnost.<sup>37</sup> Drugim riječima može se upisati hipoteka određene visine i ranga iako potraživanje još nije nastalo, odnosno može se sačiniti ugovor o hipoteci iako nepokretnost još nije nastala.<sup>38</sup> Potraživanje treba da je podobno za obezbjeđenje. Hipotekom se obezbjeđuje određeno novčano potraživanje ili potraživanje čija je vrijednost izražena u novcu. To je i razumljivo pošto se ovim založnim pravom obezbjeđuje namirenje prodajom nepokretnosti, unovčenjem po pravilima sudske ili vansudske prodaje. Potrebno je da to potraživanje postoji u momentu zasnivanja hipoteke, ali se hipoteka može uspostaviti i radi obezbjeđenja uslovnog ili budućeg potraživanja.<sup>39</sup> Takav je slučaj kod kaucione i kreditne hipoteke. Obezbiđiti se može i neutuživo potraživanje, odnosno glavnica zastarjelog duga koji se ne može prinudno ostvariti ako dužnik istakne prigovor zastarjelosti.

Ako se hipoteka zasniva za buduće ili uslovno potraživanje, pa se uslov ne ispunji, odnosno postane izvjesno da potraživanje neće nastati, notar treba da pouči ugovornike da će hipoteka prestati, odnosno da se može tražiti njeno brisanje. Moguće je hipoteku zasnovati i za obezbjeđenje potraživanja koje je djelimično buduće, a djelimično postojeće, sa preciziranjem iznosa i uslova dospelosti.<sup>40</sup>

<sup>36</sup> Detaljnije Živković, M., Akcesornost založnih prava na nepokretnostima, Beograd, 2010; Povlakić, M., Neki aktuelni problemi zalaganja nekretnina u entitetima BiH, Pravna riječ, br. 8/2006.

<sup>37</sup> Član 309 i član 315 Zakona o svojinsko-pravnim odnosima Crne Gore.

<sup>38</sup> Neki smatraju da je moguće hipoteku za buduće i uslovno potraživanje tretirati kao svojinsku hipoteku (Živković, M., op. cit., str. 65 i 66), o čemu bi se moglo diskutovati, pošto bi to bio posredan način za uvođenje svojinske hipoteke.

<sup>39</sup> Član 315 st. 2 Zakona o svojinsko-pravnim odnosima Crne Gore.

<sup>40</sup> Rašović, Z., Pravo obezbjeđenja potraživanja, Podgorica, 2010, str. 141.

Hipoteka za buduće ili uslovno potraživanje se daje radi obezbjeđenja boljeg ranga hipoteke.<sup>41</sup>

U praksi ne najčešće dešava da se hipoteka ugovora radi obezbjeđenja potraživanja iz ugovora o kreditu ili ugovora o zajmu, ali banke po pravilu ne isplaćuju kredit prije nego se u korist davaoca kredita konstituiše hipoteka.<sup>42</sup> Dakle, hipoteka nastaje prije potraživanja, pa se sa razlogom kaže da je hipoteka ne samo sredstvo obezbjeđenja potraživanja već i sredstvo za početak isplate ili konačnu isplatu kredita.<sup>43</sup>

Namjera je zakonodavca, iskazana kroz propisanu sadržinu ugovora, da potraživanje bude što je moguće bolje precizirano uključujući kamate i troškove prodaje. Hipotekom se može obezbijediti potraživanje u cjelini ili samo jedan njegov dio. Pravilo je da se hipotekom obezbjeđuje potraživanje u cjelini kao i kamate i druga sporedna potraživanja i troškovi naplate. To znači da će iz cijene dobijene prodajom hipotekovane nepokretnosti povjerilac pored glavnice dobiti iznos zakonskih i ugovorenih kamata i iznos troškova realizacije hipoteke. Kad je riječ o obimu kamata i troškova zakon nije precizirao način određivanja visine, kako u ugovoru o hipoteci tako ni u katastru nepokretnosti, a u sudskoj praksi i pravnoj teoriji stavovi o tome nijesu jedinstveni. U ugovor o hipoteci se po pravilu unosi iznos potraživanja iz obligacionog odnosa sa određenom kamatnom stopom, a za upis u katastar nepokretnosti, pozivanje na ugovor i vrijeme njegovog zaključenja. U praksi se najčešće u ugovor o hipoteci unosi kamatna stopa određena u ugovoru o kreditu gdje je utvrđen jedan fiksni procenat (3%, 4% ili 5%) i promjenljivi dio koji se vezuje za LIBOR ili EURIBOR.<sup>44</sup> To jeste dovoljno za ugovor o hipoteci, a ne i za upis u katastar nepokretnosti gdje kamata mora biti određena, a ne određiva kao u ugovoru.<sup>45</sup> Publicitet hipoteke neće tako opravdati svoju svrhu jer će ostati u funkciji zaštite hipotekarnog povjerioca. Takav upis ne pruža dovoljnu sigurnost eventualnim kasnijim hipotekarima, niti je u interesu "očuvanja kreditnog potencijala hipotekarnog dužnika koji se ostvaruju publicitetom".<sup>46</sup> Dužnik neće moći precizno da pokaže ostatak kreditne sposobnosti, a treća lica,

---

<sup>41</sup> U teoriji ima predloga da u ovakvim slučajevima treba analogno primjenjivati pravila o raspolaganju neispisanom hipotekom, razumije se tamo gdje su ta pravila propisana (Živković, M., op. cit., str. 65).

<sup>42</sup> Softić, D., op.cit., 624.

<sup>43</sup> Živković, M., op. cit., str. 55.

<sup>44</sup> LIBOR (eng. skr. *London Interbank Offered Rate*) označava kamatnu stopu koja se formira na londonskom međubankarskom tržištu kao najpovoljnija uz koju su najznačajnije banke spremne jedna drugoj odobriti kredit. Služi kao orijentacija drugim bankama, finansijskim institucijama i preduzećima. EURIBOR (eng. skr. *Euro Interbank Offered Rate*) predstavlja dnevnu referentnu kamatnu stopu po kojoj banke jedna drugoj nude novac za pozajmljivanje na međubankarskom tržištu.

<sup>45</sup> Živković, M., op. cit., str. 79, fn. 111.

<sup>46</sup> Živković, M., op. cit., str. 80.

budući povjerioci, ne mogu znati koliko je hipotekovana nepokretnost već opterećena.

S pravom je uočeno da se ne obraća dovoljno pažnje na vrste kamata, njihovu uknjižbu, promjenjivu kamatnu stopu i prirodu troškova koji su obuhvaćeni hipotekom.<sup>47</sup> Misli se na što bolju odredljivost, jer ona i ne može biti precizno određena. Praksa bilježi slučajeve gdje je za sporedna potraživanja dovoljno pozivanje na ugovor i vrijeme njegovog zaključenja, kao i slučajeve gdje se zahtijeva preciziranje novčanog iznosa kamata.<sup>48</sup> Kad je u pitanju realizacija hipoteke radi obezbjeđenja potraživanja iz bankarskog kredita najčešće se pokrivaju sve kamate, posebno kad je ugovorena vansudska prodaja nepokretnosti. Za takav stav zalažu se i neki pravni pisci.<sup>49</sup> Zahtjev zaštite hipotekarnog dužnika kao i trećih lica, a ne samo povjerioca, nalaže da se kamata i troškovi preciznije registruju, makar određivanjem najvišeg iznosa kamatnih stopa koje se obezbjeđuju hipotekom. To bi doprinijelo uravnoteženoj zaštiti interesa povjerioca, dužnika i trećih lica. Opšte i nedovoljno precizne formulacije koje pokrivaju promjenjivu kamatu i ne određuju njene vremenske granice za obračun pokriven hipotekom dovode dužnika u nepovoljan položaj jer će teže uspjeti da ponovo založi istu nepokretnost za neko drugo potraživanje, pošto novi povjerioci ne mogu, kao što je rečeno, precizno znati koliko je hipotekovana nepokretnost već opterećena. U Zakonu o državnom premjeru i katastru nepokretnosti propisano je da će se uz potraživanje za koje je ugovoreno plaćanje kamate upisati i kamatna stopa. Ako su ugovorene zakonske kamate umjesto kamatne stope upisaće se zakonska kamata, a ako je ugovoreno plaćanje anuitetima, umjesto kamatne stope upisaće se anuitetna otplata.<sup>50</sup>

To može biti dovoljno ako su u pitanju zakonske kamate, ali ako su ugovorene kamate kad, saglasno pravilima obligacionog prava, ona teče i poslije dužnikove docnje,<sup>51</sup> ona bi svakako trebalo da je upisana u katastar nepokretnosti da bi bila pokrivena hipotekom.<sup>52</sup> Ako se u katastar upiše samo glavnica sa pozivom na ugovorom određenu kamatu onda će dužnik koji nije na vrijeme platio neku ratu, ili je ugovor o kreditu raskinut, dugovati i kamatu na kredit i kamatu na negativni saldo tekućeg računa koji mu je kod banke otvoren.<sup>53</sup> Pri tome treba imati

<sup>47</sup> Vidi Živković, M., op. cit., str. 71.

<sup>48</sup> Vidi presudu Vrhovnog suda Srbije, Rev. 4384/03 od 10. 6. 2004. godine i Rešenje Višeg trgovinskog suda Pž. 9090/2007 od 20. 5. 2008. godine, prema Živković, op.cit., str. 77 i 78, fn. 107 i 108.

<sup>49</sup> Borovac, J., Hipoteka i kamata, Pravni život, br. 11/2008, str. 281.

<sup>50</sup> Član 80 Zakona o državnom premjeru i katastru nepokretnosti.

<sup>51</sup> Član 284 st. 3 Zakona o obligacionim odnosima ("Sl. list Crne Gore", br. 47/08, 04/11).

<sup>52</sup> Živković, M., op. cit., str. 80.

<sup>53</sup> Detaljnije Živković, M., str. 114 i 115.

na umu da se prema pravilima izvršnog postupka troškovi i kamate namiruju po istom redu prvenstva kao i glavno potraživanje samo za posljednje tri godine.<sup>54</sup>

Ako se u trenutku zasnivanja hipoteke ne zna tačan iznos potraživanja, u ugovoru o hipoteci mora se odrediti najveći iznos do koga nepokretnost opterećena hipotekom služi kao obezbjeđenje (čl. 315 st. 3). To je maksimalna hipoteka koja značajno odstupa od akcesornosti i donekle nadomješta neakcesorna sredstva obezbjeđenja poznata u nekim uporednim pravima.<sup>55</sup> Ovaj oblik hipoteke mogao je biti primjenjen i ranije na osnovu pravnih pravila<sup>56</sup> ali u praksi nije često korišćen.<sup>57</sup> Očekuje se da će ona olakšati kreditiranje i druge transakcije u bankarskoj praksi. Maksimalnom hipotekom pokriven je i iznos kamata i troškova, što bi trebalo navesti u ugovoru o hipoteci. Moglo bi se zasebno predvidjeti maksimalni iznos za glavnica i maksimalni iznos za sporedna potraživanja.<sup>58</sup> Kao poseban oblik maksimalne hipoteke zakon navodi kaucionu i kreditnu hipoteku (čl. 316). Vrijednost i praktična upotrebljivost maksimalne hipoteke u praksi može biti umanjena jer se ne može ugovoriti da bude neposredno izvršiva s obzirom na to da Zakon o notarima za neposrednu izvršivost hipoteke zahtjeva da potraživanje bude određeno. U nekim pravima kao što je njemačko i hrvatsko ova prepreka je otklonjena revizijom zakona, pa se sada za neposrednu izvršnost hipoteke zahtjeva da potraživanje bude određivo, a ne određeno.<sup>59</sup>

Zakonom o državnom premjeru i katastru nepokretnosti nije propisano da će se prilikom upisa naznačiti da je u pitanju maksimalna hipoteka. A kad se radi o kreditnoj hipoteci, ovim Zakonom je propisano da je u ispravi na osnovu koje

---

<sup>54</sup> Član 188 st. 4 Zakona o izvršenju i obezbjeđenju Crne Gore.

<sup>55</sup> Powlakić, M., Softić Kadenić, D., Nova rješenja Zakona o stvarnim pravima Republike Srpske u pogledu hipoteke - stari problemi?, Zbornik radova Aktuelnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, Mostar, br. 9/2011, str. 143.

<sup>56</sup> Par. 14 Zakona o zemljišnim knjigama iz 1930. godine. Maksimalnu hipoteku predviđao je i OIZ: "Kad se potpisuje kakvo dobro u zastavu za dug kome se količina u naprijed ne može čisto znati, na pr. kad se ko zastavom pothrvati za zakve štete, koje bi neko tek mogao od nečijeg dijela imati i t.d., tad će strane, u zastavnoj ispravi, odrediti najvišu količinu novca do koje će dobro jemčiti" (čl. 201).

<sup>57</sup> Od posebnog zanačaja za sudsku praksu bio je Zaključak sa savjetovanja Saveznog suda, Vrhovnog vojnog suda, Vrhovnog suda Srbije, Vrhovnog suda Republike Crne Gore, Višeg privrednog suda u Beogradu i Privrednog suda u Beogradu održanog 16. i 17. novembra 1993. godine koji glasi: "Založnim pravom na pokretnoj i nepokretnoj stvari mogu se obezbediti buduća potraživanja samo iz istog pravnog odnosa. Kad se založnim pravom obezbeđuju tražbine koje mogu nastati zbog odobrenog kredita, preuzetog poslovodstva, jemstva ili neknade štete, onda se u ispravi na osnovu koje se vrši upis navodi najveći iznos koji kredit može dostići", prema Medić, D., Hipoteka i ostala sredstva obezbjeđenja potraživanja – stanje i pravni razvoja, Banja Luka, 2005, str. 48.

<sup>58</sup> Powlakić, M., Softić Kadenić, D., op. cit., str. 145.

<sup>59</sup> Powlakić, M., Softić Kadenić, D., op. cit., str. 146.

se dozvoljava upis dovoljno odrediti najviši iznos glavnice koji može dostići kredit ili odgovornost.<sup>60</sup>

U teoriji se obično insistira da potraživanje treba da je i utuživo, ali se obezbijediti može i zastarjelo potraživanje. Ako se iz vrijednosti založene stvari može naplatiti glavnica zastarjelog potraživanja nema razloga da se ne dozvoli konstituisanje hipoteke za zastarjelo potraživanje. Zastarjelo potraživanje postoji kao prirodna obligacija, pa ako dužnik prihvati da zaključi ugovor o hipoteci za zastarjelo potraživanje to znači da se odrekao isticanja prigovora zastarjelosti.

### *Objekat hipoteke*

Hipotekom može biti opterećena određena nepokretna stvar (zemljište, kuća, građevinski objekat, stan, poslovna prostorija, garaža, garažno mjesto i dr.) podobna za unovčenje. To znači da objekat hipoteke mora biti određena nepokretnost koja može biti u pravnom prometu. *Res extra commercium* nije podobna da bude hipotekovana. Tako javna dobra i dobra u opštoj upotrebi ne mogu biti predmet hipoteke. Isto važi i za one nepokretne stvari za koje je sud izrekao privremenu mjeru zabrane otuđenja i opterećenja.<sup>61</sup> Međutim, nepokretnosti koje su zakonom izuzete od izvršenja mogu biti predmet ugovorne hipoteke.<sup>62</sup> Nepokretnost nije podobna da bude predmet založnog prava ni nakon upisa zabilježbe izvršenja u katastru nepokretnosti. Ako je na jednoj nepokretnosti već ustanovljena hipoteka nema smetnji da ona bude predmet hipoteke i za neko sljedeće potraživanje, s tim što se prvenstvo namirenja utvrđuje prema trenutku podnošenja zahtjeva za upis. Prvenstvo redosljeda ne može se promjeniti bez saglasnosti hipotekarnog povjerioca i dužnika i trećeg lica ako je ono zalagač. Prema Zakonu o svojinsko-pravnim odnosima (čl. 309 st. 3) ugovorom o hipoteci može biti opterećena i buduća nepokretnost, ali se hipoteka može upisati u katastar nepokretnosti tek kad ta nepokretnost nastane. U teoriji se postavilo pitanje svrhe ugovaranja hipoteke za buduću nepokretnost ako upis nije moguć prije nastanka te nepokretnosti.<sup>63</sup> Svrha je u obavezi da se takav ugovor izvrši kad nepokretnost nastane (npr. kuća se izgradi). Drukčije je prema Francuskom građanskom zakoniku (čl. 2130) gdje se hipoteka može konstituisati samo na sadašnjim imovinskim vrijednostima, ali ne i na budućim. U francuskom pravu hipoteka se konstituše na

<sup>60</sup> Član 80 st. 7 Zakona o državnom premjeru i katastru nepokretnosti Crne Gore.

<sup>61</sup> Drukčije je u zakonodavstvu Hrvatske. Član 314 Ovršnog zakona ("Narodne novine", br. 139/10). Vidi Dika, M., Građansko ovršno pravo, I. knjiga, Zagreb, 2007, str. 872 i 873; Gavella, N., i dr., op. cit., str. 314, fn. 23.

<sup>62</sup> Član 165 st. 2 Zakona o izvršenju i obezbjeđenju Crne Gore.

<sup>63</sup> Lazić, M., Planojević, N., op. cit., str. 49.



stvarnom pravu, a ne na stvari i to na pravu svojine, pravu plodouživanja, nasljednom pravu građenja, pravu koncesionara rudnika, nasljednom zakupu i sl.<sup>64</sup>

Nepokretnost u ugovoru o hipoteci mora biti određena oznakama koje nosi u katastru nepokretnosti. Treba navesti broj lista nepokretnosti, katastarske parcele i oznaku katastarske opštine u kojoj se nalazi ta nepokretnost. Ako je za obezbjeđenje jednog potraživanja hipoteka zasnovana na više nepokretnosti svaku od njih treba posebno precizno označiti ovim podacima. U tom slučaju ugovorom o hipoteci dužnik i povjerilac mogu utvrditi kojim će se redoslijedom tražiti prodaju ovih nepokretnosti ako za namirenje nije nužno da se proda svaka od njih. Ako u ugovoru o tome nije dogovoreno ostaje pravo hipotekarnog povjerioca da može sam izabrati nepokretnost iz koje će namiriti svoje potraživanje.<sup>65</sup> U ugovoru treba konstatovati da je u "B" listu kao vlasnik upisan hipotekarni dužnik i da li ima ograničenja, kao i to da li u "G" listu za predmetnu nepokretnost ima upisanih tereta. Notar treba da naznači kako je utvrdio katastarsko stanje nepokretnosti koje se opterećuje hipotekom. Redovno će to biti uvid u prepis lista nepokretnosti koji mu stranke prezentiraju, a notar je obavezan da im ga pročita i isti priloži uz izvornik notarskog zapisa. U notarskim zapisima ugovora o hipoteci ustalila se praksa da notar poduči stranke da se izjasne o tome da li žele da on neposredno izvrši uvid u predmetni list nepokretnosti u evidenciji katastra nepokretnosti i da ih upozori na eventualne posljedice i rizike u slučaju da to ne prihvate.<sup>66</sup> To je dobra praksa jer se dešava da u međuvremenu od izdavanja lista nepokretnosti do sačinjavanja notarskog zapisa dođe do promjene u listu nepokretnosti. Uz to svakako slijedi stručni nalaz, procjena i mišljenje o tržišnoj vrijednosti nepokretnosti što je od značaja za kasniju promjenu vrijednosti predmeta hipoteke.

Hipotekom može biti opterećen i idealni dio nepokretnosti. Svaki suvlasnik može sam založiti svoj idealni dio, ali za ugovornu hipoteku na cijeloj nepokretnosti koja je objekt susvojine potrebna je saglasnost svih suvlasnika. Ako se nepokretna stvar nalazi u zajedničkoj svojini (bračnih drugova, vanbračnih durova, sanasljednika, ortaka, članova porodične zajednice) za opterećenje hipotekom potrebna je saglasnost svih zajedničara. Notar je dužan da provjeri da li se radi o nepokretnosti stvari koja je u zajedničkoj svojini i da za opterećenje pribavi saglasnost zajedničara. Za slučaj propusta ugovor o hipoteci će ostati na snazi ako je hipotekarni povjerilac bio savjestan, a dužnik bio upisan kao isključivi vlasnik, jer u slučaju sukoba načela *Nemo plus iuris...* i načela pouzdanja u katastar nepokretnosti prednost treba dati drugom načelu.<sup>67</sup>

---

<sup>64</sup> Detaljnije Stojanović, D., Ugovorna hipoteka u francuskom i nemačkom pravu, Pravni život, br. 11-12/1991, str. 1445.

<sup>65</sup> Član 323 Zakona o svojinsko-pravnim odnosima Crne Gore.

<sup>66</sup> Bikić, E., Radović, M., Suljević, S., op.cit., str. 175.

<sup>67</sup> Više o tome Korać, V., Sukob dva načela pri prenosu prava na nepokretnosti, Pravni zbornik, br. 3-4/2010, str. 369.

Hipotekovana nepokretnost u cjelini obezbjeđuje svaki dio potraživanja, bez obzira na promjene da dužničkoj ili povjerilačkoj strani (cesija, preuzimanje duga, nasljeđivanje). Novi povjerilac (jedan ili više) ima hipoteku na cijeloj nepokretnoj stvari, a i ona u cjelini obezbjeđuje potraživanje bez obzira što se ono smanjuje isplatom. Hipoteka se odnosi na cijelu nepokretnost, na njene neodvojene plodove, kao i na njene sastavne djelove i pripatke. Ako je ugovorom o hipoteci založeno samo pravo na plodove hipotekarni povjerilac ih može ubrati, pri čemu se njihova vrijednost prebija sa njegovim potraživanjem po redosljedu utvrđenom zakonom.<sup>68</sup> U slučaju podjele nepokretne stvari, hipoteka nastavlja da opterećuje sve njene djelove. Tokom trajanja hipoteke, odnosno njenog stadijuma obezbjeđenja nepokretnost, se može promijeniti usljed prirodnog ili ljudskog djelovanja. Po principu ekstenzivnosti hipoteke ako se vrijednost nepokretnosti poveća hipoteka se odnosi i na prirodna i vještačka poboljšanja nepokretnosti. U teoriji se pravi razlika između pripadaka koji su nepotpuno inkorporirani, ali funkcionalno povezani i postojali u momentu konstituisanja hipoteke i pripadaka koji su faktički povezani sa glavnom stvari koji su nastali nakon nastanka hipoteke.<sup>69</sup> U prvom slučaju pripadak dijeli sudbinu glavne stvari, ali se to ne može reći i za pripatke u drugom slučaju. Plodovima i pripacima hipotekarni dužnik može slobodno raspolagati do početka realizacije hipoteke.<sup>70</sup> Sve nepokretnosti dužnika ili trećeg lica generalno ne mogu biti hipotekovane.<sup>71</sup>

Zakon o svojinsko-pravnim odnosima kao novinu propisuje da predmet hipoteke može biti i objekat u izgradnji, kao i poseban dio objekta u izgradnji (stan, poslovne prostorije, garaže i dr.), bez obzira da li je već izgrađen, pod uslovom da je za njegovu gradnju izdato pravosnažno odobrenje. To se odnosi i na fizički završen objekat, odnosno za njegov zasebni dio, koji nije upisan u katastar nepokretnosti, ako zadovoljava uslove za upis hipoteke na objektu u izgradnji.<sup>72</sup> Ovo rješenje omogućava investitorima koji nemaju drugu neopoktetnost i kupcima stanova u izgradnji da dobiju kredit odnosno obezbjeđe njegovo vraćanje.<sup>73</sup>

<sup>68</sup> Član 314 Zakona o svojinsko-pravnim odnosima Crne Gore.

<sup>69</sup> Rašović, Z., Komentar Zakona o svojinsko-pravnim odnosima, knj. II, Podgorica, 2009, str. 1516.

<sup>70</sup> Gams, A., Osnovi stvarnog prava, Beograd, 1966, str. 194.

<sup>71</sup> Bogišić je to izrazio formulacijom: "Zastava se ne može postaviti na nečije cijelo nepokretno imanje u opšte, bez podrobnoga opisa svakoga pojedinog dobra" (čl. 196 st. 2 OIZ).

<sup>72</sup> Član 310 Zakona o svojinsko-pravnim odnosima Crne Gore.

<sup>73</sup> Prema Zakonu o uređenju prostora i izgradnji objekata ("Sl. list Crne Gore", br. 51/08, 40/10, 34/11, 40/11, 47/11) organ lokalne uprave ili nadležno ministarstvo investitoru izdaje građevinsku dozvolu za izgradnju objekata (čl. 91). "Objekat u izgradnji upisuje se u G listu kao zabilježba gradnje na parceli na kojoj je započeta gradnja i sadrži podatke o: investitoru, tehničkoj dokumentaciji, građevinskoj dozvoli, roku završetka radova i drugim činjenicama od značaja za upis zabilježbe" (Član 65 Zakona o državnom premjeru i katastru nepokretnosti).

Upis ove hipoteke vrši se na način što se hipoteka upisuje na zemljištu na kojem se objekat gradi, a po upisu objekta hipoteka se upisuje po službenoj dužnosti. U slučaju da je investitor prodao objekat u izgradnji, na zahtjev hipotekarnog povjerioca kupca upisaće se hipoteka na objektu u izgradnji, a po upisu objekta u katastar nepokretnosti, hipoteka se upisuje na izgrađenom objektu, odnosno posebnom dijelu zgrade, po službenoj dužnosti.<sup>74</sup> Međutim, određeni problemi javljaju se prilikom realizacije ove hipoteke. Zakonom je propisano da ako je predmet hipoteke objekat u izgradnji, njegova prodaja radi namirenja vrši se ustupanjem prava gradnje utvrđenog pravosnažnim odobrenjem za gradnju, uz naknadu, i prodajom stvari koje su ugrađene u objekat u izgradnji. Na zahtjev kupca objekta u izgradnji organ koji je izdao odobrenje za gradnju izdaće kupcu istovjetno odobrenje za gradnju na njegovo ime i poništiti staro odobrenje.<sup>75</sup> Ovakvo rješenje kritikovano kao pravno neuspješno, iako ekonomski opravdano.<sup>76</sup> Nije baš pravno korektno rješenje o prelasku prava na dozvolu, jer se ne radi o subjektivnom građanskom pravu već o nekoj vrsti javnog prava koja se stiče u upravnom postupku, ali se može prihvatiti da cilj opravdava sredstvo. Tu se procjenjuje vrijednost dozvole za gradnju i vrijednost izvedenih radova što će zavisi i od lokacije, roka važenja dozvole, površine zemljišta i drugih elemenata koji se pri tome uzimaju u obzir. Ali za dio objekta u izgradnji ne mogu se analogno primijeniti pravila o objektu u izgradnji, pa pošto zakon ništa ne kaže o realizaciji ove hipoteke smatram da se može prihvatiti stav da je ovdje predmet zalaganja “potraživanje kupca posebnog dela objekta u izgradnji prema investitoru... koje zakonski konverzira u hipoteku upisom zgrade i posebnog dela u registar nepokretnosti”.<sup>77</sup>

### *Prava i obaveze*

Notar će poučiti ugovornike da hipoteka na osnovu tog ugovora nastaje upisom u katastar nepokretnosti i da hipotekarni povjerilac od tog momenta stiče obezbjeđenje potraživanja i pravo namirenja ako dužnik o dospelosti ne izvrši svoju obavezu. On ima pravo prvenstva i pravo sljedovanja. To znači da svoje potraživanje namiri iz vrijednosti prodate nepokretnosti prije hipotekarnih povjerilaca koji su hipoteku na toj nepokretnosti upisali poslije njega, kao i prije svih hirografernih povjerilaca, i to bez obzira na to u čijoj se svojini i državini hipotekovana nepokretnost nalazi. Iako hipotekarni povjerilac nema pravo na državinu

---

<sup>74</sup> Član 320 Zakona o svojinsko-pravnim odnosima Crne Gore.

<sup>75</sup> Član 349 Zakona o svojinsko-pravnim odnosima Crne Gore.

<sup>76</sup> Vidi Živković, M., *Novo hipotekarno pravo u Republici Srbiji*, u: Josipović, T. (Red.), *Stvarnopravna uređenja tranzicijskih zemalja - stanje i perspektive*, Zagreb, 2009, str. 398.

<sup>77</sup> Živković, M., *Novo hipotekarno pravo*, str. 398; Živković, M., *Country Report Serbia*, u: Stöcker, O. (Red.), *“Flexibilität der Grundpfandrechte in Europa”*, Band II, vdp, Berlin 2007, str. 153.

hipotekovane nepokretnosti i vršenje svojinskih ovlaštenja, on ima pravo na zaštitu povrijeđenog založnog prava i da zahtjeva da se hipotekarni dužnik ili treće lice uzdrži od radnji na nepokretnosti opterećenoj hipotekom koje je dovode u opasnost ili joj smanjuju vrijednost ili na drugi način pogoršavaju njeno stanje. Ako se hipotekarni dužnik ne uzdrži od radnji koje pogoršavaju stanje nepokretnosti hipotekarni povjerilac može zahtijevati da sud naloži hipotekarnom dužniku da se uzdrži od takvih radnji. Ako dužnik ne ispoštuje odluku suda povjerilac može i prije dospelosti tog potraživanja prodati nepokretnost opterećenu hipotekom. Pored toga notar treba da pouči hipotekarnog povjerioca da može zahtijevati od suda da trećem licu preda u državinu nepokretnost opterećenu hipotekom, ako hipotekarni dužnik ne čuva nepokretnost u skladu sa ugovorom i zakonom. Hipotekarni povjerilac može raspolagati hipotekom na način što može cesijom prenijeti potraživanje na drugo lice kada se na osnovu istog pravnog posla prenosi i hipoteka. Za ovaj prenos nije potrebna saglasnost dužnika ali on mora biti obaviješten o tome, sa naznakom podataka o licu kome je potraživanje prenešeno, vremenom prenošenja i brojem računa i nazivom banke kod koje će se vršiti sve buduće uplate. Pored ovih prava hipotekarni povjerilac ima i obaveze koje nastaju nakon realizacije hipoteke: obavezu da vrati višak novca ako je kupoprodajna cijena bila veća od potraživanja i da nakon prestanka potraživanja dužniku izda potvrdu radi brisanja hipoteke iz katastra nepokretnosti. Hipotekarni dužnik ima uglavnom obaveze. On je dužan da trpi namirenje ako do njega dođe, da čuva nepokretnost opterećenu hipotekom sa pažnjom dobrog privrednika odnosno dobrog domaćina. On takođe ima obavezu da obavijesti hipotekarnog povjerioca o svim promjenama koje nastanu na nepokretnosti, a naročito o pogoršavanju njenog stanja ili gubljenju vrijednosti, inače odgovara za prouzrokovanu štetu.<sup>78</sup> Notar će poučiti ugovornike da ugovorom o hipoteci mogu predvidjeti obavezu hipotekarnog dužnika da osigura nepokretnost opterećenu hipotekom. Njegovo je pravo da traži ostatak vrijednosti kupoprodajne cijene i da traži izdavanje potvrde za brisanje hipoteke.

Ugovor o hipoteci treba da sadrži *clausulu intabulandi*, iako se ova bezuslovna izjava vlasnika nepokretnosti da pristaje da povjerilac upiše hipoteke na njegovoj nepokretnoj stvari može biti data posebno. Ako je sačinjen ugovor o hipoteci kojim je dužnik ili neko treći obećao garanciju za određeni dug, pa neće da da saglasnost za uknjižbu povjerilac bi mogao sudskim putem izdejsstvovati *clausulu intabulandi* koju bi zamijenila sudska presuda. S obzirom na formu ovog ugovora praktičnije je da ova klauzula uvijek bude sastavni dio ugovora o hipoteci.<sup>79</sup>

<sup>78</sup> Član 328 Zakona o svojinsko-pravnim odnosima Crne Gore.

<sup>79</sup> Zakon o hipoteci Srbije izričito je predvidio da *clausula intabulandi* bude sastavni dio ugovora o hipoteci (čl. 12 st. 1 tač. 2), "Službeni glasnik RS", br. 115/2005) U teoriji ima mišljenja da je *clausula intabulandi* sastavni dio ugovora o hipoteci bez obzira na to da li je faktički sadržana u ugovoru ili je data u posebnom pismenu (Kovačević Kuštrimović, R., op. cit.)

### *Izbor načina namirenja*

U ugovoru o hipoteci mora biti naznačen rok dospelosti i određen način namirenja potraživanja. Rok dospelosti potraživanja određuje se u skladu sa ugovorom ili drugim pravnim osnovom iz koga proizilazi. Što se načina namirenja tiče ugovorne strane mogu izabrati i vansudsku prodaju nepokretnosti u skladu sa odredbama Zakona o svojinskopравnim odnosima ili sudsku prodaju u skladu sa Zakonom o izvršenju i obezbjeđenju. Prema ranijim rješenjima strogo je poštovan princip oficijelnosti, pa se potraživanje moglo namiriti samo putem suda, i to vođenjem parničnog i izvršnog postupka. Povjerilac je najprije morao podizanjem hipotekarne tužbe izdejstvovati izvršni naslov, a potom tražiti sudsko izvršenje. Hipotekarni povjerilac tražio je da se hipotekarni dužnik osudi da trpi namirenje hipotekom obezbjeđenog novčanog potraživanja iz vrijednosti hipotekovane stvari. Nije bila preddviđena mogućnost neposrednog izvršenja prodajom hipotekovane nepokretnosti. Sada je u crnogorskom zakonodavstvu pod uticajem anglosakskonskog prava uvedena mogućnost i vansudskog namirenja potraživanja, što stranke treba da dogovore ugovorom o hipoteci. Na taj način je pružena mogućnost znatno bržeg, efikasnijeg i jednostavnijeg namirenja potraživanja nego što je to slučaj u sudskom izvršnom postupku. Ako se hipotekarni povjerilac i hipotekarni dužnik dogovore o vansudskom namirenju potraživanja obavezni su da odrede naziv ili ime i adresu ili sjedište lica kome će biti povjerena vansudska prodaja. Inače uspostavljanjem hipoteke povjerilac se nije lišio prava da svoje potraživanje naplati iz ukupne imovine dužnika, iako bi mogao ugovoriti da će namirenje tražiti samo iz vrijednosti hipotekovane nepokretnosti. Njemu ostaju opcije da namirenje traži iz ukupne imovine ili iz vrijednosti opterećene nepokretnosti ili istovremeno iz prodajne cijene hipotekovane nepokretnosti i ukupne imovine, po redosljedu koji sam izabere.

### *Zabranjene odredbe u ugovoru*

Nije dopušteno da se u ugovoru o hipoteci nađu odredbe koje su suprotne prirodi objekta hipoteke i potraživanja koje treba da bude obezbjeđeno tim založnim pravom. Ništave su odredbe o hipoteci koje se odnose na nepokretnosti koje su nepodobne da budu predmetom hipoteke, kao i one koje se odnose na potraživanje koje nije izraženo u novcu, o čemu je već bilo riječi.

Pored toga zabranjene su i klauzule u ugovoru kojima se narušava uravnoteženi odnos interesa između dužnika i povjerioca. Njihovim propisivanjem štiti se položaj hipotekarnog dužnika od nužde i eventualne lakomislenosti, jer je on u vrijeme zaključenja ugovora po pravilu u ekonomski lošijem, zavisnom položaju

ju u odnosu na povjerioca, a često povjeruje da će kredit (zajam) uredno otplatiti. To su uglavnom tri klauzule: komisorna klauzula, antihretička klauzula i marcijanski pakt.

*Lex commissoria* (odredba o prepuštanju) kao tradicionalna klauzula, starija od hipoteke, koja je u prvobitnoj fiduciji i pignusu bila sastavni dio ugovora, zabranjena je u savremenim zakonodavstvima. Zabranjeno je ugovaranje da će hipotekovana nepokretnost preći u svojinu povjerioca ako njegovo potraživanje ne bude namireno o dospelosti. U Zakonu o svojinsko-pravnim odnosima Crne Gore *lex commissoria* i *pactum antichretium* zabranjene su formulacijom: "Ništa va je odredba o hipoteci kojom hipotekarni povjerilac ugovara za sebe pravo da u slučaju neisplate duga namiri svoje potraživanje sticanjem prava svojine na založenu nepokretnost, ubiranjem plodova koje ta nepokretnost daje i iskorišćavanjem nepokretnosti na drugi način". *Ratio legis* ove zabrane je u tome što ona definitivno nameće štetu dužniku nezavisno od toga da li je imovinski gubitak proporcionalan obezbjeđenom dugu. Uz to ona onemogućava druge hipotekarne povjerioce da se naplate iz založene nepokretnosti. Zabrana ove ugovorne klauzule onemogućava nesrazmjerno sticanje koristi u slučaju kad je vrijednost nepokretnosti znatno veća od potraživanja ili kad je dug u pretežnom dijelu otplaćen. U Zakonu nije predviđeno da li je ovakva odredba punovažna kad je ugovorena u trenutku dospelosti dužnikove obaveze, ali je prema opšteprihvaćenom stavu sudske prakse i pravne teorije ovakvo ugovaranje proizvodi pravno dejstvo.<sup>80</sup> Ovo zbog toga što je dužnik sada u ekonomski boljoj poziciji i može ravnopravno pregovarati i ugovarati, te ocijeniti da mu je isplativije da povjeriocu prenese pravo svojine nego da mu isplati dospjeli dug. Ova mogućnost u Zakonu o hipoteci Srbije izričito je propisana (čl. 27).

Zabrana antihretičke klauzule, odnosno ugovorne odredbe na osnovu koje bi povjerilac imao pravo ubiranja plodova ili iskorišćavanja hipotekovane nepokretnosti na drugi način, ima svrhu da sačuva suštinu hipoteke kao založnog prava. Postojanje ovakve klauzule značilo bi u stvari lišavanje dužnika državine nepokretnosti i vršenja svojinskih ovlašćenja, što bi bilo narušavanje osnovnog obilježja hipoteke koja je koncipirana tako da olakša dužniku vraćanje duga.

Zabranja ugovaranja marcijanskog pakta, odnosno unošenja u ugovor o hipoteci klauzule o prenosu svojine povjeriocu na hipotekovanoj nepokretnosti po unaprijed određenoj cijeni, ako mu dug ne bude isplaće o dospelosti, nije izričito predviđena kod hipoteke kao što je to slučaj kod zalog.<sup>81</sup> Međutim, ona pro-

<sup>80</sup> Stanković, O., Orlić, M., op. cit., str. 366; Stojanović, D., op. cit., str. 311; Rašović, Z., Pravo obezbjeđenja potraživanja, str. 29.

<sup>81</sup> Član 276 Zakona o svojinsko-pravnim odnosima. Ova zabrana nije bila izričito predviđena ni u OIZ-u, kao ni u bivšem Zakonu o osnovama svojinskopravnih odnosa.

izilazi iz opštih odredaba o hipoteci. Nema razloga da bude zabranjena kod zaloge a ne i kod hipoteke. Međutim, za razliku od *lex commissoriae* u slučaju ove klauzule imovinski gubitak za hipotekarnog dužnika proporcionalan je garantovanom dugu s obzirom na to da povjerilac kao kupac ima obavezu da vrati višak kupoprodajne cijene ako je ona veća od vrijednosti potraživanja. Stoga u teoriji ima mišljenja da je ugovoranje ove klauzule moguće i prije dospelosti potraživanja, odmah nakon zaključenja ugovora o hipoteci i ugovora o zajmu (kreditu) na osnovu koga je nastalo potraživanje koje se hipotekom obezbjeđuje.<sup>82</sup>

U uporednom zakonodavstvu sreta se i još jedna ugovorna zabrana koja je u interesu zaštite položaja dužnika odredba kojom se zabranjuje ugovaranje. Predviđa se da je ništava odredba ugovora o hipoteci na osnovu koje vlasnik ne može da otuđi nepokretnost ili da je optereti hipotekom u korist kasnijeg povjerioca.<sup>83</sup> Međutim, Zakon o svojinsko-pravnim odnosima Crne Gore sadrži suprotnu odredbu koja je u interesu povjerioca: "Ugovorom o hipoteci može se isključiti pravo hipotekarnog dužnika da otuđi nepokretnost opterećenu hipotekom ili ograničiti njena upotreba" (čl. 327 st. 3). Čini se da ovo rješenje nema opravdanja i trebalo bi ga *de lege ferenda* izostaviti. Pravo sledovanja i publicitet hipoteke isključuju potrebu ugovaranja ove klauzule. Smatra se da će ona u znatnoj mjeri ograničiti prednosti hipoteke kao realnog obezbjeđenja bez prenosa državnine i mogućnost dužnika da samostalno raspolaže sa predmetom hipoteke i lakše vratiti kredit.<sup>84</sup> Ona će poremetiti ravnotežu interesa povjerioca i dužnika jer će povjerioci često insistirati na ovoj klauzuli, a dužnici su u nuždi pa će to morati da prihvate.

### *Rekognicija ugovora*

Nakon sastavljanja ugovora o hipoteci slijedi priznanje (rekognicija) notarskog zapisa kao najznačajnije faze notarskog postupka.<sup>85</sup> Notar strankama treba da pročita notarski zapis, da ih upozna sa sadržinom akta koji zaključuju, da se neposrednim pitanjima uvjeri da li on odgovora volji stranaka. Nakon toga stranke izjavljuju da je tako postupljeno, da su razumjele sadržinu ugovora o hipoteci i da su saglasne sa tim zapisom kojeg slobodnom voljom odobravaju i svojeručno potpisuju u prisustvu notara, a nakon toga ga potpisuje i notar.

---

<sup>82</sup> Više o tome Rašović, Z., *Pravo obezbjeđenja potraživanja*, Podgorica, 2010, str. 27 i d.

<sup>83</sup> Član 13 st. 3 Zakona o hipoteci Srbije.

<sup>84</sup> Lazić, M., Planojević, N., op. cit., str. 50.

<sup>85</sup> V. Đurđević, D., *Priznanje notarskog zapisa*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 1/2012, str. 160.



VELIBOR KORAC, LL.M.,  
Lecturer, Faculty of Law University of Montenegro

## NOTARIAL RECORD OF THE HYPOTHEC CONTRACT

### Summary

Hypothec Contract is the legal basis (*iustus titulus*) to acquiring hypothec as collateral, which is to be constituted by registration in the cadastre (*modus acquirendi*). A Contract hypothec is the most common and most important form of voluntary lien for guaranteeing credit relations. It is featured by a balanced relation between the interests of debtor and creditor; as the debtor is not depriving himself of the possession of mortgaged property, and may dispose of the same without the consent of the creditor, and the creditor gets the priority charge from the value of item, regardless of whose property it is. Hypothec contract obligates the debtor or a third party (mortgagor), in order to secure certain creditor's claims, to allow for the pledge registration in the cadastre, and the creditor agrees that upon termination of his loan he will issue to debtor a certificate to foreclose the hypothec from the public book. This contract in Montenegro as well as in other countries of former Yugoslavia is separately regulated under the Law on Property Relations from 2009. The Law stipulates the contents of this contract and many other issues as regards the subject, object, rights and obligations and the protection of the lien. New solutions substantially deviate from traditional hypothec law principles, especially the principle of accessoriness and officiality. Particularly prescribed are clauses, i.e. provisions that shall be deemed null and void if found within the contract.

Hypothec Contract in our new Montenegrin legislation received the form of *ad solemnitatem*. By passing the Law on Notaries in 2008, since the beginning of work of notaries in Montenegro (2011) this contract is to be concluded in the mandatory form of a notarial record.

OSMAN KADRIU

## **MEDIJACIJA I MIRNO REŠAVANJE RADNIH SPOROVA**

### U V O D

Radni sporovi su složeni sporovi. Sadrže u sebe brojna pitanja i jedan celi kompleks okolnosti koje nadležni sud treba da ih rasvetli, da utvrdi celosno i pravilno činjenično stanje za da može, primenom pozitivnog prava, da donese zakonitu odluku. Odlukom suda rešava se jedan konkretan radni spor. Međutim, ono što je i notorno, da se donese sudska odluka kojom se okončava jedan postupak pokrenut pravnim sredstvima od strane ovlašćene strane u sporu, nimalo nije lak posao. Pred sudom se preduzimaju konkretne aktivnosti od strane suda, od strane stranaka u sporu i od drugih učesnika u postupku. Sve to traži vreme, trud, znanje i sposobnost.

Samim faktom što radni sporovi spadaju u građanske sporove i za svaki spor, i to je dobro poznato, formira se poseban građanski predmet, za rešavanje građanskih predmeta vremetranja postupka po pravilu je dugačak. Dugo traju postupci za rešavanje radnih sporova. I, ono što je važno i bitno, ako postupak za rešavanje radnog spora traje dugo, time se povređuje jedno važno načelo u građanskom sudskom postupku (razume se, važi i za druge postupke kao što su krivični, administrativni i drugo), povređuje se načelo i pravo na suđenje u ra-

---

Dr Osman Kadriu, profesor Univerziteta FON u Skoplju.

zumnom roku. Jedno ovakvo pravo se sankcionira kako nacionalnom pravnom regulativom isto tako i međunarodnim pravom.

Brojni su pravni izvori na osnovu kojih nastaju radno-pravni sporovi. To su sporovi koji se tiču ostvarivanja, odnosno neostvarivanja konkretnih prava iz radnog odnosa, opredeljivanja konkretnih obaveza kao i utvrđivanja konkretnih odgovornosti, kako od strane poslodavca, tako i od strane radnika. U tom kontekstu i smislu dovoljno je da se navede samo jedan takav pravni izvor, izvor koji se tiče prouzrokovanja štete i njene naknade. Građansko-pravna nauka prouzrokovanju štete posvećuje posebnu pažnju. Prouzrokovanjem štete nastaje konkretna građansko-pravna odgovornost. Nastaje, drugim rečima civilna odgovornost koja u sebi sadrži obavezu odgovornog lica da štetu naknadi.

Kod prouzrokovanja štete u radnim odnosima, vredi i ovde da se istakne nastaju tri kompleksa odnosa, tačnije rečeno tri kompleksa radnih sporova. Ovde ukratko treba ih nabrojiti, a to su: prvo, šteta koja se pričinjava radniku ili grupi radnika od poslodavca odnosno njegovog organa; šteta koja se pričinjava poslodavcu od strane radnika ili više njih; i treće, šteta koja se pričinjava trećem licu. Držeći se postavljenog problema za koji smo se opredelili da izložimo i konkretna razmišljenja, o naknadi štetu u radnim odnosima ovde se nećemo zadržati.<sup>1</sup>

Rešavanje radnih sporova je u nadležnosti sudova. To mogu biti kako sudovi opšte nadležnosti tako i specijalizirani sudovi – sudovi za radne sporove, o čemu će, sasvim ukratko, u produženju biti reči.

Međutim, savremeno pravo, posebno savremeno pozitivno zakonodavstvo kako kod nas tako i u drugim zemljama, predviđaju i pravno uređuju i druge pravne mehanizme za rešavanje radnih sporova. Reč je o tzv. *alternativnim načinima* za rešavanje radnih sporova. Od alternativnih načina za rešavanje radnih sporova, posebno se uređuju i određuju: prvo, načini i oblici koji se odnose na *sporazumevanje*; i drugo, rešavanje radnih sporova putem *arbitraže*. Rešavanje radnih sporova sporazumevanje je važan alternativni način. U savremenom pravu i zakonodavstvu, i u okviru ovog načina, kao posebnog modaliteta, pravi se distinkcija između rešavanja radnih sporova posredovanjem, što znači pomoću *posrednika, medijatora*, s jedne strane, i rešavanje radnih sporova mirnim putem. U ovom drugom slučaju, imamo, dakle *mirno* rešavanje radnih sporova.

U pravnoj teoriji, kad se govori i kada se elaboriraju ovi načini alternativnog rešavanja radnih sporova, ovim načinima se dodaju odgovarajući atributi. Tako na primer, za rešavanje radnih sporova posredovanjem (medijacijom) upotrebljava se izraz odnosno institucija – *opšti režim* sporazumevanja. Za razliku ovog režima, za rešavanje radnih sporova u upotrebi je i izraz – institucija *posebni režim*

<sup>1</sup> Opširnije po pitanjima naknade štetu u radnim odnosima i u magistarskoj tezi autora ovog rada, Osman Kadriu: *Odgovornost za štetu koju radnik preduzeća pričinji trećem licu, koja teza je odbranjena na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu*, 8. jula 1992. godine.

sporazumevanja. Pod ovim nazivom podrazumeva se onaj modalitet alternativnog načina rešavanja radnih sporova koji se u radnom zakonodavstvu naziva *mirno* rešavanje radnih sporova. Zajednička odlika i zajednički imenilac kako rešavanje radnih sporova medijacijom – posredovanjem, tako i njihovo rešavanje mirnim putem, je sporazumevanje strana u sporu.<sup>2</sup>

Bitna odlika alternativnih načina rešavanje radnih sporova je fakultativni oblik i fakultativni način rešavanja sporova iz oblasti radnopravnih odnosa. Opređenje stranaka za rešavanje radnih sporova alternativnim načinima je uvek fakultativnog karaktera. Isključivo zavisi od volje strane u sporu i saglasnošću volje sa drugom stranom da li će se spor rešiti alternativnim načinima ili će se od takve mogućnosti otkazati. U ovom drugom slučaju sud će biti nadležan da reši spor. Znači, sudu ostaje da ostvari svoju funkciju i u ovoj oblasti, u oblasti radnopravnih odnosa i rešavanje sporova u vezi sa njima.

Alternativni načini za rešavanje radnih sporova imaju važne prednosti. Prednosti faktički predstavljaju jedan celi kompleks novina kod rešavanja radnih sporova sporazumevanjem, kao što su efikasnost, vremetrojanja postupka, minimalni sudski trošoci, usklađivanje i unapređivanje odnosa strana u sporu i posebno zaštita dostojanstva i drugih moralnih vrednosti kako za strane tako i za druge učesnike u postupku. Ove novine bitno se razlikuju od specifičnosti koje imaju sudski postupci u kojima se rešavaju radni sporovi.

Da bu se imala jedna jasnija predstava, o izloženim pitanjima treba učiniti jedan osvrt. Po našem mišljenju, treba se osvrnuti na pitanja koja se tiču konkretnih specifičnosti sudskog postupka u kojem se rešavaju radni sporovi; podvući važne novine alternativnog načina rešavanja radnih sporova koji se odnose na sporazumevanje. Kod sporazumevanja treba podvući distinkciju između medijacije, s jedne strane, i mirnog rešavanja radnih sporova, s druge strane. U tom kontekstu treba se osvrnuti i na konkretna pitanja i, mišljenja smo, predložiti i konkretna rešenja, *de lege ferenda*. Imajući u vidu prostor, koji je ograničen, i koj se posvećuje ovom radu, u njegovom okviru o izloženim pitanjima biće reči u prođužetku ovog rada.

#### *Razlike i sličnosti između sudske zaštite prava iz radnog odnosa i rešavanja sporova sporazumevanjem*

U vezi ove teme i ovako postavljenog problema treba se osvrnuti na ključne reči i važne institucije iz posočene oblasti. Treba podvući i potencirati pitanja koja

---

<sup>2</sup> Za jedno vakvo stanovište, opširnije i konkretno, dr Zoran Ivošević, Radno pravo, Beograd, 2005, str. 339–341.

se tiču sudova i njihove nadležnosti u rešavanju radnih sporova i u istom kontekstu treba podvući pozitivnu regulativu kojom se uređuje ova problematika. Posebno treba se zadržati na karakteristike i karakterne crte sudske zaštite. Sa sudskom zaštitom individualnih i kolektivnih prava treba utvrditi važne specifikke i važne novine rešavanja sporova sporazumevanjem. Rešavanje radnih sporova alternativnih načina u pravnoj literaturi se naziva i vansudsko rešavanje. Može da se srećava i naziv 'nedržavno suđenje, pri čemu se misli na suđenje od nedržavnih organa. Ovo dalje znači da nisu u pitanju organi vlasti. Sudovi su organi vlasti, sudske vlasti.

*Načelno o sudskoj nadležnosti i sudskoj zaštiti prava iz radnog odnosa.* – Radni sporovi se rešavaju od sudova opšte nadležnosti. U okviru njih, reč je o građanskim sudovima. Ovo je, po pravilu, i načelno ovako uređeno u zemljama našeg regiona. Međutim, od ovakvog opredeljenja nailazimo i na druga rešenja. U uporednom zakonodavstvu, za rešavanje radnih sporova formiraju se i postoje sudovi za radne sporove. To su specijalizirani sudovi za sve sporove iz radnih odnosa. Bez namere da se zadržimo detaljnije kakva je organizaciona postavljenoost sudova za radne sporove u pojedinim zemljama, u ovom osvrtu samo površno ih nabrajamo. U Nemačkoj postoje i veoma uspešno funkcionišu sudovi za radne sporove, i to na tri nivoa. Pred ovim sudovima se razmatraju slučajevi iz radnopravnih odnosa. Oko 650 hiljadu slučajeva se rešavaju u toku jedne kalendarske godine, a od njih oko 90% su sporovi o zaštiti individualnih prava. I u Belgiji postoje sudovi za radne sporove. Oni funkcionišu na dva nivoa. Slična je situacija i u Španiji. U ovoj zemlji, a u toku jedne kalendarske godine procesuiraju se oko 300 hiljada slučajeva radnopravne prirode. Organizaciona postavljenost sudova za radne odnose reguliše se pozitivnim propisima ove zemlje i postoje tri instance.

Od drugih zemalja potrebno je podvući određene specifikke i za zemlje kako što sledi. U Italiji, radni sporovi se rešavaju u okviru građanskog sudskog sistema. Ovo znači da u ovoj zemlji ne postoje tzv. specijalizirani sudovi za radne sporove. Holandani, isto tako, nemaju specijalitirane sudove za radne sporove. U Holandiji se primećuje jedna druga specifičnost. Radni sporovi se rešavaju na nivou lokalnih (kantonskih) sudova. Ovi su sudovi prve sudske instance. Primećuje se, isto tako, jedna specifičnost po pitanjima instancionog postupka. Naime, za konkretne sporove, kako što je slučaj sa otkazom, odluka kantonskog suda je konačna i pravosnažna. Ovo zbog toga što žalba protiv odluke kantonskog suda nije dozvoljena. Protiv odluka kantonskog suda kojima se rešavaju konkretne radni sporovi, predviđeni pozitivnom regulativom ove zemlje, može se podneti žalba. Po žalbi, rešava okružni sud (*rechtbank*).

Danska ima jedan dobro etabliran i visoko kompleksan poredak sudova, arbitraža i mašinerije pomirenja. Za pojedinačne ugovore i u slučajevima njihove

povrede nadležni su sudovi opšte nadležnosti. No, kada je u pitanju povreda kolektivnih ugovora, nadležni su sudovi za radne sporove (*arbejdsretten*). S druge strane, Danska ima uspostavljen "servis" pomirenja za sve radne sporove. U postupku rešavanja radnih sporova primećuje određena distinkcija. Drugim rečima postoje konkretne faze za rešavanje sporova. Prva je faza pregovaranja. Druga faza, tiče se privatne arbitraže (*faglig voldgiht*) i ako nema rezultata na osnovu prethodno sprovedenih faza, završna i konačna faza tiče se postupka pred sudom.<sup>3</sup>

I, kad je reč o sudovima za radne sporove, i u našem bivšem sistemu SFRJ i određenim periodima razvitka našeg pravnog sistema imali smo tzv. sudove udruženog rada. Bili su osnovani na osnovu odredaba i opredeljenja Zakona o udružnom radu iz 1976. godine.<sup>4</sup> Njihova sudska praksa u periodu više od 15 godina doprinela je razvoju sudske prakse uopšte, posebno prakse radnih sporova i njihovog rešavanja. I ne samo to. Stanovišta sudova udruženog rada po konkretnim pitanjima, ključim rečima i važnim institucijama radnopravnih odnosa i danas su primenljiva i respektibilna i predstavljaju sastavni deo naše sudske prakse u celine.

*Pozitivna regulativa i rešavanje radnih sporova.* – Analizirajući temu koja se elaborira u ovom radu s aspekta pozitivnog prava, pozitivno pravo je dosta bogato pravnim normama u najopštijem smislu govoreći. I ono što posebno raduje, naše pozitivno pravo je, u dobrom delu, harmonizirano sa evropskim pravom.

U našem pravu nailazimo na dvojni pravnu regulativu koja se primenjuje u rešavanju radnih sporova. Imamo pravnu regulativu za oblast radnopravnih odnosa, kao što su Zakon za radnim odnosima, Kolektivni ugovori, opšti akti poslodavca (statuti, pravilnici o radu) i drugi akti, s jedne strane, i građansko pravnu regulativu, s druge strane.

Kada je u pitanju građanskopravna regulativa, ovde treba učiniti distinkciju, a ovo posebno kad su u pitanju radni sporovi. Distinkcija postoji između materijalnog građanskog prava i formalnog odnosno procesnog prava. Važno je napomenuti da u okviru formalnog (procesnog) građanskog prava za rešavanje radnih sporova primenjuju se odredbe Opšteg dela građansko procesno pravo i odredbe posebnih građanskih postupaka. Tačnije rečeno, za radne sporove imamo pose-

---

<sup>3</sup> Za sudove za radne sporove u uporednom zakonodavstvu konkretnije u časopisu "Pravnik" (na makedonskom jeziku), Skoplje, br. 230, juni/2011, str. 55–56.

<sup>4</sup> Zakon o udružnom radu je donet 1976. godine. Isti je objavljen u "Službeni list SFRJ", br. 53/1976, od 3. decembra 1976. Zakon je stupio na snagu 11. decembra 1976. godine. Reč je o jednom sistemskom zakonu I sa bogatim pravnim rešenjima za radne odnose I njihovo regulisanje. Zbog velikog značenja koje zakon imao u regulisanju spomenute materije nije slučajno što ovaj Zakon u svakodnevnoj upotrebi se zvao "mali ustav" za radne odnose. Zakon je imao ukupno 671 član.

ban građanski postupak čijim odredbama se uređuje postupak pred sudom za rešavanje radnih sporova.<sup>5</sup>

Pri imanju jedne ovakve regulative, posebno one iz procesnog prava kojom se uređuje postupak za rešavanje radnih sporova, prilikom primena odredaba iz Opšteg dela, s jedne strane, i odredaba Posebnog građanskog postupka za radne sporove, s druge strane, u slučaju različitih rešenja po konkretnim pitanjima primenjuje se poznati princip u pravu. Naime, ako su rešenja različita između Opšteg i Posebnog dela po konkretnim pitanjima, primenjuje se princip – *lex specialis derogat legi generali*.

*Rešavanje radnih sporova alternativnim načinima  
i razlika između njih i sudske zaštite*

Tema koja se elaborira u ovom radu tiče se alternativnih načina za rešavanje radnih sporova, kako individualnih tako i kolektivnih. Međutim, za jednu celovitu predstavu alternativnih načina rešavanja radnih sporova, mišljenja smo, prethodno da se podvuku važne novine i posebnosti sudske zaštite radnih sporova.

*Radni sporovi i sudska zaštita.* – Sudska zaštita radnih sporova, bez svake sumnje, predstavlja jedan organizovani i institucionalni sistem zaštite prava, a time i sporova koji nastaju u radnopravnim odnosima. Ova zaštita se obezbeđuje od strane državnih organa, a to su sudovi. Sudska zaštita se pruža od strane suda. Strana u sporu pokreće postupak pred sudom tužbom. S obzirom na tužbeni zahtev koji traži strana u sporu, tužbe mogu biti kondemnatorna, konstitutivna i deklarativna. U sporovima za zaštitu prava iz radnih odnosa, tužba uvek se podnosi od tačno određenih lica, konkretnih radnika čija prava se štite. Znači, tužba je pojedinačna. Nema *actio popularis*.

Predmet sudskog spora je povreda prava konkretnom odlukom poslodavca odnosno njegovog organa, s jedne strane, kao i povreda prava faktičkim radnjama poslodavcem. U radnim sporovima pred sudovima ima značajnih novina i u pogledu samog postupka. Rokovi za preuzimanje konkretnih radnji su kraći. Rok za tužbu, na primer, je 15 dana i teče od dana dostavljanja odluke radniku odnosno od dana saznanja povredu prava. Rokovi su prekulzivni u smislu materijalnog prava. Istekom roka gubi se pravo na pravnu zaštitu.

<sup>5</sup> Ovakav prilaz ima i pozitivno zakonodavstvo Republike Makedonije. O tome konkretnije Zakon o parničnom postupku "Službeni vesnik RM", br. 7/2011, od 20.01.2011. godine. U okviru ovog Zakona, odredbama članova 404–410 reguliše se na odgovarajući način postupak za radne sporove.



Hitnost postupka je važna novina. Ova novina u sebi sadrži važna načela. Sudski postupka ne trpi otežanje, prolongiranje parničnih radnji i tromost u dokazivanju. Naprotiv sudski postupka terba da bude brz, efikasan i ažuran. U sudskom postupku mogu se izricati i privremene mere. Za radni spor sud rešava presudom. Odluka suda (presuda) podleže kontroli od strane višeg suda. Ovo znači da se sankcioniše i pravo garantira pravo na žalbu. Rok za žalbu protiv prvostepene odluke je 8 dana. U drugom stepenu rešava žalbeni sud, sud druge sudske instance. U određenim slučajevima i za konkretne radne sporove može se izjaviti i revizija pred vrhovnim sudom.

U postupku sudske zaštite važna je činjenica koja se tiče pravosnažnosti presude. Presuda će biti pravosnažna ako: prvo, strane u sporu se odreknu žalbe; drugo, ako se propusti rok za žalbu; i treće, ako se presuda prvostepenog suda, povodom žalbe, potvrdi odlukom žalbenog suda. U presudi se određuje i paricioni rok. To je rok za dobrovoljno ispunjenje obaveze za konkretnu stranu u sporu. Važna odlika presuda u radnim sporovima je klauzula izvršnosti. Svaka presuda treba da bude snabdevana potvrdom izvršnosti. Kada se presuda suda obezbeđuje i snabdeva "atributima" pravosnažnosti, izvršnosti i kada ističe paricioni rok, a obavezna strana ne ispuni svoju obavezu, takva presuda je *podobna za prinudno izvršenje*. Izvršenje presude, ispunjenjem gore navedenih uslova, sprovodi se odredbama Zakona o izvršnom postupku odnosno Zakona o izvršenju.

*Rešavanje radnih sporova sporazumevanjem.* – U dosadašnjem izlaganju je bilo reči, u više navrata, da se radni sporovi mogu rešiti i sporazumevanjem. Sporazumevanje predstavlja alternativni način rešavanja radnih sporova. Ovaj način je fakultativnog karaktera i počiva na načelu dobrovoljnosti. Kao način i postupak rešavanja, ovim metodom se omogućuje da postupak bude brz, efikasan i za strane u sporu znatno jeftiniji od sudskog postupka i sudske zaštite prava radnika iz radnog odnosa.

No, u okviru samog sporazumevanja, kao dobrovoljnog načina za rešavanje radnih sporova, radnopravna zakonodavstva uređuju dva posebna modaliteta rešavanja sporova razumevanjem. Prvi modalitet predstavlja rešavanje radnih sporova putem medijacije, preko posrednika odnosno medijatora. Drugi modalitet tiče se mirnog rešavanja konkretnih individualnih i kolektivnih sporova. U ovom drugom slučaju rešavanje se sprovodi pred odborom, kao kolektivno telo, odnosno u konkretnim slučajevima pred arbitrom. I o tome je ukratko bilo reči. Međutim, za bolje razumevanje navedenog alternativnog načina rešavanje radnih sporova, a to je sporazumevanje, mišljenja smo da treba nešto detaljnije govoriti o navedenim modalitetima. Pri tome treba podvući sličnosti i razlike koje postoje između medijacije, s jedne strane, i mirnog rešavanja, sa druge strane. Razume se da ima dosta zajedničkih novina među njima. Ovo tim pre *a fortiori* što oba modaliteta predstavljaju alternativni način rešavanja radnih sporova i da se baziraju skoro na istim načelima.

*Medijacija.* – Medijacijom se rešavaju individualni radni sporovi. Od individualnih radnih sporova izuzeti su sporovi koji se tiču: prvo, sporovi povodom otkaza ugovora o radu; i drugo, sporovi povodom ugovaranja i isplate minimalne plate. U pojedinim zakonodavstvima, kao što je slučaj i sa zakonodavstvom Republike Makedonije, zakonom se predviđa mogućnost medijacijom da se rešavaju građanski trgovački sporovi, potrošački i drugi sporni odnosi između fizičkih i pravnih lica, kojima strane u sporu mogu raspolagati, suglasnošću zakonom, osim ako zakonom nije drugačije predviđeno. I ne samo to. Medijacija se primenjuje i za porodične i krivične sporove ukoliko medijacija odgovara prirodi spornih odnosa iz navedenih oblasti i ako posebnim zakonom nije isključena njena primena.<sup>6</sup> I zakonodavstvo Republike Srbije upućuje na mogućnost rešavanja sporova, predviđenim zakonom putem medijacije.<sup>7</sup>

Kad je reč o pozitivnoj regulativi važno je spomenuti i Direktivu Evropskog parlamenta i Saveta Evrope broj 2008/52 EC kojom se uređuje pitanje medijacije. Ova direktiva u pravnoj literaturi se naziva i Direktivom za medijaciju.<sup>8</sup> Odredbama ove direktive nabrojanjem su isključeni iz medijacije oni sporovi odnosno odnosi koji se ne mogu rešiti medijacijom. Ne mogu se rešiti medijacijom sporni odnosi iz oblasti javnih prihoda, carina, administrativna pitanja kao i pitanja iz sfere odgovornosti države za radnje i postupke u vršenju državne vlasti – *acta iure imperii*.

Medijacija je, prema tome, fakultativni oblik, način i metoda zaštite prava radnika u radnjim odnosu. Prema tome, pod ovim pojmom treba podrazumevati samo mogućnost, a ne i obavezu, ne i obligaciju da se pristupi ovom alternativnom načinu rešavanje spornih odnosa. Strane u sporu, kod medijacije, su radnik i poslodavac. Postupak pred medijacijom uređuje se zakonom. Zakonom se sankcionišu i važna načela kao što su načelo dobrovoljnosti, poverljivosti, jednakosti strana u postupku, javnosti i druga važna načela.

Postupak pred medijacijom pokreće se predlogom od strane u sporu. No, predlog može da bude i zajednički. Predlog treba da sadrži povod, sporno pitanje i ponudu mogućih načina za konkretno rešavanje. Kad se spor rešava posredstvom medijatora, važno je koje fizičko lice može da bude u ovoj ulozi. Medijator treba da je dobar stručnjak za oblast radnopravnih odnosa. Treba, drugim rečima da je lice sa stručnim i moralnim kredibilitetom. Njegova nepristrasnost posebno se potencira i traži.

<sup>6</sup> O tome opširnije u: Zakon za medijacija (Služben vesnik na RM, br. 60/2006; 22/2007; 114/2009; Prečišćenji tekst ovog Zakona je objavljen u "Služben vesnik na RM", br. 138/2009).

<sup>7</sup> Iz odredaba člana 11 Zakona o parničnom postupku Srbije jasno proizlazi da: "sud će da uputi stranke na medijaciju ili na informativno ročište za medijaciju, u skladu sa zakonom, odnosno da ukaže strankama na mogućnost za vansudsko rešavanje spora medijacijom ili na drugi način".

<sup>8</sup> Direktiva je usvojena na 21. maj 2008. godina.

Kad je u pitanju medijacija, kao posebni modalitet rešavanja sporova sporazumevanjem, važne su odluke i način odlučivanja. Jedna od važnih novina je novina koja se tiče uloge i doprinosa medijatora. Kod ovog modaliteta rešavanja sporova medijator ne odlučuje. On ne može i ne sme da donese odluku o sporu. On je samo posrednik. Pomaže stranama u sporu. U postupku medijacije je važna i faza pregovaranja. Spor se rešava sporazumom koji treba da se postigne među stranama u sporu. Sporazum se postiže ako se postigne saglasnost volja. Sporazum strana u sporu je faktički njihov kompromis. Kod kompromisa imamo, i to je dobro poznato, obostrano popuštanje. U slučajevima i u odnosima u kojima postoji teži oblik povrede prava radnika, postignutim sporazumom se, po pravilu, priznaje pravo od druge strane u sporu, a to je poslodavac.

Krajnji ishod postupka pred medijacijom može da ima za rezultat: prvo, da nema sporazuma, a to znači strane u sporu nisu se dogovorile da se spor reši zajedničkim sporazumom. Stranama u sporu ostaje da traže sudsku zaštitu. Sudska zaštita se ostvaruje onim principima i pravilama o kojima ukratko je bilo reči u prethodnom izlaganju. Kod medijacije veoma je važno rešenje kada se spor rešava sporazumom. Postignuti sporazum je pravosnažan i izvršan. On je izvršan u tome smislu što strane u sporu, rukovodeći se načelu dobrovoljnosti, uglavnom dobrovoljno ispunjavaju preuzete obaveze. Međutim, postignuti sporazum *nije izvršna isprava*, nije izvršni naslov – *titulus executionis*. U ovom slučaju, i u kontekstu izloženog znači, ako strane ne ispunjavaju preuzete obaveze dobrovoljno, obaveze koje su sadržane u postignutom sporazumu, strana u sporu koja treba da ostvari određeno pravo iz sporazuma treba da podnese tužbu za ispunjenje obaveze pred nadležnim sudom.

Zbog jednog ovakvog eventualnog ponašanja strane u sporu koja treba da ispuni obavezu iz sporazuma, u pravnoj teoriji se predlažu sledeća rešenja. Predlažu se rešenja koja faktički ih prihvata i pozitivno zakonodavstvo. Dve opcije rešenja su važna. Naime, ako je prethodno bio pokrenut sudski spor i on bude prekinut, po zahtevu strane u sporu da se njihov spor reši medijacijom,<sup>9</sup> sud se obaveštava sa postignutim sporazumom. Postignuti sporazum će predstavljati osnovu za zaključenje sudskog poravnania pred istim sudom pred kojim je bio prekinut sudski postupak.<sup>10</sup> Ovakvo rešenje prihvata i zakonodavstvo Republike Makedonije.<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> Slučajevi prekida sudskog postupka su taksativno uređeni procesno pravnim propisima. O tome konkretno i u odredbama člana 200, Zakona o parničnom postupku Republike Makedonije (Službeni vesnik na RM, br.7/2011).

<sup>10</sup> Za ovakvo stanovište i dr Vljako Brajić, Radno pravo, Beograd, 2001, str. 529–535.

<sup>11</sup> Konkretnije o izloženom, odredbe člana 22 Zakon za medijacija (Služben vesnik na RM, br. 138/2009 od 17.11.2009. godine).

Druga opcija je znatno složenija. Radi se o slučaju kada prethodno nema sudskog postupka, a u postupku medijacije među stranama je postignut sporazum. Drugim rečima, strane u sporu od samog početka nastanka spornog odnosa opredelili su se da se spor reši medijacijom. U slučaju da se postigne sporazum, a s ciljem da isti ima snagu izvršne isprave moguća su sledeća rešenja. Predlaže se da se zaključi, na osnovu postignutog sporazuma, sudsko poravnanje pred vanparničnim sudom.<sup>12</sup> U Republici Makedoniji i po Zakonu o medijaciji, nailazimo na slično rešenje. Naime, ako strane u sporu žele da postignuti sporazum ima snagu izvršne isprave, treba sadržina sporazuma da se solemnizira od strane nadležnog notara.<sup>13</sup>

*Mirno rešavanje sporova.* – Mirno rešavanje sporova predstavlja drugi modalitet rešavanja sporazumevanjem. U pravnoj literaturi se potencira i kao poseban režim mirnog rešavanja. Ovim modalitetom faktički se opredeljuje vrsta i karakter radnih sporova. Takvo opredeljenje važi kako za individualne tako i za kolektivne radne sporove. Još na samom početku treba istaći dve važne institucije od ovog modaliteta. To su: prvo, kod individualnih radnih sporova – pojava arbitra; i drugo, kod kolektivnih radnih sporova imamo odbor (komisija odnosno posebno telo) kojim predsedava miritelj,<sup>14</sup> izabran sa liste agencije. Za miritelja se sreće i izraz pomiritelj.<sup>15</sup>

*Individualni radni sporovi i nivno mirno rešavanje.* – Modalitetom mirnog rešavanja sporova rešavaju se i individualni radni sporovi. Kao predmet individualnih radnih sporova mogu biti sporovi: prvo, povodom otkaza ugovora o radu; i drugo, sporovi povodom isplate minimalne plate. Ovi sporovi koji se rešavaju mirnim putem imaju svoje osobenosti od kojih izdvajamo. Postupak se pokreće predlogom. Strane u sporu mogu podneti zajednički predlog ili predlog da bude pojedinačan. Spor se rešava pred arbitrom koji se određuje sporazumom strana. Ovi sporovi se otklanjaju posredstvom nadležne agencije za mirno rešavanje radnih sporova. Sam postupka se uređuje zakonom, što znači, da je materija rešavanja radnih sporova je zakonska materija – *sedes materiae*. O tome najbolje svedoče i dosada doneti zakoni u pojedinim zemljama.<sup>16</sup>

<sup>12</sup> Za jedno ovakvo stanovište i konkretnu regulativu, dr Zoran Ivošević, citirano delo, str. 341. Od pozitivne regulative, konkretno u odredbama člana 30 stav 2 Zakona o vanparničnom postupku Republike Srbije (Službeni glasnik RS, br. 25/82).

<sup>13</sup> Za navedeno rešenje, konkretnije u odredbama člana 22 Zakona o medijaciji (Službeni vesnik na RM, br. 138/2009. godina).

<sup>14</sup> Izraz miritelj se upotrebljava u Zakonu o mirnom rešavanju radnih sporova Republike Srbije. Isti izraz se upotrebljava i u pravnoj literaturi, dr Zoran Ivošević, citirano delo, str. 363.

<sup>15</sup> Izraz pomiritelj je upotrebljen u delu dr Vljajka Brajića, citirano delo, str. 529.

<sup>16</sup> U Republici Makedoniji je donet Zakon za mirno rešavanje na rabotnite sporovi, "Služben vesnik na RM", br. 87/2007 od 12.07.2007. godine. U Srbiji isto tako je donet Zakon o mir-

U postupku rešavanja individualnog radnog spora arbitar donosi konkretnu odluku – rešenje. Akt (rešenje) arbitra sadrži uvod, izreku i obrazloženje. Od ovih delova, bez sumnje je važna izreka rešenja. Izrekom se odlučuje o predmetu spora i oročene obaveze kojima se pravo zaštićuje. Obrazloženje sadrži kratke navode strana u sporu, činjenično stanje, dokaze kojima je utvrđeno činjenično stanje i propise na osnovu kojih je odlučeno. Na kraju teksta, razume se, stoji i potpis arbitra.

Protiv odluke arbitra nije dozvoljena žalba. Time rešenje arbitra postaje konačno i izvršno danom dostavljanja stranama u sporu. Ovo ako drukčije nije određeno. Prema tome, i kod odlučivanja rešenjem arbitra rešenje nije izvršna isprava. Rešenje, dakle, kao što se pravilno ističe u pravnoj nauci ne ispunjava uslove da bude izvršna isprava.<sup>17</sup> Ova odluka odnosno rešenje arbitra drugačije i ne može biti. Ovaj postupak se zasniva na načelu dobrovoljnosti i zbog toga prinudno izvršenje nije ni mirno ni dobrovoljno. Ako je postupak prethodno bio pokrenut pred nadležnim sudom, i postupak je prekinut, arbitar je dužan da obavesti sud o načinu okončanja arbitražnog postupka. U tom smislu i kontekstu i ovde treba naglasiti da u slučaju neispunjenja obaveze strane u sporu, koja obaveza proizlazi iz odluke arbitra, spor između radnika i poslodavca ostaje i može ga rešiti samo nadležni sud.

*Mirno rešavanje kolektivnih sporova.* – Kolektivni radni sporovi su sporovi koji nastaju povredom kolektivnih prava. Kao kolektivni radni sporovi, u smislu zakoskog opredeljenja, su sporovi povodom: 1) zaključenja, izmena i dopuna ili primene kolektivnog ugovora; 2) primene opšteg akta kojim se regulišu prava, obaveze i odgovornosti zaposlenih, poslodavca i sindikata; 3) ostvarivanja prava na sindikalno organizovanje i delovanje; 4) spor povodom štrajka i; 5) ostvarivanje prava na informisanje, konsultovanje i učešće zaposlenih u upravljanju.

U pravnoj literaturi, sasvim osnovano, ovi sporovi se nazivaju kao interesni kolektivni sporovi kad je u pitanju zaključivanje, izmena i dopuna kolektivnih ugovora, s jedne strane, i pravni kolektivni sporovi, kad je u pitanju primena kolektivnog ugovora.

Učesnici u ovom postupku su poslodavci, sindikati i zaposleni ili predstavnik zaposlenih. Učesnici mogu da podnesu predlog zajednički ili pojedinačno.

---

nom rešavanju radnih sporova, "Službeno glasnik RS", br. 125/2004. Kako što se može primetiti, Zakon Republike Srbije predviđa širu listu individualnih radnih sporova i to su: otkaz ugovora o radu; ugovaranje i isplata minimalne zarade; diskriminacija i zlostavljanje na radu; naknada troškova za ishranu u toku rada; naknada troškova za dolazak i odlazak sa rada; isplata jubilarne nagrade i isplata regresa za korišćenje godišnjeg odmora.

<sup>17</sup> O tome opširnije i konkretno dr Zoran Ivošević, citirano delo, str. 341–342. Za isto i u odredbama člana 30 Zakona o izvršnom postupku Srbije (Službeni glasnik RS, br. 125/2004).

Kolektivni sporovi se rešavaju pred odborom kojim predsedava miritelj. Miritelj u postupku kolektivnog pregovaranja: prisustvuje pregovorima; ukazuje učesnicima na predloge koji nisu u skladu sa zakonom ili drugim propisom i pruža stručnu i drugu pomoć učesnicima.

Po okončanju postupka odbor donosi *preporuku*. U zakonu predviđenim slučajevima preporuku može doneti i miritelj. To će biti slučaj, između ostalog, ako preporuka ne bude izglasana od strane celog odbora. U tom slučaju miritelj može stranama u sporu neposredno da im predloži preporuku. Donesena preporuka ne obavezuje stranke. Ako strane u sporu ja prihvate, preporuka predstavlja sastavni deo sporazuma. Drugim rečima, strane zaključuju sporazum o rešenju spora. Ako je predmet sporazuma kolektivni ugovor, postignuti sporazum je sastavni deo kolektivnog ugovora. Ako predmet spora nije kolektivni ugovor, zaključeni sporazum na osnovu donete preporuke *ima snagu izvršnog naslova*.

#### ZAKLJUČAK

Na osnovu izloženog u ovom radu učinili smo jedan skroman pokušaj određivanja mesta i značaja alternativnih načina rešavanja radnih sporova u pravnom sistemu. Od alternativnih načina, posebno su podvučeni načini, forme i metode rešavanja radnih sporova medijacijom, s jedne strane, i mirnim rešavanjem sporova iz radnopravnih odnosa, s druge strane. Kod navedenih načina, prvo, su podvučene značajne novine rešavanje sporova da bi se, na kraju, moglo podvući i potencirati i razlike koje postoje kod svakog modaliteta rešavanje radnih sporova. Za jednu celovitu predstavu o temi koja se elaborira u radu, u radu je dat kratak osvrt o sudskoj zaštiti radnih sporova.

Rešavanje radnopravnih sporova ovim načinima, metodama i formama ima značajne prednosti. Postupci su kratki. Dolazi do rešavanje sporova sporazumevanjem koja u sebe sadrži i mirno rešavanje. Time se usklađuju i unapređuju međusobni odnosi među stranama u sporu.

U poslednje vreme, naučna i stručna javnost koja se posebno bavi ovom problematikom, raznim analizama i osvrtima predlaže odgovarajuća rešenja sa ciljem što većeg prilagođavanja našeg zakonodavstva sa standardima evropskog prava. Cilj je da se promovira i afirmiše na jedan odgovarajući nivo i način sistem zaštite i ostvarivanja individualnih i kolektivnih prava zapošljenih. Mišljenja smo da se za dva pitanja, posebno, treba predložiti i založiti se za rešenja *de lege ferenda*. Prvo se pitanje tiče načela fakultativnosti da se radni sporovi reše i mirnim načinima. Mišljenja smo da treba za konkretne sporove iz sfere individualnih radnih odnosa, a time i sporova, predvideti *obligatorni pokušaj* da se postigne

sporazum i time da se reši spor koji je nastao. Sud treba da ima obavezu da strane u sporu uvek uputi na medijaciju odnosno na mirno rešavanje sporova. I, razume se, ako pokušaj bude neuspešan, strane u sporu da produže sa sudskom procedurom i od suda da zahtevaju zaštitu svojih prava za koja smatraju da im pripadaju.

Drugo piptanje je još značajnije. Naime, radi se o pravosnažnosti i izvršnosti pogodbe odnosno odluke (rešenja) kojima se spor rešava mirnim putem. *De lege ferenda* treba pravosnažna i izvršna pogodba odnosno odluka kojim se rešava konkretni radni spor sporazumevanjem da predstavlja i da ima snagu (svojtvo) i *dejstvo izvršne isprave – titullus executionis*. Jedno ovakvo rešenje i opredeljenje smatram da je celishodno i pravično za strane u sporu. Ovakvih rešenja imamo i u zakonodavstvima pojedinih zemalja, kao što je slučaj sa Albanijom<sup>18</sup>, Bosnom i Hercegovinom<sup>19</sup>, kao i u drugim zakonodavstvima.

OSMAN KADRIU, LL.D.,  
Professor, Faculty of Organizational Sciences,  
Skopje

## MEDIATION AND PEACEFUL SETTLEMENT OF LABOR DISPUTES

### Summary

In this article, the author is trying to elucidate the institution of peaceful settlement of labour disputes. In that context, a distinction is made between settlement of labour disputes by mediation (mediators), on the one hand, and peaceful settlement of labour disputes on the other hand, as two forms of consensual settlement of labour disputes.

In the article are highlighted the differences and similarities between judicial protection and settlement of labour disputes, on the one hand, and settlement of the same disputes by consensual settlement. Especially, the advantages and novelties of alternative dispute settlement are highlight-

---

<sup>18</sup> Iz odredaba člana 14 Zakona o posredovanju za rešavanje radnih sporova Republike Albanije (na albanskom jeziku) br. 9090, od 26.06.2003. godine, između ostalog čitamo da je odluka postignuta mirnim putem, kojim se rešava konkretan spor, za strane u sporu je pravosnažna, izvršna i obligatorna.

<sup>19</sup> O izloženom i u odredbama člana 24 i 25 Zakona o postupku medijacijom Bosne i Hercegovine, "Službeni glasnik BiH", br. 37/2004, od 12.08.2004. godine. Za vakvo opredeljenje i u Komentaru istog Zakona od Alan Uzelac "Putevi medijabilnosti BiH", Sarajevo, 2009. godina. Konkretno komentar na članove 24 i 25 navedenog Zakona.



ed. The main characteristic of this form of settlement is on the focus, and that is the facultative character. This means that it only depends on the will of the parties if they wish to settle their dispute by this mean, or they will continue to settle the dispute in front of courts. This main novelty derives from another important principle, and that is the principle of voluntarism.

From the advantages of alternative dispute resolution are especially highlighted the effectiveness, shorter procedures, the protection of dignity and other moral values of the defendant and the possibility the dispute to be solved according the principles of justice (*ex equo et bono*).

Also, in the article there are some personal opinions about the subject matter, especially it is worth mentioning the proposition *de lege ferenda*, the agreement (if the dispute is settled by a mediator), and the decision (if the dispute is settled by an arbitration), to have the capacity of executive document (*titullus executionis*).

MONIKA MILOŠEVIĆ

## PERSPEKTIVE RAZVOJA POSTUPKA MEDIJACIJE U SRBIJI

– U svetlu Predloga zakona o medijaciji i njegove usklađenosti sa Direktivom 2008/52/ES Evropskog Parlamenta i Saveta EU o nekim aspektima medijacije u građanskim i trgovinskim stvarima –

### U V O D

Čini se da je već opšte mesto da je medijacija jedan od najpopularnijih načina alternativnog rešavanja sporova. Ostavljajući po strani zemlje angloameričkog pravnog sistema, u kojima je njena primena izuzetno velika,<sup>1</sup> medijacija je široko rasprostranjena i u Zapadnoj Evropi. Zanimljiv je podatak da je rešavanje sporova u postupku medijacije i u arbitražnom postupku u Velikoj Britaniji izuzetno povećano tokom prethodne tri godine. Smatra se da je razlog za to globalna ekonomska kriza.<sup>2</sup> Centri za medijaciju, koja se posebno koristi za rešavanje porodičnih sporova, postoje i u Irskoj, Holandiji, Nemačkoj, Francuskoj i skandinavskim zemljama. U Norveškoj, na primer, postoji razrađen sistem Odbora za mirenje, u okviru kojih funkcioniše medijacija za rešavanje građanskih i porodičnih sporova. Brojni projekti i programi u Irskoj su inicirani u cilju smanjenja secesionistič-

---

Dr Monika Milošević, docent Pravnog fakulteta Univerziteta Union, Beograd.

<sup>1</sup> U SAD i Kanadi medijacija se primenjuje za rešavanje skoro svih vrsta sporova, a trenutno je u porastu i tzv. elektronska ili on/line medijacija koja podrazumeva i učešće Interneta ili drugog elektronskog komunikacionog sistema (vid.: Monika Milošević, Uvod u medijaciju, Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu i Javno preduzeće Službeni glasnik, Beograd 2011, str. 47).

<sup>2</sup> Vid.: Monika Milošević, op. cit., str. 50.

kih tenzija na severu Irske. U Nemačkoj se medijacija najviše koristi za rešavanje raznih sporova vezanih za zaštitu životne sredine, prirodne resurse i razvoj.<sup>3</sup>

Kada je reč o medijaciji u Istočnoj Evropi treba znati da su u Poljskoj, Češkoj Republici, Republici Slovačkoj, Mađarskoj, Bugarskoj, Ukrajini i Rusiji osnovani centri za rešavanje sporova koji nude obuku za rešavanje konflikata i usluge medijacije. Ovi centri se posebno bave rešavanjem porodičnih sporova, konflikata u školama i na univerzitetima, radnih sporova, sporova vezanih za zaštitu životne sredine i etničkih sporova. U Bugarskoj i Republici Slovačkoj je osnovan veliki broj etničkih komisija sastavljenih od članova i većinskog stanovništva i manjina, koji se bore za jednak tretman manjina, deluju kao forumi za rešavanje problema u zajednici i obezbeđuju usluge medijacije.<sup>4</sup> Republika Hrvatska je 2003. godine donela Zakon o mirenju.<sup>5</sup> U saradnji sa Ministarstvom pravosuđa Republike Hrvatske 2006. godine u Općinskom sudu u Zagrebu je započet pilot projekat "Mirenje pri sudovima" kojima se strankama u sporu u parničnom postupku pruža nova usluga rešavanja sporova na pogodniji, brži i jeftiniji način za same stranke.<sup>6</sup> Ovaj pilot projekat je otpočeo i opštinskim sudovima u Bjelovaru, Osijeku, Rijeci, Slavanskom Brodu, Varaždinu, Vukovaru i Zadru, kao i u Trgovačkom sudu u Zagrebu i u Visokom trgovačkom sudu u Zagrebu.<sup>7</sup> 2011. godine Republika Hrvatska je donela novi Zakon o mirenju<sup>8</sup>, kako bi postupak medijacije uskladila sa pravnim tekovinama Evropske Unije<sup>9</sup>, a posebno sa Direktivom 2008/52/ES Evropskog Parlamenta i Saveta EU o nekim aspektima medijacije u građanskim i trgovinskim stvarima.<sup>10</sup>

U Republici Srbiji je 2002. godine uspešno sproveden pilot projekat "Nedeljna poravnanja."<sup>11</sup> 2005. godine donesen je Zakon o posredovanju-medijaciji<sup>12</sup>. U

<sup>3</sup> Ibid., str. 51.

<sup>4</sup> Vid.: Christopher W. Moore, *The Mediation Process, Practical Strategies for Resolving Conflict*, Jossey-Bass, A Wiley Imprint, 2003, str. 41–42.

<sup>5</sup> Zakon o mirenju Republike Hrvatske, NN br. 163/03, 79/09.

<sup>6</sup> Vid.: Općinski građanski sud u Zagrebu, Postupak mirenja, dostupno na internet adresi <http://sudovi.pravosudje.hr/ogszg/index.php?linkID=10> pristup na dan 29.06.2012. godine.

<sup>7</sup> Vid.: Visoki trgovački sud Republike Hrvatske, Mirenje, dostupno na internet adresi <http://www.vtsrh.hr/index.php?page=conciliation&lang=hr> pristup na dan 29.06.2012. godine.

<sup>8</sup> Zakon o mirenju Republike Hrvatske, NN br. 18/2011.

<sup>9</sup> Vid.: Novi zakon o mirenju, dostupno na internet adresi <http://www.iusinfo.hr/DailyContent/Topical.aspx?id=9047> pristup na dan 25.07.2012. godine.

<sup>10</sup> Engl. Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters.

<sup>11</sup> Vid.: Monika Milošević, op. cit., str. 52.

<sup>12</sup> Zakon o posredovanju-medijaciji, "Službeni glasnik Republike Srbije", broj 18/05.

Beogradu postoji Centar za medijaciju. Kako bi medijacija bila što dostupnija svima građanima na teritoriji Republike Srbije, postoje odeljenja Centra koja se nalaze u Prvom osnovnom sudu, Višem sudu i Privrednom sudu u Beogradu, u Subotici, Nišu, Kraljevu, Šapcu, Bačkoj Palanci, Novom Sadu, Zrenjaninu, Jagodini, Kruševcu, Leskovcu, Zaječaru, Pančevu, Novom Pazaru i Pirotu.<sup>13</sup>

### *Razlozi za donošenje novog Zakona o medijaciji*

Zakon o posredovanju-medijaciji, iako u osnovi dobar, pokazao je izvesne slabosti u praktičnoj primeni, pa je Skupština Republike Srbije decembra 2011. godine usvojila Predlog zakona o medijaciji. U obrazloženju Ministarstva pravde Republike Srbije kao razlog za donošenje novog zakona o medijaciji, navodi se i potreba da se unapredi normativni okvir postupka medijacije čiji je osnov postavljen Zakonom o posredovanju-medijaciji, kako bi se povećala primena medijacije i poboljšalo funkcionisanje pravosudnog sistema.<sup>14</sup>

Sasvim je sigurno da je jedan od razloga donošenje ovog predloga i usklađivanje postojećih zakonodavnih rešenja sa propisima Evropske Unije, a posebno sa Pravilima UNCITRAL o mirenju<sup>15</sup> iz 1980 godine, UNCITRAL Model-zakonom o međunarodnom trgovačkom mirenju<sup>16</sup> iz 2002. godine i Direktivom 2008/52/ES Evropskog Parlamenta i Saveta EU o nekim aspektima medijacije u građanskim i trgovinskim stvarima iz 2008. godine.

Imajući u vidu da je ova Direktiva svakako jedan od najvažnijih propisa Evropske Unije u oblasti medijacije, fokusiraćemo se na usklađenost Predloga Zakona o medijaciji Republike Srbije sa Direktivom 2008/52/ES Evropskog Parlamenta i Saveta EU o nekim aspektima medijacije u građanskim i trgovinskim stvarima. No, pre nego što pređemo na usklađenost pojedinačnih odredbi Predloga zakona o medijaciji i pomenute Direktive, reći ćemo nešto o njoj.

Direktiva 2008/52/ES Evropskog Parlamenta i Saveta EU o nekim aspektima medijacije u građanskim i trgovinskim stvarima. – Ovu Direktivu je Evropska unija donela 21. maja 2008. godine, a Evropski parlament je usvojio 23. aprila iste godine. Njen cilj je da se države podstaknu da primenjuju medijaciju kao fi-

---

<sup>13</sup> Vid.: Centar za medijaciju, Mreža odeljenja, dostupno na internet adresi <http://www.medijacija.rs/mreza-odeljenja> pristup na dan 25.07.2012.

<sup>14</sup> Vid.: Radna verzija Zakona o medijaciji-obrazloženje dostupno na internet adresi <http://www.mpravde.gov.rs/cr/articles/zakonodavna-aktivnost/radne-verzije-zakona/> pristup na dan 14.06.2012.

<sup>15</sup> engl. UNCITRAL Conciliation Rules.

<sup>16</sup> engl. UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation.

nansijski isplativiju i bržu alternativu parničnom postupku i to u rešavanju prekograničnih trgovinskih sporova.<sup>17</sup> Osnovni elementi za uspostavljanje i harmonizaciju prakse u primeni medijacije u građanskim i trgovinskim sporovima u Evropskoj uniji su: (a) Formalno priznanje značaja medijacije u obezbeđivanju pristupa pravdi; (b) Davanje dozvole sudovima da upute strane u sporu na medijaciju, ili na neformalnu sednicu o medijaciji ako je dostupna;<sup>18</sup> (c) Davanje dozvole stranama u sporu da zaključe sporazum koji se direktno može izvršiti u sudu; (d) Zaštita medijatora od dužnosti svedočenja, osim zbog značajnih pravnih razloga ili zbog potvrđivanja uslova sporazuma-poravnanja zaključenog u njegovom prisustvu, u slučaju da dođe do spora; (e) Zaštita prava na poštovanje rokova u slučajevima u kojima su strane optirale za medijaciju.

Direktiva o nekim aspektima medijacije u građanskim i trgovinskim stvarima, takođe podstiče države članice da obezbede obuke za medijatore, da pripreme nacрте etičkih kodeksa ponašanja i mera za kontrolu kvaliteta i da obezbede "on line" dostupnost<sup>19</sup> informacija o medijatorima i onima koji obezbeđuju usluge medijacije.<sup>20</sup>

Ono što treba podvući, jeste to da se odredbe ove Direktive (što se u njoj izričito i navodi) koriste i za rešavanje prekograničnih sporova i za rešavanje unutrašnjih sporova. Pored toga, ona standardizuje osnovna načela medijacije-dobrovoljnost, poverljivost, nepristrasnost i neutralnost.<sup>21</sup> Njena implementacija podrazumeva obavezu država članica da usklade svoja nacionalna zakonodavstva sa njom i da preduzmu mere za promovisanje medijacije, te njene što šire primene u rešavanju sporova.<sup>22</sup>

Iako je nesporno da je Direktiva o nekim aspektima medijacije u građanskim i trgovinskim stvarima, trenutno verovatno najvažniji dokument Evropske Unije u oblasti medijacije, treba još jednom podvući značaj Pravila UNCITRAL o mirenju od 1980 godine, UNCITRAL Model-zakon o međunarodnom trgovačkom mirenju od 2002. godine, kao i preporuke Komiteta ministara državama članicama: Preporuku br. R (98) 1 Komiteta ministara državama članica-

<sup>17</sup> Vid.: Monika Milošević, op.cit., str. 56.

<sup>18</sup> Treba napomenuti da odredbe ove Direktive ne utiču na nacionalno zakonodavstvo koje propisuje obaveznu medijaciju ili koje ne predviđa primenu medijacije.

<sup>19</sup> Elektronsku dostupnost.

<sup>20</sup> Vid.: European Union approves Mediation Directive, dostupno na internet adresi [http://www.cedr.com/?location=/news/archive/20080522\\_306.htm](http://www.cedr.com/?location=/news/archive/20080522_306.htm) pristup na dan 14.06.2012..

<sup>21</sup> Vid.: Nevena Petrušić, Evropski standardi i principi rešavanja sporova putem medijacije, dostupno na internet adresi [http://www.natef.net/downloads/Nevena\\_Petrusic.pdf](http://www.natef.net/downloads/Nevena_Petrusic.pdf) pristup na dan 15.06.2012, str. 6-7.

<sup>22</sup> Ibid., str. 8.

ma o porodičnoj medijaciji<sup>23</sup>, Preporuku br. R (99) 19 Komiteta ministara državama članicama u vezi sa medijacijom u krivičnom postupku<sup>24</sup>, Preporuku br. REC (2001) 9 Komiteta ministara državama članicama o alternativama sudskom procesu između organa uprave i privatnih stranaka<sup>25</sup>, Preporuku br. REC (2002) 10 Komiteta ministara državama članicama o medijaciji u građanskim stvarima<sup>26</sup>, kao i mnoga druga dokumenta Evropske unije koja promovišu medijaciju i uopšte alternativne načine rešavanja sporova.<sup>27</sup>

Ovi propisi poslužili su kao smernica Republici Srbiji da donese novi Zakon o medijaciji.

*Usklađenost pojedinačnih odredbi Predloga zakona o medijaciji sa Direktivom 2008/52/ES Evropskog Parlamenta i Saveta EU o nekim aspektima medijacije u građanskim i trgovinskim stvarima*

U ovom delu rada ćemo analizirati članove Predloga zakona o medijaciji koji su u skladu sa Direktivom 2008/52/ES Evropskog Parlamenta i Saveta EU o nekim aspektima medijacije u građanskim i trgovinskim stvarima.

Član 1. stav 2. pomenute Direktive propisuje da se ova Direktiva primenjuje u prekograničnim sporovima, na građanske i trgovinske stvari, osim na prava i obaveze kojima strane ne mogu slobodno raspolagati u skladu sa pozitivnim nacionalnim zakonodavstvima.

U članu 2. stav 1. Direktive se definiše pojam prekograničnog spora. Prema pomenutom članu, prekogranični spor je spor u kome bar jedna od strana ima stalno ili uobičajeno prebivalište u državi članici različitoj od druge države članice. Reč je o stalnom ili uobičajenom prebivalištu na dan kada su se strane saglasile da upotrebe medijaciju pošto je spor već nastao; ili na dan kada je sud naložio medijaciju; ili kad obaveza upotrebe medijacije nastane na osnovu nacionalnih propisa; ili na dan kad je stranama upućen poziv od strane suda da pokušaju da

---

<sup>23</sup> Engl. Recommendation No. R (98) 1 of the Committee of Ministers to Member States on family mediation.

<sup>24</sup> Engl. Recommendation No. R (99) 19 of the Committee of Ministers to Member States concerning mediation in penal matters.

<sup>25</sup> Engl. Recommendation Rec(2001)9 of the Committee of Ministers to Member States on alternatives to litigation between administrative authorities and private parties.

<sup>26</sup> Engl. Recommendation Rec (2002)10 of the Committee of Ministers to Member States on mediation in civil matters.

<sup>27</sup> Dostupna na internet adresi [www.europa.eu](http://www.europa.eu) pristup na dan 06. 10.2011.

upotrebe medijaciju kao način za rešenje spora u skladu sa članom 5. Direktive.<sup>28</sup> Prekograničnim sporom se smatra i spor gde su, po okončanju medijacije, između istih strana pokrenuti sudski postupak ili arbitraža u državi članici različitoj od onih gde su strane imale stalno ili uobičajeno prebivalište.<sup>29</sup>

Član 3. stav 1 Predloga Zakona o medijaciji uvodi mogućnost tzv. međunarodne medijacije, koju definiše kao medijaciju u spornim odnosima sa stranim elementom, a naročito: “1) ako strane u vreme postizanja saglasnost o medijaciji imaju prebivalište ili poslovno sedište u različitim državama; 2) u slučaju ako država u kojoj strane imaju prebivalište ili poslovno sedište nije država u kojoj treba da se izvrši bitan deo obaveza iz poslovnog odnosa, odnosno država sa kojom je predmet spora najuže povezan; 3) ako su se strane izričito sporazumele da je spor vezan za više država”. Pored toga, on uvodi mogućnost da strane u sporu sa elementom inostranosti odrede da se medijacija sprovede primenom drugih pravila, a ne onih sadržanih u Zakonu o medijaciji.<sup>30</sup> Naime, stav 2 istog člana predviđa primenu odredbi Zakona o medijaciji Republike Srbije u slučaju kada se medijacija u sporu sa elementom inostranosti vodi u Republici Srbiji, osim ako su se strane izričito sporazumele da će se medijacija sprovesti po drugim pravilima.

Predlog zakona o medijaciji propisuje načela ovog postupka: dobrovoljnost, ravnopravnost, isključenje javnosti, poverljivost, te načelo o dopuštenosti upotrebe dokaza u drugim postupcima.<sup>31</sup> Načelo dobrovoljnosti<sup>32</sup> je konkretizovano putem propisivanja obaveze suda ili drugog organa da strane u sporu uputi da spor reše u postupku medijacije i da pruži sva obaveštenja koja su potrebna radi potpune obaveštenosti stranaka o mogućnosti sprovođenja medijacije. Ovo pravilo je

<sup>28</sup> Član 5. Direktive o nekim aspektima medijacije u građanskim i trgovinskim stvarima: “Pribegavanje medijaciji. 1. Sud pred kojim je pokrenut postupak može da, po potrebi i uzimajući u obzir sve okolnosti slučaja, pozove strane da upotrebe medijaciju u cilju rešavanja spora. Sud može i da pozove strane da prisustvuju informativnom sastanku o upotrebi medijacije ukoliko se takvi sastanci održavaju i pristupačni su. 2. Ova Direktiva ne dovodi u pitanje nacionalne propise kojima se upotreba medijacije određuje obaveznom ili podložnom stimulansima i sankcijama, bilo pre ili po otpočinjanju sudskog postupka, pod uslovom da ti propisi ne sprečavaju strane da uživaju svoje pravo na pristup pravosudnom sistemu.”

<sup>29</sup> Vid.: Član 2. st. 2 Direktive o nekim aspektima medijacije u građanskim i trgovinskim stvarima.

<sup>30</sup> Vid.: Predlog zakona o medijaciji dostupno na internet adresi <http://www.zakon.co.rs/predlog-zakona-o-medijaciji.html> pristup na dan 14.06.2012.

<sup>31</sup> Vid. Čl. 6.- 10. Predloga zakona o medijaciji Republike Srbije.

<sup>32</sup> Prema načelu dobrovoljnosti, postupak medijacije se sprovodi na osnovu izričite saglasnosti strana, osim u spornim odnosima u kojima je posebnim zakonom pokretanje postupka medijacije predviđeno kao uslov za vođenje sudskog ili drugog postupka (vid. čl. 6. st. 1 Predloga zakona o medijaciji Republike Srbije).



zapravo u skladu sa članom 5. Direktive o nekim aspektima medijacije u građanskim i trgovinskim stvarima koji propisuje istu takvu dužnost suda uz mogućnost da strane u sporu budu pozvane od strane suda na informativne sastanke o upotrebi medijacije ako takvih sastanaka ima i ako su oni pristupačni.

U pogledu načela poverljivosti, koje je regulisano članom 9. Predloga zakona o medijaciji, možemo primetiti da je prihvaćeno rešenje iz člana 7. Direktive o nekim aspektima medijacije u građanskim i trgovinskim stvarima. Naime, primena načela poverljivosti nije apsolutna. Član 7. Direktive propisuje da dokazi koji su upotrebljeni u postupku medijacije, a koji prizilaze iz postupka medijacije ili su u vezi sa ovim postupkom, ne mogu da budu primenjeni u nekom drugom sudskom ili arbitražnom postupku. Izuzetak od ovog pravila predstavljaju slučajevi kada se pomenuti dokazi mogu upotrebiti i to ukoliko je to neophodno zbog prioriternih razloga javnog poretka države članice u pitanju (a posebno kada je potrebno pružiti zaštitu u najboljem interesu deteta ili sprečiti štetu po telesni ili duševni integritet lica), kao i kada je otkrivanje sadržine sporazuma koji je postignut u postupku medijacije neophodno radi sprovođenja i izvršenja sporazuma.<sup>33</sup> Slično rešenje sadrži i član 9. Predloga zakona o medijaciji-prema njemu su svi podaci, predlozi i izjave u vezi sa postupkom medijacije poverljivi (ako se strane nisu sporazumele drugačije) sa izuzetkom podataka, izjava i predloga koji moraju biti izneseni na osnovu zakona ili u cilju sprovođenja sporazuma strana. Načelo poverljivosti odnosi se na strane u sporu, medijatora, zakonske zastupnike i punomoćnike strana, treća lica koja prisustvuju postupku medijacije i lica koja obavljaju administrativne poslove za potrebe medijacije. Predlozi koji su izneseni u toku medijacije i koji su dati isključivo radi zaključenja sporazuma o spornom odnosu ne mogu da se koriste u sudskom, arbitražnom ili drugom postupku, niti da se na drugi način saopšte. Sud ili drugi organ koji vodi postupak ima obavezu da nakon okončanog postupka medijacije odbije takve predloge ako mu budu ponuđeni.<sup>34</sup> Član 10. Predloga zakona o medijaciji, kojim se konkretizuje koji se dokazi upotrebljeni u postupku medijacije ne mogu upotrebljavati u drugim postupcima<sup>35</sup>, je u skladu sa članom 9. Predloga.

---

<sup>33</sup> Vid. čl. 7 Direktive o nekim aspektima medijacije u građanskim i trgovinskim stvarima.

<sup>34</sup> Vid. čl. 9. st. 3 i 4 Predloga zakona o medijaciji Republike Srbije.

<sup>35</sup> U pitanju su sledeći dokazi: činjenica da je jedna strana predložila sprovođenje postupka medijacije ili izrazila volju da u njemu učestvuje; mišljenja i stavovi koje je jedna strana izrazila u postupku medijacije ili predlozi koje je u tom postupku iznela isključivo u cilju postizanja sporazuma o spornom odnosu; izjave o činjenicama ili priznanje zahteva ili činjenica koji su dati u postupku medijacije; mogući načini rešavanja spornog odnosa koje je u toku postupka medijacije izneo medijator i činjenica da je strana u postupku izrazila spremnost da prihvati predloženi način rešenja

U pogledu zastarelosti potraživanja povodom koga se vodi postupak medijacije, nova rešenja su u skladu sa pravilima sadržanim u Direktivi o nekim aspektima medijacije u građanskim i trgovinskim stvarima. Naime, prema članu 8. Direktive, države članice treba da osiguraju da strane koje su izabrale da spor reše u postupku medijacije ne budu onemogućene da u slučaju da spor u medijaciji ne bude rešen, naknadno pokrenu sudski postupak ili arbitražu, zbog isteka rokova ili nastupanja zastarelosti tokom postupka medijacije.<sup>36</sup>

Prema članu 15. Predloga zakona o medijaciji, pokretanjem ovog postupka se ne prekida zastarelost potraživanja, s tim da postizanjem saglasnosti o sprovođenju medijacije, počinje zastoj zastarelosti potraživanja u odnosu na zahtev povodom koga se sprovodi postupak medijacije. Ovaj zastoj ne može trajati duže od 90 dana od dana postizanja saglasnosti o sprovođenju medijacije. Ako se medijacija okonča bez postizanja sporazuma strana u sporu, rok zastarelosti nastavlja da teče od dana kada je postupak medijacije okončan. Stav 4 istog člana propisuje da pokretanje postupka medijacije ne utiče na zakonske rokove za pokretanje sudskog ili drugog postupka, u pogledu zahteva povodom koga se sprovodi postupak medijacije. Izuzetak predstavljaju slučajevi u kojima je medijacija predviđena kao uslov za vođenje sudskog ili drugog postupka. Predlogom je predviđeno i novo pravilo vezano za medijaciju u pravnim stvarima za koje je predviđen prekluzivan procesni rok-prema odredbi člana 15. stav 5 Predloga, ako je u toku postupak medijacije povodom zahteva za koji je posebnim zakonom određen rok za pokretanje sudskog ili drugog postupka, a rok još uvek nije istekao, on nastavlja da teče od dana kada predlog za sprovođenje medijacije nije prihvaćen, odnosno od dana okončanja postupka medijacije.<sup>37</sup>

Imajući u vidu potrebu da sporazum o spornom odnosu koji strane zaključuje u postupku medijacije može da se prinudno izvrši, član 17. Predloga zakona o medijaciji predviđa mogućnost da takav sporazum stekne snagu izvršne isprave. U stavu 1 ovog člana predviđa se da sporazum o spornom odnosu ima snagu izvršne isprave ako su ispunjeni određeni uslovi. Ti uslovi su: da je sporazum sačinjen u pisanoj formi; da sadrži potpise strana; i da ga na zapisnik uzme sudija, službeno lice koje rešava u upravnoj stvari ili drugo lice koje vrši javna ovlašćenja (kao na primer, javni beležnik ili izvršitelj). Sporazum o spornom odnosu

---

spornog odnosa; isprava koja je pripremljena isključivo za potrebe postupka medijacije (vid. član 10. Predloga zakona o medijaciji).

<sup>36</sup> U stavu 2 istog člana se navodi da ovakvo rešenje Direktive ne dovodi u pitanje odredbe o rokovima i zastarelosti u međunarodnim sporazumima u kojima su države članice ugovorne strane.

<sup>37</sup> Vid.: Radna verzija Zakona o medijaciji-obrazloženje dostupno na internet adresi <http://www.mpravde.gov.rs/cr/articles/zakonodavna-aktivnost/radne-verzije-zakona/> pristup na dan 14.06.2012.

može imati snagu izvršne isprave i u drugim slučajevima predviđenim posebnim zakonom. Cilj koji treba da bude postignut ovim rešenjem jeste pružanje mogućnosti stranama da se opredele za preduzimanje radnji koje su potrebne za obezbeđivanje izvršnosti sporazuma o spornom odnosu. Ono je u skladu sa članom 6. Direktive o nekim aspektima medijacije u građanskim i trgovinskim stvarima kojim se državama članicama nalaže da obezbede da strane, ili jedna od strana uz izričit pristanak druge, mogu da zahtevaju da sadržaj pisanog sporazuma koji je rezultat medijacije bude proglašen izvršnim. Izuzetak je predviđen za slučaj kada je sadržaj sporazuma suprotan zakonu države članice gde je podnet zahtev za stavljanjem oznake izvršnosti ili ako pravo te države članice ne predviđa njegovu izvršnost.<sup>38</sup> Predlog zakona o medijaciji u članu 17. stav 2 predviđa još jednu mogućnost za obezbeđivanje izvršnosti sporazuma o spornom odnosu-naime, sporazum koji je sačinjen i pisanoj formi i sadrži potpise strana ima snagu izvršne isprave i ako je jedna strana dala izričitu izjavu da pristaje da se po dospelosti utvrđene obaveze ili po ispunjenju predviđenog uslova, sprovede prinudno izvršenje i ako na takav sporazum Komora medijatora stavi potvrdu izvršnosti na način određen aktom Komore.<sup>39</sup> Ovakvo rešenje ima za cilj da se obezbedi jednostavna procedura za obezbeđenje svojstva izvršne isprave sporazuma o spornom odnosu koji je postignut u postupku medijacije. Na taj način se ovaj sporazum se stavlja u rang odluka sudova i drugih državnih organa koji imaju snagu izvršne isprave.<sup>40</sup>

U članu 9. Direktive o nekim aspektima medijacije u građanskim i trgovinskim stvarima, predviđa se obaveza država članica da svim sredstvima koje smatraju podobnim, naročito putem interneta ohrabruju obaveštavanje šire javnosti o načinu stupanja u vezu sa medijatorima i organizacijama koje pružaju usluge medijacije.

Ova odredba Direktive, tumačena u cilju popularizacije medijacije, naišla je na svoju primenu u Predlogu zakona o medijaciji koji predviđa mogućnost da medijatori obavljaju medijaciju bez naknade, pri čemu je Komora medijatora dužna da vodi poseban spisak o medijatorima koji pružaju usluge medijacije bez naknade.<sup>41</sup>

---

<sup>38</sup> U stavu 4 ovog člana Direktiva predviđa da navedena rešenja ne treba da utiču na pravila koja se primenjuju na priznavanje i izvršenje sporazuma označenog izvršnom klauzulom u drugoj državi članici.

<sup>39</sup> Komora medijatora je profesionalno udruženje u koje se udružuju medijatori upisani u Registar medijatora (vid. član 52. stav 1 Predloga zakona o medijaciji).

<sup>40</sup> Vid.: Predlog zakona o medijaciji dostupno na internet adresi <http://www.zakon.co.rs/predlog-zakona-o-medijaciji.html> pristup na dan 14.06.2012.

<sup>41</sup> Vid. član 19 stav 5 i stav 6 Predloga zakona o medijaciji.

## ZAKLJUČAK

Namera zakonodavca je svakako da se primenom novog zakona otklone slabosti koje su u praksi otežavale primenu medijacije, a posebno da ona bude što šire dostupna.

Time bi se postigao dvostruki cilj-rasterećenje sudova i ostvarivanje prava na pravično suđenje u razumnom roku i prava na pristup pravdi koje je zagaran-  
tovano Ustavom Republike Srbije (član 32. Ustava), i članom 6. Evropske konven-  
cije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.<sup>42</sup>

Da li će on biti ostvaren, ostaje da se vidi, naravno sve to pod pretpostav-  
kom da ovaj Predlog zakona o medijaciji bude usvojen.

MONIKA MILOŠEVIĆ, LL.D.,  
Assistant Professor, Faculty of Law  
University Union, Belgrade

### PERSPECTIVE OF DEVELOPMENT OF MEDIATION IN SERBIA

– In the light of the proposal of a new law on mediation and its compliance with the Di-  
rective 2008/52/ec of the European parliament and of the EU Council on certain aspects  
of mediation in civil and commercial matters

#### Summary

The current Law on Intercession – Mediation, proved to be rather unsuccessful in practical application. For this reason the Parliament of the Republic of Serbia prepared the Proposal of a new Law on Mediation. Having in mind that one of the main reason for passage of the new law is the need to harmonize the existing normative solutions in the mediation sector with international and European standards in this domain, especially the Directive 2008/52/ES of the European Parliament and of the EU Council on certain aspects of mediation in civil and commercial matters, the author of this article analyzes the extent to which this Proposal is harmonized with the said Directive.

---

<sup>42</sup> Vid.: Predlog zakona o medijaciji dostupno na internet adresi <http://www.zakon.co.rs/predlog-zakona-o-medijaciji.html> pristup na dan 14.06.2012.

## E-MEDIJACIJA

### U V O D

Spektakularni tehnološki napredak, razvoj informacionih tehnologija, političke promjene, kao i kraj hladnog rata, imali su za posljedicu kreiranje novog ambijenta za unapređenje međunarodne trgovine. Ovime se doprinijelo globalizaciji poslovanja, novim načinima poslovanja, te usljed toga i novim načinama rješavanja nastalih sporova. Kraj XX i početak XXI vijeka donio je jačanje i sve veću rasprostanjenost modernih, alternativnih načina rješavanja sporova kao naročito pogodnih instrumenata za rješavanje privrednih sporova, u SAD-u, Evropi, Aziji i Australiji.<sup>1</sup> XXI vijek i razvoj Interneta kao perfektnog medija sa sobom je donio širok spektar i drugih tehnologija koje se koriste za unapređivanje poslovnih interakcija<sup>2</sup>: elektronska razmjena podataka (EDI), e-mail, elektronski

---

Dr Aneta Spaić, docent Pravnog fakulteta Univerziteta Crne Gore.

<sup>1</sup> Arno R. Lodder and John Zeleznikow, *Enhanced Dispute Resolution Through the Use of Information Technology*, Cambridge University Press, ISBN 978-0-521-51542-9, str.143.

<sup>2</sup> Do 1995, Internet je prvenstveno korišćen od strane vojnih akademskih institucija. Nakon 1995 Internet postaje dostupan i pristupačan civilnim korisnicima. Onda kada je Internet postao popularan do mjere da se ogroman procenat razmjene dešavao na internet mrežama, sve više je bila prisutna i komercijalizacija onlajn sporova. Kao posljedica ovakvih novina, stvorila se potreba za kreiranje mehanizama za onlajn rješavanje sporova (ODR). O ovoj temi više: Ponte, L. & Thomas D. Cavenagh, *Cyberjustice: Online Dispute Resolution (ODR) for E-Commerce* 18 (2005); Ethan Katsh & Janet Rifkin, *Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts in Cyberspace* 10 (2001) (noting that the Internet “extends what we can do, where we can do it, and when we can do it”);

sistemi plaćanja, prenosivi digitalni uređaju, interaktivna televizija, elektronski kiosci za samousluživanje i smart kartice.<sup>3</sup> Svakako da su time dodatno nametnuti zahtjevi za iznalaženje brzih i manje formalnih načina rešavanja sporova, te se u tom smislu onlajn tehnike tretiraju, kao korak dalje.<sup>4</sup>

Naime, uskoro nije nerealno očekivati da jedna od ugovornih strana (potrošač), uvijek kada pokrene postupak odnosno podnese tužbu za neregularnosti u poslovanju druge ugovorne strane, može zahtijevati privremeno obustavljanje postupka, na osnovu ugovorne klauzule ili predloga sudije, i pristupiti onlajn medijaciji. Svakako, ovo je moguće jedino u slučaju kada su medijatori akreditovani i

A.B.A. Task Force on Elec. Commerce & Alternative Dispute Resolution, Addressing Disputes in Electronic Commerce: Final Recommendations and Report, 58 Bus. Law. 415, 434 (2002) [A.B.A. Task Force] (određujući da ODR obuhvata "upotrebu internet i drugih web i kompjuter-orijentisanih tehnologija kojima se olakšava upotreba ADR-a"); Louise Ellen Teitz, Providing Legal Services for the Middle Class in Cyberspace: The Promise and Challenge of On-line Dispute Resolution, 70 Fordham L. Rev. 985, 986 (2001); Sarah Rudolph Cole & Kristen M. Blankley, Online Mediation: Where We Have Been, Where We Are Now, and Where We Should Be, 38 U. Tol. L. Rev. 193 (2006).

<sup>3</sup> Opšte usvojena podjela danas prisutnih elektronskih transakcija najčešće podrazumijevaju: a) B2B (business to business, npr. *Cisco*) – elektronske transakcije koje se odvijaju između privrednih subjekata, a podrazumijevaju korišćenje Interneta i veb tehnologija za bržu, bolju i jeftiniju kupovinu i prodaju roba, tj. razmjenu proizvoda, usluga ili informacija sa drugim firmama iz okruženja. Ovaj tip poslovanja podrazumijeva tri faze razvoja: EDI (razmjena podataka izvršena elektronskim putem posredstvom standardizovanih poruka kojima se zamjenjuju tradicionalni papirni dokumenti); b) Osnovne B2B elektronske transakcije; Electronic Marketplaces - e-Markets (web sajtovi na kojima se vrši prezentacije ponude i tražnje u određenoj oblasti); c) B2C (business to consumer, npr. *Amazon*) elektronske transakcije između firmi i potrošača (knjige, karte, itd) – i odnose se na trgovinsku djelatnost koja prodaje proizvode i usluge do krajnjih potrošača posredstvom internet tehnologija. Virtualni trgovinski centri (onlajn prodavnice) -skup dve ili više elektronskih prodavnica, u kojima se potrošačima nude neki proizvodi ili usluge, uz koje može biti uključen i program pratećih usluga ili zabavnih sadržaja. Funkcionisanje ovog tipa onlajn prodavnica posmatra se sa dva stanovišta: 1) sa stanovišta prodavca (dostupnost elektronskog tržnog centra, cijena korišćenja prostora elektronskog tržnog centra i dodatne usluge koje se nalaze u ponudi); 2) sa stanovišta potrošača (dolazak na *home page* virtualnog tržnog centra, pronalaženje traženog proizvoda ili kategorije proizvoda, preusmeravanje na prezentaciju, tj. prodavnicu koja prodaje te proizvode). d) C2C (consumer to consumer, npr. *eBay*) podrazumijeva elektronske transakcije između potrošača, tzv. aukcije, C2B (consumer to business, npr. *Priceline*) je najmanje prisutna, i počiva na odnosu potrošača prema kompaniji, B2A (business to administration) odnose na elektronska poslovanja između kompanija i državnih organa; dok C2A (consumer to administration) elektronske transakcije između pretpostavljaju odnose između potrošača i državnih organa. e) Za odnos i razvoj Interneta i elektronske trgovine, pogledati: Zhu, Zhifeng, Tang Mingjiang, He Ying, Web Site and Customer Value – From a Marketing Perspective, str. 18, dostupno na <http://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:230829/FULLTEXT01>.

<sup>4</sup> Rinaldo Sali, Risolvionline Experience: A New ODR Approach For Consumers And Companies, str. 1. Više vidjeti na: <http://www.odr.info/unece2003/pdf/sali.pdf>

kada upućivanje na medijaciju ne znači nove barijere i troškove za ugovorne strane u sporu.<sup>5</sup>

### *Nastanak e-medijacije*

Dok se tradicionalni odnosno konvencionalni postupak medijacije sprovodi u prisustvu stranaka u sporu, internet tehnologija sa ekspanzijom net – komunikacija (koja se odnosi ne samo na e-mail korespondencije, već i elektronske tehnologije kao što su video-konferencije, mobilne telefonske komunikacije, kao i druge internet instrumente) i fantastični razvoj elektronskih transakcija,<sup>6</sup> iako uz ogromnu skeptičnost, prouzrokuje sve veće interesovanje za *onlajn* posredovanje.<sup>7</sup> Svoje prve korake ovaj tip medijacije doživljava u SAD-u.<sup>8</sup> Još 1996. godine na jednom od najvećih svjetskih onlajn tržišta, eBay sajtu, korisnicima sajta je data mogućnost dostavljanja pritužbi. U roku od dvije nedelje preko korisničkog servisa je pristiglo je 150 pritužbi kojima se pokretali sporovi vrijednosti od jedne do petnaest hiljada dolara. Angažovani posrednik je uspio da uspješno riješi više od jedne polovine nastalih sporova.<sup>9</sup> Odmah nakon toga, Centar za informacione tehnologije i rješavanje sporova na Univerzitetu Masačusets je 1999. godine sproveo projekat – studiju da bi utvrdio koliko u rješavanju e-sporova mogu biti efikasni tzv. onlajn, i utvrdio da e-sporovi najčešće nastaju iz elektronskog poslovanja. Svakako da se ovaj tip medijacije može primijeniti i na sporove koji nijesu prvobitno vezane za onlajn poslovanje, kao što je slučaj sa distancionim prodajama kod kojih geografska udaljenost između strana u sporu značajno određuje izbor ovog instrumenta.<sup>10</sup>

---

<sup>5</sup> Juan Pablo Cortés Diéguez, Mandatory Online Mediation for European Consumers: Legal Constraints and Policy Issues, University College Cork. Dostupno na: <http://www.bileta.ac.uk/Document%20Library/1/Mandatory%20Online%20Mediation%20for%20European%20Consumers-%20Legal%20Constraints%20and%20Policy%20Issues%20%5BPablo%20Cortes%5D.pdf>.

<sup>6</sup> Razumljivo je da sve elektronske transakcije počivaju na parametrima kriptografije koji se odnose na: 1) Zaštiti tajnosti informacija (sprečavanje otkrivanja njihovog sadržaja); 2) Integritetu informacija (sprečavanje neovlašćene izmene informacija); 3) Autentičnosti informacija (definisanje i provera identiteta pošiljaoca).

<sup>7</sup> Juan Pablo Cortés Diéguez, University College Cork, Mandatory Online Mediation for European Consumers: Legal Constraints and Policy Issues, str. 9. Dostupno na <http://www.bileta.ac.uk/Document%20Library/1/Mandatory%20Online%20Mediation%20for%20European%20Consumers%20Legal%20Constraints%20and%20Policy%20Issues%20%5BPablo%20Cortes%5D.pdf>

<sup>8</sup> Esther van den Heuvel, Online Dispute Resolution As A Solution To Cross-Border E-Disputes, str. 11–23. Dostupno na <http://www.oecd.org/dataoecd/63/57/1878940.pdf>

<sup>9</sup> Ethan Katsh and Janet Rifkin, Online Dispute Resolution, Resolving Conflicts in Cyberspace, Jossey –Bass, 2001, 0-7879- 5676-7, str. 1–2.

<sup>10</sup> Nadja Alexander, Global Trends in Mediation, UK: Kluwer Law International, str. 27.



Jedan od prvih sistemskih mehanizama alternativnih načina rješavanja sporova, koji je nazvan Virtualni Magistrat (Virtual Magistrate), je kreiran od strane Villanova Univerziteta.<sup>11</sup> Odmah nakon toga, Univerzitet u Masačusetsu je otvorio program za posredovanje, tačnije Onlajn kancelariju ombudsmana (Onlajn Ombudsman Office – OOO).<sup>12</sup> OOO je koristio internet konferencijske sale u kojima su stranke imale mogućnost da se obrate ombudsmanu kao neutralnoj, “trećoj” strani, odgovornoj za rešavanje raznih sporova upotrebom raznovrsnih instrumenata.<sup>13</sup> Ovaj projekat se pokazao uspješnijim u odnosu na projekat Virtuelnog Magistrata,<sup>14</sup> tj. predstavljao je korak dalje u etabliranju novog sistema.<sup>15</sup> Ovim projektima je inaugurisan najznačajniji sistem onlajn posredovanja – *SquareTrade*. Riječ je o “proizvodu” istraživačkog projekta Univerziteta u Masačusetsu kojim je ustanovljena procedura po kojoj se nezadovoljnim klijentima, kupcima, kompanijama i potrošačima omogućava da se tužbom uz dostavljanje potrebnih informacija, detalja spora, kao i predloga mogućeg rješenja spora, obrate *SquareTrade*.<sup>16</sup> O ovome *Square Trade* obavještava i drugu stranu, sa instrukcijama o dostavljanju odgovora na istu. Ako protivna strana odgovori, *SquareTrade* pristupa pregovorima ili medijaciji kao alternativni. Tokom postupka mirenja, preko obezbijedjenog sajta, strane u sporu komuniciraju isključivo preko posrednika, uz apsolutno poštovanje principa povjerljivosti. Nakon prikupljanja svih informacija, posrednik predlaže rješenje nastalog spora, koji nema dejstvo obavezujuće odluke.<sup>17</sup>

<sup>11</sup> Ethan Katsh & Janet Rifkin, *op. cit.*, str. 2. Ovaj projekat je doniran od strane Nacionalnog centra za informaciono istraživanje (National Center for Automated Information Research) i Pravni institut za sajber pravo (Cyberspace Law Institute)

<sup>12</sup> Joseph A. Zavaletta, *Using E-Dispute Technology to Facilitate the Resolution of E-Contract Disputes: A Modest Proposal*, 7 J. Tech. L. & Pol’y, 2002, str. 2,13.

<sup>13</sup> William Y. Chin, *Multiple Cultures, One Criminal Justice System: The Need for a “Cultural Ombudsman” in the Courtroom*, 53 Drake L. Rev., 2005, str. 651, 654.

<sup>14</sup> Victoria C. Crawford, *A Proposal to Use Alternative Dispute Resolution as a Foundation to Build an Independent Global Cyberlaw Jurisdiction Using Business to Consumer Transactions as a Model*, 25 Hastings Int’l & Comp. L. Rev., 2002, str. 383, 392–393.

<sup>15</sup> Na kraju, eBay se pridružio OOO za kreiranje pilot programa za rješavanje sporova koji proističu na onlajn tržištu. Lucille M. Ponte, *Throwing Bad Money After Bad: Can Online Dispute Resolution (ODR) Really Deliver the Goods for the Unhappy Internet Shopper?*, 3 Tul. J. Tech. & Intell. Prop. 2001, str. 55, 75–79.

<sup>16</sup> Ukoliko kompanija na svom sajtu prikazuje pečat *SquareTrade* ili onlajn posrednika, to znači da će u slučaju e-spora ta kompanija biti saglasna na onlajn medijaciju, ako potrošač bude želio isto. Činjenica da kompanija učestvuje u takvim programa medijacije je veoma značajna, jer garantuje da će se postupiti u skladu sa ishodom postupka posredovanja, odnosno obavezuje se da će izvršiti zaključeni sporazum, čime postaje prijemčljivija za potrošače. Ako ne postupi u skladu sa ugovorom, dalje prikazivanja pečata na njihovom sajtu neće biti dozvoljeno.

<sup>17</sup> Sarah Rudolph Cole & Kristen M. Blankley, *Online Mediation: Where We Have Been, Where We Are Now, and Where We Should Be*, 38 U. Tol. L. Rev., 2006, str. 193.

*Pravna regulativa*

Bilo da ovdje objašnjeni postupak nazovemo onlajn, elektronska, ili sajber medijacija, riječ je o procesu koji podrazumijeva upotrebu interneta, kompjuterskih programa, vještačke inteligencije umjesto 'ljudskog elementa' – medijatora. Onlajn, elektronska ili sajber medijacija, kao i druge onlajn tehnike alternativnog načina rješavanja sporova su, kao što smo već rekli, posljedica razvoja savremenih tehnologija, a najčešće podrazumijevaju rješavanje sporova u vezi sa pitanjem domena, povjerljivosti i bezbjednosti podataka, IT pitanjima, povredom intelektualne svojine, kao i sporove iz oblasti elektronskog poslovanja. Pitanje je da li razvoj tehnologije dovoljno brzo i uspješno prati pravna regulativa? Do danas uglavnom ne postoji regulativa koja precizno uređuje pitanje onlajn alternativnih tehnika, a naročito ne onlajn medijacije. Međutim, evropski, naročito holandski i britanski e-centri i druge inicijative od strane institucija i organizacija koje se bave medijacijom svakako ne izostaju: Evropska vansudska mreža (European Extra-Judicial Network (EEJ-Net)), ustanovljena 2001. godine sa ciljem posredovanja u međunarodnim sporovima sa akcentom na elektronske i potrošačke sporove,<sup>18</sup> OECD, UNCITRAL, Globalni biznis dijalog, i Transatlanski potrošački dijalog. Takođe, u ovom smislu su inicirani mnogi projekti ICC-a,<sup>19</sup> kao što je Globalni akcioni plan za elektronsko poslovanje, koji od 2002. godine upućuju preporuke kompanijama i organizacijama o potrebi za usvajanjem efikasnijeg, jeftinijeg i fleksibilnijeg sistema za rješavanje sporova, koji se prvobitno odnosi na onlajn pristupe.<sup>20</sup>

Na evropskom terenu naročito je značajna uloga Evropske direktive. Iako ova Direktiva nema široku primenu, imajući u vidu činjenicu da se većina posredovanja odnosi na mirenja koja ne uključuju inostrani element, recital 9 Direktive ohrabruje upotrebu savremenih komunikacionih tehnologija u procesu posredovanja: "Ova direktiva ne bi nikako trebalo da onemogući upotrebu modernih komunikacionih tehnologija u postupku medijacije." Nadalje se u kontekstu ove Direktive državama članicama nalaže da sprovedu pravnu reformu uvijek kada je ista neophodna za implementaciju postojećih odredbi Direktive.<sup>21</sup> Pomenuta

---

<sup>18</sup> Više vidjeti na: [http://ec.europa.eu/consumers/policy/developments/acce\\_just/acce\\_just07\\_workdoc\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/policy/developments/acce_just/acce_just07_workdoc_en.pdf).

<sup>19</sup> Drugi značajni projekti ICC su: NETCASE sistem, i baza podataka Međunarodnog arbitražnog suda; Takođe Biznis- potrošački Inventorni Projekat Alternativnih tehnika rješavanja sporova. Više vidjeti: <http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/ICC/policy/e-business/pages/ResolvingDisputesOnline.pdf>.

<sup>20</sup> *Ibid*, str. 2. Takođe pogledati, M.Wahab, Globalization and ODR: Dynamics of Change in E-Commerce Dispute Settlement 2004, 12 International Journal of Law and Information Technology str. 123.

<sup>21</sup> Članovi 4, 9, i 7 Direktive o pojedinim aspektima medijacije u građanskim i privredno-pravnim stvarima.

pravna reforma, u smislu razvijenih informacionih internet tehnologija, najčešće se odnosi na upravo pomenutu i ovdje diskutovanu onlajn medijaciju.

Kada je riječ o regulativi koja se odnosi na postupanje medijatora i sam postupak onlajn medijacije, situacija nije bolja. Naime, ovo pitanja nijesu eksplicitno regulisana, a jedan od mogućih razloga za odsustvo tih standarda namjera da se *onlajn zajednica* učini dostupnijom i slobodnijom u odnosu na tradicionalna pravila i propise.<sup>22</sup> ODR pružaoci usluga se takođe dvoume u vezi sa pravilima i propisima kojima bi se osnovna karakteristika onlajn medijacije – fleksibilnost, dovela u pitanje.<sup>23</sup> Ako ODR zajednica za svoj prvobitni i prioritetni cilj odredi fleksibilnost, onda i nije za očekivati donošenje i usvajanja pravila kojim bi se ista ugrozila ili ograničila. Nedostatak jednoobraznog etičkog vodiča izaziva zabrinutost i sumnju u mogućnosti posrednika da na jedinstvenom konkurentnom forumu razviju potreban kvalitet za uspješno rješavanje sporova, te usljed toga, potrošači mogu biti nevoljni da pokušaju onlajn posredovanje.<sup>24</sup> Kao što smo pomenuli ova situacija se najčešće prenebregava na način da je posrednik angažovan u onlajn medijaciji obavezan etičkim kodeksom ponašanja provajdera tradicionalnih alternativnih tehnika rješavanje sporova čiji je član. Na primer, posrednik koji je član Američkog Arbitražnog Udruženja (AAA) je sa aspekta profesionalnog i etičkog postupanja vezan za modele standardog ponašanja medijatora, čak i onda kada sprovodi ODR, a ne ADR. Isto se odnosi i za medijatore angažovane u onlajn medijaciji, a neposredno zaposlene od strane drugih ADR provajdera.<sup>25</sup>

Ipak, smatramo da u cilju obezbeđenja kvalitetnog procesa, etičke smjernice moraju biti jasne, precizne i svim akterima onlajn medijacije poznate. Takvi propisi imaju za cilj da povećaju povjerenje stranaka u sporu u kvalitet i efikasnost ove tehnike za rješavanje spora, i da doprinesu tražnji za ODR uslugama. Najlakši i istovremeno prvi korak ka ispunjavanju ovog cilja je da svaki od ODR provajdera donese sopstveni etički kodeks za medijatore. Kako se donošenjem i primjenom etičkih kodeksa takođe doprinosi pravnoj sigurnosti i izvjestnosti za stanke u sporu, u kontekstu etičkog postupanja odabranog medijatora, većina provajdera ODR-a, danas prepoznaje važnost i potrebnost razvijanja etičkih standarda za on-

<sup>22</sup> Rafal Morek, *The Regulatory Framework for Online Dispute Resolution: A Critical View*, 38 Tol. L. Rev. 2006, str.163, 164.

<sup>23</sup> Miriam R. Albert, *E-Buyer Beware: Why Online Auction Fraud Should Be Regulated*, 39 Am. Bus. L.J. 2002, str. 575.

<sup>24</sup> Llewellyn Joseph Gibbons, Robin M. Kennedy & Jon Michael Gibbs, op. cit.,str. 29.

<sup>25</sup> Pogledati JAMS, *Etički vodič za medijatore* dostupan na <http://www.jamsadr.com/mediation/ethics.asp>. Svaki od ustanovljenih profesionalnih ADR pružalaca usluga ima svoj Etički kodeks, tako da su medijatori koji su angažovani u onlajn medijaciji obavezani pravilima sadržanim u istom. Dakle, čak i kada ODR pružalac usluga nema svoj posebni etički kodeks, medijatori angažovani u onlajn medijaciji su najčešće obavezani "neophodnim opštim" etičkim parametrima, odnosno etičkim kodeksima ADR provajdera.

lajn medijaciju, te se u pravcu njihovog usvajanja i čine prvi koraci. Tako su neki od glavnih ODR provajdera donijeli etičke standarde kojima se od posrednika zahtevaju određena postupanja, iako samo načelno i uopšteno.<sup>26</sup>

### Kategorije onlajn medijacije

U zavisnosti od stepena prisutnosti “onlajn” elemenata razlikujemo nekoliko kategorija subjekata koji u svom poslovanju, u različitom obimu i na različite načine pribjegavaju primjeni e-funkcija.

Autentični subjekat onlajn medijacije predstavljaju firme, poznate po virtuelnom posredovanju, koje cijele sporove rješavaju na mreži, koristeći se posebnim računarskim programima. Neki od virtuelnih programa posredovanja koriste računarske platforme kao što su tzv. slijepe-ponude (*blind bidding*) ili softveri, odnosno programski onlajn medijatori. Jedan od uspješnih primjera opisane medijacije odnosno virtuelnog posredovanja koji koristi sistem tzv. slijepih ponuda je Sajbersetel (Cypersettle) program.<sup>27</sup> *Cybersettle* odobrava advokatima ili agentima osiguranja da Sajbersetleu podnesu prigovor uz dostavljanje tri prijedloga za rješavanje nastalog spora. Druga strana u sporu, nakon obavještenja o dostavljenim ponudama, na mreži se (onlajn) izjašnjava o zahtjevu i prijavljuje se u sistem datoteka unoseći tri kontra-ponude. Softver poredi dostavljene ponude i ako dvije ponude različitih strana odstupaju jedna od druge u iznosu od 20 posto, program rješava slučaj, tako što iznosi prosjek od dvije ponude. Ako ponude odstupaju u iznosu većem od 20 posto, onda se kompanijma preporučuje i razmatranje telefonskih sesija u pravcu iznalaženja rješenja spora.<sup>28</sup> Smatramo da samo ovaj tip subjekta predstavlja autentični i istinski primjer onlajn medijacije, te kada je riječ o ovom obliku medijacije mora se voditi računa o zastupljenosti većine ili svih ovdje pomenutih elemenata.

Ne manje prisutni subjekti onlajn medijacije su firme koje upotrebljavaju računare kao djelove komunikacije potrebne za rješavanje spora ili kao suplement tradicionalnoj medijaciji. Tačnije ovaj tip subjekta, odnosno medijacije počiva na

---

<sup>26</sup> *SquareTrade* je usvojio etički vodič za posrednike, na osnovu etičkih standarda Društva za profesionalce u rešavanju sporova (SPIDR). Aktuelna pravila *SquareTrade* nijesu detaljna i precizna, ali se njima zahtijeva od posrednika nepristrasnost, povjetljivost, i obezbjeđivanje integriteta postupka. Isto tako, iako *Cybersettle* etički kodeks ne sadrži detaljna rješenja, sasvim je jasno da se ovim tekstom svaki posrednik obavezuje na postupanje u skladu sa principom neutralnosti i poverljivosti. Thomas Shultz, Does Online Dispute Resolution Need Governmental Intervention? The Case for Architectures of Control and Trust, 6 N.C. J.L. & Tech. 71, 2004. str. 89–90.

<sup>27</sup> Cybersettle, <http://www.cybersettle.com/info/about/company/overview.aspx> (poslednji put pregledano decembra, 2011).

<sup>28</sup> Llewellyn Joseph Gibbons, Robin M. Kennedy, & Jon Michael Gibbs, Cyber-Mediation: Computer-Mediated Communications Medium Massaging the Message, 32 N.M. L. Rev., 2002, str. 27–28.

upotrebi oba tipa medijacije: Onlajn i personalnog tzv. *face to face* posredovanja u rješavanju spora.<sup>29</sup>

Konačno, imamo autora koji subjektima onlajn medijacije smatraju i kompanije koje koriste kompjuterske tehnologije, kao što su elektronske komunikacije prezentacije i internet za reklamiranje usluga medijacije, za pružanje potrebnih informacija ili ispunjavanje drugih administrativnih obaveza. Ovaj tip poslovnog entiteta ne sprovodi onlajn medijaciju, te se po našem mišljenju ne može smatrati subjektom onlajn medijacije.<sup>30</sup>

### *Prednosti i nedostaci onlajn medijacije*

Ako onlajn uporedimo sa tradicionalnom medijacijom, uočićemo nekoliko prednosti. Zagovornici onlajn posredovanja smatraju da je onlajn mnogo jeftinije, fleksibilnije i brže u odnosu na tradicionalno posredovanje. Naime, onlajn posredovanje, koje se realizuje isključivo u sajber prostoru, je najjeftinija mogućnost za rješavanje sporova, naročito pogodna za stranke u sporu koje žive u udaljenim mestima ili čak u različitim zemljama, i koje ne mogu da priušte troškove putovanja samo da bi riješile nastali spor. Dakle, nezavisno od prebivališta odnosno poslovnog sjedišta stranaka u sporu, one prema sopstvenim mogućnostima, rasporedima i aranžmanima organizuju učešće u posredovanju.<sup>31</sup> Sa tim u vezi ne postoji trošak obezbjeđivanja "neutralnog" objekta - prostorije, u kojem se sprovodi posredovanje. Stranke u sporu ostaju na svojim uobičajnim mjestima poslovanja, dok su dokumenta i drugi potrebni materijali, veoma lako dostupni.<sup>32</sup> Onlajn posredovanje se može odigrati bilo kada u toku dvadeset četiri sata, sedam dana u nedelji, odnosno kada strankama u sporu i medijatoru najbolje odgovara.

Internet se smatra "neutralnom platformom za pregovore", jer za razliku od kancelarije ili drugih poslovnih prostorija, ni jedna od stranaka nema osjećaj kontrole niti prednosti usljed poznavanja prostora. Kao rezultat toga, ovako koncipirana neutralna platforma smanjuje potencijalnu, često prisutnu neravnotežu u moći stranaka u sporu. Tačnije, uobičajena neuravnoteženost pregovaračkih pozicija se ovim virtuelnim prostorom relativizuje. Dodatno, *bezličnost* postignuta Internetom zapravo smanjuje napetost i tenzije između stranaka. Uočeno je da stranke koje nijesu u neposrednoj prostornoj blizini mogu izbjeći neprijateljske interakcije. Pored toga, stranke imaju više mogućnosti da razmisle o diskusijama,

<sup>29</sup> Llewellyn Joseph Gibbons, Robin M. Kennedy, & Jon Michael Gibbs, op. cit., str. 28.

<sup>30</sup> Amy S. Moeves & Scott C. Moeves, Two Roads Diverged: A Tale of Technology and Alternative Dispute Resolution, 12 Wm. & Mary Bill Rts. J., 2004, str. 843–865.

<sup>31</sup> Robert C. Bordone, Electronic Online Dispute Resolution: A Systems Approach-Potential Problems, and a Proposal, 3 Harv. Negot. L. Rev. 1998, str. 175, 191–92.

<sup>32</sup> Jim Melamed, The Internet and Divorce Mediation, str. 12, 15 na <http://www.mediate.com/articles/melamed9.cfm>.

kao za i ponovno razmatranje e-pošte ili transkripta, što može dovesti do promišljenijih odgovora, a time i do povoljnijeg rješenja.<sup>33</sup>

Nadalje, ključna prednost onlajn medijacije, sa pravnog aspekta posmatrano, se odnosi na mogućnost stranaka da riješe nastali spor, a da pri tome nisu vezani krutim pravilima jedne države ili sistema. Naime, kao što smo pomenuli danas na međunarodnom planu postoji veoma kompleksna regulativa, te se stranke obavezuju na dosljedna postupanja povodom izvršenja obaveza, a u pravcu rješavanja nastalog spora. Ukoliko se pokrene postupak medijacije u kome dvije stranke imaju sjedišta u različitim državama, na primjer u SAD-u i Crnoj Gori, u okviru tradicionalne medijacije pitanje *utvrđivanje mjerodavnog prava* često nepotrebno dovodi do prolongiranja postupka, te umanjivanja efikasnosti i uspješnosti ovog instrumenta. Dakle, upotrebom onlajn medijacije se izbjegava ovo često problematično pitanje sukoba zakona odnosno određivanja mjerodavnog prava, jer se strankama daje prostor da same, u skladu sa sopstvenim potrebama, osmišljavaju optimalno rješenje, ne baveći se utvrđivanjem ni materijalnog ni procesnog prava.<sup>34</sup>

S druge strane, primarna briga kritičara onlajn medijacije se odnosi na podrivanje "lične" prirode odnosno karaktera tradicionalnog procesa posredovanja upotrebom tehnologije.<sup>35</sup> Oni tvrde da se zbog primjene tehnologije medijacija transformiše u *bezličan proces*, i ima za posljedicu lošu komunikaciju među strankama, i ne samo među njima već i između njih i medijatora. Bezlična komunikacija preko interneta znači i gubitak neverbalnih signala, kao što su govor tijela i izraz lica.<sup>36</sup> Zbog odsustva neverbalne komunikacije, vjerovatnoća loše komunikacije se, takođe, povećava. Rizik od loše komunikacije je dodatno otežan, ako se stranke nalaze u različitim zemljama, odnosno ako pripadaju različitim kulturama, a govore različite jezike.<sup>37</sup> *Problem poverljivosti* postupka medijacije se takođe shvata kao posljedica povećane upotrebe tehnologije.<sup>38</sup> Kako se komunikacija

---

<sup>33</sup> Joseph A. Zavaletta, Using E-Dispute Technology to Facilitate the Resolution of E-Contract Disputes: A Modest Proposal, 7 J. Tech. L. & Pol'y 2002, str. 2, 13.

<sup>34</sup> Llewellyn Joseph Gibbons, Robin M. Kennedy, & Jon Michael Gibbs, *op. cit.*, str. 27–28.

<sup>35</sup> Rachel I. Turner, Alternative Dispute Resolution in Cyberspace: There is More On the Line, Than Just Getting "Online," 7 ILSA J. Int'l & Comp. L., 2000, str. 133, 147–48; Lucille M. Ponte, Boosting Consumer Confidence in E-Business: Recommendations for Establishing Fair and Effective Dispute Resolution Programs for B2C Online Transactions, 12 Alb. L.J. Sci. & Tech. 2002, str. 441, 467–72

<sup>36</sup> Janice Nadler, Rapport in Legal Negotiation: How Small Talk Can Facilitate E-Mail Deal-making, 9 Harv. Negot. L. Rev., 2004, str. 223.

<sup>37</sup> Joseph A. Zavaletta, Using E-Dispute Technology to Facilitate the Resolution of E-Contract Disputes: A Modest Proposal, 7 J. Tech. L. & Pol'y, 2002, str. 13.

<sup>38</sup> Rachel I. Turner, Alternative Dispute Resolution in Cyberspace: There is More On the Line, Than Just Getting "Onlajn," 7 ILSA J. Int'l & Comp. L., 2000, str. 133, 147–48; Lucille M. Ponte,



stranaka uglavnom odvija u pismenoj formi (npr. e-pošta, transkripti onlajn komunikacije), kompletan zapis posredovanja postoji i može biti dostupan javnosti.<sup>39</sup> Nadalje, *potvrda identiteta stranke* je pitanje koje je takođe teško argumentovati kada je u pitanju onlajn medijacija. Teorijski posmatrano moguće je zaključiti sporazum sa licem koje nije stvarna, već prevarna strana u sporu, a koja je, iz različitih razloga, mogla postupati na taj način.

Nadalje, kritičari ističu da ODR-u nedostaju usaglašeni standardi ponašanja medijatora,<sup>40</sup> Naličje fleksibilnosti je i pravna neizvjesnost odnosno nesigurnost, te je ODR provajderima data mogućnost i sloboda da usvoje pravila u mjeri i na način kojim se neće ugroziti fleksibilnost, a poslovnim subjektima garantovati veća pravna sigurnost i izvjesnost. Ako ODR nastavi svoju ekspanziju bez adekvatne regulative, za očekivati je da klijenti neće biti zadovoljni kvalitetom ODR usluga, jer je kvalitet ODR-a značajno uslovljen kvalitetom posrednika.

Pitanje *tretmana sporazuma* postignutog u onlajn medijaciji je jednako sporno kao u tradicionalnoj. Dakle, bez obezbjeđivanja mehanizma za izvršavanje sporazuma postignutih u onlajn medijaciji, stranke u sporu nijesu dovoljno motivisane na upotrebu istog.<sup>41</sup> Striktno pravno govoreći, pitanje izvršnosti sporazuma postignutog u postupku medijacije se odnosi i na tradicionalnu i onlajn formu ovog instrumenta. Ono je razmatrano u postupku usvajanja UNCITRAL Modela zakona o posredovanju u međunarodnim privrednim sporovima (Model zakona o posredovanju). Naime, iako se Komisija zalagala za model kojim se obezbjeđuje efikasno izvršenje poravnjanja, član 14 Modela zakona o posredovanju, pitanje izvršnosti ostavlja nacionalnom zakonodavcu da ovo pitanje samostalno urediti imperativnom normom. Mnogi praktičari prava ističu da bi posredovanje kao metod rješavanja sporova imalo veću primjenu i značaj kada bi se postignutom poravnanju dao status i tretman arbitražne odluke. Vodič za upotrebu Modela zakona o posredovanju pruža primjere različitog tretmana postignutih spora-

---

Boosting Consumer Confidence in E-Business: Recommendations for Establishing Fair and Effective Dispute Resolution Programs for B2C Onlajn Transactions, 12 Alb. L.J. Sci. & Tech., 2002, str. 441, 467–72.

<sup>39</sup> Cheri M. Ganeles, *Cybermediation: A New Twist on an Old Concept*, 12 Alb. L.J. Sci. & Tech. 2002, str. 715, 735.

<sup>40</sup> Llewellyn Joseph Gibbons, Robin M. Kennedy, & Jon Michael Gibbs, *op.cit.*, str. 28.

<sup>41</sup> Ovo je problem mnogo šire prirode i ne tiče se prevashodno onlajn i tradicionalne medijacije, nego samog karaktera međunarodnog prava. Jedno od i dalje aktuelnih i otvorenih pitanja u međunarodnom pravu jeste pitanje *izvršnosti međunarodnih ugovora*, u kojima isključivo od sudova zavisi da li će odbiti izdavanje rješenja o priznavanju i izvršnosti takvog sporazuma. Richard Birke & Louise Ellen Teitz, *U.S. Mediation in 2001: The Path Brought America to Uniform Laws and Mediation in Cyberspace*, 50 Am. J. Comp. L. 2002, str. 181, 211. Bruce Leonard Beal, *Online Mediation: Has Its Time Come?*, 15 Ohio St. J. on Disp. Resol. 2000, str. 735, 739.



zuma. I kao što se istim naglašava ne postoji harmonizovano ili pak jedinstveno rješenje ovog pitanja, nezavisno od toga da li je zaključen onlajn ili drugačije.

### *Onlajn medijacija u nekim od nacionalnih okvira*

Kako je medijacija kao tehnika alternativnog rješavanja sporova prisutna u nacionalnim okvirima u različitom obimu i mjeri, tako je tretman onlajn medijacije, kao netradicionalne moderne alternativne tehnike, još više sporan i neujednačen. U tom kontekstu navodimo i objašnjavamo najuspješniji evropski model onlajn medijacije koji je zaživio u Španiji, a na primjeru crnogorskog neuspješnog sistema navodimo parametre i razloge usljed kojih ova tehnika ima malo izgleda da zaživi.

U Španiji, u okviru programa institucionalnog španskog arbitražnog programa za zaštitu potrošača, medijacija je koncipirana kao predfaza svih arbitražnih postupaka. Nova španska Uredba o arbitriranju u potrošačkim sporovima podrazumijeva onlajn arbitražu i u okviru nje onlajn medijaciju, u kontekstu koji je prethodno izložen. Pri čemu se onlajn postupak arbitraže – posredovanja, u potpunosti odvija onlajn. Upotreba medijacije, kao prethodne faze – predpostupka, će se koristiti samo onda kada se strane dobrovoljno obavežu na isto. U slučaju da obje strane prihvate medijaciju, posrednik neće biti ista osoba koja arbitrira u arbitražnom nastavku rješavanja spora, a ako se sporazum postigne, isti će imati snagu arbitražne odluke. Dakle, sporazum je pravno obavezujući i sudovi ga ne mogu preinačiti, osim za slučaj pravnog propusta ili zloupotrebe.<sup>42</sup> Takođe, Ministarstvo pravde Englesku i Vels, je otpočelo pilot projekat koristeći *MediationRoom.com* kao platformu za razvijanje onlajn medijacije, kao predfaze sudskog postupka. Onlajn medijacija može biti ohrabrena ne samo javnim, već i privatnim nacionalnim inicijativama i uspjesima. U Francuskoj je nedavno usvojen statut koji predviđa upotrebu medijacije kao mandatornog postupka uvijek kada se radi o potrošačkim sporovima. Nasuprot tome, francuski Vrhovni sud uvažava i slijedi klauzule koje se odnose na klauzule posredovanja u svim ugovorima privrednog prava, dok god primjena istih ne zadire u pravo subjekata u sporu da u slučaju da medijacija ne uspije, pristupe konvencionalnim načinima rješavanja spora.

Razvoj informaciono-komunikacionih tehnologija će svoj izraz imati i u najsuptilnijoj sferi prava – u postupku rješavanja sporova i to na način da će upotreba elektronskih sredstava uskoro biti dio pravne svakodnevnice. Analizirajući prve korake nastanka, razvoja, karakteristike, prednosti i nedostatke onlajn me-

---

<sup>42</sup> Juan Pablo Cortés Diéguez, University College Cork, Mandatory Online Mediation for European Consumers: Legal Constraints and Policy Issues, str. 16. Dostupno na: <http://www.bileta.ac.uk/Document%20Library/1/Mandatory%20Online%20Mediation%20for%20European%20Consumers%20Legal%20Constraints%20and%20Policy%20Issues%20%5BPablo%20Cortes%5D.pdf>.

dijacije, željeli smo ukazati na potrebu prilagođavanja nacionalne i međunarodne legislative novim okolnostima koje donosi razvoj tehnologije. Ključne prednosti sajber medijacije, koje se ogledaju u brzini, efikasnosti, manjoj cijeni koštanja, prilagodivosti nastalim okolnostima će opredijeliti veliki broj ugovornih strana, potrošača da pribjegu ovoj tehnici, te učiniti da se upotreba tradicionalnih načina rješavanja sporova postepeno smanji.

ANETA SPAIĆ, LL.D.,

Assistant Professor, Faculty of Law University Montenegro

## E-MEDIATION

### Summary

Development of the Information – communication technologies will have its expression in the most subtle sphere of law - in the process of resolving disputes, in a way that the use of electronic means to resolve disputes soon will be part of everyday law. Analyzing the first steps of its establishment, development, features, advantages and disadvantages of online mediation, we would like to point out the need to adapt national and international legislation to the new reality that new technology development will bring. The key advantages of cyber mediation, which are reflected in the speed, efficiency, lower cost price, adjustability to any new situation, will determine a significant number of contacting parties and consumers to resort to this legal instrument, and thereby gradually diminish use of traditional ways of resolving disputes.

DRAGANA ALEKSIĆ

## MEDIJACIJA – U PORESKOJ OBLASTI

*Medijacija* je poseban metod za rešavanje sporova koji omogućava da se strane u sporu putem pregovora koji se vode uz pomoć i posredovanje trećih lica – medijatora, sporazumeju i zajednički pronađu konstruktivno i prijateljsko rešenje, a koje je obostrano prihvatljivo, koje ne treba da znači ni gubitak a ni pobedu jedne strane, već treba da predstavlja njihov obostrani dobitak. Medijacija predstavlja vansudski način rešavanja sporova, koji se sastoji u pregovorima stranaka u postupku, dok je medijator-nezavisna i nepristrasna strana koja njima rukovodi.

Upoređivanje postupaka za rešavanje sporova donošenjem odluke, kao modela rešavanja sporova sa pozicije prava i medijacije kao načina-metoda mirnog rešavanja sporova s pozicije interesa sukobljenih strana, pokazuje da svaki od ova dva načina ima prednosti, ali i nedostatke.

Medijacija kao način rešavanja sporova je novina u našoj zemlji. U poreskim sporovima je gotovo nema. Dosadašnja iskustva u ostalim civilnim sporovima su pokazala da ona daje odlične rezultate, da se medijacijom sporovi rešavaju brže, efikasnije i što je za stranke najvažnije, sa smanjenim troškovima, jer je ona način da se spor reši na najbolji mogući način, da se ostvari dobar ishod za svakog ko je uključen u spor, bez potrebe da se ide na sud. To je postupak gde strane žele da sporni odnos reše mirnim putem, uz pomoć jednog ili više postrednika-

---

Dragana Aleksić, samostalni poreski inspektor Ministarstva finansija i privrede Republike Srbije, Poreska uprava – Regionalni centar Beograd.

medijatora, koji pomažu suprotstavljenim stranama da zajednički postignu dobro rešenje. U medijaciji strane odlučuju o uslovima sporazuma i o svemu što je bitno za postizanje sporazuma.

Predstavlja neformalan, fleksibilan, neobavezan postupak u kome medijator kao treća osoba pomaže u dogovaranju i pregovaranju prilikom traženja kompromisnog rešenja, a pruža mogućnost i priliku stranama u sporu da razumeju stavove suprotne strane i da razreše nejasnoće ili probleme zbog kojih se nalaze u sporu.

Postoje negativne strane medijacije, na kojima se neću zadržavati, već uprkos tome pokušaću da prikažem njene pozitivne karakteristike.

U poreskoj oblasti, većina razvijenih zemalja je koristi kao miran, brz i efikasan način rešavanja sporova, i to vrlo uspešno, tako da se razvijeni poreski sistem, kao što je recimo u Danskoj, ne može se zamisliti bez ovog načina rešavanja sporova.

Za mnoge upravne stvari, mislim da je efikasniji metod u odnosu na uobičajen način rešavanja sporova i smatram, da s pravom doživljava ekspanziju u mnogim zemljama, tako da mislim, da se ni naša zemlja neće odupirati posredovanju u poreskim upravnim stvarima, s obzirom na mnoštvo sporova, gde svaki spor, suštinski posmatrano, predstavlja sukob interesa strana u sporu, pri čemu su ti interesi raznovrsni. Naveći broj sporova je u upravnoj sferi, što je i razumljivo, s obzirom na razne životne situacije u kojima je neposredni predmet neusaglašenosti strana, neko pravno pitanje o kojima strane u sporu imaju različite stavove.

Medijacija pruža stranama u sporu priliku da imaju ne samo neformalno okruženje za moguće pregovaranje i dijalog, već i stručnu pomoć medijatora, koji ima ulogu da podstiče strane na dijalog i olakšava taj dijalog, dok strane koje se nalaze u sporu donose same odluku.

Posrednici – medijatori su treća strana, neutralna strana, obučeni da vode postupak posredovanja, koja učesnicima u postupku medijacije pomažu da uspostave komunikaciju, u obavezi su da poštuju interese obe strane i pronađu prihvatljivo rešenje za obe strane.

Medijatori su u obavezi da u potpunosti poštuju poverljivost postupka. Medijatori nikako ne donose odluke u ime strana, već vode neformalan razgovor i isti olakšavaju, kako bi strane realno sagledale sporna pitanja i same došle do kompromisnog rešenja, svaka strana iznosi svoje mišljenje.

Sam proces medijacije je neformalnog karaktera i može da se primenjuju u različitim spornim stvarima, te ne može biti detaljno i striktno uređen, niti mogu da se iskoreiraju tipizirana pravila, mada se i u tom pravcu ide, u tome su takođe otišle razvijene zemlje, kao što je Švajcarska, koja je takođe u nekim spornim stvarima i uspostavila tipizirana pravila postupanja, ali, ne u toj meri, da ta pravi-

la ne umanje fleksibilnost ovog postupka. U praksi može da se odvija na neograničen broj načina.

Kod nas u finansijskoj sferi Narodna banka Srbije već pokazuje znatne rezultate, posreduje u rešavanju sporova i sprovodi postupak medijacije, gde svako može, ukoliko nije zadovoljan izjašnjenjem finansijske institucije, predložiti da Narodna banka Srbije posreduje u rešavanju spornog odnosa, ili se zainteresovane strane mogu obratiti nadležnom sudu. Za pokretanje postupka medijacije strane mogu da se obrate Narodnoj banci Srbije pismenim putem ili elektronskim putem, a za dodatna pitanja i informacije postoji info-centar Narodne banke Srbije, gde su pozivi besplatni, kao i medijacija u organizaciji Narodne banke Srbije. Postupak medijacije se organizuje u prostorijama NBS u Beogradu. Ishod može da bude takav, da se postupak okonča poravnanjem, ili obustavom, što sve zavisi od volje učesnika – suprotstavljenih strana, i odustankom – prema volji predlagača.

Iskustva u Bosni i Hercegovini u primeni medijacije pokazala su da se oko 60% predmeta upućenih na medijaciju završi dogovorom stranaka, dok je praksa pokazala da stranke u skoro svim slučajevima dragovoljno i blagovremeno izvršavaju preuzete obaveze, čemu doprinosi činjenica da su same kreirale rešenje spora. Dosadašnja praksa je takođe pokazala da postupci u proseku traju 2–3 sata, uključujući i pripremu. Troškovi uključuju administrativne troškove organizacije medijacije, naknade za rad medijatora i pripadajuće poreze, eventualne troškove, ako postoje neke posebne želje stranaka, u pogledu recimo, mesta gde će se obaviti medijacija. Sporazum o nagodbi u postupku medijacije ima snagu izvršne isprave.

Za uspešnu primenu medijacije u poreskoj oblasti u mnoštvu uporednih modela medijacije, pokušaću da dam svoje viđenje preduslova da bi ona zaživela, a nesporno je da mora da zaživi i u ovoj oblasti, gde je potrebna i aktivnost države, organizacija obuke i promovisanje ovog instituta koji postaje sve zastupljeniji, a inače je zastupljen u pravnim i društvenim sistemima mnogih zemalja u poreskoj oblasti. Ona se uspešno može razvijati i bez posebnog zakona o medijaciji, o čemu postoje brojni primeri u Sloveniji. 2005. godine je donet u Srbiji Zakon o medijaciji i dva podzakonska akta, a kasnije osnovan i Republički centar za medijaciju, a medijacija je kao jedan od alternativnih načina rešavanja sporova posredno u pravni sistem Srbije uvedena još 2002. godine preko “nedelje poravnaja” u sudovima.

Za dobro funkcionisanje medijacije u poreskoj oblasti neophodno je razjasniti šta medijacija jeste, šta se može njome rešiti a šta ne, koji su njeni elementi bez kojih ona ne može da egzistira, jer medijacija ne trpi rigidnost ni stroga pravila, jer je svaka striktnost i prenormiranost guši, kako je izjavio Blažo Nedić, advokat, medijator.

Kako je poreska oblast srž države, specifična po mnogo čemu i ima striktna pravila, a medijacija postupak u kome protivnici postaju saradnici i u kome, kako često govore svi medijatori umesto krilatice “ako želiš pobediti – ne smeš izgubiti”, važi pravilo “svi dobijamo”.

Postavlja se pitanje, kako dve sukobljene strane, često i dve “zaraćene strane” – država i poreski obveznici, da umesto atmosfere nadmetanja i sukobljavanja, u kome se rešava konkretan spor, stvore atmosferu pomirenja i izvinjenja. Medijacija u ovom slučaju i treba da bude postupak u kome se sukobi rešavaju na duboko humaniji način te stoga i ima visoku korist, ukoliko se shvati na pravi način i kao takva primeni.

Medijacija kao takva nije rezervisana samo za sudski postupak ili “pravne” sporove, već se može primeniti i u svim sferama života u kojima dolazi do mimoilaženja i sukoba, u radnim odnosima, ekonomiji, lokalnim zajednicama, pa zašto se kao takva i kod nas ne bi primenjivala u poreskim sporovima.

U Danskoj i drugim razvijenim zemljama se oporezivanje sada zove SKAT. Od 2001. godine Ministarstvu finansija su dodeljeni svi zadaci u vezi naplate u Poreskoj upravi, jer je pre 2001. godine postojalo više od 500 različitih malih državnih institucija koje su prikupljale uglavnom manje dugove-poreze, gde su neke od njih uglavnom koristile lokalne advokate, koji su i tada i u tim manjim sporovima koristili medijaciju, odnosno dogovor da se nađe kompromisno rešenje, da bi se ispunila obaveza od strane obveznika. Te institucije koje su prikupljale uglavnom male dugove bile su i državna biblioteka, poslovna škola, aerodrom, sva ministarstva, nacionalni radio i tv stanice i tako dalje, do 500 različitih institucija i postojalo je alternativno rešavanje tih sporova.

Posle 2001. godine Danska je dobila novu vladu i kao posledica novih inicijativa između ostalog, Ministarstvu finansija su dodeljeni svi zadaci u vezi sa naplatom javnog duga, dok je SKAT-porez bio novina, jer je mnogo posla premešteno iz lokalnih opština na Ministarstvo Finansija, u Odsek za oporezivanje. Kako je bilo mnogo posla a dobar i čvrst temelj je uvek presudan, a kako nije bilo kontraverznih političkih koraka, doneto je niz propisa, te se prešlo sa starog načina na novi način upravljanja, kako ne bi ostali zaglavljani u kolotečinu, a po Danskom sistemu, ukoliko je sistem zaglavljen u kolotečinu, stalno se menjaju propisi i administracija, a tako ne treba da bude, već da se svaki posao olakša i da svima bude dobro i državi i obveznicima.

Zbog toga je Danska, da bi rešila veliki broj sporova i “naterala dužnike da plate” svoje obaveze, putem svojih zakona i propisa regulisala je i alternativan način rešavanja poreskih sporova, odnosno, poreska administracija preduzima sve moguće alternativne mere da ne dođe do upravnog spora, odnosno, da se upravna stvar reši u Poreskoj upravi-prvostepenom postupku i ne ide dalje na sud.

Dansko zakonodavstvo u poreskoj materiji podrazumeva automatsko rukovanje procesom naplate potraživanja poreskog duga. Poreski obveznici u digitalnom formatu šalju poreskoj administraciji svoju dokumentaciju, poreske prijave i ostala obaveštenja koja se odnose na njihove poreske obaveze, dakle, komuniciraju elektronski. Poslovne knjige poreskih obveznika takođe se predaju u elektronskom formatu, žalbe takođe.

Poreski obveznik u svakom trenutku može da prati kretanje njegove žalbe na svojoj veb stranici. Ukoliko je nezadovoljan sa svojom poreskom obavezom i žali se na njen iznos, procedura je sledeća:

Prema pravilima i propisima SKAT /kako se sada zove oporezivanje u Danskoj/ ima obavezu da sprovede istragu, ali ne u smislu utvrđivanja krivice, već u smislu ispitivanja poslovanja poreskog obveznika i to na osnovu njegovog spostvenog budžeta kalkulacije, koji je SKAT-U u Danskoj dostupan, s obzirom da sa poreskim obveznikom komuniciraju elektronski, poreski obveznik se poziva, u cilju dogovora, određuje mu se razuman rok plaćanja, odnosno, SKAT komunicira sa poreskim obveznikom, kako bi on izmirio obavezu na najbolji mogući način i da ne ulazi u sudski spor. To je alternativan način rešavanja sporova, gde se obvezniku daje mogućnost da izabere najbolju opciju kako bi izmirio obavezu i u većini slučajeva, obveznici svoje obaveze izmiruju, država im u pogledu uslova izlazi u susret. I pored toga, procenat naplate nije zadovoljavajući za Dansku, iako je mnogo veći nego u našoj zemlji, ali ta zemlja smatra da to nije ni u jednom upravnom sistemu, međutim, da je na putu, da na dobrom i čvrstom temelju, kakav je njihov, poveća procenat naplate poreza.

Cilj je da se sudski sporovi u poreskom postupku izbegnu i da se sve završi još u prvom stepenu, odnosno da poreska administracija “nekako ubedi poreskog obveznika” da poresku obavezu izmiri, dajući mu razumna rešenja, ali i olakšice, sve u cilju izmirenja obaveze.

SKAT kada izvrši procenu poreske obaveze poreskog obveznika i njegovih platežnih mogućnosti da obavezu izmiri, dakle, delimično na sopstvenu inicijativu, a delimično na zahtev obveznika, pristupaju postupku medijacije, odnosno, alternativnog postupka. Za uspešnu primenu ovog instituta važna je treća, neutralna strana, mirotvorna strana koja nalazi kompromisno, prihvatljivo rešenje.

Takođe, poreski obveznici mogu pre predaje poreske prijave, odnosno obaveštenja o svojim prihodima i rashodima-da traže da sa Poreskom upravom / SKAT/ zakluče obavezujući sporazum o mogućim spornim pitanjima kod regulisanja poreskih obaveza.

Danska želi da donosi ispravne odluke i da nema greški. Ne može da zamisli greške poreskih službenika, posebni fokus je usmeren ka žalbama, tako da se trudi da u najvećoj mogućoj meri donosi ispravne odluke, ali, ukoliko ipak dođe do



žalbe, da i tada na najbolji, kompromisni način, postigne sporazum sa poreskim obveznikom.

Vođenje tog postupka se zasniva na dijalogu-dakle medijaciji, zato je potrebna dobra, ali brza komunikacija, poreski obveznik se izuzetno ceni i poštuje i fokus je na digitalizaciji procesa, da ima što manje bespotrebnih papira. Prvenstveno su poreski službenici u prvostepenom postupku nezavisni i tu se odvija najveći dijalog-komunikacija, odnosno proces medijacije. Rad poreskih službenika je podložan kontroli u svakom trenutku, a poreski obveznik tok postupka može takođe pratiti na itermejl stranici, tako da, kako sam i navela, greški gotovo da i nema, odnosno ne sme da bude.

The Netherrlands /Holandija/ takođe u svom poreskom sistemu koristi alternativan način rešavanja. Od 2010. godine Holandija je počela da sprovodi takvu poresku politiku tako što telefonom poziva poreske obveznike koji su izjavili žalbu. Recimo, poreski obveznik nije zadovoljan sa utvrđivanjem poreske osnove i dobija telefonski poziv u vezi svog zahteva, odnosno izjavljene žalbe. Cilj ovog poziva je da se postigne bolja efikasnost, odnosno najoptimalnije-brzo rešenje, bez dodatnih troškova, uz promovisanje atmosfere dogovaranja. Poreska administracija u Holandiji to čini tako što upotrebljava medijaciju-veštinu, kako je nazivaju u poreskoj oblasti.

U osnovi svega leži srž problema, zato se i koristi ova veština, što ima mnogo obveznika koji u osnovi nisu toliko nezadovoljni procenom njihove poreske obaveze od strane Tax Agency Holandije, ali šalju svoje primedbe, jer se ne slažu sa načinom i postupkom, kako je njihova obaveza utvrđena, odnosno odmerena<sup>1</sup>.

U poreskom sistemu Holandije je moguće koristiti posredovanje i u žalbenom postupku, dakle, jedan pozitivan primer promovisanja atmosfere dogovaranja, a istovremeno je podsticaj da se medijacija kao alternativan način rešavanja sporova podrži.

Holandija je u jednom periodu imala veliki broj nerešenih predmeta u ovoj oblasti, te je to pitanje postalo ključno za državu i izneto je u Parlamentu.

To pitanje se rešilo tako što su zasedali svi eksperti iz ove oblasti, postignut je dogovor da se sporni predmeti svi sortiraju po težini i obimnosti, napravljen je tim ljudi koji je sortiranje izvršio. Predmeti su podeljeni na teže i lakše, napravljen je ponovi tim ljudi koji je navedene sporne predmete rešavao, odnosno, jedan vid sporazumnog rešavanja je i u ovom slučaju postignut i taj tim je uspešno završio sve predmete, s tim što im je država dala razuman rok. Formirani tim je imao

---

<sup>1</sup> (Different Approaches to Reduce the Litigios Aspects in Tax Matters, Intra-European Organisation of Tax Administrations).

optimalni, razumni rok da sporne predmete reši i koristio između ostalog i medijaciju-posredovanje, a što su im omogućili novi zakonski propisi.

Ova strategija je trenutno u Holandiji, nalaze se novi načini i metode, da se poreski sporovi smanje, da se sve reši u Poreskoj upravi, odnosno, izmire obaveze, cilj je da država naplati sva svoja poreska potraživanja, ali i da omogući poreskim obveznicima da ih na najbolji mogući način izmire, dajući im razumene rokove, obavestavajući ih o obavezama putem telefona, elektronskim putem, preventivnim merama upozoravanja koje nemaju represivan karakter.

Mogućnost posredovanja-medijacije u Holandiji se može koristiti i u žalbenom postupku, kada i pored svih preduzetih mera dogovorne prirode u prvostepenom postupku, da ne dođe do podnošenja žalbe, već da se obaveza izmiri, ipak poreski obveznik ospori donetu odluku o utvrđivanju njegove obaveze. Dakle, i u žalbenom postupku dve suprotstavljene strane dobijaju mogućnost da realnim sagledavanjem spornog pitanja sami dođu do rešenja.

U Švedskoj – poreski sistem predstavlja autoritet i poreska služba je omiljena služba, a to je postala od 2004. godine. Do 2004. godine poreska oblast je pripadala Agenciji koja je imala jedanaest različitih organa vlasti i to je sve dovelo do koncentracije i specijalizacije u okviru različitih oblasti oporezivanja, gde se sada mogu obavljati dublje aktivnosti, poslovanje je efikasnije i storena je uniformnost, kako u administrativnom, tako i u pravnom aspektu.

U Švedskoj poreski službenici saraduju sa ostalim organima vlasti, s obzirom da su poreski sporovi povezani i sa drugim aspektima, a sve ucilju da se smanje sporovi i smanji podnošenje žalbi, odnosno, da se smanji broj parnica pred sudom.

U Švedskoj postoji sajt gde postoje intermejl smernice za pitanja vezana za sporne parnice, svi zaposleni su u obavezi da te smernice uređuju i daju odgovore poreskim obveznicima preko Interneta. Takođe, postoje smernice i za same poreske službenike od informacija o tome kako se rukuje samim postupkom po žalbi, te smernice sadrže pravne i praktične savete, između ostalog, kada i kako kontaktirati poreske obveznike, na primer, putem telefona, a u kojim slučajevima ga pozvati da dođe u Tah Agency /Poresku upravu/ u cilju sporazumnog rešenja spora, kako ne bi navedeni poreski spor /kod nas je upravna stvar/ došla do žalbenog postupka. Dakle, opet vid medijacije, još pre žalbenog postupka.

Navedene smernice za rad radi Pravno Odeljenje u okviru Tah Agency Švedske, koje tim smernicama upravlja, u saradnji sa svim zaposlenima pod nazivom “Rukovanje sa žalbama poreskih obveznika”. Zaposleni te smernice u Švedskoj nazivaju “živi dokument”.

Navedene smernice su digitalno urađene, brzo se ažuriraju, sve pravne informacije, sve inovacije su dostupne poreskim obveznicima, o svemu što ih intere-

suje preko Interneta i njihovog intermejla – odnosno “život dokumenta” mogu da se informišu. Navedeni sistem smanjuje broj žalbi, molbi, zahteva, čak i onda kada poreski obveznik upućuje Tah Agency određenu molbu ili zahtev, u vezi svojih poreskih obaveza. Isto u većini slučajeva rešava Pravno odeljenja putem internet komunikacije, telefonom, pozivanjem poreskog obveznika da dođe u Tah Agency. Takav vid sporazumevanja je pre žalbenog postupka, dok se žalba ne podnese sudu, s obzirom da Švedska ne podrazumeva dvostepenost u odlučivanju u okviru Poreske uprave, već žalba, ukoliko se ne reši u prvostepenom postupku ide direktno sudu. Švedski poreski sistem je koncipiran tako, da se poboljšava sposobnost za obveznike da koriste elektronski način komunikacije sa Tah Agency, jer je lakše komunicirati sa zaposlenima putem elektronskih i tekstualnih poruka, s obzirom da imaju i određene zaposlene koji rade samo za javnost, informišu se o poreskim obveznicima, svim dešavanjima, kompanijama, rešenja poreskih nedoumica, a koja se svakodnevno pojavljuju i mogu da se nađu na sajtu Poreske uprave Švedske. Ti zaposleni rade samo za javnost i imaju taj zadatak, da se informišu o raznim pravnim problemima, kako da se određeno pitanje reši, da obveznici budu što upućeniji i sva ta rešenja se mogu naći na sajtu Poreske uprave Švedske, a ukoliko rešenja nema, pitanja se mogu postaviti elektronskim putem na koja zaposleni u kratkom roku odgovaraju. Tako smanjuju poreske sporove. Jer, u Švedskoj se odluke pre podnošenja žalbe sudu preispituju u Poreskoj upravi, s obzirom da im je zakon dao tu mogućnost, odnosno, da u okviru Poreske uprave reše sve što mogu, pre slanja žalbe sudu, tak oda svake godine Tah Agency odlučuje o žalbama poreskih obveznika u oko 300.000 slučajevima i obveznici odustaju od daljeg sudskog postupka, jer se postiže kompromisno rešenje.

Prema švedskom zakonodavstvu u žalbenom postupku, kada se žalba ipak izjavi i obveznik istu prosledi sudu, ne postoji dalji sporazum između poreskog obveznika i Tah Agency. Odnosno, Tah Agency pre prosleđivanja žalbe sudu je u obavezi da obavesti poreskog obveznika da li ostaje pri svojoj odluci ili menja navedenu odluku u određenom delu, recimo u korist poreskog obveznika, dakle, u obavezi je da tu odluku pre slanja sudu preispita, i o tome obavezno obaveštava poreskog obveznika, što u velikoj meri smanjuje broj poreskih sporova pred sudom. Sudski postupak je u Švedskoj izuzetno skup postupak, koji može da iznosi i 50.000,00 eura, tako da se poreski službenici u najvećoj meri trude da se odluka – ispravna odluka donese u okviru Tah Agency. Ali, ukoliko ipak žalba bude prosleđena sudu, jer poreski obveznik, recimo, ne bude zadovoljan odlukom, nema dalje mogućnosti dogovaranja, ali švedski poreski sistem je takav, da ne trpi pogreške poreskih službenika, kojih gotovo i nema. U jednom slučaju, kada je protiv jednog poreskog službenika podneta tužba od strane poreskog obveznika, angažovan je čitav tim advokata da se navedeni poreski službenik brani, jer švedski

poreski sistem je takav da ne dozvoljava greške, nema ih. Rad poreskih službenika je dostupan javnosti, prati se u svakom trenutku, poreski obveznici u svakom trenutku o svemu mogu da se informišu i nemaju potrebe da ne izmiruju svoje obaveze, odnosno, da ih izbegavaju.

Mogućnost dogovaranja i sporazumevanja u okviru zakona je dozvoljena u okviru prvostepenog postupka, jer se sve čini da se izbegne skupi sudski postupak.

Ukoliko Tah Agency ne donese svoju odluku, žalbu sa svim spisima prosleđuje Upravnom sudu Švedske, sagledavši pre toga na najbolji mogući objektivan način, da li da obvezniku izađe u susret ili ne, sve prednosti i mane. Nakon predaje žalbe sudu Tah Agency postaje stranka u postupku.

Rezimirajući izneto, da se medijacijom sporovi rešavaju brže, efikasnije i što je za stranke najvažnije, sa smanjenim troškovima, jer je ona način da se spor reši na najbolji mogući način i ostvari dobar ishod za svakog ko je uključen u spor, bez potrebe da se ide na sud, potrebno je da joj se posveti pažnja i u poreskom sistemu Republike Srbije. Republika Srbija ide u tom pravcu opreznim koracima, s obzirom da još uvek nije razvijena kultura dobrovoljnog izmirivanja poreskih obaveza, jer, veliki broj obveznika pokušava da poreske obaveze odlaže, odnosno da ih uopšte ne izmiruje, iste se gomilaju i Poreska uprava pribegava prinudnoj naplati, u skladu sa zakonskim propisima, bez prethodnog dogovora sa poreskim obveznikom. Neke filijale U Republici Srbiji koriste neformalne dogovore sa poreskim obveznikom, pokušavajući da postignu kompromis, a sve u cilju što brže naplate, na koji način bi obveznik najlakše mogao da izmiri poreske obaveze, pribegavaju prethodnom pozivanju poreskih obveznika i obaveštavanju o stanju duga, informišući se kada će isti biti izmiren, opet u cilju izmirivanja obaveza.

Smatram da će medijacija postepeno da zaživi i u našem poreskom sistemu, uzimajući u obzir informativne centre poreskog sistema u Srbiji, preko kojih se poreski obveznici takođe mogu obavestiti o načinu izmirivanja svojih obaveza, kako i na koji način, o poreskim stopama, osnivanju radnji, preduzeća, porezu na dodatu vrednost, a u kojima su zaposleni edukovani da u okviru prve i druge linije daju neophodna obaveštenja i odgovaraju na pitanja obveznika. U prvoj liniji su zaposleni mlađe strukture edukovani za opšta obaveštenja i informacije, dok su u drugoj liniji zaposleni poreski inspektori sa više iskustva i upućeni u poresku problematiku, te ukoliko je problem složeniji i zahteva podrobnu obradu, inspektori prve linije upućuju obveznika da se informiše kod druge linije, odnosno zaposlenih koji su detaljno upućeni u poresku problematiku.

Zbog svega navedenog smatram, da treba slediti reči Svetog Vladike Nikolaja Velimirovića: “Ukoliko si krenuo pred sudiju sa protivnikom svojim, miri se sa njim, dok si još na putu”.

Čak i ove reči upućuju da treba, ukoliko je moguće, mirnim putem rešiti sve sporove, pa tek onda ukoliko to nije moguće, pribеći drugim sredstvima, te u ovom slučaju, medijaciji u poreskom sistemu dajem prednost u odnosu na sve druge metode rešavanja sporova.

DRAGANA ALEKSIĆ

Separate tax inspector, employed in the Ministry of Finance and Economy of the Republic of Serbia,  
The Tax Administration - stage procedures

## MEDIATION IN THE TAX AREA

### Summary

The possibility of agreement and mutual understanding within the law is allowed in the trial, because everything seems to avoid costly court proceedings.

If Tah Agency has given its decision, appeal to all documents forwarded to the Administrative Court of Sweden, they saw before that the most objective way possible, whether to meet the taxpayer or not, all the advantages and disadvantages. After submission of the appeal court Tah Agency becomes a party to the proceedings.

Mediation-peaceful settlement of disputes give priority. Disputes should be resolved through negotiations, and then resort to other methods. I believe that in the Republic of Serbia, in some part of it resolves tax disputes. There are a lot of employees, the Information Centre of Tax Administration, who will answer your questions and assist taxpayers in resolving their tax disputes. I think it will come to life in mediation tax system in Serbia.

RODOLJUB ETINSKI

## **UPOREDNA ANALIZA MEĐUNARODNIH REŽIMA ZAŠTITE OZONSKOG OMOTAČA I PROMENE KLIME**

### U V O D

Međunarodnim režimima zaštite ozonskog omotača i promene klime artikuliraju se odgovori međunarodne zajednice na dva ogromna i međusobno povezana ekološka izazova sa kojima je čovečanstvo suočeno danas: pražnjenje ozonskog omotača i promena klime. Oba ta izazova su složene i dugotrajne socijalne globalne interakcije, posredstvom nekih elemenata životne sredine – ozonskog omotača i klimatskog sistema. Akumulirane posledice ljudskih aktivnosti sadašnjih i prošlih generacija čovečanstva prazne ozonski omotač oko Zemlje i ubrzavaju promenu klime, te tako, preko negativnih dejstava pražnjenja ozonskog omotača i ubrzane promene klime, pogađaju sadašnje i buduće generacije čovečanstva. Reč je o veoma složenim posrednim socijalnim procesima u kojima se elementi životne sredine pojavljuju kao posrednik te koji obuhvataju spektar pitanja iz oblasti ekonomije, politike, morala, ljudskih prava i, naravno, zaštite životne sredine.

U literaturi pojavile su se ocene o uspešnosti međunarodnog režima zaštite ozonskog omotača i o neuspešnosti međunarodnog režima zaštite klime. Razlozi različite uspešnosti vide se, prvenstveno, na polju ekonomije. Prvi režim je us-

---

Dr Rodoljub Etinski, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu. Rad je pripremljen u okviru projekta "Biomedicina, zaštita životne sredine i pravo", br. 179079 koji finansira Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije.

pešan jer je doneo profit velikim kompanijama, dakle i ekonomski najrazvijenijim zemljama. Drugi režim je neuspešan jer za sada ne donosi zaradu najbogatijim. To objašnjenje razlika nije netačno, ali čini se preuranjenim davanje ocena o efikasnosti režima promene klime. Pored toga, stav da je taj drugi režim neuspešan i da ne može da bude uspešan deluje ne samo zabrinjavajuće već i zastrašujuće.

Tekst počinje pregledom i normativnom analizom relevantnih međunarodnih ugovora na kojima počivaju dva režima. Bavi se, zatim, uporednom analizom dva režima, nastojeći da pokaže da, iako su ta dva ekološka izazova slična po svojoj globalnosti, među njima postoje velike objektivne razlike koje se reflektuju na međunarodne režime i uspešnost tih režima.

#### PREGLED RELEVANTNIH MEĐUNARODNIH UGOVORA

Zaključeno je više međunarodnih ugovora koji se odnose na zaštitu ozonskog omotača i na promenu klime. Prvo su sklapani osnovni, opšti sporazumi kojima su države određivale ciljeve koje žele da postgnu, definisale opšte obaveze u pogledu postizanja tih ciljeva i utvrđivale oblike institucionalizacije saradnje radi postizanja navedenih ciljeva i izvršavanja preuzetih obaveza. Potom su sklapani posebni sporazumi kojim su operacionalizovani ti osnovni sporazumi, kojim su, dakle, ugovornice preuzimale sasvim konkretene obaveze i kojim su definisani konkretni zadaci koje treba ostvariti. Osnovni međunarodni ugovor o zaštiti ozona jeste Bečka konvencija za zaštitu ozonskog omotača od 22. marta 1985. godine<sup>1</sup> (dalje: Konvencija o ozonu). Ugovor je stupio na snagu 22. septembra 1988. godine i obavezuje 197 strana ugovornica.<sup>2</sup> Konvencija je operacionalizovana Montrealskim protokolom o materijama koje prazne ozonski omotač od 16. septembra 1987. godine<sup>3</sup> (dalje: Montrealski protokol). Protokol je stupio na snagu 1. januara 1989. godine i obavezuje 197 strana ugovornica.<sup>4</sup> Aktom o sukcesiji, koji je Srbija deponovala 12. marta 2001. godine, ona je stupila u Konvenciju i Protokol.<sup>5</sup> Protokol je dopunjen sa četiri amandmana.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> UN, *Treaty Series*, vol. 1513, str. 293.

<sup>2</sup> [http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XXVII-2&chapter=27&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVII-2&chapter=27&lang=en). Posećeno u avgustu 2012.

<sup>3</sup> UN, *Treaty Series*, vol. 1522, str. 3.

<sup>4</sup> [http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XXVII-2-a&chapter=27&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVII-2-a&chapter=27&lang=en). Posećeno u avgustu 2012.

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

<sup>6</sup> Prvi Amandman iz Londona od 29. juna 1990. Godine, stupio je na snagu 10. avgusta 1992. godine i obuhvata 196 ugovornica., *Treaty Series*, vol. 1598, crp. 469. Drugi Amandman pri-



Osnovni međunarodni ugovor koji se odnosi na promenu klime jeste Okvirna konvencija Ujedinjenih nacija o promeni klime, otvorena za potpisivanje u Njujorku 9. maja 1992. godine<sup>7</sup> (dalje: Konvencija o klimi). Stupila je na snagu 21. marta 1994. godine i obavezuje 195 ugovornica. Srbija je prihvatila tu Konvenciju aktom o pristupanju, koji je deponovan 12. marta 2001. godine. Konvencija o klima operacionalizovana je Protokolom iz Kjotoa od 11. decembra 1997. godine<sup>8</sup> (dalje: Kjoto protokol), koji je stupio na snagu 16. februara 2005. godine i obavezuje 191 ugovornice.<sup>9</sup> Srbija je stupila u Protokol Aktom o pristupanju, koji je deponovan 19. oktobra 2007. godine. Protokol je izmenjen Amandmanom na Aneks B uz Protokol, koji je usvojen u Najrobiju 17. novembra 2006. godine. Ovaj Amandman nije još stupio na snagu.

Reč je, dakle, o ugovorima koji su prihvaćeni od najvećeg broja država. Evropska unije je, takođe, prihvatila sve navedene ugovore. Prihvatanje je obavljeno u relativno kratkim periodima, tako da su ugovori stupali na snagu u periodima od dve ili tri godine. Međutim, kada je u pitanju Kjoto protokol, trebalo je osam godina da protekne do stupanja na snagu tog Protokola. Pored toga, SAD su potpisale Kjoto protokol, ali ga nisu ratifikovale, a Kanada je odlučila da se povuče iz Protokola od 15. decembra 2012. godine.<sup>10</sup>

## OSNOVNI ELEMENTI UGOVORA O ZAŠTITI OZONA

Konvencija o ozonu je relativno kratka, sadrži 21 član i dva aneksa. Cilj Konvencije, koji je posredno određen u članu 2 Konvencije, jeste da se zaštiti ljudsko zdravlje i životna sredina od štetnih dejstava, koja proističu ili mogu da proisteknu iz ljudskih aktivnosti, kojima se menja ili je verovatno da se menja ozonski omotač. Utvrđeno je da neke hemijske materije u gasovitom stanju, koje se koriste

---

hvaćen je u Kopenhagenu 25. novembra 1992. godine, stupio je na snagu 14. juna 1994. i obavezuje 196 ugovornica. UN, *Treaty Series*, vol. 1785, str. 517. Treći Amandman, usvojen u Montrealu 17. septembra 1997, stupio je na snagu 10. novembra 1999. i obavezuje 190 ugovornica. UNEP/OzL. Pro.9/12, Annex IV of the Report of the Ninth Meeting of the Parties. Četvrti Amandman, usvojen u Pekingu 3. decembra 1999., stupio je na snagu 25. februara 2002. godine i obavezuje 178 ugovornica. UN, *Treaty Series*, vol. 2173, str. 183. Srbija je aktom o pristupanju, koji je deponovan 22. marta 2005. godine, prihvatila sva četiri amandman.

<sup>7</sup> UN, *Treaty Series*, vol. 1771, str. 107.

<sup>8</sup> UN, *Treaty Series*, vol. 2303, str. 148.

<sup>9</sup> [http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XXVII-7-a&chapter=27&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVII-7-a&chapter=27&lang=en). Posećeno u avgustu 2012.

<sup>10</sup> *Ibid.*

za proizvodnju rasladnih uređaja, u poljoprivredi i u medicini, razgrađuju ozon i smanjuju gustinu ozona u ozonskom omotaču koji obavija Zemlju i koji smanjuje ultravioletno zračenje na Zemlji. Pražnjenjem ozonskog omotača povećava se ultravioletno zračenje na Zemlji, što ima za posledicu povećanje broja obolelih od raka kože, glaukoma i smanjena imuniteta, kao i negativne posledice na biljni i životinjski svet. Cilj Konvencije je, dakle, da se uspostavi globalna saradnja u sprečavanju proizvodnje i korišćenja pomenutih hemijskih materija i u iznalaženju zamena za te materije. Prva opšta obaveza ugovornica je da preduzimaju mere radi postizanja navedenog cilja. U vreme sklapanja Konvencije o ozonu nisu postojala potpuna i nesporna naučna znanja o svim hemijskim materijama koje prazne ozonski sloj, te koliko koja materija razgrađuje ozon. Zato su se ugovornice obavezale članom 2 (2 a) da sarađuju radi sistematskog posmatranja, istraživanja i razmene informacija u cilju boljeg razumevanja i procene dejstva ljudskih aktivnosti na ozonski omotač, kao i dejstva pražnjenja tog omotača na ljudsko zdravlje i životnu sredinu. Član 3 Konvencije posvećen je obavezama ugovornica u pogledu istraživanja i sistematskog posmatranja te saradnje na tom polju. Ova obaveze obuhvataju i razvoj alternativnih materija i tehnologija, kao i istraživanje socijalno-ekonomskih posledica vezanih za ovu problematiku. Članom 4 Konvencije predviđeno je da ova saradnja obuhvati i uzajamne obaveze olakšavanja sticanja i korišćenja alternativnih tehnologija. Članom 6 Konvencije predviđeno je osnivanje Konferencije ugovornica, koja, između ostalog, razmatra nova naučna saznanja koja se odnose na ozonski omotač i ovlašćena je da usvaja amandmane na tekst Konvencije i protokola, kojim će obaveze ugovornica uskladiti sa novim naučnim saznanjima. Članom 11 Konvencije predviđena su arbitraža i Međunarodni sud kao opciona instrumenta rešavanja sporova između ugovornica u pogledu tumačenja i primene Konvencije. Prvi aneks posvećen je istraživanju i sistematskom posmatranju, a drugi razmeni informacija.

Montrealški protokol je, takođe, relativno kratak te sadrži 20 članova i jedan aneks. U aneksu su navedene hemijske materije koje razgrađuju ozon. One su svrstane u dve grupe. Prvu grupu čine hloroflourokarboni, a drugu grupu haloni. Uz svaku navedenu substancu naveden je njen potencijal za razgradnju ozona. Suštinske obaveze ugovornica Montrealškog protokola definisane su u članu 2 i odnose se na postepeno smanjivanje proizvodnje i korišćenja substanci navedenih u Aneksu uz Protokol. Polazna osnova za računanje tih smanjivanja bio je nivo proizvodnje, odnosno korišćenja u 1986. godini. Dozvoljena su izvesna odstupanja radi zadovoljenja osnovnih domaćih potreba zemalja u razvoju i radi industrijske racionalizacije. Zemljama, koje su 1986. godine proizvele manje od 25 kilotona substanci navedenih u prvoj grupi u Aneksu, dozvoljeno je da, radi industrijske racionalizacije, prenesu ili prime iz druge ugovornice proizvodnju tih substanci, ali

tako da ukupnom zbiru zajedno ostanu u veličinama određenim članom 2. Država članicama međunarodnih ekonomskih integracija dozvoljeno je, takođe, da zajednički ispune svoje obaveze smanjivanja, tako da u ukupnom zbiru postignu onaj efekat koji je jednak zbiru pojedinačnih efekata svih država članica. Istim članom stane ugovornice ovlašćene su da, polazeći od budućih naučnih saznanja, na listu Aneksa dodaju nove substance za koje se utvrdi da razgrađuju ozon, da odrede rokove za smanjivanje i prestanak njihove proizvodnje i korišćenja, kao i da promene dinamiku smanjivanja proizvodnje i potrošnje već navedenih substanci, ako nova naučna istraživanja pokažu da je to potrebno. Ova materija elaborirana je dalje u članu 6 Protokola kojim su se ugovornice obavezale da ponovo razmatraju pitanja u vezi sa substancama koje razgrađuju ozon svakih četiri godine, počev od 1990. godine, a polazeći od novih naučnih, ekoloških, tehnoloških i ekonomskih informacija. One su se obavezale, takođe, da najmanje jednu godinu pre razmatranja tih pitanja, zajedno obrazuju ekspertske panele i odrede im zadatke u pogledu izveštavanja o novim saznanjima iz navedenih oblasti.

Članom 4 Montrealskog protokola određene su mere u oblasti trgovine koje ugovornice treba da preduzmu prema državama koje nisu ugovornice Protokola. Suština tih mera sastoji se u zabrani uvoza substanci koje razgrađuju ozon iz država koje nisu strane ugovornice Protokola, odnosno u zabrani izvoza tih substanci u ove zemlje. Ta zabrana obuhvata i proizvode koji sadrže pomenute substance, odnosno proizvode koji se proizvode korišćenjem tih substanci. Zabrana obuhvata i tehnologiju za proizvodnju i korišćenje tih substanci, kao i davanje pomoći, kredita ili garancija za izvoz substanci, proizvoda i tehnologija u države neugovornice. Zabrane se ne odnose na države koje nisu strane ugovornice, ali preduzimaju sve mere na koje su se strane ugovornice obavezale članom 2 Protokola. Članom 5 Protokola određena je povlastica za zemlje u razvoju. Pravo na povlasticu imale su one zemlje u razvoju koje su trošile godišnje manje od 0,3 kilotona substanci koje razgrađuju ozon po glavi stanovnika. Povlastica se sastoji u tome da se primena člana 2 Protokola odlagala za 10 godina, radi zadovoljavanja osnovnih domaćih potreba zemalja u razvoju (basic domestic needs). Nacionalni nivo potrošnje od koga se računa obaveza smanjivanja, odložena za deset godina, je niži nivo od sledeća dva: nivo koji zemlja dostigne u godinama 1995. do 1997. i novo 0,3 kilotona po glavi stanovnika. Razvijene strane ugovornice obavezale su se da olakšaju pristup stranama ugovornicama koje su zemlje u razvoju alternativnim substancama i tehnologijama, koje su ekološki bezbedne i da im pomognu u brzom korišćenju ovih alternativa. U tom smislu one su se obavezale da im pomognu u dobijanju pomoći, kredita, garancija i sl. Članom 10 Protokola elaborirano je pitanje pružanja tehničke pomoći naročito zemljama u razvoju.

Članom 8 Montrealskog protokola, države ugovornice obavezale su se da će na svom prvom sastanku ustanoviti procedure i institucionalne mehanizme za utvrđivanje nepoštovanja obaveza iz Protokola i za postupanje prema državama koje se ne pridržavaju Protokola. Članom 9 Protokola ugovornice su se obavezale da će sarađivati u oblasti istraživanja, razvoja, buđenja javne svesti i razmene informacija u vezi sa pitanjima, koja se tiču zaštite ozonskog omotača. Članom 11 Protokola predviđeno je da strane održavaju redovno sastanke radi osnivanja eksperatskih tela i inovacije sadržaja Protokola u pogledu substanci koje razgrađuju ozon.

#### OSNOVNI ELEMENTI UGOVORA KOJI SE ODNOSE NA PROMENU KLIME

Konvencija o klimi slična je po obimu sa Konvencijom o ozonu i obuhvata 26 članova i dva aneksa. Cilj koji se želi postići Konvencijom jeste stabilizacija koncentracije gasova staklene bašte u atmosferi na nivou koji sprečava opasno antropogeno mešanje u klimatski sistem. Drugi cilj je da se ovaj nivo postigne u takvom periodu, koji bi omogućio ekosistemima da se prirodno adaptiraju na promenu klime, koji bi omogućio da proizvodnja hrane ne bude ugrožena i koji bi omogućio dalji održiv ekonomski razvoj. Cilj nije, dakle, da se spreči promena klime, već da se zaustavi antropogeno ubrzavanje te promene, koje može da izazove enormne štete, te da se time uspori promena i omoguće ekosistemima i čovečanstvu da se blagovremeno i uspešno prilagode toj promeni. Član 3 Konvencija sadrži načela na kojima treba da budu zasnovane aktivnosti koje se preduzimaju radi postizanja navedenih ciljeva. Prvo načelo je načelo pravičnosti. Ono je izraženo u prva dva stava člana 3. Saglasno prvom stavu, ugovornice se obavezuju da zaštite klimatski sistem radi koristi sadašnjih i budućih generacija čovečanstva, na osnovu pravičnosti i saglasno zajedničkim ali različitim odgovornostima i odgovarajućim mogućnostima. Dakle, razvijene ugovornice treba da predvode u borbi protiv promene klime i njenih štetnih efekata. Ovo načelo je konkretizovano dalje stavom 2 istog člana 3, saglasno kom punu pažnju treba posvetiti posebnim potrebama i posebnim okolnostima ugovornica koje su zemlje u razvoju, naročito onim koje su posebno ranjive na štetna dejstva promene klime, kao i onim koje treba da ponesu disproporcionalni ili abnormalan teret izvršavanja obaveza iz Konvencije.

Proces promene klime u meri u kojoj je uzrokovan ljudskom delatnošću, dakle antropogenim faktorom, uključuje inherentnu nepravičnost. Emisijom ugljendioksida i drugih gasva koji ostaju dugo u atmosferi, stvara se omotač oko

Zemlje koji umanjuje vraćanje toplotne energije, koja na Zemlju stiže sa Sunca, nazad u kosmos, što rezultira porastom temperature na Zemlji. Otuda naiziv "staklena bašta." Porast temperature atmosfere i vodenih masa na Zemlji izaziva niz drugih promena, kao što je topljenje polarnih kapa, porast nivoa mora, širenje pustinja, promena režima i smanjivanje količine padavina, povećanje učestalosti oluja, uragana itd. Industrijska revolucija, odnosno industrijalizacija, proces koji traje već tri veka, osnovni je uzrok stalnog rasta emisije ugljendioksida, osnovnog i najvažnijeg gasa staklene bašte. Proces industrijalizacije nije tekao, niti danas teče jednako i ravnomerno u svim zemljama i regionima sveta. Neke zemlje su imale velike ekonomske koristi od tog procesa, dok su druge zemlje imale mnogo manje koristi ili nisu imale nikakve koristi. Podela koristi se poklapa sa statusom danas razvijenih zemalja i zemalja u razvoju. Isto tako, štetni efekti promene klime će se osetiti, verovatno, u svim zemljama, ali oni neće biti jednaki u svim zemljama. Zbog porasti nivoa mora, fizički opstanak nekih ostrvskih zemalja, kao što su Sejšeli ili Maršalska ostrva, dolazi u pitanje. Ove zemlje mogu da nestanu u okeanu, ako se desi porast nivo okeno za nekoliko metara. Pojedini narodi će izgubiti prirodno okruženje u kome su živeli i razvili svoj način života tokom hiljada godina, kao što su npr. Eskimi.

Drugi narodi će biti pogođeni širenjem pustinja, a neki će biti pogođeni učestalim sušama, poplavama, olujama, uraganima i sl. Pri tome, nema srazmere između odgovornosti za uzrokovanje promene i nošenja tereta štetnih posledica promena. Eskimi ili Sejšeli su imali najmanje koristi od industrijalizacije, ali treba da nose najveći teret štetnih dejstava promene klime. Ta nepravičnost inherentna procesima promene klime ne ispoljava se samo u geografskoj distribuciji koristi i šteta već i u međugeneracijskoj raspodeli koristi i šteta. U poslednjih tri veka generacije čovečanstva su napredovale zahvaljujući industrijskoj revoluciji. Međutim, račun tog napretka, koji se ispoljava kroz promenu klime, treba da plate buduće generacije. Prva dva stava člana 3 Konvencije o klimi ukazuju na te dve strane nepravde koja karakteriše interakciju ljudskog društva i klimatskog sistema i pozivaju da se u borbi protiv klimatskih promena koriguje ta nepravda.

Dakle, mere se preduzimaju radi zaštite sadašnjih i budućih generacija čovečanstva. Načelo pravičnosti operacionalizuje se kroz koncept zajedničkih ali različitih odgovornosti i mogućnosti ugovornica. Terminu odgovornost treba dati ovde najšire značenje, dakle odgovornost za pričinjenu štetu koja uključuje obavezu reparacije. Priznaje se da ugovornice ne snose jednaku odgovornost za štetne efekte promene klime uzrokovane ljudskim aktivnostima i da nemaju iste obaveze u pogledu reparacija. Pored toga, priznaje se da ugovornice ne raspolazu niti jednakim mogućnostima da se suprotstave štetnim posledicama promene klime.

Ovo načelo konkretizovano je u članu 4 Konvencije u kome su određene različite obaveze razvijenih ugovornica i ugovornica koje su zemlje u razvoju.

Stavom 3 člana 3 prihvaćeno je načelo predostrožnosti. Ugovornice su se obavezale da preduzmu mere predostrožnosti kako bi predvidele, sprečile ili smanjile uzroke promene klime i ublažile njena štetna dejstva. U ovom stavu stoji da "gde postoje pretnje ozbiljne i ireverzibilne štete, nedostatak potpuno naučne izvesnosti ne bi trebalo da se koristi kao razlog za odlaganje takvih mera..." Iako je danas postignut širok konsenzus u naučnim krugovima u pogledu promene klime i antropogenim uzrocima te promene, postoje i dalje oni koji negiraju povezanost ljudskog delovanja i promene klime. Tako International Climate Science Coalition, sa sedištem u Otavi, negira postojanje antropogenog uzroka promene klime.<sup>11</sup> Izvesno je da se klimatski sistem menjao ranije i bez uticaja čoveka. Konvencija o promeni klime ne zasniva se na ideji da je antropogeni faktor jedini uzrok promene klime. Ona se zasniva na ideji da antropogeni faktor doprinosi toj promeni i da je ubrzava, što proizvodi štetne posledice, kako za čovečanstvo, tako i za ekosisteme na Zemlji, preteći da uništi pojedine biljne i životinjske vrste. Cilj koji se želi postići Konvencijom jeste da se eliminisanjem ili umanjivanjem dejstva antropogenog faktora uspori ta promena, kako bi se svima, dakle kako ljudskom društvu, tako i biljnim i životinjskim vrstama ostavilo više vremena za prilagođavanje na promenjene uslove. Naučne sumnje i neizvesnosti se koriste kako bi se izbegli troškovi preduzimanja nužnih mera. Kako bi se to sprečilo, ugovornice su prihvatile načelo predostrožnosti, koje uključuje postojanje visoke verovatnoće o uzročnoj vezi.

Poslednja dva stava člana 3 Konvencije o klimi posvećena su načelu održivog razvoja. Stavom 4 potvrđeno je da ugovornice imaju pravo na održivi razvoj i da treba da unapređuju održivi razvoj. U istom stavu stoji: "Politike i mere za zaštitu sistema klime od antropogenih promena treba da odgovaraju posebnim uslovima svake ugovornice i treba da budu integrisane u programe nacionalnog razvoja, uzimajući u obzir da je ekonomski razvoj od suštinskog značaja za usvajanje mera koje se odnose na promenu klime." U stavu 5 rečeno je da ugovornice treba da sarađuju radi unapređivanja podsticajnog i otvorenog međunarodnog ekonomskog sistema koji bi vodio ka održivom ekonomskom rastu i razvoju svih ugovornica, naročito ugovornica koje su zemlje u razvoju, i da im se tako omogućujući uspešnije bavljenje problemima promene klime. Osnovna ideja ovih propisa jeste da borbu protiv promene klime i njenih štetnih posledica treba povezati

<sup>11</sup> <http://www.theglobeandmail.com/news/politics/canada-hopeful-of-finalizing-new-climate-deal-by-2015-kent-says/article4180726/>, <http://climatescienceinternational.org/>, <http://www.nipccreport.org/reports/2011/pdf/FrontMatter.pdf>, Posećeno u avgustu 2012.

sa ekonomskim razvojem, tako da ta borba ne postane samo ekonomski teret već i mogućnost za dalji ekonomski razvoj. Značaj tog povezivanja naglašen je, naročito, u kontekstu potreba i mogućnosti zemalja u razvoju. Troškovna efikasnost, odnosno načelo da se postignu globalni benefiti uz najmanje moguće troškove, navedena je kao deo stava 3 člana 3.

Član 4 Konvencije o promeni klime je, svakako, najznačajniji i najposebniji član te sadrži deset stavova. U ovom članu su definisane obaveze ugovornica. Saglasno načelu pravičnosti, odnosno zajedničkih ali različitih odgovornosti i mogućnosti, učinjena je razlika između obaveza koje imaju sve ugovornice i obaveza koje imaju samo razvijene ugovornice. U stavu 1 člana 4 izložene su obaveze svih ugovornica. Iako su te obaveze definisane relativno široko, ta širina, odnosno širok prostor za implementaciju tih obaveza je posebno naznačen u prvom krovnom zajedničkom propisu za stav 1 člana 4, u kome je rečeno da će ugovornice izvršavati navedene obaveze imajući u vidu zajedničke ali različite odgovornosti i svoje posebne nacionalne i regionalne prioritete razvoja, ciljeve i okolnosti. Dakle, obaveza svih ugovornica iz stava 1 člana 4 treba tumačiti u kontekstu nacionalnih i regionalnih prioriteta i okolnosti razvoja. Prva obaveza svih ugovornica (član 4, 1, a) je da razviju, periodično osavremenjavaju, publikuju i čine dostupnim Konferenciji ugovornica nacionalne inventare antropogenih emisija gasova staklene bašte po izvorima, kao i njihovog uklanjanja putem prečišćivača, koristeći komparativnu metodologiju koju će utvrdi Konferencija ugovornica. Izuzete su gasovite substance pokrivene Montrealskim protokolom. Druga obaveza svih ugovornica (član 4, 1, b) je da formulišu, implmentiraju, objave i redovno osavremenjavaju nacionalne i, ako je to odgovarajuće, regionalne programe koji se odnose na promenu klime. Ti progami treba da sadrže dve grupe mera. Cilj prve grupe mera je da se ublaži promena klime, tako što će ugovornice preduzeti mere kojima će delovati prema izvorima, odnosno prečišćivačima gasova staklene bašte, osim onih koji su tretirani Montrealskim protokolom. Cilj druge grupe mera jeste olakšavanje adekvatnog prilagođavanja na promenu klime. Sve ugovornice obavezale su se dalje (član 4, 1, c) da će unapređivati i saradivati u razvoju, primeni i difuziji, uključujući transfer, tehnologija, prakse i procesa kojima se kontroliše, smanjuje ili sprečava antropogena emisija gasova staklene bašte, koji nisu kontrolisani Montrealskim protokolom, u svim relevantnim sektorima uključujući energiju, transport, industriju, poljoprivredu, šumarstvo i upravljanje otpadom. Sve ugovornice obavezale su se da unpređuju održivo upravljanje, te da unapređuju i saraduju u čuvanju i jačanju prečišćivača i rezervoara gasova staklene bašte, koji nisu kontrolisani Montrealskim protokolom, uključujući biomasu, šume i okeane kao i druge kopnene, obalne i morske ekosisteme (član 4, 1, d). Sve ugovornice obavezale su se da će saradivati u pripremama za prilagođavanje na dej-



stva promene klime (član 4, 1, e). One su se obavezale da razvijaju odgovarajuće planove za upravljanje obalnim zonama, za vodne resurse i poljoprivredu, i za zaštitu i rehabilitaciju oblasti, naročito u Africi, koje su pogođene sušom, širenjem pustinja, kao i poplavama. Sve ugovornice obavezale (član 4, 1, f) su se da u svojim socijalnim, ekonomskim i ekološkim politikama i aktivnostima uzmu u obzir promenu klime, kao i da koriste odgovarajuće metode, kao što je procena uticaja, u cilju smanjivanja štetnih efekata projekata i mera, preduzetih radi ublažavanja promene klime i prilagođavanja na promenu klime, na ekonomiju, javno zdravlje i kvalitet zaštite životne sredine. Sve ugovornice obavezale su se da (član 4, 1, g) unapređuju i saraduju u naučnim, tehnološkim, tehničkim, društveno-ekonomskim i drugim istraživanjima, sistematskom posmatranju i razvoju arhiva podataka koji se odnose na promenu klime u cilju daljeg razumevanja, smanjivanja i eliminisanja preostalih neizvesnosti u pogledu uzroka, efekata, obima i dinamike promene klime i ekonomskih i socijalnih posledica različitih strategija borbe protiv nje. One su se obavezale da saraduju radi razmene odgovarajućih informacija, unapređivanja obrazovanja i buđenja javne svesti o tim pitanjima (član 4, 1, h, i). Konačno, one su se obavezale da Konferenciji ugovornica prosleđuju odgovarajuće informacije, kako je to predviđeno članom 12 Konvencije.

Reč je, dakle, o veoma zahtevnim i sveobuhvatnim obavezama, koje se tiču ne samo promene klime već i društvenih i ekonomskih efekata, kako štetnog dejstva promene, tako i mera koje se preuzimaju radi ublažavanja promene, odnosno radi prilagođavanja na promenu. Mere koje se odnose na ublažavanje i usporavanje promene klime fokusirane su na nivo koncentracije ugljen-dioksida i drugih gasova staklene bašte u atmosferi i njima se nastoji da se ta koncentracija smanji. To treba da se postigne, sa jedne strane, smanjivanjem emisije tih gasova, i, sa druge strane, povećavanjem prirodnih kapaciteta za prečišćavanjem, odnosno vezivanjem ugljen dioksida i njegovim odstranjivanjem iz atmosfere. Međutim, konkretne obaveze u tom pravcu preuzele su samo razvijene države ugovornice.

Razvijene države ugovornice su navedene u dva aneksa uz Konvenciju. Razvijene države ugovornice iz Aneksa 1 preuzele su konkretne obaveze u pogledu smanjivanja emisije gasova staklene bašte. Razvijene države ugovornice, navedene u Aneksu 2, preuzele su još i obaveze u pogledu pružanja finansijske pomoći ugovornicama koje su zemlje u razvoju, kako bi im pomogle u izvršavanju obaveza preuzetih Konvencijom.

Ključna obaveza razvijenih zemalja ugovornica (član 4, 2, a) je da ograniče emisije gasova staklene bašte i da zaštite i ojačaju prečišćivače i rezervoare tih gasova. U tom propisu rečeno je da će se uzeti u obzir razlike u polaznim osnovama ovih država, ekonomskim strukturama i resursima, potrebi održanja snažnog i održivog ekonomskog rasta, raspoložive tehnologije i druge individualne okol-

nosti, kao i potreba za pravičnim i odgovarajućim doprinosom svake od njih globalnim naporima u pravcu postizanja definisanog cilja. Rečeno je još da ove ugovornice mogu da izvršavaju svoje obaveze zajednički. Konkretan cilj bio je da se emisija ugljen-dioksida i drugih gasova staklene bašte vrati na nivo iz 1990. godine (član 4, 2, b) i razvijene ugovornice dužne su da o napretku periodično izveštavaju Konferenciju ugovornica. Konferencija ugovornica je zadužena da sačini metodologiju merenja i računanja smanjivanja emisija.

Razvijene države ugovornice, navedene u aneksu 2 uz Konvenciju, pružile su neke finansijske obaveze prema ugovornicama zemljama u razvoju. One su se obavezale (član 4, 3) da će pokriti sve troškove ugovornica zemalja u razvoju u pogledu pripremanja nacionalnih inventara izvora i prečišćivača gasova staklene bašte. One su se obavezale, pored toga, da obezbede finansijska sredstva, uključiv i transfer tehnologije, koji su potrebna ugovornicama u razvoju da pokriju dodatne troškove koji su uzrokovani izvršavanjem obaveze iz Konvencije kao i za projekte koji će se finansirati u ugovornicama u razvoju preko određenih međunarodnih tela koja će obrazovati Konferencija ugovornica, saglasno članu 11 Konvencije. Posebne obaveze pružanja finansijske pomoći preuzete se prema ugovornicama u razvoju koje će naročito biti pogođene štetnim dejstvima promene klime (član 4, 4). Posebno su navedene male ostrvske zemlje, zemlje sa niskim obalnim predelima, Zemlje sa polusušnim i sušnim oblastima, kao i šumskim oblastima, zemlje koje su sklone prirodnim nesrećama, zemlje koje pate zbog suša i širenja pustinja, kao i zemlje sa osetljivim ekosistemima, uključujući planisneke ekosisteme. (član 4, 8). Posebno su apostrofirane i najmanje razvijene zemlje (član 4, 9). Treba još dodati da je izričito rečeno da obim u kome će ugovornice u razvoju izvršavati svoje obaveze iz Konvencije zavisi od efektivnog izvršavanja obaveza razvijenih ugovornica u pogledu pružanja finansijske pomoći i prenosa tehnologija (član 4, 7).

Konvencijom o klimi predviđeno je osnivanje i nadležnosti Konferencije ugovornica kao I pomoćnih tela potrebnih za implementaciju Konvencije. Predviđena su alternativna i dispozitivna sredstva rešavanja sporova u vezi tumačenja i primene konvencije: arbitraža i Međunarodni sud pravde.

Kjoto protokol obuhvata 28 članova i dva aneksa. Ključna obaveza, radi koje je Kjoto protokol zaključen, navedena je u članu 3 Protokola. Reč je o obavezi razvijenih ugovornica Konvencije o klimi, koje su navedene u Aneksu 1 uz Konvenciju da ograniče, odnosno smanje emisiju gasova staklene bašte koji su navedeni u Aneksu A uz Protokol. Zajednički učinak ograničavanja i smanjivanja emisija tih gasova trebalo je da bude smanjivanje ukupne globalne emisije tih gasova za 5% u odnosu na globalni nivo emisije koji je postojao 1990. godine. Ovaj rezultat trebalo je da se postigne u periodu 2008-2012, godine. Taj rezultat je trebalo ostvari-

ti tako što će svaka razvijena ugovornica ograničiti, odnosno smanjiti nivo emisije tih gasova, kako je to za svaku od njih određeno u Aneksu B uz Protokol. Tako, na primer, bilo je predviđeno da SAD smanje svoju emisiju do 2012. godine na od 93% od emisije koju su imale 1990. godine. Mnoge razvijene ugovornice su trebale da smanje svoje emisije na 92% od emisija koje su imale 1990. Neke, kao što je Rusija, mogle su da zadrže obim emisije iz 1990. a neke, kao što je Island, mogle su čak da povećaju obim emisije, na primer Island je do 2012. godine trebao da ograniči svoju emisiju na 110% emisije iz 1990. Države članice Evropske unije trebale su da ukupno i zajedno smanje svoje emisije na 92% od emisije iz 1990. godine. Tako su Nemačka i Španija bile obavezne da smanje svoje emisije za 8%. Kako je, međutim, omogućeno da više država zajedno postognu traženo smanjenje, u Evropskoj uniji je dogovoreno da Nemačka smanji svoju emisiju na 79% a da Španija ograniči svoju emisiju na 115%.<sup>12</sup> Ovim je ostavljen prostor Španiji, kao industrijski manje razvijenoj, za dalji industrijski razvoj, koji se zasniva na korišćenju uglja i nafte. Svaka od tih strana ugovornica je trebalo da pokaže vidljiv napredak u ostvarivanju navedene obaveze do 2005. godine. U cilju postizanja globalnog rezultata kao i olakšavanja ugovornicama da izvrše preuzete obaveze, članovima 6 i 12 Protokola ustanovljen su odgovarajuće mogućnosti, i to članom 6 mogućnost trgovanja dodeljenim nacionalnim kvotama emisije gasova staklene bašte, a članom 12 ustanovljen je *mehanizam čistog razvoja*. Saglasno članu 6 Protokola, ugovornice sa Aneksa 1 uz Konvenciju, dakle razvijene ugovornice mogu da prenose, odnosno stiču jedinice smenjivanja emisije putem projekata privatnih subjekata, koje potvrde involvirane ugovornice. *Mehanizam čistog razvoja* služi svim ugovornicama, kako razvijenim, tako i onim u razvoju. Mehanizam čistog razvoja predstavlja mogućnost da se ugovornica u razvoju i razvijena ugovornica dogovore da razvijene ugovornica investira u neki projekat smanjivanja emisije gasova staklene bašte u tu ugovornicu u razvoju i da se tako količina tako postignutog smanjenja uračuna u izvršavanje obaveze smanjenja te razvijene zemlje. Ovaj mehanizam donosi korist obema stranama, a može da smanji troškove izvršavanja obaveze smanjenja razvijene ugovornice. Na globalnom nivou postiže se isti efekat kao da je do smanjenje emisije došlo na teritoriji razvijene ugovornice.<sup>13</sup> Protokolom su predviđeni sastanci ugovornica Protokola, čiji je zadatak da brinu o implementaciji Protokola, kao i osnivanje pomoćnih ekspertskih tela za implementaciju Protokola. Mehanizmi rešavanja sporova su isti kao oni predviđeni Konvencijom o klimi.

<sup>12</sup> G. Winter, *The Climate is No Commodity: Taking Stock of the Emissions Trading System*, *Journal of Environmental Law*, 2010, br. 22, str. 2.

<sup>13</sup> Vidi kritiku ovih mehanizama G. Winter, *op. cit.*, str. 1–25.

## UPOREDNA ANALIZA USPEŠNOSTI DVA REŽIMA

Opšte je mišljenje da je međunarodna zajednica rešila uspešno pitanje zaštite ozonskog omotača te će se ovaj, zahvaljujući eliminisanju gasova koji ga razgrađuju, regenerisati u potpunosti do 2050. godine. U publikaciji Programa Ujedinjenih nacija za zaštitu životne sredine (UNEP) iz 2009. godine istaknuto je da je Montrealski protokol primer najuspešnije međunarodne saradnje u suprotavljanju globalnim ekološkim pretnjama.<sup>14</sup> Skoro 95% substanci koje razgrađuju ozon se više ne proizvodi. Kada je reč o aktivnostima na ublažavanju i usporavanju promene klime, rezultati nisu tako dobri.

Poslednji godišnji izveštaj, koji su u Durbanu u decembru 2011. godine privatile ugovornice Kjoto protokola, pokazuje napredak u smanjivanju emisije gasova staklene bašte. Saglasno tom Izveštaju, države ugovornice sa Aneksa B Kjoto protokola smanile su ukupno u 2009. godini emisiju gasova staklene bašte za 22,4% u odnosu na emisiju u 1990. godini i za 6,3% u odnosu na emisiju u 2008. godini.<sup>15</sup> Ako se uzmu u obzir sve razvijene ugovornice navedene u Aneksu 1 uz Konvenciju, ukupno smanjenje emisije gasova staklene bašte iznosilo je 17,6% u 2009. godini.<sup>16</sup> Ako se ovakva tendencija nastavi i ako je cilj bio da se u periodu 2008-2012. postigne globalna emisija tih gasova manja za 5% od one u 1990. godini, onda će cilj biti postignut. U stručnoj literaturi i javnosti mogu se, ipak, naći ocene o neuspehu Kjoto protokola. Neki su predvideli neuspeh Kjoto protokola zbog nekih njegovih navodnih unutrašnjih slabosti, prvenstveno sistema trgovine jedinicama smanjenja emisije,<sup>17</sup> dok neki vide osnovni problem u tome što SAD nisu ratifikovale Protokol.

Razlozi uspeha Montrealskog protokola su viđeni u interesima velikih kompanija koje su se bavile proizvodnjom i korišćenjem gasova koji razgrađuju ozon. Ove kompanije uspele su u krtakom roku na sintetišu substitute za te substance, te su imale interes da se zabrani korišćenje opasnih substanci kako bi stvorili trži-

---

<sup>14</sup> Ozone Secreteriat, UNEP, *Handbook for the Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer*, Nairobi, 2009.

<sup>15</sup> Conference of the Parties serving as the meeting of the Parties to the Kyoto Protocol, *Annual compilation and accounting report for Annex B Parties under the Kyoto Protocol for 2011*, Durban, 28 November to 9 December 2011, para. 18, str. 9. Dostupan na <http://unfccc.int/resource/docs/2011/cmp7/eng/08.pdf>. Posećeno u avgustu 2012.

<sup>16</sup> Subsidiary Body for Implementation, *National greenhouse gas inventory data for the period 1990–2009*, Durban, 28 November to 3 December 2011, FCCC/SBI/2011/9.

<sup>17</sup> D.G. Victor, *The Collapse of the Kyoto Protocol and the Struggle to Slow Global Warming*, Princeton, 2004.

šte za substitute.<sup>18</sup> Naravno, ne može se sve svesti samo na interese velikih kompanija. Na odluku američke administracije uticalo je i otkriće ozonske rupe nad Antarktikom, analiza troškova i koristi, koja je pokazivala da su troškovi mnogo manji od koristi, i možda i činjenica da je američki predsednik Ronald Regan, koji je doneo odluku u odsutvu saglasnosti u vrhovima administracije, bolovao od raka kože.<sup>19</sup>

Iako se stvar ne može svesti samo na ekonomske interese, izgleda da ekonomija, nacionalni ekonomski dobitci ili gubitci igraju važnu ulogu i u slučaju Konvencije o klimi i Kjoto protokola. Objašnjavajući zašto se protiv Kjoto protokola, američki predsednik Džordž V. Buš rekao je, između ostalog, da bi taj Protokol naneo ozbiljne štete američkoj ekonomiji.<sup>20</sup> Prilikom objavljivanja vesti o povlačenju Kanade iz Kjoto protokola, kanadski ministar za ekologiji rekao je da će to Kanadi uštedeti 14 milijardi dolara, jer bi toliko morala da potroši na kupovinu jedinica smanjivanja emisije gasova da bi ispunili svoju obavezu.<sup>21</sup> Ekonomski tokovi i motivi igraju važnu ulogu, ali ne treba gubiti iz vida da odlučujući subjekti u istoj državi mogu da imaju različite motive. Potrebno je primetiti, na primer, da interesi država članica američke federacije, kao i interesi pojedinih privrednih grana u SAD nisu identični u pogledu promene klime i njenih štetnih dejstava. O postojanju sukobljenih interesa u SAD svedoči predmet *Massachusetts v. EPA*.

Masačusets i jedanaest drugih američkih saveznih država i distrika, uključiv Kaliforniju, Njujork i druge podnelo je tužbu američkom Saveznom sudu protiv savezne Agencije za zaštitu okoline zato što ova nije izvršila svoju dužnost na osnovu Zakona o čistom vazduhu i donela propise o emisiji četiri gasa staklene bašte, uključiv ugljendioksid.<sup>22</sup> Deset američkih saveznih država, među kojima Teksas i Kansas, kao i šest trgovačkih udruženja koja predstavljaju automobilske i

<sup>18</sup> S. J. DeCanio, Economic Analysis, Environmental Policy, and Intergenerational Justice in the Reagan Administration, The Case of the Montreal Protocol, *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics* 3, 2003, str. 313, T. Näess, The Effectiveness of the EU's Ozone Policy, *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics* 4, 2004, str. 59. B. J. Gareau, A critical review of the successful CFC phase-out versus the delayed methyl bromide phase-out in the Montreal Protocol, *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics*, published online 12 February 2010.

<sup>19</sup> S. J. DeCanio, op. cit., str. 310, 312, 313.

<sup>20</sup> C. R. Sunstein, Of Montreal and Kjoto, A Tale of Two Protocols, *Harvard Environmental Law Review*, 1, 2007, str. 1.

<sup>21</sup> B. Curry, Sh. McCarthy, Canada formally abandons Kyoto Protocol on climate change, *The Globe and Mail*, 12 decembar 2011, <http://www.theglobeandmail.com/news/politics/canada-formally-abandons-kyoto-protocol-on-climate-change/article2268432/> Posećeno u avgustu 2012.

<sup>22</sup> D. Shelton, Equitable utilization of the atmosphere: a rights-based approach to climate change? *Human Rights and Climate Change*, ed. S. Humphreys, Cambridge, 2010, str. 103.

energetske sektore ekonomije pojavile su se pred Saveznom sudom na strani tuženog, suprostavljajući se donošenju tih propisa.

Suštinska razlika između ugovora o zaštiti ozona i ugovora o promeni klime jeste u tome, prema našem mišljenju, što prvi rešavaju jedan relativno mali i jednostavan problem, dok drugi rešavaju jedan veliki i složen problem. Zaštita ozona koncentrisana je na eliminisanje gasova koji razgrađuju ozon, a koji se koriste za uređaje za rashlađivanje, u proizvodnji nekih poljoprivrednih proizvoda, kao što su jagode i paradajs i u medicini. Zaštita klimatskog sistema postiže se smanjivanjem emisije gasova staklene bašte, među kojima su najvažniji ugljendioksid i metan. Kjoto protokol upućuje na privredne oblasti koje su odgovorne za rastuće koncentracije ovih gasova u atmosferi. U njemu su navedene oblasti vezane za sagorevanje goriva, kao što su energetika, industrija i građevinarstvo i transport. Tu su i oblasti koje su važne, kao one koji emituju ali i apsorbuju te gasove, kao npr. poljoprivreda i šumarstvo. Smanjivanje emisije gasova staklene bašte zahteva, dakle, intervenciju države u osnovne i glavne grane privredne delatnosti. To je potpuno različito i mnogo teže od onog što je trebalo učiniti u vezi sa ozonom. Jasno je da intervencija države u ovim oblastima bitno utiče na uslove privređivanja i na ekonomski položaj zaposlenih i stanovništva.

Ova intervencija ili njen izostanak može da uzrokuje sporove ne samo između domaćih subjekata koji imaju suprotne interese nego i sporove sa stranim privrednim subjektima. Akt Evropske unije, kojim je sistem trgovine kvotama emisije gasova staklene bašte protegla na međunarodni vazušni saobraćaj, dakle na sve kompanije čiji avioni lete za zemlje članice EU ili iz ovih zemalja, naišao je na oštro osporavanje od strane SAD-a, Kine i drugih zemalja. Nezadovoljne američke kompanije pokušale su bezuspešno da ospore taj akt pred Sudom Evropske unije, a Kina je otkazala porudžbinu putničkih aviona kod evropskih proizvođača.<sup>23</sup>

Razlika između zaštite ozona i promene klime postoji i u pogledu tehnoloških mogućnosti rešavanja tih problema. Sintetizovanje substituta za gasove koji razgrađuju ozon bio je relativno lak naučni i tehnološki zadatak, koji je brzo rešen. To nije slučaj sa gasovima staklene bašte. Jedan od mogućih alternativnih izvor energije, atomska energija, ima velikih nedostataka, uključuje velike rizike i nailazi na otpor u nekim zemljama.

Suštinska razlika između zaštite ozona i promene klime ispoljava se u i tome što je eliminisanjem proizvodnje gasova, koji razgrađuju ozon, rešeno pitanje zaštite ozona. Smanjivanjem emisije ili čak potpunim eliminisanjem gasova stakle-

---

<sup>23</sup> S. Bogojević, *Legalising Environmental Leadership: A Comment on the CJEU'S Ruling in C 366/10 on the Inclusion of Aviation in the EU Emission Trading Schema*, *Journal of Environmental Law*, 2, 2012, str. 345.



ne bašte ne može, nažalost, da se reši problem promene klime. Odovarajućom redukcijom emisije tih gasova želi se postići ublažavanje štetnih posledica promene, odnosno usporavanje događanje promene.

Sledeća suštinska razlika ispoljava u različitim posledicama pražnjenja ozonskog omotača i promene klime. Pražnjenje ozonskog omotača i stvaranje ozonskih rupa ima za posledicu jače ultravioletno zračenje na Zemlji, što doводи do povećanja broja kancera kože, katarakte kao i opadanja imunoloških sposobnosti. Svakako negativne posledice bi se osetile i na ekosistemima. Međutim, te posledice su neuporedivo benignije od onih koje izaziva rast temperature na Zemlji, što izaziva topljenje polarnih kapa, povišavanje nivoa mora i okeana, širenje pustinja, promenu režima i smanjivanje padavina, povećanu učestalost olujnih vetrova itd. Fizička egzistencija niskih ostvrskih zemalja, kao što su Maldivi ili Maršalska ostrva je dovedena u pitanje. Savet bezbednosti UN je u predsedničkom saopštenju od 20. jula 2011. godine izrazio svoju zabrinutost da bi neke štetne posledice promene klime mogle da pogoršaju izvesne postojeće pretnje međunarodnom miru i bezbednosti. Posebno je izrazio zabrinutost zbog mogućih bezbednosnih implikacija gubitka teritorija nekih država uzrokovanog podizanjem nivoa mora.<sup>24</sup> Porast nivoa mora može da potopi delte velikih reka, kao i niske morske obale. Uragani, vrela leta, surove zime, smanjenje količine godišnjih padavina i promena režima padavina već sada uzrokuju ogromne štete za privredu kao i za stanovništvo. Jasno je da se države razlikuju bitno po svojim kapacitetima da se suprostave štetnim posledicama promene klime. Sve to može da rezultira u pojavi ekoloških izbeglica i već su se javile ideje o potrebi priznavanja i uređenja statusa ekoloških izbeglica.<sup>25</sup> Parlamentarna skupština Saveta Evrope usvojila je 2009. godine Preporuku 1862 o migracijama i raseljavanju uzrokovanim prirodnim katastrofama, kao izazovu 21. veka.

Obim smanjivanja globalne emisije gasova staklene bašte može da bude tek jedan pokazatelj uspešnosti tog režima. U prirodnim katastrofama, intenziviranim globalnim zagrevanjem, život je izgubilo 296,000 ljudi tokom 2010. godine uglavnom u zemljama u razvoju.<sup>26</sup> Svake godine milioni ljudi moraju da se sele

<sup>24</sup> S/PRST/2011/15.

<sup>25</sup> B. Docherty, T. Giannini, *Confronting a Rising Tide: A Proposal for A Convention on Climate Change Refugees*, Harvard Environmental Law Review, 33, 2009, str. 349–403.

<sup>26</sup> Opening Remarks by Ms. Navi Pillay at the Human Rights Council Seminar “The Adverse Impacts of Climate Change on the Full Enjoyment of Human Rights,” 23–24 February 2012, <http://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=11872&LangID=e>. Posećeno u martu 2012. Vidi, takođe, M. Beniston, *Climate change and its impacts: growing stress factors for human societies*, *International Review of the Red Cross*, vol. 92, 2010, str. 557.



zbog tih prirodnih katastrofa,<sup>27</sup> u koje spadaju poplave, suše, oluje čija su učestalost i intenzitet povećani promenom klime.<sup>28</sup> To je drugi i ozbiljniji pokazatelj neuspeha međunarodne zajednice u suprostavljanju promeni klime.

## ZAKLJUČAK

Zaštita ozonskog omotača i promena klime su dva ekološka izazova koji imaju neke sličnosti, ali koji se, takođe, bitno razlikuju. Reč je o globalnim izazovima koji mogu da budu uspešno rešeni jedino globalnim odgovorom međunarodne zajednice. Globalni odgovori međunarodne zajednice pravno su formulisani u četiri osnovna međunarodna ugovora, u Konvenciji o ozonu i Montrealskom protokolu, odnosno u Konvenciji o klimi i Kjoto protokolu. Ti ugovori se zasnivaju na načelima predostrožnosti i pravičnosti, s tim što su ta načela implicirana u Konvenciji o ozonu, a eksplicitno su formulisana u Konvenciji o klimi. Cilj Konvencije o ozonu jeste da se zaštiti ljudsko zdravlje i životna sredina od štetnih dejstava, koja proističu ili mogu da proisteknu iz ljudskih aktivnosti kojima se menja ili je verovatno da se menja ozonski omotač. Dakle, Konvencija je zasnovana na izvesnoj verovatnoći da neke ljudske aktivnosti menjaju ozonski omotač. Obema konvencijama osnovana su ekspertska tela zadužena da obaveštavaju konferencije ugovornica o kasnijim naučnim saznanjima, kako bi ugovornice izmenile i dopunile ustanovljene obaveze radi postizanja predviđenih ciljeva.

Načelo pravičnosti koje se manifestuje kroz različite ali zajedničke odgovornosti, kao i kroz različite mogućnosti ugovornica, materijalizovano je kroz različite obaveze razvijenih ugovornica i ugovornica u razvoju. U pogledu te materijalizacije postoji, međutim, bitna razlika. Montrealski protokolom zemlje u razvoju koje su trošile godišnje manje od 0,3 kilotona supstanci koje razgrađuju ozon po glavi stanovnika oslobođene su obaveza eliminisanja tih gasova u roku od 10 godina. Dakle, nisu sve zemlje u razvoju bile oslobođene, a za one koje jesu bile oslobođene, to oslobođenje je važno samo u roku od 10 godina. Kada je u pitanju Konvencija o klimi, rešenje je potpuno drugačije. Obaveza da smanje emisiju gasova staklene bašte oslobođene su sve ugovornice u razvoju, bez obzira na njihove emisije i bez vremenskog ograničenja. Takvo rešenje stvara sada izvesne probleme. U međuvremenu proces industrijalizacije u nekim ugovornicima u

---

<sup>27</sup> V. Kolmannskog, L. Trebbi, Climate change, natural disasters and displacement: a multi-track approach to filling the protection gaps, *International Review of the Red Cross*, vol. 92, 2010, str. 713

<sup>28</sup> *Ibid.* str. 715

razvoju, kao što su Kina i Indija napredovao je veoma mnogo. Količina godišnje emisija tih gasova u Kini danas prevazilazi količinu emisije tih gasova u SAD.<sup>29</sup> Tu se vidi značaj gore navedenih suštinskih razlika u pogledu mera zaštite ozona i mera usporavanje promene klime. Prve imaju relativno male privredne i socijalne posledice, dok su privredne i socijalne posledice drugih enormne. Eliminisanje gasova koji razgrađuju ozon ne može značajno da utiče na razvoj zemalja u razvoju, dok redukcija emisije gasova staklene bašte može značajno da utiče na taj razvoj. Konferencija ugovornica Konvencije o klimi pozvala je ugovornice odlukom 26/CP.7 da uvažavaju specijalne okolnosti Turske, koja je navedena u Ankesu 1 uz Konvenciju o klimi kao razvijena država. Iako je Turska kvalifikovana kao razvijena država, Konferencija ugovornica uvažila je posebne okolnosti Turske, dakle potrebu razvoja zasnovanu na industrijalizaciji, tako da je Turska 2009. godine proizvodila emisiju gasova staklene bašte koja je bila za 102% veća od one iz 1990. godine.<sup>30</sup> Pomenuta razlika u pogledu povezanosti mera sprečavanja zagađivanja i ekonomskog razvoja je normativno izražena i tako što je Konvencija o klimi zasnovana i na načelu održivog razvoja, dakle na načelu koje se ne pojavljuje kod Konvencije o ozonu i koje nije od presudne važnosti za tu Konvenciju.

Još jedna razlika je važna. Montrealski protokol predviđa mere u oblasti trgovine koje ugovornice treba da preduzmu prema državama koje nisu ugovornice Protokola. Ništa slično nije predviđeno Kjoto protokolom. Montrealski protokol uključuje mehanizam kojim se na sve države može vršiti pritisak da prihvate Protokol, što sigurno doprinosi efikasnosti tog Protokola. U decembru 2009. godine, na Konferenciji ugovornica Konvencije o klimi, zemlje u razvoju izdale su zajedničku izjavu da unilateralne trgovačke mere ne mogu da se opravdaju klimatskim razlozima.<sup>31</sup> Rečeno je već da nacionalne mere, donete radi ublažavanja i usporavanja promene klime, utiču na uslove poslovanja. Ukoliko te mere nisu jednake u svim zemljama, onda one utiču različito na uslove poslovanja, otežavajući ih u zemljama u kojima su te mere donete, i olakšavajući ih u zemljama u kojima nisu donete. Tako, ako bi se takse za emisije gasova staklene bašte primenile samo na vazduhoplovne kompanije koje imaju sedište u članicama Evropske unije, one bi došle u neravnopravan položaj sa drugim kompanijama koje pružaju

<sup>29</sup> S. Walsh, H. Tian, J. Whalley, M. Agrawal, China and India's participation in global climate negotiations, *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics*, objavljeno online 10. jula 2011.

<sup>30</sup> Subsidiary Body for Implementation, *National greenhouse gas inventory data for the period 1990–2009*, Durban, 28 November to 3 December 2011, FCCC/SBI/2011/9, str. 16, tabela 6.

<sup>31</sup> S. D. Ladly, *Border carbon adjustments, WTO law and principle of common but different responsibilities*, *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics*, objavljeno online 18. juni 2011.

iste usluge u EU. Isto važi i za mnoge druge sektore proizvodnje i pružanja usluga. Otuda su se javile ideje da treba uvesti izvesne uvozne takse na robe koje su proizvedene u zemljama u kojima nisu preduzete odgovarajuće mere. Ako bi se uvele takve takse, roba iz zemalja u razvoju postala bi manje konkurentna na tržištima razvijenijih zemalja i povlastice oslobađanja zemalja u razvoju od obaveza smanjivanja emisije gasova staklene bašte bile bi umanjene. Sa druge strane, ako razvijene zemlje nastave da smanjuju emisiju gasova staklene bašte, a neke zemlje u razvoju, koje su postale veliki emiteri, ne učine ništa da ograniče svoje emisije, neće se daleko stići u ublažavanju i usporavanju promene klime.

Posle analize Montrealskog i Kjoto protokola, Sanštajn je došao do sledećeg zaključka:

“Za one koji su zabrinuti zbog rizika promene klime, bilo bi moguće i čak ispravno da naglase da SAD najviše doprinose tim rizicima, i da nacionalni ekonomski interes ne oslobađa od nacionalnih moralnih obaveza. U obimu u kome građani SAD imaju koristi od aktivnosti kojimna se nanosi značajna šteta drugim nacijama, ti građani su ispravno pozvani da pomognu – putem smanjivanja svojih emisija, putem plaćanja drugim nacijama za njihova smanjivanja i putem plaćanja radi lakšeg prilagođavanja. Uz to, politički pritisak, uključujući moralna ubeđenja, može da igra ulogu. Ali, na osnovu priča o Montrealskom i Kjoto protokolima, bolje je pretpostaviti da će domaći interes nastaviti da bude važna motivaciona snaga. Pozicija SAD se neće promeniti ako se ne vidi da se domaće koristi od smanjivanja emisije povećavaju ili ako ne padnu percipirani domaći troškovi, možda kao rezultat tehnoloških inovacija. Sledi da ostaje zadatak za budućnost da se smisli međunarodni sporazum koji liči na Montrealski protokol u jednom važnom aspektu: njegove potpisnice, uključujući SAD, treba da imaju razlog da veruju da će dobiti više nego što će izgubiti.”<sup>32</sup>

Prema našem mišljenju problem promene klime može da se rešava na dva načina. Prvi je rešavanje problema globalne klime i globalnog razvoja istovremeno i međusobno povezano. Ovo uključuje razvoj novih tehnologija, uravnoteženi globalni razvoj za sve zemlje, razvoj globalnih mehanizama za zaštitu ljudskih prava itd. Taj način polazi od načela Konvencije o klimi i predpostavlja dalju uspešnu saradnju u okviru Konferencije ugovornica Konvencije o klimi. On pretpostavlja i novo razumevanje nacionalnih dobiti i gubitaka, koje ne može da se svede isključivo na računanje profita velikih kompanija ili troškova poreskih obveznika, već koje mora da uzme i obzir koristi koje donosi stabilnost međunarodnog poretka, globalni rast i napredak. Drugi je izostanak globalne akcije, zarobljenost klasičnim, starim računanjem nacionalnih dobita i kubitaka. Taj drugi način bi rezultirao globalnim haosom. Izvestan optimizam da će države op-

---

<sup>32</sup> C. R. Sunstein, *Of Montreal and Kjoto, A Tale of Two Protocols*, *Harvard Environmental Law Review*, 1, 2007, str. 65.

tirati za prvo rešenje dolazi sa poslednjih sastanaka država ugovornica Konvencije o klimi u Kankunu i u Durbanu gde je pokazana izvesna dobra volja. Razvijene države obećale su pomoć od 100 milijardi dolara zemljama u razvoju, kako bi ove mogle efiksano da izvrše svoje obaveze u pogledu promene klime. Ova pomoć je neuporedivo veća od one koja je do sada data. Sa druge strane, zemlje u razvoju, ili bar one koje su postale veliki emiteri gasova staklene bašte, pokazale su spremnost da prihvate ograničenja.

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

## COMPARATIVE ANALYSIS OF INTERNATIONAL REGIMES ON OZONE LAYER AND CLIMATE CHANGE

### Summary

The 1985 Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer and the 1987 Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer are considered to be the most successful ecological treaties. The gases depleting ozone are almost eliminated and full recovery of the ozone layer is expected by about 2050. The same evaluation cannot be attributed to the 1992 United Nations Framework Convention on Climate Change and the 1997 Kyoto Protocol. Even if the goal of Kyoto Protocol would be realized at the end of 2012, temperature on the Earth will continue to rise.

There are substantial differences between the protection of ozone layer and the climate change. It seems that a depletion of the ozone layer is caused exclusively by anthropogenic causes. So, the problem may be resolved by elimination of these causes. Since the climate change is not caused exclusively by anthropogenic causes, it may be just mitigate by elimination of these causes. Gases depleting ozone play marginal economic role. They were of importance for certain limited industrial and agricultural sectors. It was technical relative easy to produce non-harmful substitutes for these gases. Greenhouse gases, like carbon-dioxide and methane play crucial economic role, they are of crucial importance for production of energy, various industries, transport and agriculture. Certain available substitutes, like atom energy, are not acceptable in many countries. The process of construction of other substitutes will last much longer than in the case of ozone. Since negative economic and social effects of climate change overrun national borders producing global negative effects, the goal of climate change regime is not only to reduce global emission of greenhouse gases and mitigate climate change, than also internationally to address negative effects of climate change, helping especially vulnerable developing countries to adapt their economies to the climate change and to mitigate climate change related natural disasters.

Although the treaties of the two regimes are similar, there are differences reflecting different problems addressed by them. Starting from the principle of equality, all treaties make a differences between obligations of parties developed states and parties developing states. However, concessions, given to developing countries by the ozone regime, are limited by quantitative and timely limits. For the time being, there are no similar limitations in the climate change regime. The Montreal Protocol provides trade measures against countries that are not parties. The similar is not foreseen by the Kyoto Protocol. The interdependence between measures related to climate change and sustainable development is stressed only in the climate change regime.

The climate change regime may use certain positive experience of the ozone protection regime as far as they are applicable to climate change much complex circumstances. However, new broader understanding of national gains and losses will be necessary for a success of the climate change regime.



STEVAN ĐORĐEVIĆ

## **PREDLOG ZAKONA O ZAKLJUČIVANJU I IZVRŠAVANJU MEĐUNARODNIH UGOVORA PRED SKUPŠTINOM REPUBLIKE SRBIJE**

### **POJAM MEĐUNARODNOG UGOVORA**

“Međunarodni ugovor je ugovor koja Republika Srbija zaključi u pismenom 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 instrumenata u nezavisno od njegovog naziva.

Protokoli, zapisnici u međunarodnopravni akti koje, radi izvršavanja međunarodnih ugovora, zaključuju, odnosno usvajaju organi ovlašćeni ili osnovani tim ugovorima, kojima se ne preuzimaju nove obaveze ne smatraju se, u smislu ovog zakona, međunarodnim ugovorima” (član 2. Predloga zakona).

Redakcija ovog člana je bolja nego što je to bilo izraženo u Nacrtu zakona. Ponovo je, s pravom, preuzeta definicija pojma međunarodnog ugovora iz ranijeg Zakona o zaključivanju i izvršavanju međunarodnih ugovora<sup>1</sup>, koja se oslanjala kako to i proizilazi iz sadržine upotrebljenih izraza u Bečkoj konvenciji o ugovorima od 1969. i u Bečkoj konvenciji o pravu ugovora između država i međunarodnih organizacija ili međunarodnih organizacija od 1986. (član 2. obeju

---

Dr Stevan Đorđević, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, u penziji. Ovaj prilog je nastavak i sastavni deo članka: Stevan Đorđević, Zakon o zaključivanju i izvršavanju međunarodnih ugovora u pripremi, *Pravni život*, 10/2010, str. 227-241.

<sup>1</sup> Službeni list SFRJ, 55/1978.



konvencija).<sup>2</sup> U drugom stavu Predloga zakona izbegnut je naziv “administrativni ugovori”, koji stoji u Zakonu od 1978. Umesto “pisani akti” upotrebljen je izraz “međunarodnopravni akti”. Ove akte “zaključuju organi ovlašćeni tim ugovorima”, kako stoji u Zakonu od 1978, a sada u Predlogu zakona je “zaključuju, odnosno usvajaju organi ovlašćeni ili osnovani tim ugovorima” što je šire i preciznije određivanje.<sup>3</sup>

### *Privremena primena ugovora ili dela ugovora*

“Vlada, izuzetno, može ovlastiti delegaciju Republike Srbije da prihvati da se međunarodni ugovor koji se potvrđuje u celini ili pojedine njegove odredbe mogu privremeno primenjivati do njegovog stupanja na snagu. Postupak potvrđivanja ovog međunarodnog ugovora mora biti pokrenut u roku od 30 dana od datuma njegovog potpisivanja.

Privremena primena ugovora prestaje ako Republika Srbija odluči da ne postane strana tog ugovora i kada o toj svojoj odluci obavesti ostale strane ugovornice između kojih se ugovor privremeno primenjuje, u skladu sa odredbama samog ugovora i opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava” (član 8. Predloga zakona).

U redakciji ovog člana, sada se u Predlogu zakona bitno odstupilo od teksta sadržanog u Nacrtu zakona kako je to izraženo u našem prilogu od 2010, a bez detaljnijeg objašnjenja.<sup>4</sup> Zauzet je približno isti stav iz ranijeg Zakona o zaključivanju i izvršavanju međunarodnih ugovora iz 1997, koji je svojevremeno bio sporan i ukinut.<sup>5</sup> Inače, odmah treba reći da pomenute bečke konvencije, prva od 1969 (član 23) i druga od 1986 (član 25), dozvoljavaju privremenu primenu ugovora pre njegovog stupanja na snagu. Dužni smo da ponovimo da je ovakva formulacija ko daje ovlašćenje za privremeno primenjivanje ugovora u celini ili pojedinih njegovih odredbi, bilo predmet ustavnog spora u SFRJ. Ustavni sud SFRJ je 12. oktobra 1988. doneo odluku da “odredba člana 13. Zakona o zaključivanju i izvršavanju međunarodnih ugovora (Službeni list SFRJ, br. 55/78) nije u skladu

---

<sup>2</sup> Službeni list SFRJ, Dodatak: Međunarodni ugovori i drugi sporazumi 30/1972; Jugoslovenska revija za međunarodno pravo, 1/1986.

<sup>3</sup> Grupa ugovora iz stava 2. člana 2. Predloga zakona ne podleže potvrđivanju od strane Skupštine Republike već će samo “zaključuju, odnosno usvajaju” od organa predviđenih ovim članom.

<sup>4</sup> Stevan Đorđević, Zakon o zaključivanju i izvršavanju međunarodnih ugovora u pripremi, *Pravni život*, 10/2010, str. 227-241.

<sup>5</sup> Član 13. Zakona od 1978. glasi: “Delegacija Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije može prihvatiti klauzulu u međunarodnom ugovoru da će se taj ugovor privremeno primenjivati pre njegovog stupanja na snagu, samo po posebnom odobrenju Saveznog izvršnog veća” (Službeni list SFRJ, 55/1978).

sa Ustavom SFRJ”<sup>6</sup> a odlukom od 12. jula 1989. da se: “utvrđuje (se) da je 10. jula 1989. prestala da važi odredba člana 13. Zakona o zaključivanju i izvršavanju međunarodnih ugovora (Službeni list SFRJ, br. 55/78).<sup>7</sup>

U našem konkretnom slučaju, reč je o tome da Vlada Republike Srbije ne može da daje ovlašćenje za privremenu primenu ugovora ili dela ugovora pre njihovog stupanja na snagu za one ugovore za koje je predviđeno potvrđivanje od strane Skupštine Republike Srbije.

Za ratifikaciju međunarodnih ugovora, koje je ratifikovala Skupština SFRJ, po mišljenju Ustavnog suda SFRJ, Savezno izvršno veće je bilo dužno “da pribavi saglasnost” radnog tela nadležnog veća Skupštine SFRJ”. Iz ovih razloga formulacija člana 8. sadašnjeg Predloga zakona treba da bude odgovarajuće formulisana, tako da Vlada Republike Srbije za ovu vrstu ugovora treba da pribavi saglasnost od nadležnog odbora Skupštine Republike Srbije, saglasno slovu i duhu gorepomenute dve odluke Ustavnog suda SFRJ o nadređenosti Skupštine SFRJ nad Saveznim izvršnim većem, tj. predstavničke vlasti nad izvršnom. Istovremeno se ne isključuje mogućnost privremenog primenjivanja ugovora ili dela ugovora koji ne podležu obaveznom potvrđivanju od strane Skupštine Republike Srbije, a ovakvi ugovori postoje, kako je to formulisano u članu 8. ovog Predloga zakona.

U našem slučaju, predlagač Predloga zakona se ispomogao i našao izlaz na taj način, što je članom 29. predvideo da danom stupanja na snagu ovog zakona prestaje da važi, pored Zakona o zaključivanju i izvršavanju međunarodnih ugovora (Službeni list SFRJ, 55/1978) i “47/1989-USJ” tj. Odluka Ustavnog suda Jugoslavije o prestanku važenja odredbe člana 13. Zakona o zaključivanju i izvršavanju međunarodnih ugovora (Službeni list SFRJ 47/1989), što je već jednom, stavljeno van pravnog prometa. Da li je to najbolje rešenje, dozvoljeno i celishodno?

#### *Potvrđivanje (ratifikacija) i drugi načini izražavanja pristanka na obavezivanje*

“Narodna skupština potvrđuje međunarodne ugovore vojne, političke i ekonomske prirode, ugovore kojima se stvaraju finansijske obaveze za Republiku Srbiju, ugovore koji zahtevaju donošenje novih ili izmenu važećih zakona i ugovore kojima se odstupa od postojećih zakonskih rešenja.

---

<sup>6</sup> Odluka o ocenjivanju ustavnosti odredbe člana 13. Zakona o zaključivanju i izvršavanju međunarodnih ugovora, Službeni list SFRJ, 2/1989.

<sup>7</sup> Odluka o prestanku važenja odredbe člana 13. Zakona o zaključivanju i izvršavanju međunarodnih ugovora, Službeni list SFRJ, 47/1989.

Međunarodni ugovori koji ne spadaju u ugovore iz stava 1. ovog člana ne podležu postupku potvrđivanja” (član 14. Predloga zakona).

Najpre konstantujemo da se izraz “ratifikacija” u Predlogu zakona na osnovu Ustava Republike Srbije od 2006. zamenjuje izrazom “potvrđivanje”. Po tumačenju u doktrini međunarodnog prava, izraz “ratifikacija” je širi i ovde se nećemo na tome zadržavati.<sup>8</sup>

Ustav Republike Srbije predvideo je odgovarajućom odredbom da Narodna skupština “potvrđuje međunarodne ugovore kad je zakonom predviđena obaveza njihovog potvrđivanja”.<sup>9</sup> Donošenje zakona je ustavna obaveza i njena konkretizacija. Može se zapaziti izvesna izmena u odnosu na raniji tekst Nacrta zakona. Sužena je odredba ovog člana jer se ne pominje “međunarodne ugovore kojima se na drugi način stvaraju prava i obaveze”, s jedne strane. Čini nam se da je ranija obaveza iz Nacrta zakona trebalo da ostane (bez obzira što je opšteg karaktera), jer se ne mogu predvideti sve situacije koje mogu da proizađu iz jednog ugovora za koje je potrebno potvrđivanje od strane Skupštine Republike.

S druge strane, odredba je proširena, s obzirom da je dodat tekst: “i ugovore kojima se odstupa od postojećih zakonskih rešenja”. Ovim dodavanjem (što se inače podrazumeva po opštem međunarodnom pravu i našem Ustavu o prednosti međunarodnog ugovora nad zakonom) želi se da se predupredi takva nesaglasnost između odredbi međunarodnih ugovora i odredbi zakona Republike Srbije.

Ostajemo i dalje mišljenja da je obavezno predvideti ovim članom ili drugim, obavezno potvrđivanje grupe ugovora i onih “čijim je odredbama predviđeno njihovo potvrđivanje”. Ovakvu odredbu, inače, imamo često u višestranim konvencijama, bez obzira na njihovu sadržinu.<sup>10</sup>

Postavljamo pitanje da li je potrebno da se ponovo prerediguje član 14. Predloga zakona o potvrđivanju međunarodnih ugovora, na takav način da ostane mogućnost da pojedine dvostrane ili višestranne ugovore usvoji Vlada Srbije zaključkom, ili drugim nazivom kako to Vlada oslovljava svoje odluke. Time bi se olakšali načini pristamka na obavezivanje međunarodnim ugovorima u spornim situacijama.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> Stevan Đorđević, Uvod u međunarodno pravo, Beograd 2010, str. 83-92; 98-99.

<sup>9</sup> Član 99. tačka 4. Ustava Srbije od 2006.

<sup>10</sup> Na ovakav stav obavezuje član 14. stav 1. pod a) obeju bečkih konvencija od 1969. i 1986.

<sup>11</sup> O sličnostima i razlikama kako su pomenuta pitanja rešena u zakonima država nastalih na tlu Jugoslavije pisali smo u pomenutom prilogu od 2010: Hrvatska, Narodne novine, 28/1996; Crna Gora, Službeni list CG, 77/2008; Makedonija, Službeni vesnik Republike Makedonije, 5/1998; Slovenija, Zakon o spoljnim poslojima, Uradni (službeni) list, 47/2001; 78/2003; 113/2003; 20/2006; 108/2009.

## NOVA PITANJA

### *Zaključivanje međunarodnih ugovora na diplomatskim konferencijama*

“Odredbe ovog zakona shodno se primenjuju na postupak zaključivanja međunarodnih ugovora na diplomatskim konferencijama, mešovitim međunarodnim telima, kao i na pristupanje Republike Srbije zaključenim višestranim međunarodnim ugovorima” (član 18. Predloga zakona).

Različit je način nastanka višestranih akata te postoje nužne razlike u vezi sa postupkom obavezivanja ugovorima kao i njihovog važenja. S obzirom da pomenuta Konvencija od 1986. nije stupila na snagu, pitanja njihove važnosti i primene rešavaće se na osnovu odredaba ovog zakona, a i opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava.

### *Zaključivanje posebnih međunarodnih ugovora o saradnji*

“Organi državne uprave sa nadležnim organima drugih država mogu zaključivati posebne međunarodne ugovore o saradnji (memorandume o saradnji, sporazume o saradnji i dr.).

Predlog osnove za vođenje pregovora i zaključivanje ugovora iz stava 1. ovog člana priprema se u skladu sa članom 5. stav 2. i 3. ovog zakona, s tim da ne mora da sadrži predlog sastava delegacije.

Vlada utvrđuje osnovu sa nacrtom ugovora i ovlašćuje lice koje će potpisati međunarodni ugovor koji je sačinjen u skladu sa osnovom.

Izveštaj o zaključenom posebnom međunarodnom ugovoru sa tekstom potpisanog ugovora dostavlja se Vladi radi upoznavanja.” (član 19. Predloga zakona).

Ovaj član Predloga zakona, sa ovakvom sadržinom nije bio u ranijem Nacrtu zakona. Preciznije rečeno, u ranijem Nacrtu zakona bila je odredba o međunarodnim ugovorima koji se ne potvrđuju od Skupštine. Za njih je bilo predviđeno da se šalju Vladi kao informacija, a Vlada ih usvaja zaključkom.<sup>12</sup>

Ovakvi ugovori o saradnji su česti i potrebni, a najčešće se zaključuju na osnovu osnovnih ugovora koji im prethode ili nezavisno od njih.<sup>13</sup> Oni ne spadaju u grupu međunarodnih ugovora koji podležu potvrđivanju od strane Skupštine Republike Srbije, već se samo dostavljaju Vladi radi upoznavanja.<sup>14</sup> Znači, ma-

---

<sup>12</sup> Član 25. ranijeg Nacrta zakona.

<sup>13</sup> Mnogi od njih, načelno su “izvršni” (administrativni), saglasno članu 2. stavu 2. ranijeg Zakona o zaključivanju i izvršavanju međunarodnih ugovora od 1978.

<sup>14</sup> Član 19. Predloga zakona.

nje nego što je to bilo predviđeno ranijim Nacrtom ovog zakona, jer je za njih bilo predviđeno usvajanje od strane Vlade Srbije. Proizilazi da Vlada Republike Srbije, po Predlogu zakona, ne učestvuje u konačnom obavezivanju bilo kojim ugovorom.

### *Objavljivanje međunarodnih ugovora*

“Zakon o potvrđivanju međunarodnog ugovora se tekstom tog ugovora i prilozima koji čine sastavni deo međunarodnog ugovora, objavljuje se u “Službenom glasniku Republike Srbije-Međunarodni ugovori” u roku od 30 dana od njegovog proglašenja.

Ministarstvo nadležno za spoljne poslove u “Službenom glasniku Republike Srbije-Međunarodni ugovori” objavljuje obaveštenje o datumu stupanja na snagu međunarodnog ugovora.” (član 16. Predloga zakona).

Najpre, objavljuju se svi potvrđeni međunarodni ugovori od strane Skupštine Republike Srbije. Vlada, po potrebi, na predlog nadležnog organa državne uprave, može odlučiti da “posebne ugovore” objavi u “Službenom glasniku Republike Srbije – Međunarodni ugovori”.<sup>15</sup> Ovakvo objavljivanje je moguće i za one međunarodnopravne akte koji ne podležu potvrđivanju od strane Skupštine Republike Srbije jer “ne smatraju se u smislu ovog zakona međunarodnim ugovorima”.<sup>16</sup> Ovakve odredbe su potrebne da bi šira javnost znala za postojanje ovakvih sporazuma. Po našem mišljenju, treba predvideti, da odluku o objavljivanju ovakvih ugovora može da donese Vlada Republike Srbije i bez predloga nadležnog organa državne uprave.

### *Evidentiranje i čuvanje međunarodnih ugovora*

“Originalni primerci potpisanih međunarodnih ugovora i drugih međunarodnopravnih akata evidentiraju se i čuvaju u ministarstvu nadležnom za spoljne poslove” (član 21. Predloga zakona).

Iz teksta ovako formulisanog člana proizilazi da se evidentiraju kod Ministarstva spoljnih poslova, pored onih ugovora koje potvrđuje Skupština Republike Srbije, i svi drugi međunarodni ugovori i međunarodnopravni akti.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> Član 20. Predloga zakona.

<sup>16</sup> Član 2. stav 2, član 14. stav 2, člzn 20. Predloga zakona.

<sup>17</sup> To znači: 1) iz člana 2. stava 1. Predloga zakona (izuzetno preostali ugovori koji ne podležu postupku potvrđivanja od strane Skupštine Republike ali ce smatraju u smislu ovog Predloga zakona međunarodnim ugovorima); 2) iz člana 2. stava 2. (koji ce u smislu ovog zakona ne smatraju međunarodnim ugovorima – protokoli, zapisnici i drugi međunarodnopravni akti, već ce samo dostav-

U dosadašnjem Zakonu o zaključivanju i izvršavanju međunarodnih ugovora od 1978. postojala je odredba sa drugojačijim dejstvom od odredaba o čuvanju međunarodnih ugovora po sadašnjem Predlogu zakona. Ona je glasila: "Izuzetno, ratifikovani međunarodni ugovori kojima se uređuje vojno-ekonomska i vojno-politička saradnja evidentiraju se i čuvaju u savezним organima uprave nadležnim za narodnu odbranu".<sup>18</sup> Samo po sebi se razume, da je to važno i za druge međunarodnopravne akte iz ove oblasti koji su bili dalja konkretizacija ovih osnovnih međunarodnih ugovora.

Da li se ovakvim regulisanjem htela koncentracija evidencije i čuvanje svih međunarodnih ugovora i svih međunarodnopravnih akata iz ove oblasti u Ministarstvu spoljnih poslova? To znači napuštanje dosadašnje prakse i pitanje je da li je to najbolje i najcelishodnije rešenje? A tih konkretnih međunarodnopravnih akata, često tehničkog karaktera, pokadkad sa velikim domašajem, je mnogo. Njihovo evidentiranje je bilo u okviru Ministarstva za narodnu odbranu. Konkretnih izvršnih međunarodnopravnih akata takođe će biti mnogo iz "posebnih ugovora o saradnji".

### *Registrovanje međunarodnih ugovora*

Poželjno je da Predlog zakona sadrži odredbu koja bi se ticala registrovanja međunarodnih ugovora u Sekretarijatu UN. Ministarstvo spoljnih poslova Republike Srbije bi odlučivalo koji bi se međunarodni ugovori registrovali u UN.<sup>19</sup>

Ovo iz razloga, što se države mogu obratiti organima UN za zaštitu interesa iz međunarodnih ugovora i na njih se pozivati ukoliko su registrovani u Sekretarijatu UN, što ne znači da ne važe ukoliko nisu registrovani. Sadašnja praksa je da se, s obzirom na ogroman broj zaključenih ugovora i međunarodnopravnih akata, oni sve manje i manje registruju u Sekretarijatu UN. Moguće je da su to razlozi finansijske i administrativne prirode.

Navodimo ovde slučaj iz naše prakse da se nismo mogli u Generalnoj skupštini UN 1991. pozivati na zaštitu naših interesa iz ugovora sa SSSR i drugim istočnoevropskim zemljama sve dok nismo prethodno odgovarajuće ugovore u pitanju registrovali u Sekretarijatu UN.<sup>20</sup>

---

ljaju Vladi na upoznavanje (član 22. Predloga zakona); 3) posebni ugovori o saradnji-ugovori koji će šalju Vladi na upoznavanje (član 19. stav 4. Predloga zakona).

<sup>18</sup> Član 20. stav 2. Zakona od 1978.

<sup>19</sup> Član 102. Povelje UN.

<sup>20</sup> Stevan Đorđević, *Pravo međunarodnih ugovora*, Beograd 2011, str. 129–130, posebno fusnota 9.

*Ostale odredbe*

I u ovom Predlogu zakona izostala je odredba, za čije unošenje u tekst zakona smo se zalagali u našem prilogu iz 2010. Reč je o pravnim situacijama i pitanjima koja nisu uređena ovim Predlogom zakona. Kako tada postupiti, tj. koja pravna pravila primenjivati u slučaju pravne praznine? Predlažemo načelno rešenje (slično u hrvatskom i crnogorskom zakonu) o primeni opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava. Nismo za pozivanje za neposrednu primenu odredaba Bečke konvencije od 1969. mada je i to moguće i pravno dozvoljeno. Izraz "opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava" je opštiji i celishodniji.<sup>21</sup> Inače, pozivanje da će se pitanja navedena u Predlogu zakona rešavati shodno ovom zakonu, ugovoru u pitanju i opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava je odgovarajuće i pozitivno rešenje, a donekle se ovim ublažuje gore navedeni nedostatak odnosno primedba o pravnim prazninama.

*Povlačenje Predloga zakona iz skupštinske procedure*

U dane završetka rukopisa ovog rada, nova Vlada Republike Srbije je na sednici od 27. jula 2012, donela odluku o povlačenju iz skupštinske procedure, pored drugih akata, i Predloga zakona o zaključivanju i izvršavanju međunarodnih ugovora, koji su dostavljeni Skupštini Republike Srbije pre izbora nove Vlade.<sup>22</sup> Ne očekujemo od predlagača Predloga zakona, Ministarstva spoljnih poslova Republike Srbije i nove Vlade neke bitnije izmene u predlogu ovog zakona. Nadamo se da će postojeći Predlog zakona vrlo brzo ući u skupštinsku proceduru i cilju donošenja i stupanja na snagu.

Tekst Predloga zakona treba stilski poboljšati.

---

<sup>21</sup> Ima više pitanja koja nisu uređena u Predlogu zakona, često opravdano, s obzirom na njegov karakter i funkciju. Ta pitanja su bila predmet regulisanja u navedene dve bečke konvencije o međunarodnim ugovorima od 1969. i 1986. Evo nekih drugih pitanja van onih koja su navedena u sadašnjem Predlogu zakona: objašnjenje upotrebljenih izraza; punomoćje; drugi načini izražavanja pristanka na obavezivanje međunarodnim ugovorima; teritorijalna primena ugovora; unutrašnje pravo i poštovanje međunarodnih ugovora; ugovori treće države; obaveze koje nameće međunarodno pravo nezavisno od zaključenog ugovora; deljivost ugovornih odredaba; neretroaktivnost ugovora; norme ius cogens-prinudne norme; nedozvoljenost stavljanja rezervi na odredbe ugovora o ljudskim pravima; sukcesivni ugovori; sukcesija ugovora; otkazivanje ugovora i dr. Bliže našoj praksi: budući ugovori u okviru Evropske unije; garancija države u preuzimanju finansijskih obaveza od pojedinih pravnih lica i dr. Predlog zakona je morao da izbegne mnoga od ovih pitanja s obzirom da je reč o Zakonu o zaključivanju i izvršavanju međunarodnih ugovora, a ne o Zakonu o međunarodnim ugovorima.

<sup>22</sup> List "Politika", 28. i 31. 8. 2012.



VLADISLAV JOVANOVIĆ

## MORAL I MEĐUNARODNO PRAVO U PRAKSI MEĐUNARODNIH ODNOSA

Kao što je sadržan u mnogim normama nacionalnog prava, moral je prisutan i u međunarodnom pravu i praksi međunarodnih odnosa, iako manje vidljivo i ređe.

Kao društvena norma, moral promoviše i afirmiše najviše vrednosti društva. Opšte je prihvaćeno da moral čoveka izdvaja od drugih živih bića. Moralna načela su ista u svim periodima ljudske istorije. Nalaze se u svim vodećim religijskim izvorima. Božje zapovesti iz Biblije su najmoćniji moralni supstrat.

Pravo je prožeto moralnim vrednostima kao što su dostojanstvo čoveka, njegova čast, poštenje u odnosima s drugima, pravda i pravičnost, sloboda, život. U pravnim normama obitava pravni moral. Pretpostavlja se i očekuje se da se pravnim moralom rukovode kako oni koji stvaraju pravne norme tako i oni koji ih primenjuju. Granice između prava i morala nedovoljno su jasne tako da mnoge moralne norme postaju pravnim. Moralne norme pribavljaju poštovanje prava, dok pravo teži ostvarenju osnovnih moralnih ciljeva.

Međunarodno pravo reguliše i normira odnose između subjekata međunarodnih odnosa, prvenstveno država, ali i međunarodnih organizacija i drugih subjekata koji nastaju u procesu kodifikacije međunarodnog prava i razgranjavanja međunarodnih odnosa.

---

Vladislav Jovanović, ambasador u penziji, Beograd.

Tesna veza između morala i prava labavija je u međunarodnom pravu i međunarodnim odnosima nego u nacionalnom pravu. To je zbog toga što se razvoj međunarodnog prava postiže pomoću diplomatije koja je, po nekim definicijama, samo forma mirnog načina borbe za moć. Međunarodni odnosi su, u stvari, planetarna pozornica borbe za moć koja, kada se vrši mirnim sredstvima i međunarodnim ugovorima, doprinosi primatu međunarodnog prava, a kada se sredstva postižu nasilno, dovodi do ukrštanja mačeva i promocije prava sile nauštrb snage prava.

Moral i međunarodno pravo ne postoje van međunarodnih odnosa koji su promjenljivi i u stalnom kretanju. Međunarodno pravo teži da bude u što većem skladu sa moralom, dok su međunarodni odnosi pragmatični. Mogu se pozivati na moralnost, kao što je mogu i ignorisati. Ali i onda kada apostrofiraju moral, to je najčešće radi postizanje određenog političkog cilja ili, što je još nečasnije, radi manipulisanja i prikrivanja pravog političkog cilja. Ilustrativno za to je čuvena izjava francuskog ministra spoljnih poslova Valevskog kancelaru Bizmarku još 1857. godine da je “posao diplomate da odene interese svoje zemlje u jezik univerzalne pravde”. Valjda da mu ne bi ostao dužan, kancelar Bizmark je nešto kasnije odao sarkastično priznanje pravu “da je diplomatija bez oružja isto što i orkestar bez instrumenata”. Za ovim progoniteljima morala iz međunarodnog prava i međunarodnih odnosa nije izostao ni generalisimus Staljin koji je, na zalaganje Ruzvelta i Čerčila da se Vatikanu prizna veći politički status, kratko upitao: “Koliko Papa ima divizija?”

Kao što se vidi, teško se moral održava u kući međunarodnog prava. U najboljem slučaju, moral je tamo podstanar kome se lako i bez ustezanja, kad to treba, može otkazati gostoprimstvo. Ipak, države se pozivaju na pravne i moralne razloge kad god treba da opravdaju svoje “humanitarne intervencije”. SAD su to činile tokom cele svoje imperijalne istorije u 19, 20. i na početku 21. veka. To je do monotonije postao obrazac njihove politike i prakse. Evropske kolonijalne sile su zastave moralnih načela i civilizacijskih vrednosti isturile u svim pokoravanjima naroda i civilizacija na drugim kontinentima. Hitler se pozivao na pravo da bi opravdavao invazije skoro svih evropskih država i objavljivanje rata SAD-u. Peo se na uzvišice morala da bi osudio “nepravde” Versajskog ugovora o miru i opravdavao potrebu humanitarnih intervencija u drugim državama radi zaštite pripadnika nemačke nacionalne manjine od navodno lošeg tretmana. Rusija i Velika Britanija su u ugovoru iz 1907. svoju podelu Persije objašnjavale “poštovanjem njenog integriteta i nezavisnosti”. SAD su potpisale i ratifikovale mnoge ugovore o ljudskim pravima sa rezervom, čime su se u stvari zaštitile od realnog domašaja njegovih odredaba. Tokom pregovaranja u Ženevi 1991. godine o usvajanju dokumenta o pravima pripadnika nacionalnih manjina u zemljama KEBS-a,

SAD i Francuska su najviše insistirale na tome da ta prava budu što šira i raznovrsnija, uključujući i kolektivna prava, da bi se, po usvajanju konačnog dokumenta, od njega ogradile. Šef delegacije SAD ambasador Maks Kampelman pismeno je obavestio moderatora da usvojeni dokument ne obavezuje nijednu federalnu državu SAD-a, dok je njegov francuski pandan izjavio u zapisnik da je pitanje nacionalnih manjina u njegovoj zemlji rešeno i da se Završni dokument ne odnosi na nju. Ali, države se ponekad pozivaju samo na svoju moć, ignorišući pravo i moral. Atinjani su to činili u Peloponeskom ratu kada su se iskricali na ostrvo Melos. Iako je, kao kolonija Sparte, ostrvo bilo neutralno u ratu, Atinjani su ga, prema istoričaru Tukididu, okupirali sa argumentom da "snažan čini što želi, a slab pati koliko mora".

Na sreću, ima drugih primera gde se moralu daje veći značaj i države se obavezuju da ga uvažavaju u međunarodnim odnosima. U međunarodnom pravu, objavljivanje rata se notifikuje kako zaraćenoj državi tako i neutralnim zemljama, čime se stavlja do znanja da će se država koja to čini pridržavati izvesnih pravila rata.

Sovjetska Rusija i SAD su 1917. skoro istovremeno osudile tajnu diplomatiju i obavezale se na javnost u međudržavnim ugovorima. Koliko god njihovi postupci bili motivisani političkim koristima koje su od toga imale ili mogle očekivati, oni su imali istorijski značaj i predstavljali su, makar kratkotrajno, trijumf morala nad prizemnom politikom. Dokaz za to je činjenica da danas nijedan bilateralni ugovor između država neće biti priznat (strane ugovornice se na njega neće moći pozivati) ako nije upisan u Registar međunarodnih ugovora OUN.

Osnivanje Društva naroda, a kasnije i OUN, bilo je, takođe, inspirisano moralnim razlozima. Cilj je bio da se stane na put arbitrarnim i samovoljnim narušavanjima međunarodnog mira i bezbednosti, da se ojača poverenju u međunarodno pravo i da se, kroz razvoj svestrane međunarodne saradnje u brojnim oblastima, naglasi pripadnost svetskoj zajednici, a time i međunarodna tolerancija i solidarnost. Namera je bila da se kroz ravnotežu interesa ojača stabilnost u svetu i države upute da svoje sporove rešavaju primenom prava a ne upotrebom sile. Međutim, međunarodno pravo i međunarodne odnose prati na svakom koraku inherentna borba za moć. Kao što su sile Antante pobeđenim silama u Prvom svetskom ratu nametnule, po mnogo čemu, okrutan Versajski ugovor, tako su pobednici u Drugom svetskom ratu osigurali povlašćeni položaj u Savetu bezbednosti OUN dobijanjem trajnog statusa Stalnih članova sa pravom veta. Pored toga, izdejstvovala su Glavu VII u Povelji OUN koja ovlašćuje Savet bezbednosti, u suštini njegove Stalne članove, na upotrebu oružane sile prema državama koje predstavljaju opasnost za međunarodni mir i bezbednost. Drugim rečima, stekle su moć koju druge države članice nemaju. Da se ne radi o simboličnoj već o re-

alnoj privilegiji potvrđuje činjenica da one, uprkos promenama u svetu, ne dopuštaju drugim velikim državama da im se u uživanju privilegovanog statusa pridruže. Tako su velika obećanja davana tokom borbe za slamanje snaga fašizma i japanskog militarizma, da će novi svet biti svet jednakih završena kao svet u kome postoje manje jednaki i više jednaki. Moral i pravičnost su ustuknuli pred imperativom moći. Kao veština mogućeg, politika ima dominantnu ulogu u međunarodnim odnosima. Kompromis je poželjno racionalno sredstvo za premošćivanje jaza između sporova i njihovog nasilnog rešavanja. Zato se Povelja OUN i zalaže za mirno prevazilaženje sporova bilateralnim ili drugim dozvoljenim načinima. Kompromis je najčešće rezultat takvih napora. Ali, da bi bili održivi i trajni, kompromisi treba da budu u skladu sa moralom. Pošto su mir i pravda gradivni elementi kompromisa, kompromis nužno sadrži i moralnu komponentu. Naročito su opasni tzv. truli kompromisi, koji nisu prihvatljivi, čak ni u ime mira. Primera trulih kompromisa ima dosta. Najčešće citirani je minhenski dogovor između Čemberlena i Hitlera 1938. godine gde je pravda (Sudetska oblast) žrtvovana za lažni mir.

Etička dimenzija međunarodnog morala povukla se pred normativnom dimenzijom međunarodnog prava u čitavom nizu oblasti: pravu na rat, pravednom i nepravednom ratu, humanitarnim intervencijama, trci u naoružanju, sveobuhvatnim sankcijama, hladnom ratu, međunarodnom krivičnom sudstvu, ograničavanju i negiranju načela suvereniteta, novom svetskom poretku i slično.

Sve do Kelog-Brijanovog pakta iz 1928. godine pravo na rat bilo je opšte prihvaćeno kao nešto što je imanentno državama. Čitava istorija ljudskog roda odvijala se u znaku vršenje tog prava. Stari zavet je pun primera upotrebe fizičke sile protiv neprijatelja. Ne samo da se ratu priznaje legitimnost nego se prihvata i kao odmazda protiv čitavih gradova i oblasti naseljenih neprijateljem. A jedan od najvećih teologa ranog hrišćanstva, sveti Avgustin, priznao je pravo na pravedni rat, dok nepravedne ratove osuđuje. Moralnu podelu na pravedan i nepravedan rat prihvatili su i tvorci Oktobarske revolucije u Rusiji 1917. godine. Imperijalističke ratove smatrali su nepravednim, a revolucionarne i odbrambene, pravednim. Posle Drugog svetskog rata, zemlje tzv. socijalističkog lagersa i Pokret nesvrstanih zemalja energično su podržavali antikolonijalne ratove kao pravedne, dok su ih kolonijalne metropole osuđivale kao akte pobuna, pre nego što su bile prinuđene da im priznaju oslobodilački karakter. Niz ambicioznih i bezobzirnih pojedinaca, zahvaljujući tom bezumnom i brutalnom pravu, ušli su u istoriju kao osvajači svetskih razmera (persijski carevi, Aleksandar Makedonski, Džingis Kan, Tamerlan, Napoleon, Hitler itd.). Manji broj država Evrope je pomenutim Paktom, prvi put u istoriji, stavio rat van zakona i uklonio ga sa duge liste prava država. Iako su odredbe tog Pakta obavezivale samo njegove potpisnike, moralni uticaj odustaja-

nja od prava na rat bio je tako veliki da je Povelja OUN suzila mogućnost upotrebe vojne sile u rešavanju sporova samo na samoodbranu od neizazvanog napada i kolektivnu vojnu akciju na osnovu odluke Saveta bezbednosti UN. Kasnije su UN (Generalna skupština) usvojile rezoluciju o definiciji agresije, čime je još više sužen prostor za zaobilaženje pomenute odredbe Povelje, mada su velike države ili organizovane grupe njih, na žalost, pronalazile izgovore za opravdavanje akata agresije protiv izabраниh žrtava.

Akti oružane agresije skoro redovno se objašnjavaju i opravdavaju humanitarnim razlozima ili civilizacijskim misijama. Od krstaških i drugih verskih ratova, kolonijalnih osvajanja do današnjih "humanitarnih intervencija" žrtve su, bez izuzetka, satanizovane a napadači predstavljani kao misionari dobra i napretka. Posle okončanja hladnog rata, tzv. humanitarne intervencije su učestale i postale omiljeno sredstvo jedine preostale supersile i jedine preostale vojne alijanse u lomljenju otpora njihovoj dominaciji i uspostavljanju tzv. Novog svetskog poretka zasnovanog na njihovim interesima i vrednostima. To što međunarodno pravo ne poznaje pravo na humanitarne intervencije i što ga Povelja OUN ne priznaje, ne predstavlja nepremostiv problem za zagovornike takvih vojnih intervencija. Opravdavaju ih moralnim razlozima koje smatraju superiornim normativnim ograničenjima. Hiperbolisana i zloupotrebljavana ideologija ljudskih prava temelj je na kome se izgrađuje samoprisvojeno pravo na humanitarnu intervenciju. Ako se ljudska prava, a posebno pravo na život masovno krše u nekoj državi, protagonisti humanitarne intervencije smatraju da je to dovoljan razlog za pribegavanje vojnoj sili. To što se jednom zlu suprotstavlja drugo zlo, pri čemu u oba slučaja masovno stradaju nedužni civili, ne uznemirava njihovu savest. Etička dimenzija kršenja ljudskih prava stavlja se u funkciju tekuće politike velikih sila.

Međutim, zagovornici humanitarnih intervencija nisu ostali na tome. Pošlo im je za rukom da, u okviru sinhronizovane kampanje za dalje ograničavanje (ne samoograničavanje!) suvereniteta država, navedu Generalnu skupštinu OUN da usvoji rezoluciju pod nazivom "Odgovornost za zaštitu", kojom se opravdava mešanje u unutrašnje stvari država članica, pod obrazloženjem spasavanja civilnog stanovništva od nečovečnih postupaka režima. Mogućnosti zloupotrebe pomenute rezolucije za podrivanje i obaranje režima koji nisu po volji država koje se zalažu za humanitarne intervencije, su neograničene. Libija i Sirija predstavljaju naj-svežije primere.

Višedecenijski hladni rat i sveobuhvatna trka u naoružavanju, od koje ni kosmos nije pošteđen, bili su, takođe, u raskoraku sa etičkom dimenzijom međunarodnog prava. Međunarodno pravo je srozavano bez ikakvih skrupula. Ogromna finansijska sredstva trošila su se neproaktivno na naoružavanje, umesto na jačanje životnog standarda, a milioni ljudi su tokom više generacija živeli u stal-

nom strahu od nuklearne katastrofe. Na lišavanju i strahu nevinih profitirao je vojno-industrijski kompleks na obema stranama. Moral je morao da se povuče pred grupnim interesima i borbom za moć.

Džordž F. Kenan, tvorac američke doktrine zadržavanja SSSR-a (containment) iz 1948. godine, nije postao čuven samo po svom dugačkom istorijskom telegramu iz Moskve u kome je izložio pomenutu doktrinu, već i po osudi legalizma i moralizma u spoljnoj politici i nacionalnim interesima SAD od 1900 do 1950. godine. Smatrao ih je nepotrebnim stegama koje su sprečavale razvoj normalne (po mogućstvu tajne) bilateralne diplomatije. Zalagao se za proterivanje legalizma i moralizma iz spoljne politike SAD. Unilateralizam SAD posle okončanja hladnog rata prevazišao je Dž. Kenana. Razgradio je veliku viziju svetskog poretka izgrađenog posle Drugog svetskog rata i pretpostavio mu novi svetski poredak oslonjen na globalizaciju i globalizam kao izraz hegemonije SAD. U suprotstavljanju legalizmu za Kenanom ne zaostaje ni bivša državna sekretarka za spoljne poslove Madlen Olbrajt koja je otvoreno izjavila da "SAD više ne priznaju poglavlje Povelje OUN o poštovanju suvereniteta država". Poznata Bilderberger grupa pritekla joj je u pomoć sa izjavom da je "pojam nacionalnog suvereniteta postao zastareo i regresivan". Desuverenizacija država kao ubrzani proces treba da dovede do globalizacije sveta kroz regionalizaciju. Strategija SAD je, po Henriju Kisindžeru, stvaranje novog svetskog poretka, a sadašnja globalna kriza predstavlja mogućnost prelaska na svet bez granica, gde se nacionalni interesi podređuju globalnim potrebama. Etička dimenzija međunarodnog morala i međunarodnog prava, kao kolektivna baština demokratskog razvoja međunarodnih odnosa, gurnuti su u stranu.

Osnivanje međunarodnog krivičnog sudstva do kojeg je došlo u poslednje dve decenije dočekano je sa nadama, ali su one brzo splasnule. Ad hoc Međunarodni krivični tribunal u Hagu za ratne zločine počinjene na prostoru bivše SFRJ i, kasnije, u Ruandi, patio je od početka od deficita legaliteta, jer ga je osnovao izvršni organ OUN – Savet bezbednosti kao svoj pomoćni organ, pošto mu Povelja OUN nije davala zakonodavnu nadležnost.

Iako NATO za svoju vojnu akciju protiv SRJ nije imao saglasnost Saveta bezbednosti, što je po Povelji OUN bilo neophodno, Haški tribunal je maja meseca 1999. godine, na poziv agresora, na brzinu podigao optužnicu protiv najviših političkih i vojnih ličnosti SRJ, čime se solidarisao sa činom agresije i ušao u politički raskorak sa svojim glavnim organom Savetom bezbednosti. Pravni moral je nalagao da se eventualne optužnice za ratne zločine pišu posle okončanja sukoba i da se njima obuhvate obe strane u sukobu. Ne samo da je postupljeno suprotno tome nego je Tužilaštvo Tribunala promptno utvrdilo da "ne postoji osnovana sumnja da je NATO tokom bombardovanja počinio neki ratni zločin". Ako se

tome doda da Statut Tribunala procesuirao zločine protiv čovečnosti, ratne zločine i zločin genocida, ali ne i zločin protiv mira – sam akt agresije bez kojeg ne bi bilo ni drugih pomenutih zločina, postaje jasno da je Haški tribunal osnovan sa ciljem da se vodeće zemlje Zapada i NATO izuzmu od svake političke i krivične odgovornosti.

Na žalost, deficit jednakosti pred pravdom a time i pred moralom međunarodnog prava, sproveden je i u Statutu Stalnog međunarodnog krivičnog suda u Hagu koji je, za razliku od ad hoc Haškog tribunala osnovan po pravilima međunarodnog prava i ima pun legalitet i legitimitet. Taj deficit se izražava u tome što ga je do sad ratifikovalo tek dve trećine članica OUN i da se među njima ne nalaze neke najveće i najjače države (SAD, Kina), kao i u tome što je i ovaj sud, kao i njegov *ad hoc* prethodnik, Haški tribunal, ograničen samo na procesuiranje zločina protiv čovečnosti, ratne zločine i zločin genocida, čime se praktično amnestiraju zločini protiv mira, iz kojih proističu svi ostali zločini. Nesavršenost i nedovršenost međunarodnog krivičnog sudstva posledica je zavisnosti međunarodnog prava od odnosa snaga u svetu gde snaga moći neretko potiskuje snagu prava. Zbog toga se i međunarodno krivično sudstvo često pojavljuje u sekundarnoj ulozi sličnoj ulozi marginalizovane OUN da samo sanira postoperativne situacije u zemljama žrtvama otvorene ili prikrivene agresije NATO-a ili grupe država.

Dvostruki standardi u politici velikih, posebno Zapadnih država, u otvorenom su sukobom sa moralom međunarodnog prava i elementarnom definicijom pravde i pravičnosti. Predstavljaju samo drugo ime za politiku diktata i svršenog čina koja ne uvažava pravnu argumentaciju, istorijske činjenice i postojeće realnosti. Razbijanje SFRJ puno je primera dvostrukih standarda: država koja je osnivač Društva naroda, OUN, KEBS-a i Pokreta nesvrstanih zemalja između ostalih međunarodnih organizacija i ugovornih odnosa, proglašena je voljom dvanaest članica Evropske zajednice za umrlu i izbrisana je sa političke mape sveta. Međunarodno-priznate granice SFRJ su poništene, a administrativne linije koje razdvajaju šest federalnih jedinica preko noći su proglašene za međunarodne. Etničkim nacionalizmom, koji Povelja OUN ne poznaje jer priznaje samo državne narode, rasturena je dotle najuzornija multinacionalna, multikonfesionalna i multikulturalna članica OUN i zamenjena haosom građanskih i verskih ratova. Pravo na samoopredeljenje je, suprotno međunarodnom pravu, priznato teritorijama federalnih jedinica, a ne svim konstitutivnim narodima koji u njima žive. Zauzet je stav da nije moguć zajednički život Srba, Hrvata i Muslimana u SFRJ, ali da je moguć i neophodan u Bosni i Hercegovini, uprkos protivljenju dva od njena tri konstitutivna naroda. Dejtonski sporazum je proglašen kao neizmenjiv, sem u pogledu prava Republike Srpske koja se sistematski sužavaju i prenose na centralnu vlast. Granice republika bivše SFRJ su proglašene nedodirljivim koje se ne mogu



menjati, sem granica Srbije, čija južna pokrajina je, uz otvorenu pomoć Zapadnih sila, proglasila nezavisnost, koje su one odmah priznale i zalažu se kod drugih država da ih u tome slede. Argument etničkog nacionalizma dovoljan je da se opravda jednostrano odvajanje Kosova od Srbije, ali nije dovoljan da se sever Kosova, gde žive praktično samo Srbi, odvoji od ostatka Kosova. Etnički nacionalizam je bio dovoljna legitimacija za izdvajanje bivših jugoslovenskih republika iz SFRJ, uključujući i Crnu Goru, koja je to uz pomoć Zapada kasnije postigla, ali takva izlaznica ne samo da nije bila data Srbima u Republici Srpskoj Krajini, već je njihovo masovno etničko čišćenje uz pomoć tenkova i helikoptera, najveće u Evropi posle Drugog svetskog rata, bilo javno tolerisano, a Hrvatska za to bila nagrađena ulaskom u tzv. evroatlantske organizacije.

Učestala pojava zavoda za sveobuhvatnih ekonomskih sankcija protiv tzv. neposlušnih država pretvorila se u kolektivno kažnjavanje civilnog stanovništva, dok vladajući režimi prave posledice sankcija jedva osećaju. Masovno stradanje civila usled drakonskih političkih odluka država koje nameću sankcije moguće je zbog toga što ono još ne uživa zaštitu međunarodnog prava. Ratni zločin genocida je međunarodno sankcionisan, ali genocid koji se čini u miru, nije. Dve ilustracije to potvrđuju. OUN je u jednom svom izveštaju iznela poražavajući podatak da su višegodišnje ekonomske sankcije uvedene protiv Iraka od strane Zapadnih sila 1990. godine dovele do smrti pola miliona iračke dece. Kada je jedan novinar na američkoj televiziji upitao državnu sekretarku Madlen Olbrajt da li je, u svetlu tog podatka, zavođenje sankcija imalo smisla, ona je, posle kraćeg razmišljanja odgovorila: "Vredelo je". Posle zavođenja sankcija SRJ 1992. godine, koje su uključivale i zabranu korišćenja vazdušnog prostora, dvanaest prerano rođenih beba u Banja Luci moralo je da umre, jer Komitet za sankcije OUN u Njujorku nije na vreme dozvolio da se neophodne boce sa kiseonikom za inkubatore dovezu helikopterima. Pošto je masovno kršenje ljudskih prava najčešći povod za zavođenje ekonomskih sankcija, postavlja se pitanje da li je moralno ispravno i politički legitimno da se ono sprečava neselektivnim kršenjem ljudskih prava stanovnika dotične zemlje, kao što su pravo na život, na zdravlje, na rad, na ljudsko dostojanstvo. Između "humanitarnog bombardovanja" i ekonomskog kolektivnog kažnjavanja nema bitne razlike: u oba slučaja najviše stradaju nedužni civili, ali se to cinično smatra kolateralnom štetom, dakle posledicom koja je neizbežna kod takvih akcija odmazde i zato prihvatljiva. Ali, nema vladavine prava bez poštovanja ljudskih prava iz Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima usvojene 1948. godine. Režim ekonomskih sankcija udaljava države koje na njima insistiraju od poštovanja pomenute Deklaracije, a međunarodno pravo derogira ili uvodi u sivu zonu.

Polazeći od navedenih primera osporavanja morala međunarodnog prava i njegovog sve većeg istiskivanja iz prakse međunarodnih odnosa, postavlja se pitanje budućnosti međunarodnog prava, kao i stabilnosti međunarodnih odnosa gde moć sile sve više zamenjuje snagu prava. Da li će crni oblak pesimizma prerasti u opšti mrak, ili će se zračak optimizma kroz njega probiti i osvetliti put izlaska? Reduciranje međunarodnog prava na uske interese previđa ili ignoriše da su za očuvanje svetskog poretka, zasnovanom na pravu, veoma važne moralne vrednosti i osnovno ljudsko dostojanstvo. Moguće je štiti uske nacionalne interes bez podrivanja međunarodnog pravnog sistema kome su moralne vrednosti inherentne i daju mu legitimnost. Problemi nastali u međunarodnom pravu i radu Svetske organizacije nastali su usled nestajanja ravnoteže snaga i hegemonie uloge koju je pobednička strana u hladnom ratu proglasila apsolutnom i sprovodi je na jednostran način, ignorišući ili otvoreno kršeći međunarodno pravo (kao u slučaju agresije NATO na SRJ i agresije grupe zemalja na Avganistan, Irak i Libiju). Istorija sveta pokazuje da su sve hegemonije bile vremenski ograničene i da su okončavane vaspostavljanjem nekog oblika nove ravnoteže snaga. Sadašnji proces pretvaranja jednopolarnog u višepolarni svet vodiće obnavljanju autoriteta međunarodnog prava i njegove moralne dimenzije, nauštrb supremacije sile i pogubnih oblika njenog ispoljavanja.

VLADISLAV JOVANOVIĆ  
Ambassador, retired, Belgrade

MORALITY AND INTERNATIONAL LAW  
IN THE PRACTICE OF INTERNATIONAL RELATIONS

Summary

In view of the fact that national law and international law have different subjects, the presence of the link between law and morality is less visible in international than in national law. Although morality is an intricate element of international law, it is not so rare that states hypocritically invoke legal and moral considerations to achieve their narrow national interests. International law tends to be as much as possible in conformity with morality, whereas international relations are

pragmatic by nature. In the application of international law by states, in some cases, morality is accorded a considerable amount of attention and, in some others, it is completely disregarded. This is the result of the specific nature of international relations where diplomacy is often a mere peaceful way of vying for power. Multilateralism in international relations, particularly with the founding of the League of Nations and, subsequently, the United Nations, helped put in place an international legal system, inspired by and based on many moral values. Following the end of the Cold War, morality and fairness have drawn back in the face of might embodied in the only superpower and the only military alliance remaining. The use of force has prevailed over the might of law. Double standards and desovereignization of states tend to replace international law. Politics, as the art of the possible, plays a very important role in the creation and application of international law. A compromise is a rational means to achieve this end, even though, too often, rotten compromises are resorted to, which is inadmissible even if this is done for the sake of peace.

*BORIS KRIVOKAPIĆ*

## **O NAUCI MEĐUNARODNOG PRAVA U ANTIČKOM SVETU**

### NAUKA MEĐUNARODNOG PRAVA

Mada bi to mogla biti i tema za sebe, ovde ćemo se samo u prolazu osvrnuti na to šta se ima u vidu pod naukom međunarodnog prava. To se čini potrebnim radi boljeg razumevanja teme kojom se bavimo. Kao i obično, i ovde se, u zavisnosti pristupa i potreba, obično imaju u vidu razne stvari.

U najužem smislu, pod naukom međunarodnog prava podrazumevamo naučnu disciplinu koja se bavi proučavanjem i razvojem međunarodnog prava.

Posmatrano iz drugog ugla, kada se govori o nauci međunarodnog prava ima se u vidu širi ili uži krug istaknutih teoretičara i stručnjaka, pre svega pravnih pisaca koji se bave ovom naučnom disciplinom.

U još širem značenju, tu ulaze i brojna međunarodna i nacionalna udruženja koja okupljaju naučnike i stručnjake koji se bave međunarodnim pravom – u naše vreme naročito Udruženje za međunarodno pravo (ILA) i njegovi ogranci u državama.

Najzad, mogući su i drugačiji pristupi, pa se ponekad ovaj pojam izjednačava sa literaturom međunarodnog javnog prava tj. delima iz ove oblasti.

---

Dr Boris Krivokapić, profesor Fakulteta za državnu upravu i administraciju, Megatrend univerzitet, Beograd.

O tome da po logici stvari zbog prirode odnosa u tadašnjem svetu u antičko doba nisu postojala udruženja za međunarodno pravo ne treba trošiti reči. Stoga ćemo ovde pod naukom međunarodnog prava imati u vidu autore i njihove radove, pa i to uglavnom sumarno posmatrane.

Naime, ovde nam nije namera da se detaljno bavimo proučavanjem nastanka i razvoja nauke međunarodnog prava u dalekoj prošlosti – ni u svetskim, pa čak ni u regionalnim okvirima, već pre svega da ukažemo i u neku ruku dokažemo, da se nauka međunarodnog prava rodila i rasla uporedo sa pojavom i razvojem međunarodnog prava.

*Mesto antičke misli o međunarodnom pravu  
u savremenim sistemskim delima*

U radovima savremenih pisaca, posebno u njihovim sistemskim delima, mahom se javlja nekoliko osnovna pristupa u vezi sa problemom nauke međunarodnog prava u antičkom svetu.

Jedni jednostavno preskaču to pitanje uopšte se ne baveći razvojem međunarodnopravne doktrine, pa tako ni njenim eventualnim nastankom i razvojem u dalekoj prošlosti. Drugim rečima, i onda kada se, bar neki među njima, osvrću na razvoj međunarodnog prava, pa čak i problemom mesta i uloge njegove teorije, oni izbegavaju da se upuste u to da li je postojala i kakva je bila nauka međunarodnog prava u antička vremena.<sup>1</sup>

Drugi izlažu razvoj nauke međunarodnog prava, ali pri tome polaze od Srednjeg veka prećutno zaobilazeći ranije epohe ili čak izričito negirajući da je ova nauka mogla da postoji pre XVI-XVII veka.<sup>2</sup> Ovaj pristup i ne čudi kada se

---

<sup>1</sup> Tako npr. (hronološkim redom): Vesnić M.R.: "Prevodiočeve napomene", u: Rivijer Alfons: Osnovi međunarodnoga prava, Beograd 1897, str. LXXII-LXXXI; Кожевников Ф.И. (отв. ред.): Курс международного права, Москва 1979, стр. 5–6; Brownlie Ian: Principles of Public International Law, Oxford 1995, pp. 24–25; Фрчкоски Љубомир Д., Тупурковски Васил, Ортаковски Владимир: Меѓународно јавно право, Табернакул 1995, стр. 17–21; 38; Владимиров Иван: Международно публично право, Софија 2000, стр. 13–15; Cassese Antonio: International Law, Oxford 2001, pp. 19–45; Shaw Malcolm N.: International Law, Cambridge 2003, pp. 13–41, 105–107; Janković Branimir M., Radivojević Zoran: Međunarodno javno pravo, Niš 2005, str. 30, 62–78; Ильин Ю.Д.: Международное публичное право, Москва 2008, стр. 29; Etinski Rodoljub: Međunarodno javno pravo, Beograd 2010, str. 26–28, 46; Avramov Smilja: Međunarodno javno pravo, Beograd 2011, str. 50–71, 88. Pojedini pisci idu čak dotle da se osvrću na razvoj nauke međunarodnog prava samo u sopstvenoj zemlji. Razume se, ne od antičkih vremena, već počev od Novog doba. Vidi npr. Бекашев К.А. (отв. ред.): Международное публичное право, Москва 2009, стр. 87–104.

<sup>2</sup> Hronološkim redom: Листъ Франц: Международное право, Рига 1923, стр. 18–20; Моа Marsel: Osnovni pojmovi međunarodnog javnog prava, Beograd 1925, str. 22–24; Le Fir Luj:

zna da mnogi od njih smatraju da pre tog perioda nije postojalo ni međunarodno pravo. Čak i oni koji priznaju postojanje nekakvog međunarodnog prava u dalekoj prošlosti, olako previđaju da je neko to pravo morao i da proučava. U tom pogledu jedan od karakterističnih primera je knjiga Đure Popovića čiji je naziv veoma obećavajući (“Klasici međunarodnopravne doktrine”). Međutim, mada u uvodnom delu daje kratak pregled razvoja međunarodnopravnih instituta u antici (str. 14–17) autor se nijednom rečju ne osvrće na mislioce tog doba, već, prelazeći na suštinu svog izlaganja, prezentira lik i delo 12 pisaca nama mnogo bliže epohe, baveći se “pregrocijevcima” (Vitorija, Soto, Suarez, Gentilis), Hugom Grocijusom i “postgrocijevcima” (Seld, Zuč, Pufendorf, Binkershek, Volf, Vatel, Martes).<sup>3</sup>

Pojedini savremeni pisci, čak i kada izričito pominju mislioce koji su se u Starom veku bavili određenim temama od značaja za međunarodno pravo, čine to mahom samo u vezi sa idejom o postojanju tzv. prirodnog prava i uz konstataciju da je to bilo “u jedno vreme kad se nauka o međunarodnom pravu još nije bila obrazovala.”<sup>4</sup>

Najzad, ima i onih autora koji daju vrlo kratak osvrt (najčešće u svega nekoliko rečenica) na period pre Srednjeg veka, pri čemu sumarno pominju svega nekoliko (ponekad i samo jednog, a najčešće ne više dva-tri) imena antičkih mislilaca koji su se bavili veoma širokim spektrom društvenih i prirodnih problema, pa s tim u vezi samo konstatuju da su ovi mislioci, pored ostalog, dali određeni osvrt na neke međunarodnopravne institute ili da su se u svom radu doticali i pitanja međunarodnog prava.<sup>5</sup> Čak i tada, antički filozofi i pravници se najčešće ne doživljavaju kao predstavnici, već pre kao preteče nauke međunarodnog prava.

---

Međunarodno javno pravo, Beograd 1934, str. 269–270; Фердросс А.: Международное право, Москва 1959, стр. 53–68, 68–86; Akehurts Michael: A Modern Introduction to International Law, London 1984, pp. 12–22; Dixon Martin: Textbook on International Law, Londov 1995, p. 38; Besson Samantha, Tasioulas John: The Philosophy of International Law, Oxford 2010, pp. 36–40; Henderson Conway W.: Understanding International Law, Wiley-Blackwell 2010, pp. 9–16; Neff Stephen C.: A Short History of International Law, in: Evan Malcolm D. (ed.): International Law, Oxford 2010, pp. 4–12.

<sup>3</sup> Popović Đura: Klasici međunarodno-pravne doktrine”, Beograd 1933. Imena pomenutih teoretičara navedena su u obliku u kom ih je dao sam Popović.

<sup>4</sup> Nis Ernest: Poreklo međunarodnog prava, Beograd 1895, str. 8–9. Stav autora po ovom pitanju jasno odslikava to, što iako se bavi poreklom međunarodnog prava, on ne daje osvrt na antički period. Uostalom, prva glava njegove knjige nosi naziv “Pojam i nauka o međunarodnom pravu u Srednjem veku”.

<sup>5</sup> Hronološkim redom: Стояновъ А.Н.: Очерки истории и догматики международного права, Харьков 1875, стр. 40–65. Bartoš Milan: Međunarodno javno pravo, I knjiga, Beograd 1954, str. 65; Кожевников Ф.И. (отв. ред.): Курс международного права, Москва 1966, стр. 8; Лисовский В.И.: Международное право, Москва 1970, стр. 21; Rhyne Charles S.: International

Dobru ilustraciju ovog pristupa nalazimo kod barda jugoslovenske/srpske nauke međunarodnog prava, Milana Bartoša. On primećuje da se u doktrini različito posmatra početak razvoja nauke međunarodnog prava, pa tim povodom konstatuje:

“Dok većina pisaca njeno rođenje traži na prelazu iz Srednjeg u Novi vek (XVI vek), dotle neki autori svoja istraživanja usmeravaju i na ranije epohe. Ovaj poslednji stav nije lišen svake osnove, jer se, zaista, kod izvesnih pisaca klasične Grčke, Rima i Srednjeg veka mogu naći izvesne ideje vezane za međunarodno pravo, pa čak i razrada pojedinih međunarodnopravnih ustanova. No u svakom slučaju u ovim periodima ne možemo još govoriti o međunarodnom pravu kao samostalnoj pravnoj disciplini.

Izvesne pojmove o ustanovama međunarodnog prava možemo naći već kod Polibija, Platona, Aristotela, Cicerona i drugih pisaca Stare Grčke i Rima. Naročito treba pomenuti Cicerona s definicijom pravednog rata (shvaćenog u uskoj vezi s rimskim običajnim ratnim pravom) i osnovama docnije teorije o eksteritorijalnosti diplomatskih predstavnika.”<sup>6</sup>

Odmah zatim pisac prelazi na teološku doktrinu Srednjeg veka, glosatore, špansku školu međunarodnog prava, protestantsku tendenciju, post-grocijansku školu, nauku međunarodnog prava i XIX v., nauku međunarodnog prava u XX v., i na kraju jugoslovensku nauku međunarodnog prava, baveći se ovim pitanjima prilično opširno i temeljno, na nekih 15-tak strana.<sup>7</sup>

Slično, a u nekim slučajevima i gotovo istovetno čine i mnogi drugi savremeni pisci. Nakon par reči, tek da se oda počast pretečama nauke međunarodnog prava, prelaze na izlaganje savremenih koncepcija.<sup>8</sup>

Pri tome izgleda, da, bar kada je reč o onome što se može naći u obimnim sistemskim delima, čak i oni savremeni autori koji priznaju postojanje određene nauke međunarodnog prava u dalekoj prošlosti, ili bar nekakvih preteča te nauke, smatraju da su se antički mislioci bavili mahom opštim filozofskim razmišljanjima o svetu i mestu i ulozi država u njemu,<sup>9</sup> a pre svega problemima pravednog rata, nepriskovenosti diplomatskih predstavnika i – to bi otprilike bilo to.

---

Law, Washington 1971, pp. 9–14; Тункин Г.И.: Международное право, Москва 1982, стр. 15; Anđrassy Juraj, Bakotić Božidar, Vukas Budislav: Međunarodno pravo 1, Zagreb 1998, str. 46; Degan V.Đ.: Međunarodno pravo, Rijeka 2000, str. 34–35; Kreća Milenko: Međunarodno javno pravo, Beograd 2010, str. 50–65.

<sup>6</sup> Bartoš Milan: *op. cit.*, str. 65.

<sup>7</sup> *Ibid.*, str. 65–79.

<sup>8</sup> Tako npr. Kreća Milenko: *op. cit.*, str. 50–65.

<sup>9</sup> Pojedini autori idu tako daleko da zaključuju: “Ideje o pravu koje bi regulisalo odnose između naroda i država, javljaju se znatno pre pojave međunarodnog javnog prava kao pozitivnog prava” (Kreća Milenko, *op. cit.*, str. 50). Čini nam se, međutim, teško prihvatljivim da je neko ozbilj-



Mnogo toga, međutim, ukazuje da je stanje stvari u ovom domenu bilo daleko složenije, bogatije i sadržajnije. Kao potvrdu tome možemo se pozvati pre svega na neka načelna zaključivanja pomoću zdravog razuma, ali i na određene konkretne primere.

### *Nauka međunarodnog prava u antici*

Odgovor na to da li je uopšte mogla da postoji nekakva međunarodnopravna naučna misao u dalekoj prošlosti zavisi od odgovora na prethodno pitanje – kada je nastalo međunarodno pravo? Da li u doba prelaska iz feudalnog u kapitalističko društvo ili mnogo vekova ranije?

1. *Nastanak međunarodnog prava.* – Mada ima i onih koji njegov nastanak vezuju za kraj Srednjeg veka, tačnije vreme prelaska iz feudalizma u kapitalizam,<sup>10</sup> nema sumnje da je međunarodno pravo počelo da se razvija uporedo sa prvim kontaktima organizovanih društvenih zajednica. Ako je tačna, a tačna je maksima *Ubi societas, ibi jus*,<sup>11</sup> onda bi i u „društvu” koje čine države moralo da postoji i pravo koje uređuje njihove odnose. Već po logici stvari, sama činjenica da su u jednom trenutku prve države počele da stupaju u sve raznovrsnije i sve složenije odnose (drugačije, jednostavno, nije moglo da bude), jasno ukazuje da su već tada nastale i prve norme onoga što danas nazivamo međunarodnim pravom.<sup>12</sup>

To, razume se, još uvek nije bio zaokružen pravni sistem, a tim pre nije postojalo ništa slično onome što imamo danas. Ali – ni države i njihovi unutrašnja pravni poreci nisu bili kao danas, pa ipak niko ne negira postojanje država i prava u to doba. Štaviše, na pravnim fakultetima širom sveta u okviru odgovarajućih

---

no razmišljao o međudržavnim odnosima pre nego što su se oni zaista javili, a čim su se javili po logici stvari morali su biti regulisani nekakvim pravom, koje bismo današnjom terminologijom nazivali međunarodnim.

<sup>10</sup> Više: Krivokapić Boris: *Međunarodno pravo – koreni, razvoj, perspektive*, Beograd 2006, str. 9–11; 37–42.

<sup>11</sup> Latinski: gde je društvo, tu je i pravo. Maksima potiče iz Starog Rima i ukazuje da postojanje svakog organizovanog društva podrazumeva postojanje određenih pravnih pravila.

<sup>12</sup> U tom smislu sasvim je bio u pravu Nis kada je još krajem XIX veka primetio: “istorija međunarodnog prava mogla bi obuhvatiti istoriju čitavog čovečanstva.” Nis zatim citira francuskog pisca de Maulde-laClavière, koji je u predgovoru I knjige “La diplomatie au temps de Machiavel” (Nis ne navodi ni mesto, ni godinu izdanja, ni stranicu na kojoj je citirani deo) , konstatovao: “Dovoljno je da postoje dva društva, pa da već imaju uzajamnih interesa koje valja urediti; ona ratuju jedno s drugim, pa sledstveno zaključuju i ugovore o miru, a same međunarodne ustanove predstavljaju pored sve svoje prividne nestalnosti i gipkosti, jedan od najstarijih i najnepromenljivijih elemenata u današnjem društvu.” Nis Ernest: *op. cit.*, str. 3.

predmeta uči se razvoj države i prava antičkih društava, a na mnogim fakultetima Rimsko pravo je i danas jedan važnih predmeta. Dakle, nema spora da je pravo postojalo od kada je sveta i veka.

Na isti način, nema nikakve sumnje da su se još u antici javila prva međunarodnopravna pravila, pre svega iz domena (današnjom terminologijom) ugovornog prava (pravila o zaključenju, dejstvu, obezbeđenju i prestanku međunarodnih ugovora), diplomatskog prava (pravila o statusu diplomatskih predstavnika, diplomatskom ceremonijalu i protokolu i dr.), mirnog rešavanja sporova (pravila o arbitražama i dr.), ratnog i humanitarnog prava (zakoni i običaji rata, pravila o neutralnosti i demilitarizaciji, odnos prema ratnim zarobljenicima, neborcima i dr.), o pravnom položaju stranaca, o azilu i ekstradiciji, o pravu mora (slobodi plovidbe otvorenim morem, ali i zabrani ulaska u luku strane države),<sup>13</sup> o nekim načelima rečnog prava,<sup>14</sup> itd.

Zbog nepovezanosti raznih delova sveta, te norme su bile regionalnog karaktera, pa su se neretko razlikovale, u skladu sa poimanjima, praksom i običajima u regionu. Međutim, ne možemo da ne primetimo i to da su neke od njih još tada suštinski bile iste u svim delovima sveta (npr. pravila o nepovredivosti diplomatskih predstavnika). Gledano današnjim očima, određena pravila o kojima je reč bila su iznenađujuće napredna i humana, druga su za naše savremene pojmove bila čisto varvarstvo... Ali pravila su postojala i u najvećem broju slučajeva su poštovana. Istine radi, mogu se navesti i suviše brojni primeri njihovog kršenja, ali to ne dovodi u pitanje njihov karakter. Uostalom – koje pravo se povremeno ne krši? Ukratko – prve međunarodnopravne norme i to uopšte ne tako mali broj njih, javile su se još u doba antike, a zatim se dalje razvijale tokom vekova.

Ta pitanja smo dovoljno detaljno razmatrali u jednom ranijem radu,<sup>15</sup> pa se ovde nećemo time baviti. Ipak, za pravilno razumevanje onoga što je tema ovog rada, valja podsetiti da je najstariji *sačuvani* međunarodni ugovor<sup>16</sup> – ugovor iz-

<sup>13</sup> Za navedena pravila iz materija prava mora, vidi: Игнатенко Г.В., Тиунов О.И. (отв. ред.): Международное право, Москва 2009, стр. 50.

<sup>14</sup> Pored ostalog, u praksi Stare Kine nije bilo dozvoljeno jednostrano menjanje korita reka koje imaju veliki privredni značaj za sve obalne države. Vidi: *Ibid*, стр. 50.

<sup>15</sup> Više o nastanku, prvim normama i institutima i razvoju međunarodnog prava, Krivokapić Boris: *op. cit.*, str. 9–42.

<sup>16</sup> Dobro je poznato da je bilo i starijih ugovora, pa se čak za neke od njih zna i ko su bile ugovorne i strane i koja su bila osnovna rešenja, ali ovi dokumenti, nažalost, nisu sačuvani, što i ne može da čudi kada se ima u vidu ogroman protek vremena, ispunjen ratovima, požarima zemljotresima, poplavama i sl. Zapravo, pre može čuditi da su uopšte sačuvani ovi drevni ugovori koji su preživeli sva iskušenja tokom nekoliko hiljada godina. Tome treba dodati i da je arheologija zapravo tek počela da nam otkriva tajne starih, davno iščezlih civilizacija. Nema nikakve sumnje da ćemo u

među Eble i Abarsala<sup>17</sup> zaključen između 2350. i 2250. g. pre n.e., što znači ne samo pre oko 4.500 godina, već i najmanje dva veka pre nastarijeg sačuvanog zakonika – Zakonika Ur-namu, koji je nastao tek oko 2100. g. pre n.e. Već i to nam sugeriše da međunarodno pravo zapravo nije zaostajalo za unutrašnjim, kako su neki skloni da olako zaključče.

Ništa manje važan nije ni ugovor između egipatskog faraona Ramzesa II i hetitskog cara Hatušila III, koji je sve do pronalaženja arhive Eble i u njoj gline ploče sa tekstom pomenutog ugovora sa Abarsalom slovio za najstariji sačuvani međunarodni sporazum. Zaključen oko 1278. g. pre. n.e., on je zanimljiv i zbog toga što ima čak 18 članova (!) u kojima su sadržane odredbe o miru i savezu između dve države, o ekstradiciji, azilu itd. Dakle, o pravnim institutima koje i danas poznajemo.<sup>18</sup>

Zapravo, ideja o tome da je međunarodno pravo nastalo krajem Srednjeg veka razvijena je na Zapadu. Njena suština je u shvatanju da je međunarodno pravo nastalo u Evropi, pod presudnim uticajem hrišćanstva kao temelja nove, vladajuće civilizacije, namerene da se na razne načine nametne čitavom svetu. Ovo shvatanje, međutim, ne vodi računa o toliko brojnim i raznovrsnim materijalnim dokazima iz daleke prošlosti i ne uvažava dostignuća drugih naroda, drugih civilizacija.

2. *Prirodna nužnost nastanka međunarodnopravne misli.* – Ako su već pre nekoliko hiljada godina nesumnjivo postojale norme međunarodnog prava, pa i pravi pisani međunarodni ugovori, što nam dokumentuje istorijska građa, prosta logika kazuje da je neko svim tim morao da se bavi. A s obzirom na to da je reč o vrlo važnim državnim pitanjima – da se bavi vrlo ozbiljno.

Ako pođemo od međunarodnih ugovora, dovoljno je da kažemo da pojedini pisci, ukazujući na to da je jedna od karakteristika helenskog sveta bilo postojanje ogromnog broja raznovrsnih ugovora, primećuju da se ništa slično u međunarodnoj zajednici nije moglo videti sve do XIX veka!<sup>19</sup> A reč je o ugovorima samo između grčkih državnica! Možemo samo pretpostaviti koliki bi bio broj sporazuma, ako bi se u obzir uzela i praksa Egipta, Mesopotamije, Kine, Indije itd. Međutim – sve te ugovore neko je morao da sastavlja, što znači i da je morao da bude upoznat sa ranijom praksom, da pazi šta će savetovati svom vladaru, da vodi računa o stilizaciji, formi itd. U tom svetlu izgleda da se ne može olako odbaciti

---

godinama koje dolaze biti prijatno iznenađeni otkrivanjem novih kulturno-istorijskih dokumenata daleke nam prošlosti, među njima, svakako i novih međudržavnih ugovora.

<sup>17</sup> Više o ovom ugovoru, Krivokapić Boris: *op. cit.*, str. 18–20.

<sup>18</sup> Više: Krivokapić Boris: *op. cit.*, str. 16–18.

<sup>19</sup> Rhyne Charles S.: *op. cit.*, p. 12.

tvrdnja pojedinih savremenih autora o tome da je još u antičko vreme nastala teorija međunarodnog ugovora (ugovornog prava).<sup>20</sup>

Tako je i u vezi sa tretiranjem stranih poslanika. Nije bila dovoljna samo svest o tome da se poslanici ne smeju dirati. Neko je morao da ponudi i objašnjenje zašto je to tako, da poznaje odgovarajuću praksu, pravila ophođenja i sl. Dakle, neko je morao da proučava ova pitanja, razrađuje i predlaže nova rešenja. Čak i kada su i sami vladari imali najosnovnija znanja iz ove materije,<sup>21</sup> nema sumnje da su se u spornim situacijama oslanjali na savete i preporuke onih koji su o tome znali mnogo više.

Ako znamo da je još u antici bio poznat i u praksi dovoljno često korišćen način mirnog rešavanja putem instituta arbitraže, to nam istovremeno kazuje da je arbitar morao da ima barem osnovna znanja o pravilima međunarodnog prava.<sup>22</sup>

Slična razmišljanja mogla bi se primeniti i na druge oblasti – pravila ratnog prava, pravila o položaju stranaca i dr.

Uostalom, dovoljno dobro poznavanje onoga što danas nazivamo međunarodnim pravom bilo je neophodno ne samo zato što bez toga ne bi bilo moguće normalno međunarodno opštenje, već i zbog činjenice da su određena pitanja, vezana za međunarodne odnose, bila regulisana unutrašnjim propisima. Tako npr. Manuov zakonik, pored ostalog, sadrži odredbe o diplomatskim predstavnicima, o ratnom pravu...<sup>23</sup> S tim u vezi i zaključak – čim su postojali zakonici koji

<sup>20</sup> Vidi: Талалаев А.Н. *op. cit.*, стр. 138.

<sup>21</sup> O tome dovoljno svedoči čuvena epizoda vezana za zlu sudbinu izaslanika koje je persijski car Darije poslao Spartancima. Razgnevljeni zbog drskosti izaslanika koji su ih nimalo učtivo pozvali da se pokore, Spartanci su izaslanike bacili u bunar i tako ih ubili. Zanimljivo je ono što se kasnije dogodilo. Spartanci su se ubrzo pokajali, izabrali između sebe dva dobrovoljca koji su otišli Darijevom nasledniku Kserksu sa rečima da može da radi sa njima šta hoće. Persijski car ih je, međutim, pustio da se vrate odakle su došli rečima da "on neće biti takav kao Lakedemonjani (drugi naziv za Spartance), koji su, ubivši poslanike, pogazili i oborili *usvojeno pravilo svih naroda*" (podvukao B.K.). Više o svemu: Geršić Gl.: Današnje diplomatsko i konsularno pravo, Beograd 1898, str. 104–105.

<sup>22</sup> Najstariji poznati ugovor o arbitraži, bio je između sumerskih gradova Lagaša i Ume, pre više od 4.500 godina. Sačuvani su dokazi o najmanje 46 arbitražnih odluka donetih između 300. i 100. g. pre n.e. samo u Staroj Grčkoj. Više: Krivokapić Boris: *op. cit.*, str. 26–27.

<sup>23</sup> Indijski zakonik, nazvan po svom navonom tvorcu i praocu arijevacu, legendarnom Manuu. Nastao je u IV v. pre n. e. (po drugim izvorima, ne pre 200. pre n. e.). Izvorni tekst nije sačuvan, već samo njegova verzija u stihovima, kako se veruje, iz I v. pre n. e. Premda sadrži i mnoštvo drugih odredaba i podataka (versko-filozofske prirode, iz domena krivičnog prava, građanskog prava, vojnih pitanja i dr.) naročito je zanimljiv zbog detaljnih propisa o postupanju s poslanicima, o njihovim zadacima, rangu i dr. kao i zbog potankog navođenja neophodnih osobina dobrog diplomate. U oblasti ratnog prava sadrži pravila o vođenju neprijateljstava (zabrana upotrebe otrova, zabrana uništavanja polja i drveća, zabrana ubijanja ranjenika, zarobljenika, onih koji spavaju, onih

su se makar delom odnosili na međunarodne odnose neko je morao da ih sastavi i tumači. I to ne proizvoljno, već na osnovu onoga što je bilo prihvaćeno kao pravno pravilo u tadašnjoj međunarodnoj zajednici.

Dakle, uporedo sa nastankom prvih normi međunarodnog prava logično je da su se javili i ljudi koji su ih prikupljali, proučavali, tumačili i dalje dorađivali.

3. *Konkretna imena i dela.* – Kada smo, na taj način, videli da je, već po logici stvari, određena međunarodnopravna misao morala da postoji još u dalekoj prošlosti, trenutak je da se vratimo na neka konkretna imena njenih predstavnika u antičkom svetu.

Bliže gledajući, već u radovima koje smo napred naveli javlja se pozivanje, pored ostalog, na čitav niz mislilaca Stare Grčke i Rima – na Pitagoru, Sokrata, Polibija, Platona, Aristotela, Cicerona, Seneku, Ulpijana, Paulusa, Tita Livija, Tacita, Seksta Pomponija, Prokulusa, Filona Aleksandrijskog... pa čak i na biblijske proroke, ali i na slavne predstavnike Istoka – Lao Cea, Konfučija, taoiste, Mo-Tija, Menciusa...

Zanimljivo je, međutim, da se savremeni pisci mahom fokusiraju na jedno do dva-tri imena, i u vezi sa samo jednom ili dve ideje odnosno materije. Kada se, međutim, sva ta imena antičkih filozofa i pravnika objedine, dobija se prilično impresivna lista na kojoj figuriraju neki od najvećih umova koje ljudski rod pamti.

Takođe, kada se jedno pored drugog stave pitanja kojima su se oni bavili, otkrivamo da je njihovo polje interesovanja pokrivalo veoma široki spektar pitanja. On obuhvata izradu preciznog koncepta državne nezavisnosti odnosno suverenosti;<sup>24</sup> proučavanje zakonitosti koje vladaju u međunarodnim odnosima, čime je bio okupiran čitav niz mislilaca drevne Kine, kao što su Konfučije, taoisti, Mo-Ti, Mencius i dr.;<sup>25</sup> razvijanje shvatanja o potrebi stvaranja društva (lige) nezavisnih država, u interesu reda i mira;<sup>26</sup> izgradnju koncepta prirodnog prava, koji je mnogo vekova kasnije izvršio veliki uticaj upravo u nauci međunarodnog javnog prava, a koji se prvo javio kod Starih Grka i Rimljana;<sup>27</sup> ideje o potrebi obezbeđenja večnog mira, pa čak i kosmopolitičkom povezivanju svih ljudi, koje se mogu, pored ostalog, naći u filozofiji Starih Jevreja (npr. kod proroka Isaije, Za-

---

koji mole za milost) i dr. Više: Krivokapić Boris: Enciklopedijski rečnik međunarodnog prava i međunarodnih odnosa, odrednica "Manuov zakonik", Beograd 2010, str. 511.

<sup>24</sup> U tom smislu posebno zavređuje pažnju čuvena definicija nezavisnosti koju je dao Prokulus, koja i danas zvuči moderno, a prema kojoj: "Slobodna je ona država koja nije podređena bilo kom obliku vlasti druge države". Nav. prema: Korowicz Marek St.: *Introduction to International Law*, The Hague 1959, pp. 24–25.

<sup>25</sup> Više o tome: Janković Branimir: *Diplomatija*, Beograd 1988, str. 10–11.

<sup>26</sup> To je sugerisao još Konfučije (551–479 pre n.e.). Nav. prema: Rhyne Charles S.: *op. cit.*, p. 11.

<sup>27</sup> Shaw Malcolm N.: *op. cit.*, 17.

harija i Miheja) s tim da su neki mislioci kao Filon<sup>28</sup> razvili i čitav sistem kosmopolitizma, zasnovanog na shvatanju da su svi ljudi jednaki i da svi imaju zajedničku domovinu – zemlju;<sup>29</sup> i dr. Čak i ako ostavimo po strani ove koncepte i ideje koji jesu od značaja za nauku međunarodnog prava, ali se ponekad graniče sa filozofijom, možemo zapaziti da su se antički mislioci bavili i mnogim konkretnim problemima.

Istaknuti rimski pravnik Ulpijan dao je definiciju “prava naroda” (*jus gentium*) koja sadrži niz međunarodnopravnih elemenata. Po njemu, to pravo obuhvata norme koje se tiču rata, zarobljenika, porobljavanja, postliminija, ugovora o miru, primirja, svete obaveze da se ne vređaju ili povređuju diplomatski predstavnici, kao i zabrane braka sa strancima.<sup>30</sup> A “pravom naroda” ga zovu, kaže Ulpijan, zato što se tim pravom koriste svi narodi.<sup>31</sup>

Nema sumnje da su antički mislioci dosta razmišljali o ratu i pravilima koja u njemu važe. Još je Platon razlikovao međunarodne i unutrašnje ratove,<sup>32</sup> a već je pomenuto da su se Ciceron i njegovi savremenici bavili problemom pravednih i nepravednih ratova.

Kada je reč o zakonima i običajima rata, istaknuti predstavnici rimske inteligencije (Livijus, Tacit i dr.) smatrali su da u ratu nema ograničenja, te da je po sebi razumljiva i opravdana praksa Rima koja se ogledala u istrebljenju ne samo neprijateljskih vojnika, već i stanovnika, njihovom pretvaranju u robove, ubijanju pobeđenih vladara i vojskovođa posle prolaska trijumfalne povorke.<sup>33</sup> Odmah pada u oči koliko se sve to razlikovalo od suštinski humanih pogleda drugih naroda, kao npr. Indusa i Kineza! Uostalom, čak i čuveni kineski strateg Sun Cu, koga, kao vojnika, zanima pre svega put do brze pobede u ratu, a ne kakva su ili kakva treba da budu pravila međunarodnog prava, primećuje da “prema zarobljenim neprijateljskim vojnicima treba se ophoditi čovečno i brinuti o njima.”<sup>34</sup> Ali – sve to uzeto zajedno samo govori da su određena pitanja onoga što danas nazivamo pravom oružanih sukoba odnosno humanitarnim pravom bila razmatrana i u to vreme, čak i ako se na njih različito gledalo na raznim prostorima.

<sup>28</sup> Misli se na Filona Aleksandrijskog, koji je živeo između 20. g. pre n.e. i 40. g. n.e.

<sup>29</sup> Стояновъ А.Н.: *op. cit.*, стр. 45.

<sup>30</sup> Poznato je da je *jus gentium* bilo rimsko pravo koje je stvarao pretor, a ne međunarodno pravo, posebno ne međunarodno pravo u savremenom smislu reči. Ovde je, međutim, reč o tome da su rimski teoretičari niz problema obuhvaćenih tim pravom razmatrali na široj osnovi.

<sup>31</sup> Тункин Г.И.: *op. cit.*, стр. 15; Кожевников Ф.И. (отв. ред.): *op. cit.*, стр. 8.

<sup>32</sup> Кожевников Ф.И. (отв. ред.): *op. cit.*, стр. 8.

<sup>33</sup> Стояновъ А.Н.: *op. cit.*, стр. 64.

<sup>34</sup> Sung Cu: Umeće ratovanja, Mono i Manjana 2009, tač. 17, str. 27.

Ostalo je zabeleženo da se čitav niz antičkih mislilaca, u prvom redu pravnik, bavio problemom položaja diplomatskih predstavnika i osnovama njihove neprikosновенosti. Pored ostalog, još u II v. pre n.e. rimski pravnik Sekst Pomponije istakao je: "Ako bilo ko povredi poslanika neprijateljske države, to se mora shvatiti kao povreda prava naroda, pošto su poslanici sveti."<sup>35</sup>

Ovde je prilika da podsetimo i na radovi starih pisaca iz Indije i drugih delova sveta. Među najpoznatije svakako spada čuvena "Atrašastra", delo Kautilje, savetnika (ministra) indijskog cara Čandragupte (326–298. pre n. e.) u kojem pisac sam kaže da je ono kompilacija radova starijih autora (!). Pored brojnih teza u vezi sa upravljanjem društvom, privredom, politikom i vojnom strategijom, spis je naročito zanimljiv zato što sadrži i niz međunarodnopravnih normi i zapažanja u vezi sa međunarodnim odnosima i diplomatskom veštinom.<sup>36</sup>

Moglo bi se zaključiti da navedeni primeri govore o samo neakvim idejama kod određenih mislilaca, pa i to samo u određenim materijama. O zrcima mudrosti koja su za sobom ostavili nadareni i posvećeni ljudi, baveći se zapravo ne međunarodnim pravom, već neakvim drugim problemima koji delom dotiču i međunarodno pravo.

Međutim, kako u tom svetlu shvatiti podatak da se jedan od prvih pokušaja izrade sistema međunarodnog prava pripisuje Demetriju Faleronskom, savremeniku Aleksandra Velikog (IV v. pre n.e.)! Zar to nije ono što bismo današnjim rečnikom nazvali naučnoistraživačkim radom? Jer bez toga nikakav ogled na polju sistematizacije ili kodifikacije nije moguć. Uostalom, autori koji pominju Demetrija primećuju i da je poznato da je on proučavao međunarodno pravo u spisima Polibija.<sup>37</sup> Ne govori li to onda da su još ranije postojala nekakva teorijska dela iz domena međunarodnog prava?<sup>38</sup>

## ZAKLJUČAK

Kao što smo to na samom početku naznačili, cilj ovog našeg osvrta nije da pruži pregled razvoja nauke međunarodnog prava u antičkom svetu. Niti je to

---

<sup>35</sup> Nav. prema: Левин Д. Б.: История международного права, Москва 1962, стр. 17.

<sup>36</sup> Više: Krivokapić Boris: Enciklopedijski rečnik međunarodnog prava, *op. cit.*, odrednica "Artrašastra", str. 67–68.

<sup>37</sup> Andrassy Juraj, Bakotić Božidar, Vukas Budislav: *op. cit.*, str. 46.

<sup>38</sup> Pa ipak, sami autori koji nam pružaju tako važne podatke o Demetriju, ne pominju više nijednog antičkog mislioca, već, naprotiv, zaključuju: "Ali od toga doba pa do početka međunarodnog prava kao posebne nauke, proteklo je znatno više od 1500 godina. U međuvremenu, tj. kroz celi Srednji vek obrađuju se samo pojedina pitanja međunarodnog prava i to ne samostalno, nego u sklopu drugih disciplina pravne nauke (legiste), filozofije i teologije." *Ibid.*, str. 46–47.



moguće u radu ovako malog obima, niti se pisac ovih redova oseća kompetentnim za to. Takav poduhvat iziskuje angažovanje čitavog niza stručnjaka i to ne samo pravnika, već istoričara, arheologa, lingvista, sociologa i dr.

Naša skromna zamisao bila je da ukažemo da se ponekad olako prelazi preko toga da je međunarodno pravo proučavano još u vreme zore civilizacije.

Antičko međunarodno pravo bilo veoma daleko od onog koje danas imamo. Ali to važi i za sredstva transporta i komunikacije, oružja, medicinu, spoznaju sveta itd. I kao što su i sredstva transporta, i oružja i medicina itd. postojali još u davna vremena, mada u drugačijem obliku nego u naše vreme, tako isto je postojalo i međunarodno pravo, ma kako bilo nerazvijeno u poređenju sa našim pozitivnim međunarodnim pravom. Uostalom, o tome svedoče brojni istorijski dokumenti i međunarodnopravni instituti koji su nastali pre više hiljada godina, a sačuvani su odnosno opstali su do naših dana.

Na isti način, i ono što bismo mogli nazvati naukom međunarodnog prava antičkog sveta bilo je veoma daleko od onoga na šta mislimo kada govorimo o međunarodnopravnoj doktrini u naše vreme. Ali sve ukazuje da nećemo pogrešiti ako (svesni svih ograda koje uz to idu) kažemo da je već tada postojala nekakva međunarodnopravna misao, koja je proučavala i tumačila međunarodno pravo i na razne načine doprinosila njegovom napretku. Kako ćemo sve to nazvati, druga je stvar. Da li ćemo govoriti o “nauci međunarodnog prava u antici”, “teoretičarima međunarodnog prava antičkog sveta” ili o “pretečama nauke međunarodnog prava” zapravo i nije toliko bitno.

Naravno, u to vreme nisu postojali naučnoistraživački instituti, nije bilo udruženja za međunarodno pravo, nisu štampane monografije, naučni časopisi, zbornici radova... Nije, razume se, bilo ni učenja međunarodnog prava na pravnim fakultetima (jer ni njih nije bilo), nisu branjene magistratske i doktorske teze... Po svojoj prilici, saznanja i znanja o međunarodnom pravu sticana su neposredno u praksi (naročito sakupljanjem i analizom običajnih pravnih pravila ili ugovora), konsultovanjem radova drugih pisaca, putem usmene rasprave, a neretko i oslanjanjem na zdrav razum ili verska, moralna i slična ubedenja.

Iz proste činjenice da se u tom periodu ne može govoriti o međunarodnom pravu kao samostalnoj, jasno zaokruženoj naučnoj disciplini sledi i da su mislioci koji su se bavili tim pravom, čak i oni koji su ostavili zapažen trag u vezi sa pojedinim pitanjima i institutima, zapravo bili ili filozofi, ili pravnici (često i jedno i drugo) širokog spektra interesovanja. Oni, dakle, nisu kao što je to slučaj danas, bili naučnici koji se profesionalno bave samo izučavanjem međunarodnog prava, a u većini slučajeva čak ne čitavog toga prava već njegovih vrlo uskih oblasti (specijalisti za pojedina pitanja). To je, uostalom, sasvim normalno, pošto su se u antičkom svetu istaknuti umovi i inače bavili raznim problemima.

Dakle, mnogo toga ukazuje da postoje zbilja veoma velike razlike između međunarodnopravne misli Starog sveta i one svojstvene vremenu u kome živimo.

Zapravo, na prvi pogled ispada da je sve bilo drugačije nego danas! Ali to isto važi i za pravnu nauku uopšte, pa i praktično sve grane nauke, uključujući i prirodne nauke. Ono što je ovde bitno, to je da su oduvek postojali istraživači, analitičari i mislioci koji su pokušavali da odgovore na mnojobrojne zagonetke međunarodnih odnosa i međunarodnog prava. Uostalom, neke od njih smo i pomenuli. Moramo, međutim, biti svesni, da su do naših dana ostali zapamćeni tek malobrojni, ne nužno i najbolji i najzaslužniji među njima. Imena ogromne većine zaturjena su i zaboravljena u prašnjavim hodnicima burne istorije raznih podneblja.

S tim u vezi, jedno je šta mi znamo, a drugo šta je stvarno bilo. Da nisu, kojim slučajem, sačuvana (mnoga samo zahvaljujući prevodima na arapski), šta bismo danas znali o kapitalnim delima slavni grčkih filozofa, matematičara ili pisaca? Verovatno bismo u svojoj nadmenosti sa kojom se osvrćemo na naše pretke koje ponekad sasvim nezasluženo podcenjujemo, bili skloni da mislimo da su Stari Grci bili neobičan narod koji je jedino znao da ratuje, podiže hramove i amfiteatre i pravi divne kipove i amfore...?

U tom smislu, kada je reč o onome što ovde nazivamo naukom međunarodnog prava, stalno moramo imati na umu da je, u vreme kada ne samo da nije bilo kompjutera već nije bilo ni štamparija, malo toga zapisano, a da je od toga što je zapisano tek veoma mali deo pretekao do naših dana. Zub vremena, ratovi, požari i prirodne katastrofe učinili su svoje. Moramo biti svesni i da veoma mnogo toga nije pronađeno, nije istraženo ili jednostavno nije prevedeno na neki od savremenih jezika.<sup>39</sup> Dovoljno je da podsetimo da je pronalaženje 1964. g. u Siriji drevne Eble i njene biblioteke, sa oko 20.000 glinenih ploča, među njima i one sa ugovorom sa Abarsalom, odmah pomerilo starost najstarijeg sačuvanog međunarodnog ugovora za čak oko 1.000 godina (!). Šta ćemo, kada možda već u bliskoj prošlosti neka arheološka ekipa objavi svetu novost o otkriću nekakvih traktata o problemima međunarodnog prava za koje se nije ni pretpostavljalo da postoje? Ili kada se konačno prevede neki od starih spisa koji se neobrađeni čuvaju u depoi-ma brojnih muzeja?

Pažnju zaslužuje još jedno pitanje. Ako je već postojala nekakva naučna misao u domenu međunarodnog prava, da li je ona možda bila i izvor tog prava? Naravno da ne. Poznato je da ni u naše vreme pravna nauka ne stvara pravne norme (jer nema zakonodavnu moć) već samo u određenim prilikama može

---

<sup>39</sup> Pored ostalog, smatra se da čak i u Egiptu čak 90% ostataka te drevne civilizacije tek treba da bude iskopano.

poslužiti kao sredstvo za saznavanje i tumačenje tih normi, u prvom redu običajnopравnih pravila. Tako je tokom čitave istorije. Pravne norme, pa i međunarodnopravne norme može da stvara samo onaj ko ima potrebnu pravno-političku vlast. Ma koliko bili učeni i ugledni, pripadnici pravne nauke sami po sebi tu moć nemaju.

Za kraj, niti je međunarodno pravo nastalo u Evropi u XVI–XVII v. niti su njegovi očevi Hugo Gricijus i njegovi slavni savremenici. I nastanak međunarodnog prava i njegovo proučavanje su objektivne kategorije, koje je mnogo ranije zahtevao i porodilo sam život u svojoj složenosti.

BORIS KRIVOKAPIĆ, LL.D.,  
Professor, Faculty for State Administration  
Megatrend university, Belgrade

#### THE SCIENCE OF INTERNATIONAL LAW IN THE ANCIENT WORLD

##### Summary

The paper presents the author's intention to point out that contemporary international law doctrine, particularly in the system works, quite undeservedly overlooks or even denies the existence of international legal thought in the ancient world.

The author first explains what is his understanding of the doctrine of international law, and then points out the basic approaches of contemporary writers to the problem of the ancient science of international law. Explaining his own opinions, the author first briefly demonstrates that international law existed in the ancient world. After that he firstly by logical operations, and then by concrete examples shows that there is no doubt that even in the ancient times there was certain international legal thought. His final conclusion is that neither international law was created in Europe in XVI-XVII, as some claim, nor his fathers were Hugo Grotius and his famous contemporaries. Both the emergence of international law and its studying are objective facts required by the life itself from the very beginning of the first international relations.

## SUVERENITET KAO ODGOVORNOST

– Primjeri iz nekih afričkih država –

Kraj dvadesetog vijeka i početak novog milenijuma donose snažan proces rastakanja suvereniteta karakterističnog za tradicionalne države-nacije. Međutim i pored toga ne bi se moglo reći da se suverenitet ne vezuje za državu bez obzira na to što je bitno promijenjena njegova kvalitativna struktura.<sup>1</sup> Naravno, država ostaje odgovorna za pitanja građanstva, slobodu, organizaciju života i saradnje, rešavanje konflikata, održivi razvoj, zaštitu ljudskih prava pa i participaciju u demokratiji djelimično. Masovni sukobi u nekim zemljama Afrike ugrozile su čak i elementarne postavke o tradicionalnom suverenitetu i dovele su do vrlo prisutnog učešća vandržavnih pa i međunarodnih faktora što je suštinski značilo makar pragmatični pokušaj uspostavljanja suvereniteta kao odgovornosti u najširem smislu. Sasvim je jasno da više kriznih žarišta u Africi otvara nekoliko međuzavisnih tema koji se odnose na: upravljanje konfliktima, neuvažavanje demokratskih institucija, zaštitu ljudskih prava i održivi razvoj.

Sukobi praćeni masovnim nasiljem devalviraju gotovo u potpunosti naprijed navedene vrijednosti i ukazuju na njihovu međuzavisnost pa i preklapanje što samo po sebi dovodi do daljne njihove degradacije. Pri tome se polazi od pretpostavke da su unutrašnji sukobi praćeni masovnim povredama ljudskog dostojan-

---

Dr Filip Turčinović, profesor Međunarodnog javnog prava i Prava evropske unije, Beograd.

<sup>1</sup> Vidjeti potpunije Starke J.G., *International law*, 1994.

stava, degradacijom uslova života i smanjenom ili potpuno zamrlom privrednom aktivnošću. Po pravilu ovakve sukobe prati rasna, etnička, kulturna i religijska podvojenost što se manifestuje u postojanju različitih grupa sa sopstvenim identitetom različitim od onoga što predstavlja zvanični identitet države. Stoga dolazi do onemogućavanja vršenja svih funkcija države i nemogućnosti njihovog ispunjavanja djelimično i kao elementa odgovornosti. U takvim prilikama zapaža se djelatnost međunarodnih organizacija usmjerena prema pomoći i zaštiti stanovništava – civila.<sup>2</sup>

Ukoliko konflikt proizilazi iz krize nacionalnog identiteta, neadekvatnog učešća u raspodjeli političke moći obično se nedekvatnost upravljanja u tom slučaju vezuje za slabo rukovođenje. Naravno to je samo djelimično tačno.

Na primjeru nekih država Afrike mogli bi opovrgnuti izrečene stavove. Recimo Južna Afrika je pokazala neodrživost aparthejda kao sistema. Nakon njegovog ukidanja ova država je postala primjer uspješnog uključivanja rasnih grupa u proces rukovođenja državnim poslovima. Kriza i konflikti na Rogu Afrike u izvjesnom smislu su posledica raspada države Somalije i moglo bi se reći da se situacija u ovim državama manje ili više razvija na mnogostrukim specifičnim sociopolitičkim potkama raznovrsne provenijencije.

Situacija u Etiopiji nakon izdvajanja Eritreje ipak pokazuje svu neizvjesnost učvršćivanja demokratizacije političkog života uključivanjem regiona sa različitim identitetom.<sup>3</sup> Takođe bi se moglo reći da se krhka demokratizacija održava u Keniji. Ranije su Gana, Obala Slonovače, Zapadna Afrika i Nigerija bile primjer uspješnog rukovođenja etničkim sukobima. Međutim, danas u Nigeriji postoje etnički sukobi visokog rizika. Na drugoj strani pozitivan primjer bi bila Bostvana koja se odlikuje priličnom demokratizacijom političkog života, ekonomskim rastom, adekvatnom raspodjelom i stabilnošću.<sup>4</sup>

Ukoliko bi prihvatili postavku da je upravljanje konfliktima, dobrobit društva, politička stabilnost, ekonomski razvoj osnovne funkcije upravljanja onda je sasvim izvjesno da pogrešna politika vladanja sa kobnim humanitarnim posledicama mora biti dio razmatranja o takvom vladanju. Ali bez obzira na takav objektivno postojeći poredak ipak to ostaje na narodu. S tim što ukoliko je narod tlačen njihova mogućnost da takvu Vladu učini odgovornom je limitirana. U tom slučaju međunarodna zajednica je posljednji garant pravila o univerzalnim standardima zaštite ljudskih bića i na toj osnovi nastaje veza između odgovornosti za zašti-

<sup>2</sup> Brojni autori priznaju samo relativnu suverenost u okvirima međunarodnog prava. vidjeti: Shaw M.N, *International Law*, p 12. i Shaw, *Title to Territory in Africa*, 1985, p. 1–12.

<sup>3</sup> Vidi potpunije Lyons T, *Avoiding conflict in the Horn of Africa*, 2007.

<sup>4</sup> Vidjeti potpunije: Zartman W., *Elusive Peace: Negotiating an End to Civil Wars*, 1995.

tu prije svega nevinih žrtava masovnih povreda ljudskih prava i suštinske zaštite i pomoći.

Normativna osnova takve djelatnosti odnosno međunarodne akcije sadržana je u pravilima univerzalnog karaktera o ljudskom dostojanstvu u Univerzalnoj deklaraciji Ujedinjenih nacija iz 1948. godine, Paktu o građanskim i političkim pravima i Paktu o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima ali u raznorodnim drugim pravnim instrumentima međunarodnog karaktera. Stoga su na mjestu ona shvatanja koja kažu da nije to nikakva utopijska vizija, makar ne u minimalnom obimu, već sa pragmatične tačke gledišta opravdan politički zahtjev ljudi kojima je ugrožen život i elementarno ljudsko dostojanstvo. Traganje za ljudskim dostojanstvom vrlo često se pretvara u borbu za priznanje, poštovanje i jednako učešće u političkom, ekonomskom, socijalnom i kulturnom životu države.

Posthladnoratovska era donijela je vrlo intenzivnu proliferaciju unutrašnjih sukoba što je u najvećem broju rezultiralo ljudskim tragedijama ogromnih razmjera. U nekoliko slučajeva to je dovelo do djelimičnog i potpunog nestanka pojedinih država. Takvo vođenje državnih poslova uslovalo je pojavu raznovrsnih pritisaka radi uspostavljanja opštehumanitarne akcije, oružanih intervencija, brzog i neodložnog postizanja mira i njegovog održanja. Takav odgovor međunarodne zajednice neminovno vodi u neizbježno podrivanje tradicionalnog koncepta suvereniteta. Uglavnom se opravdava neophodnošću intervencije međunarodne zajednice radi zaštite ugrožene populacije u državama zahvaćenim konfliktima i državama susjedima koji trpe brojne posledice.

Države u kojima se usljed konflikta dešavaju brojne povrede ljudskih prava i masovni zločini odgovorne su za ponovno uspostavljanje suvereniteta i teritorijalnog integriteta. To pored ostalog postavlja mnoge dileme pred međunarodnu zajednicu koje ne uključuje mogućnost da vlada koja je dovela do takvog stanja i po pravilu ne dozvoljava ili omalovažava pomoć i učešće međunarodne zajednice. Postavka da je konflikt interni obično se ne prihvata od međunarodne zajednice iz razloga što su posledice tih sukoba najčešće globalne posebno u humanitarnoj sferi.

Generalni sekretar UN Butros Gali u Agendi za mir ističe "Siromaštvo, bolest, glad, ugnjetavanje, beznadežnost proizveli su 17 miliona izbjeglica i preko 20 miliona raseljenih lica što ukazuje na masovne migracije stanovništva unutar i izvan granica država. Sve to je uticalo da se UN povećaju naponi koji ove probleme uvršćuju u red najvećih prioriteta."<sup>5</sup>

Neki pokazatelji ukazuju da je skoro polovina svih raseljenih lica i izbjeglica iz Afrike što ilustruje svu ozbiljnost zadataka međunarodne zajednice. Upr-

---

<sup>5</sup> Vidjeti izvještaj Butrosa Butrosa Galija, Generalnog sekretara UN za 1992. godinu.

kos tome ne bi se moglo reći da je aktivnost međunarodne zajednice sužena. Osim UN uključene su i mnoge regionalne organizacije i nevladine organizacije. Takođe su vidljive aktivnosti državnika i diplomata iz velikog broja afričkih država usmjerene ka promjeni postojećeg teškog stanja. Tako je formiran Afrički forum šefova država.

U Kampali je 1991. godine formirana Akademija za mir, zatim Konsultacioni forum o unutrašnjim konfliktima u Africi. Pokrenuti su Mehanizmi Organizacije afričkog jedinstva za prevenciju, vođenje i rešavanje konflikata na samitu šefova država u Dakaru juna 1992 godine. Nažalost, stvarnost je demantovala mogućnost lakog rešavanja ovih problema. Čak je broj mračnih prognoza za budućnost uvećan. Brojni sukobi na terenu potkopavaju svaku nadu da bi bez široke akcije svih relevantnih odlučilaca moglo doći do stabilizovanja prilika u velikom broju država Afrike.

Uprkos činjenici da je najveći broj ovih sukoba unutrašnjeg karaktera, oni se po pravilu prelivaju u susjedne države vojnim dejstvima, posredstvom izbjeglica ili disidenata što stvara veoma široku regionalnu nestabilnost. To sa jedne strane stvara podlogu, usljed zajedničkih interesa, za lokalizovanje sukoba i njegovo rešavanje i dovodi do pojave raznovrsnih dilema u vezi suvereniteta.<sup>6</sup>

U afričkoj državi Ruandi uprkos činjenici da se međunarodna zajednica suočila sa genocidnim etničkim sukobom UN su povukle svoje trupe. Humanitarna intervencija je bila neophodna. Takva greška se ocjenjivala kao nedopustiva, što je uslovalo neke akcije kao komenzaciju. Vidljivi su bili napori da se pruži pomoć za izbjeglice i raseljena lica. Te humanitarne operacije su vodili mahom stranci koji su imali odgovarajući opremu, komunikacione sisteme i mogućnosti za dostavljanje pomoći u teškim situacijama i uslovima. A to je bilo veoma važno, jer su nove vladajuće elite bilježile pomanjkanje autoriteta, infrastrukture potrebne za pokretanje djelotvorne akcije. Stoga međunarodna zajednica daje i raznovrsne programe u novcu za poboljšanje položaja prije svega raseljenih lica. Karakter te pomoći je vrlo često obiman u tolikoj mjeri da je usljed tako širokog obima ugrožavao kontinuitet njenog dobijanja.

Nezavisno od toga da li je pomoć motivisana strategijskim ili humanitarnim potrebama nerijetko se pojavljuju različite ocjene o njenoj opravdanosti ili neopravdanosti. Pogotovo je značajno da država ako nije u mogućnosti da podnese odgovornost u pogledu suvereniteta narod ostaje nosilac svijesti o časti, ponosu i nezavisnosti. Ovo čak i u slučaju neodložne potrebe za međunarodnom pomoći. Dešava se i vidljivo je u nekim državama Afrike da pojedine partije vođene naprijed navedenim činjenicama nastupaju kao čuvari tih najvećih vrednosti. Pri

<sup>6</sup> Weavever J., Egipt tranzition plunged into chaos, The Gradian 14. jun 2012.



tom bi morali i u slučaju da su vlast ili opozicija prihvatiti makar neku vrstu pratne odgovornosti. Teškoće koje se javljaju u tom pogledu vidljive su u slučaju Somalije. Lideri njihovih milicija i drugih kriminalnih i nelegalnih struktura kada je riječ o odgovornosti u pogledu državnog suvereniteta potpadaju pod tu vrstu odgovornosti. Poslije povlačenja međunarodne zajednice iz Somalije logičan put bi bio da narod pita lidere milicija i pobunjenika da li su odgovorni za državni suverenitet. Nezavisno da li su u pitanju lideri pobunjenika ili lideri milicija generalno provejava njihova saglasnost o prihvatanju odgovornosti.<sup>7</sup>

Operacije doturanja pomoći se odvijaju i na dalje ali ne u onom obimu koji je ranije postojao. Očigledno da se njihova odgovornost mora postavljati za slučaj da odbiju tu vrstu odgovornosti za suverenitet bilo da to bude posredstvom organa vlasti u državi ili alternativnim putem posredstvom međunarodnih sudskih organa. Takođe, oni nijesu legitimisani da optužuju međunarodne humanitarne intervencije ili da se protive povlačenju međunarodnih snaga ali i za i nebriugu i propuste.<sup>8</sup>

Ipak, potrebno je naglasiti da nijesu sve države u maniru deficita odgovornosti prema suverenitetu kada je riječ o obezbjedjenju zaštite i pomoći za svoje ugroženo stanovništvo ili kad je riječ o zahtjevima međunarodnoj zajednici da dopuni njihove nacionalne aktivnosti u toj sferi. Neke države su vrlo odgovorne kada je riječ o ovim problemima, dok nasuprot njima druge očekuju značajna sredstva. Kad humanitarna tragedija peovlada u tom slučaju se pojavljuje značajna neslagasnost između onoga što se želi i onoga što vlada stvarno postiže.<sup>9</sup>

Za slučaj da odgovornost suverenih država postavimo kao realnu činjenicu morali bi ipak konstatovati da domaći i inostrani konstituensi mogu se kvalifikovati kao veza između principa međunarodnog i unutrašnjeg prava. Ukoliko prihvatimo takav normativni poredak kao legitiman onda bi se suverenitet morao posmatrati i kao odgovornost. Mnoge vlade u normalnim okolnostima ispunjavaju svoje obaveze uredno. Međutim, u slučaju nemogućnosti da ispunjavaju svoje obaveze logičan bi bio zaključak da je legitimno njihovo pravo da pozovu međunarodnu zajednicu da pomogne. Na drugoj strani države ponekad u ovakvim okolnostima ne traže pomoć ne uvažavajući vanredne okolnosti u kojima se nalaze. Veliki broj ljudi zbog toga strada. Međunarodna zajednica očekuje odgovarajuće reakcije vlasti.

Objektivno postojeće okolnosti često ukazuju da se u ovakvim vanrednim okolnostima proizvode ugrožavanje svjetskog mira, bezbjednosti i stabilnosti koje

---

<sup>7</sup> Fusnota: vidi potpunije Zartman W.: *Colapsed states*, 1995.

<sup>8</sup> 3 Africans Land Offer Troops for Rwanda; N., Y., *Times* May, 1994.

<sup>9</sup> Vidi potpunije Calvocosresi P., *World politics 1945–2000*, str. 639–652.

je država dužna da osigura. U redovnim okolnostima sistem prava i poredak su dužni i odgovorni da obezbijede pravdu i dobrobit narodu. Ukoliko bi pobunjenici preuzeli stvar u svoje ruke tražili bi priznanje svoje vlasti i faktički bi se zalagali za što veću efikasnost u vršenju tih poslova. I u takvim okolnostima se dovede u pitanje suverenitet države. Ali ipak između ta dva ekstremna slučaja postoje brojni unutrašnji sukobi endemskog karaktera u kome se vlast smatra privatnom funkcijom. Po pravilu u njima se ne gaje vrednosti zasnovane na konceptu kontrole autoriteta vlasti. Na djelu su elementi vršenja vlasti čiji legitimitet se zasniva na zajedničkim interesima nacije ili zajednice.

Normativni principi odgovornosti, nadležnosti imaju unutrašnju i spoljnu dimenziju. Unutrašnja dimenzija podrazumijeva odgovornost do stepena do kojeg je vlada odgovorna za potrebe naroda, za politiku koja se kreira i za zakonitost rada. Međunarodna dimenzija odnosi se na politiku saradnje sa suverenim državama u raznovrsnim odnosima koji se tiču naroda jedne i druge države i naravno u situacijama kada države gube mogućnost odnosno odbijaju da pružaju zaštitu svojim državljanima.

Tradicionalno suverenitet obuhvata najvišu, nezavisnu i originernu vlast. Tokom doba dominacije demokratskog etosa smatra se da narod upravlja sam sa sobom posredstvom demokratskih institucija. Osim toga suverenitet se odnosi i na vršenje državnih funkcija. Nije to naravno samo pravo da neometano obavlja svoje funkcije već je i odgovornost za pravilno vršenje koje se očekuje od jedne efektivne vlasti. Normativno, ukoliko bi bilo drugačije izgubila bi se svrha originalnog konteksta u kome funkcioniše. Suverena vlast dužna je da održava socijalnu harmoniju i poredak rešava probleme kada je harmonija narušena i kada konflikti prijete da ugroze društvo uopšte.<sup>10</sup>

Pravo države da zaštiti održivi nivo standarda za svoje državljane morao bi se priznati kao neophodan elemenat suvereniteta. Međutim, to nije priznato još uvijek kao nesporan normativni elemenat suvereniteta već bi se prije moglo reći da je riječ o postulatu. Država u principu ima pravo da vodi tu vrstu poslova bez uplitanja sa strane odnosno da se kao ovlašćeni subjekat suočava sa problemima svojih sugrađana. Tu naravno ne bi moglo biti riječi o pravu sličnom licenci. Ono je inherentno državi, obligatorno i uglavnom zavisi od sposobnosti i karaktera državne vlasti. Za slučaj da se ne obavlja pravilno logičan bi bio zaključak da bi se pravo nepovredivosti državnog suvereniteta u makar najtežim slučajevima moglo smatrati nefunkcionalnim i svakako iz razloga što bi bilo apsurdno da sama država od sebe traži da u tom pogledu ispunjava obaveze. S druge strane, apсолutno bi bilo voluntaristički da se neaktivnost vlasti i nerad prikazuje kroz eufemizme obavljanja dužnosti za interese svojih građana.

<sup>10</sup> Vidjeti detaljnije: Janković-Radivojević, Međunarodno javno pravo, 1998, str. 124–129.

U međunarodnim odnosima suverenitet postaje neka vrsta delegiranih funkcija odnosno ulog u međunarodnim odnosima koje se vrše odgovorno u skladu sa međunarodnim pravom. Na osnovu toga postiže se funkcionalno učešće u međunarodnim poslovima i učešće u najširem smislu značenja te riječi pa i traženje pomoći kada je ona potrebna. Aktivnosti u tom pravcu bi se mogli ocijeniti veoma teškim kada bi se normalne uobičajene funkcije koje proizilaze iz suvereniteta prosto izmjestile iz nacionalne sfere i prenijele na međunarodni globalni nivo.<sup>11</sup> U tom slučaju ipak je najbolje da se taj nivo vršenja funkcija obavlja u skladu sa međunarodnim pravom. Obično se ove funkcije obavljaju na nacionalnom nivou ali se dio obavlja i u okviru dobrosusjedske saradnje i, regionalnog i globalnog partnerstva u okvirima Ujedinjenih nacija. U slučajevima pojedinih afričkih država postoji naravno mogućnost bilateralne saradnje kao izbora u smislu distanciranja od saradnje između država nekomplementarnih interesa pa i specijalnih odnosa sa bivšim metropolama.

Međunarodna zajednica je danas manje sklona da interveniše u unutaršnjim krizama nego li u prošlosti, jer je u posthladnoratovskoj eri i aktuelnoj ekonomskoj krizi veoma teško državama članicama da obezbijede podršku iz budžeta za takvu vrstu angažovanja van svojih granica. Po pravilu, uvijek je humanitarnog karaktera dostavljanje pomoći iako je ono ponekad zahtijeva i vojnu akciju. Takođe, nerijetko međunarodna zajednica propušta da odgovarajući održivi politički model za rešavanje konflikta. Usljed toga jedina prava poruka bi bila da uprkos činjenici da se međunarodna zajednica priprema i radi određene aktivnosti za pomoć primarna odgovornost je ipak na Afrikancima. Shodno tome, njihov suverenitet počiva u dijelu i na učešću subregionalnog i regionalnog karaktera. U tome veoma značajnu ulogu igra Ekonomska zajednica (zapadno-afričkih država) ECOWAS posebno u Liberiji, Južno-afrička razvojna zajednica SADC u Lesotu i Mozambik, Međuvladina Vlast za pitanja suše i razvoja IGADD u Sudanu pa i Somaliji, i Arapsko-magrebska unija, UMA, u Zapadnoj Africi. Očigledno indicira se novi pokušaj da se konflikti rešavaju kroz afirmaciju odgovornosti na regionalnom i subregionalno nivou.

Ovakvom pristupu pogoduje međunarodna atmosfera koja obiluje izolacionističkim tendencijama koje se ipak isključuju u znatnom obimu kada je riječ o humanitarnim potrebama. Veći broj takvih inicijativa nerijetko izgleda zatvoren mada regionalna aktivnost ima ozbiljne potencijale koji bi mogli rasti u kontekstu zahtijevane saradnje prilikom traženja rešenja za konflikt i postizanje mira ali i za moguće regionalne ekonomske sporazume koji bi mogli imati vrlo značajnu preventivnu ulogu radi izbjegavanja nastupanja masovnih ljudskih tragedija.

---

<sup>11</sup> Profesor Kreća ističe da su suverenitet i nezavisnost tijesno povezani i da su ustvari to dva lica istog pravnog fenomena. Nezavisnost je ustvari suverenitet u odnosima između država. vidjeti Kreća M, Međunarodno javno pravo, 2007, str 169.

Postavljanje u prvi plan regionalne i subregionalne odgovornosti po mišljenju mnogih teoretičara i visokih političkih zvaničnika bila bi u osnovi velika strategijska greška za slučaj da oslobađa međunarodnu zajednicu odgovornosti. Pri tome se navodi da je Afrika dio međunarodne zajednice i da aktivno učestvuje u brojnim mirovnim operacijama UN po svijetu šaljući potrebne vojne i druge efektive ispunjavajući svoje dužnosti koje proizilaze iz članstva u toj organizaciji. Stoga se čini opravdan zahtjev i da je obaveza UN da povećaju svoje napore da bi se brojni sukobi u Africi riješili mirno i pravedno. To je bez sumnje interes Afrike prije svega ali i globalni problem koji se i na tom nivou mora rešavati.<sup>12</sup>

Postavljanje problema suvereniteta kao odgovornosti implicira pitanje, odgovornosti za što? Stoga se ta relacija mora dodatno pojasniti. U tome bi se moralo poći od pretpostavke da država odnosno vlast mora da rukovodi sukobima koji se mogu javiti među njenim državljanima. Socijalni sukobi i mogućnost njihovog nastajanja uslovljavaju u odgovorajućoj socijalnoj dinamici nastanak države radi očuvanja slobode njenih građana. U objektivnom smislu to istovremeno znači ograničavanje slobode tih istih građana. Konflikti su neizbježni ali mogu biti i korisni za društvo. Definišu se na razne načine.

Neki autori kažu da je riječ o vidljivoj divergenciji interesa ili situaciji u kojoj interesi koji se pokalapaju ne mogu biti dostignuti istovremeno. Takođe i problem utvrđivanja zajedničkih ciljeva ili njihovo dostizanje mogu biti problem. Ne manji problem mogu biti suprotnosti između grupa i pojedinaca u pogledu sticanja bogatstva, ili rijetkih metala i drugih oskudnih dobara velike vrijednosti zbog kojih se teže eliminisati rivali. Ove nejednakosti, nespojivosti i lišavanje odnosno gubitak mogu biti osnov za nastanak sukoba. Ukoliko to bude prenijeto u političku sferu i dođe do sukoba širih razmjera riječ je o ozbiljnom sukobu. Ako se to toleriše ili ignoriše obično eskalira u oružani i nasilni sukob. U takvim prilikama ima veoma veliku destruktivnu snagu. To uslovljava složenost daljih akcija na njegovom suzbijanju. Ukoliko bi se rukovodilo na pravi način sukobom u početnim fazama pogotovo, mogao bi pretvoriti u učešće značajnih faktora, rad po djelotvornim uputstvima, poboljšanje što je prihvatljivije od otuđenja, nereda, beznađa, nasilja i destrukcije.

Politička stabilnost predstavlja minimum socijalne harmonije. Ali se ona ne bi mogla posmatrati kao statična kategorija već više kao bazični uslov dobrog upravljanja odnosno vršenja vlasti. Ne pretpostavlja se odsustvo konflikata već njihovo pravilno saniranje i rešavanje. Društvo bez sukoba je utopija stoga je logičan zaključak da se vlast mora u skladu sa svojom suverenom voljom i nadležnošću uključiti u rešavanje sukoba.

Postoje primjeri koji pokazuju da se u pojedinim zemljama kao npr. prilikom prevrata u Beninu i Kamerunu izgubi svoju svrhu odnosno pretvori se u

<sup>12</sup> Nyrirabu M. Appraising regional integration in Southern Africa, A.S.R. 13/2004.

proces protivan demokratizaciji ili još nepovoljnije u političko beznade kao u Zairu i Kamerunu. Situacija u Eritreji prije nezavisnosti je pokazivala da lokalne vlasti ne žele rešavanje konflikata gradeći na tim osnovama svoju independističku politiku. Slično je i u Alžiru i Nigeriji gdje brojni politički akteri onemogućavaju vlast da obezbijede razvoj. Lokalne vlasti bi morale biti motor akcija kada se rešavaju pitanja progressa i razvoja što očigledno u velikom broju u Africi nije slučaj naročito kada je riječ o vjerskom fanatizmu.<sup>13</sup>

Propuštanje rukovođenja konfliktima od strane vlasti stvara uslove za nastupanje nasilja koje je ne samo destruktivno za društvo u cjelini već dovodi do sloma cjelokupnog građanskog reda i poretka pa i kolapsa država što pokazuju primjeri Liberije, Ruande i Somalije. Ovakve postavke podstiču raznovrsna razmatrnja u pravcu pitanja kome je odgovorna vlada kada je njena odgovornost najprije usmjerena prema sopstvenom narodu. Ukoliko je odgovornost upravljena prema narodu bio bi to jasan ali ipak samo parcijalni odgovor. Ne daje se odgovor na pravi način iz razloga što se indicira limit nacionalne odgovornosti pa i nadležnosti. Alternativna sila bila bi jedino spoljna. Ukoliko bi spoljna intervencija bila moćna i prinudna onda se postavlja pitanje na kakav način bi narod mogao ostvariti svoja prava na žalbu i što bi mogla biti baza te međunarodne odgovornosti. Takođe bi bilo od izuzetne važnosti da se da odgovor na pitanje kome su međunarodni akteri odgovorni. Da bi uspostavili parametri nacionalane i međunarodne suvereniteta u smislu odgovornosti morali imati nekoliko osnovnih pretpostavki. Prva bi morala biti da je država centralni i osnovni pokretač nacionalnih i međunarodnih poslova. Međunarodna dimenzija obuhvata subregionalni, regionalni i internacionalni kontekst dok nacionalna dimenzija obuhvata sljedeće unutrašnje strukture:centralne, provincijalne, distrikte i lokalne.

Kada je riječ o ljudskim pravima potpuna analiza bi zahtijevala kako se ona primjenjuju na svim ovim nivoima u situacijama unutrašnjih sukoba. Ukoliko bi prihvatili da nacionalna struktura dominira u pravu, politici aktivnosti centralne vlasti nerijetko su u unutrašnjim sukobima naklonjene održavanju statusa quo iako su podesni i nadležni da rešavaju nastali konflikt.

Populacija izložena brojnim štetnim po njih djelovanjima vlasti bira između konformizma ili različitih formi opzicionog djelovanja koje ponekad prerasta u oružanu pobunu. Civili koji simpatišu opoziciju ili pak nalaze identitet suprotan vladinim programima najčešće se identifikuju kao protivnici. Njima preostaje da zaštitu potraže posredstvom alternativnih izvora organizovane pomoći što se u velikom broju podudara sa međunarodnom zajednicom bilo da je riječ o međuvladinim ili nevladinim organizacijama. U tome bi bilo veoma važno da postoji institucionalni okvir pomoću kojeg bi se ovi alternativni pravci učinili do-

---

<sup>13</sup> vidi:BBS World service, Nigeria conflict:Boko Haram sect battlers kill scores. 24 decembar 2007.

stupnim. Nerijetko se državni mehanizmi toga tipa ne stavljaju u pogon usljed pritiska vlasti koji onemogućavaju izvršenje ove obaveze. U tom pravcu ostaje dilema kako da legitimna saradnja u okviru međunarodne zajednice odgovori na nespornu potrebu za pomoć, a da sve bude u okviru principa i pravila nacionalnog suvereniteta. To podrazumijeva da međunarodna zajednica ima saznanja i dokaze o tome da je zaštita građana neadekvatna i da se može zaključiti da država ne ispunjava svoju obavezu u vezi zaštite svojih državljana.

Saradnja u međunarodnoj zajednici u najvećem dijelu počiva na pretpostv-kama saradnje država i shodno tome svaka uspješna međunarodna pomoć mora biti zasnovana na saradnji sa vladama. Ukoliko vlade pojedinih država odbiju da sarđuju onda izlažu veliki broj svojih državljana nepotrebnim patnjama pa i smrtnim opasnostima. Stoga je neophodna akcija međunarodne zajednice, međuvladinih i nevladinih organizacija koja bi sasvim jasno pokazala da takva država i vlada predstavljaju ozbiljnu prijetnju miru u svijetu i da se takvo ponašanje ne može tolerisati. Osim toga zahtijeva se politika čiji bi, normativni okvir i startegija donijela delikatan balans između toga što se očekuje od međunarodne zajednice u poslovima remodeliranja namjera da se otkloni defekt u vršenju poslova od strane vlada i da se njihova politika promijeni. To prepostavlja da bi svaka vlada pozvala međunarodnu zajednicu u pomoć kako bi zaštitila svoje stanovništvo makar kao dodatnu pomoć u svojim namjerama da odgovori pravilno svojim nespornim obavezama u tom pravcu. Međutim, problemi pa i brojne kontroverze nastaju kad je država u kolapsu ili je vlada nemoćna ili zeli da primi ovu vrstu pomoći iako gubici ljudskih života i patnje ljudi govore sasvim suprotno. Takve okolnosti se najčešće pojavljuju u građanskim ratovima koji se vode iz rasnih, etničkih, ili religioznih razloga. Obično se druga strana smatra najvećim neprijateljem. Takav vakum odsustva moralne odgovornosti najčešće i na jednoj i na drugoj strani čini intervenciju međunarodne zajednice neophodnom pa i moralnim imperativom.<sup>14</sup>

Po prilici suverenitet obuhvata odgovornost sa atributima koje smo djelimično objasnili u prethodnom tekstu. Ali se ipak ponajviše skreće pažnja na kapacitet i sposobnost vlada da vrše svoje obaveze u pogledu zaštite stanovništva. Na toj osnovi nastaje organizacija pomoći od raznovrsnim međunarodnih subjekata u brojnim sferama. Prisutno rukovođenje konfliktima od strane međunarodne zajednice je i odgovorno za vršenje poslova iz nadležnosti najviših državnih organa. Ono je neophodan elemenat odgovornosti. Stoga je i potrebno duboko poznavanje problema i sposobnosti posebno vlada da obavljaju svoje poslove kako bi se razjasnila i utvrdila odgovornost domaćih i inostranih aktera. Jačanje nacionalnih performansi vlada i vlasti uopšte stvara se pozitivna osnova da

<sup>14</sup> Vidjeti Wikipedia, Masacr in Rwanda, posjeta 20. avgust 2012.

se kroz međunarodne programe pomoći u bezbjednosnim, ekonomskim i humanitarnim pitanjima afirmiše održivo vladanje. Suverenitet kao odgovornost je ne samo nacionalna obaveza već i međunarodni pa i globalni fenomen.

FILIP TURČINOVIĆ, LL.D.,  
Professor, Belgrade

## SOVEREIGNTY AS RESPONSIBILITY WITH EYSAMPLE FROM SOME AFRICAN STATES

### Summary

Interdependence of the modern World implies certain, partly variable, international responsibility of states, corresponding with their multi-way interests within international community. Context in which this phenomenon should be considered is, in certain respect, collocated in general frame established on both the 1684 Westfall Agreement bases, making conditions for modern European states to originate, and on 1885 Berlin Convention, subjecting Africa to colonial interests of certain European states. Endeavors to get both peace politics and commercial interests situated in the context of the circle of Europe-centric powers' politics were visibly dominant. That was, by itself, the source of numerous and very important repugnancies causing serious conflicts.

Modern international community manifests few contradictory and at the same time unfortunately complementary tendencies. The first one refers to erosion of sovereignty and to insisting on both human rights and humanitarian intervention, and the second refers to isolationist tendencies, especially when it comes to the Great Powers.

Balance between national sovereignty and need for international intervention for the purpose of providing protection and help necessary for victims of internal clashes should define sovereignty as responsibility for both national and international factors, based on the valid international legal system foundations and principles. In order to be legal, sovereignty has to rely on responsibility to get at least an average degree of viable level of basic population necessities satisfied. "States and their governments can not by themselves provide for solutions of problems facing them. International cooperation is therefore indispensable and necessary. Quality, extent and opportuneness make the difference between prosperity and frustration and despair." (Boutros Ghali)<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> Boutros Ghali, *Empowering the U-N*. p 99 Foreign Affaires, vinter 1992/3.





VLADAN JONČIĆ

## DONOŠENJE KONVENCIJE O ANTIPERSONALNIM MINAMA

– Korak napred ili korak nazad u međunarodnom pravu? –

### U V O D

Pokušaji da se rat koliko je to moguće podvrgne nekim pravilima, postepeno su se realizovali kroz pravnu regulativu. Jedna od tih regulativa jeste skupina pravila pod nazivom ograničenje upotrebe određenih vrsta oružja. Zabranjena upotreba sredstava i metoda ratovanja koji, po svojoj prirodi, izazivaju prekomerne povrede ili nepotrebne patnje i zabranjena upotreba oružja koja su po svojoj prirodi nediskriminatorna osnovna su pravila običajnog međunarodnog humanitarnog prava.<sup>1</sup> Ovim se reguliše upotreba oružja prema borcima u međunarodnim i nemeđunarodnim oružanim sukobima i reguliše nepotrebna upotreba sile ili prekomerna upotreba sile. Pored boraca u oružanim sukobima u znatnoj meri stradaju i civili. Civili su u ratovima kroz istoriju najčešće nedužno stradali i smatralo se da su samo “kolateralna” šteta u sukobima između vojski. Oduvek se tvrdilo da ih treba zaštititi i u tom pravcu se pokušavalo koliko je to bilo moguće u konkretnim društveno-istorijskim okolnostima. To pitanje se vrlo rano postavilo ne samo u smislu *pravедности*, nego i *morala*. Upravo na ovom pitanju, pored niza drugih, našla se najbliža veza i *isprepletanost* između prava, pravde, pravičnosti i morala. Nemoralan odnos vojnika prema vojnicima, a posebno prema civilima u istoriji ratova i načelno pitanje morala u njihovoj zaštiti u oružanim sukobima je

---

Dr Vladan Jončić, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

<sup>1</sup> Pravila br. 70 i 71. Običajnog međunarodnog humanitarnog prava, t. I, MKCK, Ženeva, 2005.

upravo našlo svoje mesto u pravnom regulisanju njihovog statusa i slobode izbora oružja. U slučaju upotrebe mina njihova zabrana je direktno u funkciji humanizacije rata.

Pored stradanja civila od strane mina, zabrana korišćenja antipersonalnih mina, protivtenkovskih i protivkolskih (protivoklopnih) mina i mina iznenađenja stradaju i vojnici i to najčešće postupcima koji su na granici perfidnosti ili često korišćenjem podmuklih načina u njihovoj upotrebi. Načelo da strane u sukobu nisu potpuno slobodne u izboru oružja ovde je prisutno u smislu da nije potrebno nanositi prevelike patnje i eliminisati protivnika preteranom upotrebom sile. Ako protivnika možeš da izbaciš iz stroja zarobljavanjem, zarobi ga, nemoj ga ranjavati, ako ga moraš raniti da bi ga isključio iz borbe, rani ga, ali ga nemoj ubiti. Ako ga moraš ubiti, ubij ga, ali ga nemoj masakrirati ili mu pritom nanositi nepotrebne patnje.<sup>2</sup> Ova načela prihvaćena su kako u ugovornim pravilima međunarodnog humanitarnog prava, tako i u običajnom međunarodnom humanitarnom pravu.

Suvišne patnje vojnika na bojnopolju od upotrebe neselektivnog oružja i oružja koje nanosi nepotrebne patnje bile su prisutne od najranijih vremena. Eskalacija stradanja je anstupila u 20. veku kao posledica razvoja ratne tehnike i usavršavanja oružja. Stradanja civila u ratovima tokom 20. veka takođe su bila najveća u dugoj istoriji ratovodstva. Broj vojnika i civila koji su stradali od mina povećavala se u svakom novom ratu. Njihova pogibeljnost je posebno došlo do izražaja u Prvom i Drugom svetskom ratu. Broj stradalih civila od mina procenualno se uvećavao posle Drugog svetskog rata, naročito u nacionalnooslobodilačkim, antikolonijalnim i drugim lokalnim ratovima vođenim u drugoj polovini 20. veka. Vrhunac je dostignut na njegovom samom kraju i na početku 21. veka.

Ograničavanje metoda i upotrebe sredstva u ratu počela su da se pravno temeljnije regulišu na kraju 19. i u toku 20. veka upravo zbog povećanog stradanja velikog broja civila. Znatnim ograničenjima u metodama i sredstvima ratovanja uticala su da se suzi polje dejstva vojne potrebe. Početkom 21. veka delatnost u suzbijanju povreda međunarodnog humanitarnog prava, a posebno ograničenja u načinima i sredstvima ratovanja krunisana su donošenjem, pored drugih međunarodnih pravila iz oblasti međunarodnog prava oružanih sukoba, i Konvencijom o zabrani upotrebe, skladištenja, proizvodnje i prometa antipersonalnih mina i o njihovom uništavanju.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> U ovom smislu i u stranoj doktrini je prisutno shvatanje da je potrebna razumna primena sile. N., Blix, (ed.), "Means and Methods of Combat", International Dimensions of Humanitarian Law, Martinus Nijhoff, Dordrecht 1988, p. 137; Stuart Maslen, Anti-Personnel Mines Under Humanitarian Law: A View from the Vanishing Point, Intersention, Schoten, 2001, r. 184.

<sup>3</sup> Konvencija se skraćeno naziva Konvencija o antipersonalnim minama

Vojske su oduvek u svojim arsenalima korišćenja sredstava u ratu upotrebljavale i neku vrstu "nagaznih mina" – preteča antipersonalnih mina. Poznato je da vojska antičkog Rima, koja je bila poznata kao vrlo uvežbana, disciplinovana i stručna sila, bila poznata i po čestim upotrebama inženjerije i eksploatacije njenih mogućnosti. Rasprostranjeno je saznanje da je za odbranu od neprijatelja često koristila i trokake šiljke (tzv. "male ježeve") koji su tako bili postavljeni da je jedna šiljak uvek bio okrenut na gore dok su druga dva činila osnovu i zabadala se u tlo da bi se učvrstila. To se obično postavljalo na travnatom i močvarnom zemljištu kako bi se kamuflirale. Ove, svojevrsne, nagazne mine koristile su se u blizini privremenih i stalnih logora, ili ispred prvih linija legionara prema neprijatelju. Neprijateljska pešadija bi u slučaju nastupanja nailazila na ovakve, kamuflirane zamke i bila izbacivana iz borbe, a da nije bila ni stupila u direktan sukob sa rimskom pešadijom. U slučaju da je znala da postoje zamke, njen pravac napada bi bio osujećen iz tog pravca. Na taj način je rimska vojska usmeravala pravac napada protivnika prema svojim namerama.

U srednjem veku pešadija je obilato koristila razne prepreke protiv neprijatelja, a posebno protiv konjice. U tu svrhu koristile su se kamuflirane jame, sa naoštrenim koljem na dnu, nasipi sa koso postavljenim zašiljenim koljem okrenutim prema neprijatelju itd. Uvođenjem baruta kao oružja, počela je njegoa primena i kao odbrambenog oružja u protivpešadijskim preprekama. Izmišljene su mine malih dimenzija koje su mogle da se prikriju ispod površine zemlje i da u slučaju gaženja izazovu eksploziju. Ovakvo oružje je prvenstveno bilo odbrambeno, pre svega za zaštitu i zaprečavanje prostora kada se nema dovoljno vojnika. Masovno su u raznim oblicima bile korišćene protivpešadijske (antipersonalne) mine kroz ratove u toku 20. veka. Male zemlje su ih obilato koristile jer su na taj način nadoknađivale manjak vojnika. Uz pomoć ovog odbrambenog oružja manji broj vojnika je mogao da brani veći prostor, jer su prostore koji su bili nezaposednuti štatile mine, odnosno onemogućavale su protivniku da priđe braniocu sa te strane gde su bile postavljene. Razume se da je taj prostor takođe morao biti branjen bar sa minimalnim borjem boraca. Protivpešadijske mine su samo zapreka i to onda kada je protivnik ne vidi ili kada je branjena. Posebno u slučaju ako je protivnik uoči, jer bez odbrane lako se pristupa njenom uništenju tako da se protivnik samo usporava na tom pravcu, ali se ne i skreće sa njega.

Međutim, one su predstavljale opasnost i za civile. Mina ne poznaje protivnika. Kada se postavi i naoruža spremna je za dejstvo i svako ko je aktivira strada. Opasnost je još veća kad se završi rat. Njihovo uklanjanje prate dve velike teškoće. Prva teškoća je da se otkriju. Onaj ko ih je postavio ima plan njihovog „sejanja“. Međutim, protekom vremena menja se prirodno okruženje, prostor na kome su postavljene mine, čak iako se matematički tačno postavljaju i zna njihov broj, često se dešava da se neke nikada ne pronađu. One su od tog momenta postale opa-

snost sa produženim dejstvom. Zlokobno čekaju da ih neko aktivira. U tome se krije prva velika opasnost.

Druga teškoća je da se onesposobe. Kada se pronađu, pristupa se njihovom uništenju ili onesposobljavanju. Takav posao poverava se visoko obučanim stručnjacima za tu vrstu delatnosti. Pored sveg znanja i stručnog rukovanja događaju se nesreće prilikom njihovog uklanjanja.

### *Aspekti opasnosti od antipersonalnih mina*

Pod nazivom antipersonalne mine ne smatraju se samo tzv., protivpešadijske mine, nego i protivtenkovske ili protivkolske mine kao i razne vrste kasetnih bombi koje se rasejavaju iz vazduha i eksplodiraju odmah na zadatom odstojanju od tla ili ostaju na tlu i aktiviraju se na nagaz ili promenom magnetnog polja. Njihova opasnost je što rasejane ostaju dugo vremena na tom prostoru i mogu da budu opasne dugo vremena posle postavljanja, čak i kada se izgubi razlog njihovog postavljanja. Opasnost od njihovog slučajnog aktiviranja, teškoće deaktiviranja, teško i nepouzđano otkrivanje, mogućnost da se nema kontrola nad njima posle prestanka neprijateljstava i njihova neselktivnost i razornost osnovni su razlozi za njihovu zabranu.

Posebna opasnost jeste onemogućavanje dopremanja humanitarne pomoći ugroženom stanovništvu zbog miniranja saobraćajnica. Tako se onemogućava humanitarna pomoć na koju imaju civili na osnovu Četvrte ženevske konvencije iz 1949. godine i Protokola I i II. Pored toga, stradanja civila se nastavljaju i posle oružanih sukoba jer se gube životi od antipersonalnih i protivkolskih mina u periodu posle sukoba kada se počne sa izgradnjom zemlje i pokuša da izgradi mir. Ovo se često ponavljalo u mnogim ratovima posle Drugog svetskog rata. Na ovaj problem ukazivale su Ujedinjene nacije i Međunarodni komitet Crvenog krsta u svojim izveštajima. Načelne preglede koje su uradili MKCK i Nacionalna društva Crvenog krsta i Crvenog polumeseca otkrili su da je samo u 1990. godini u 11 država bilo 23 incidenta sa protivtenkovskim i protivkolskim minama. Svi ovi incidenti uticali su da se prekine sa pružanjem međunarodne pomoći ugroženom stanovništvu. U tim nesrećama poginulo je 16 lica, 63 je ranjeno.<sup>4</sup>

Posebna opasnost dolazi od kasetne municije i kasetnih bombi. Kada se izbace iz lansera rasprostiru se na površini od 600-700 metara po bombi. Mora se priznati da je to za onog ko je koristi značajna vojna prednost. Međutim, ova prednost ima i značajne humanitarne implikacije. Tokom sukoba u kome se koristi ovo oružje postoji velika opasnost od stradanja civila kao kolateralne štete. Ako ne eksplodiraju odmah ostaju kao pretnja dugo vremena na mestu gde su

<sup>4</sup> <http://www.icrc.org/eng/resources/international-review/review-883-engaging-armed-groups/index.jsp>

pala. Čak i kada je opravdana njihova upotreba i izvedena po pravilima međunarodnog prava ostaje opasnost od njih i prelaze u status nedozvoljene upotrebe. Na primer, u slučaju korišćenja protiv vojnih objekata, koji se nalaze u civilnim područjima, ta municija (koja ne eksplodira) neposredna je pretnja civilnom stanovništvu. Samim tim što se nalazi na tom području onemogućava humanitarne aktivnosti prema civilnoj populaciji kao što su dopremanje hrane, vode i medicinske nege. Često se događa da iz tehničkih razloga ne dođe do njihovog samouništenja tako da je i to problem njihove upotrebe. Zbog raznih faktora, kao što su loše dizajnirani osigurači na njima, tehnička neispravnost izazvana proizvodnim problemima, nepravilne isporuke i razlika između idealnih uslova koji se koriste u ispitivanju i upotrebe u realnosti dovode da se ne ponašaju po pravilima o njihovoj upotrebi. Na primer, osigurači su obično dizajnirani da funkcionišu na udar tvrdih meta, ali u prirodi mogu doći u dodir sa mekom zemljom, udar u drveće, blato, itd. Iz tih razlog se događa da se ne ektiviraju po tehničkim propisima. Ostaju na tom mestu gde su pale i postaju zlokobna opasnost dugo posle sejanja i vrmenom gube svrhu svog postavljanja.

Tako je tokom rata u Indokini, oko 285 miliona municije bilo povučeno, ali je znatan broj ostao na terenu. Procene ukazuju da je ostalo oko 14 miliona komada neeksplodirane municije (oko 5%), iako se veruje da je procenat mnogo veći (ide se do 30%).<sup>5</sup> Izveštaji govore da je do 1997. godine bilo preko 10.000 žrtava stradalih od nagaznih mina (od toga oko 31% dece).<sup>6</sup> Posao oko čišćenja ovih mina nastavljen je na ovom terenu. Tako, izveštaji iz Laosa, na primer, ukazuju da je od 1998. do prve polovine 2000. godine očišćeno oko 80.000 tona municije. Ipak sve nije očišćeno.

Najsvežiji primer jeste teritorija Kosmeta. Prema podacima MKCK posle agresije NATO pakta na SR Jugoslaviju, Alijansa je priznala da su samo na prostor Kosmeta palo oko 1.392 kasetne mine koje sadrže 290.000 rasprskavajućih bombica.<sup>7</sup> Stručnjaci iz NATO-a priznaju da je verovatno oko 29.000 mina ostalo neeksplodirano u toj oblasti.<sup>8</sup> Nakon rata utvrđeno je da je smrtnost od ove municije bila vodeći uzrok povreda i smrtnosti lica na tom području. Klaster bombice i nagazne mine činile su 73% od 280 incidenata pojedinačno evidentiranih od strane MKCK između 1. juna 1999 i 31. maja 2000, sa ovom vrstom municije. Ovo oružje direktno je bilo odgovorno za smrt ili povrede 102 lica. Pored toga, u

---

<sup>5</sup> Eric Prokosch, *The technology of killing, A military and political history of antipersonnel weapons*, London, 1995, p. 114.

<sup>6</sup> *Ibidem*.

<sup>7</sup> Mine Action Coordination Centre Comprehensive Update and Plan for the Year 2000, Update as of 5 November 1999, UNMACC, Pristina/Prishtine, November 1999.

<sup>8</sup> *Ibidem*.

odnosu na lica koja su ubijena ili ranjena od nagaznih mina, povređeni ili ubijeni od strane kasetnih bombica su 4,9 puta bili starosti ispod 14 godina.<sup>9</sup>

Pored ubistava i ranjavanja pojedinaca, neeksplodirana municija izaziva značajne društveno – ekonomske probleme. Prvo, neeksplodirana municija sprečava ljude da se vrate u svoje domove, otežava rekonstrukciju gradskih područja i infrastrukture, što zauzvrat ometa ukupan razvoj društva i njegove investicije. Drugo, znatan broj amputiranih i povređenih utiče na zdravstvenu infrastrukturu. S obzirom da su većina žrtava odrasli muškarci i deca, ekonomski aktivno stanovništvo se time umanjuje za dve generacije. Treće, poljoprivredni kapacitet društva se smanjuje jer je pristup zemljištu otežan prisustvom neeksplodirane municije. Goveda i druge životinje, takođe su žrtve municije - što smanjuje sredstva opstanka populacije koje zavisi od poljoprivrede. Još gore, ekonomska nužnost često prinuđuje ljude da obrađuju zemlju, uprkos opasnosti od neeksplodirane municije, što povećava broj žrtava. Četvrto, prirodna sredina je ozbiljno ugrožena i narušen eko sistem za mnogo godina.

Ovo oružje je veoma nestabilno i opasno. Podmuklost je bitna karakteristika ovog oružja što ga odvaja od svih vrsta oružja. Prvo, ova vrsta oružja nikada neće biti u potpunosti uklonjena. Ona se mora da uništi na licu mesta i to individualno. Pored toga, mehaničke metode njenog čišćenja ne mogu da se koriste. Metoda uništenja tzv. submunicijom (izazivanje eksplozije) su opasne jer mogu da unište uređaje za čišćenje. Često se za čišćenje od mina koriste psi. Međutim, psi ne mogu da se koriste za otkrivanje jer su skloni da dodiruje submuniciju dok je njuškaju, što može da izazove detonaciju. Uz to, mnoge od ovih mina sadrže izuzetno opasne višesmerne osigurače, koji čine podoružje za njenu zaštitu i u slučaju da se pokrenu ili premeste u bilo kom pravcu mogu da se aktiviraju. Na kraju, standardni elektromagnetni detektori ne mogu da se korise jer savremene mine su od materijala koje detektori ne mogu da otkriju, a uz to mnoge mine koriste posebne osigurače koji se aktiviraju na nepoznat način minirama. Zato je čišćenje neeksplodirane municije veoma delikatan i opasan zadatak. Stručnjaci smatraju da je to opasnija delatnost od samog miniranja.

### *Međunarodnopravna zabrana antipersonalnih mina*

Posle Drugog svetskog rata, a naročito posle perioda antikolonijalnih i nacionalnooslobodilačkih ratova pokrenuti su koraci da se nešto učini na planu regulisanja upotrebe antipersonalnih mina. Teškoće su nastupile pre svega iz razloga

---

<sup>9</sup> Izveštaj lekara iz misije MKCK. (David Meddings, Epidemiologist, Unit of the Chief Medical Officer, ICRC), (<http://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/58.jkqv.htm>), posećeno, avgust, 2012).



vojne potrebe<sup>10</sup> na koju su se države pozivale, naročito velike sile. Teško je bilo da se odreknu ovako jeftinog i pouzdanog odbrambenog oružja. U tome su bile zatečene i male zemlje koje su u njima videle nadoknadu za njihove nedovoljne vojne efektivne. U slučaju vojne intervencije koja je postala česta pojava u rešavanju akutnih međunarodnih odnosa, od strane velikih sila, posebno u vreme Hladnog rata, male države mogle su da se protivniku suprotstave sa malim armijama, ojačane opštim otporom naroda i masovnim zaprečavanjem sa protivpešadijskim i protivoklopnim minama. Velikim silama to baš i nije odgovaralo. Zaposednuto područje „išarano“ minskim preprekama nije bilo prihvatljivo za nove okupatore jer su morali da se podvrgnu opasnostima čišćenja prostora od mina.

Napori UN, Međunarodnog komiteta Crvenog krsta, Nacionalnih društava Crvenog krsta i Crvenog polumeseca da se nešto učini na ovom planu imali su za rezultat da se pristupi radu na međunarodnom sporazumu kojim bi se zabranila i ograničila proizvodnja i korišćenje mina u ratu. Pošlo se od stava da postojeća pravila međunarodnog prava ne pružaju dovoljnu zaštitu lica u ratu. Opšta pravila međunarodnog običajnog prava i dopunjena verzija Protokola II iz 1996. godine su bila slaba i često su bila ignorisana u oružanim sukobima. Zato se pristupilo donošenju jedne konvencije koja bi široko zabranila proizvodnju, skladištenje i korišćenje antipersonalnih mina.

Međunarodna kampanja vođena od pojedinaca, međunarodnih organizacija i asocijacija rezultirala je donošenjem Konvencije o zabrani antipersonalnih mina na Diplomatskoj konferenciji u Oslu 1997. godine. Konvencija je otvorena za potpisivanje u Otavi, odatle naziv Otavska konvencija, što mnoge zbunjuje njen dvostruki naziv.

Konvencija podleže ratifikaciji, prihvatanju ili odobrenju od strane država potpisnica. Usvajanjem Konvencije prvi put je pristupljeno jednoj opštoj zabrani nekog oružja koje do tada bilo u širokoj upotrebi. Osnov Konvencije je međunarodno humanitarno pravo čiji je cilj da se ublaže patnje izazvane oružanim sukobima i da se zaštite civili za vreme tih sukoba.<sup>11</sup> Značaj Otava konvencije je u tome što se na jedan širok i sveobuhvatan način pristupilo ne samo zabrani upotrebe ovog oružja, nego i širok program akcija koji ima za cilj da odgovor na humanitarne posledice antipersonalnih mina. Konvencija sadrži i program ak-

---

<sup>10</sup> G. Đ. Perazić, *Međunarodno ratno pravo*, VINC, Beograd, 1986, str. 22–25; J. C. Bluntschli, *Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staaten*, 1878, p. 287; L. Neumann, *Grundriss des heutigen europäischen Völkerrechts*, 1885, str. 104; V., Jončić, *Međunarodno humanitarno pravo*, Pravni fakultet, Beograd, str. 100-108; V., Jončić, “Vojna potreba i međunarodno ratno pravo”, *Vojno delo*, Beograd, 6./96. str. 2-37.

<sup>11</sup> V., Jončić, *Međunarodno humanitarno pravo*, Pravni fakultet, Beograd, 2010, str. 115-117.

tivnosti država u pravcu pružanja pomoći žrtvama mina i podizanja svesti svesti među civilnim stanovništvom na opasnost od njih.

Protokol I iz 1996. godine koji je prethodio Otavskoj konvenciji je napravo osnovni prodor na planu potpune zabrane ovog oružja. Protokol je u članu 1. odredio polje primene i prvi put definisao šta se pod izrazima „mina“, „mina iznenađenja“, „antipersonalna mina“, „daljinski postavljena mina“, „druga sredstva“, „vojni cilj“, „civilni objekat“, „mehanizam za samouništenje“ i dr. Podrazumeva. Protokol će se primenjivati na sve međunarodne i unutrašnje sukobe koji su prerasli stepen unutrašnjih napetosti ili izolovanih i sporadičnih akata nasilja. Dakle, sve zabrane propisane bilo Protokolom II iz 1982.godine, Dopunskim protokolom II iz 1996. godine i Otavskom konvencijom iz 1997. godine odnose se samo na one sukoba na koje se primenjuje međunarodno humanitarno pravo. Problem nastaje, i u praksi je to često pitanje, kada se neki unutrašnji sukob smatra da je čisto unutrašnji, odnosno da su u pitanju unutrašnji nemiri manjih razmera, sporadični akti nasilja, a kada prerasta u sukob koji se može da kvalifikuje kao unutrašnji oružani sukob, odnosno građanski rat. Od tih kavalifikacija zavisi da li će se primenjivati međunarodno humanitarno pravo, odnosno međunarodno pravo oružanih sukoba. Važno je napomenuti da se ni protokoli ni Konvencija ne odnose na primenu sile od strane države kada su u pitanju unutrašnji nemiri i sporadične akcije policijskih snaga prema teroristima i učesnicima manjih pobuna (čl. 1. st. 4). Protokoli i Konvencija ne daju nikakav pravni osnov državam da pozivom na njih vrše pritiske na druge države. Takvo isključenje izričito stipulira član 1. st. 5. Protokola. Ovim članom se izričito kaže da on ne može biti osnov za opravdanje intervencije, iz bilo kog razloga, niti mešanje „u oružani sukob ili u unutrašnje ili spoljne poslove Visoke strane ugovornice na teritoriji na kojoj se događa sukob“, direktno ili indirektno.

Protokol iz 1996. godine sadrži široku lepezu zabrana i ograničenja upotrebe antipersonalnih mina i pravi razliku na mine, mine iznenađenja i „druga sredstva“. Izričito zabranjuje upotrebu antipersonalnih mina koje se ne mogu otkriti. Pored ove zabrane Protokol zabranjuje i korišćenje bilo kakvog oružja koje se ne može da samouništi ili samodezaktivira. Protokol izuzetno priznaje njegovu upotrebu samo u slučaju ako je takvo oružje postavljeno unutar područja koje osmatra vojno osoblje i koje je zaštićeno tako da civili ne mogu da dođu u kontakt sa njim i ako to područje prelazi u ruke druge strana koja je prihvatila odgovornost za njegovo održavanje (čl. 5. st. 1. 2(a) i (b)). Dakle, Konvencija prihvata u razumnoj meri vojnu potrebu i to na više mesta.<sup>12</sup> Slična zabrana se odnosi i na mine koje se daljinski postavljaju i na upotrebu mina iznenađenja. Potpunost i povezanost ovog protokola sa drugim međunarodnim ugovorima iz oblasti međuna-

<sup>12</sup> Stuart Maslen, op. cit., 2001, p. 184; R.,R., Baxter, "The Geneva Convention of 1949", *Naval War College Review*, Vol. 9, 1956, p. 59.

rodnog humanitarnog prava ogleda se u čl. 7. t. 1. gde se ne prejudicira sa opštim zabranama vezanim za perfidne akte i prevare. Imajući u vidu svrhu i cilj mina iznenađenja jasno je da se ovo oružje nalazi na ivici perfidno upotrebljivih oružja. Član 7. ide korak dalje i taksativno izričito zabranjuje u svim uslovima upotrebu ovog oružja i na određenim predmetima i objektima. Razlozi vojne potrebe su i ovde predviđeni i to: ako su ova oružja smeštena u ili u blizini vojnog objekta i ako su preduzete mere da se zaštite civili od njihovog dejstva.

Protokol bi imao svrhu i da je ostao na ovim regulacijama. Međutim, on je otišao korak dalje. Zabranio je transfer ovog oružja „Visokim stranama ugovornicama“. Doduše, dozvoljava se ograničeni transfer u države koje su ovlašćene da prihvate takve transfere i u države koje su se saglasile da primene Protokol od određenim uslovima.<sup>13</sup>

Obaveze država po Protokolu nisu ostale na ovome. U cilju uklanjanja mina i čišćenja minskih polja utvrđena je obaveza država koje prihvate Protokol da registruju i pruže informacije drugim sukobljenim stranama, podatke o minskim poljima, posejanim minama, minskim područjima, minama iznenađenja i drugim sličnim sredstvima koje su postavile uz istovremeno obaveštavanje Generalnog sekretara Ujedinjenih nacija (čl. 9).

Države su Protokolom obavezane i da bez odlaganja, posle prestanka aktivnih neprijateljstava, sva minska polja, minirana područja, mine i mine iznenađenja i druga sredstva očiste, uklone i unište ili održavaju u skladu sa pravila Protokola koja to regulišu (čl. 10). Ovaj član malo zbunjuje jer uklanjanje mina znači da je došlo do njihove *de facto* primene uprkos zabrani za države koje su prihvatile ovaj međunarodni instrument. Može se tumačiti da se odnosi na strane koje su kasnije prihvatile Protokol, a u međuvremenu koristile ovo oružje. U doktrini nema komentara na ovaj član što takođe upućuje na pomenuti zaključak.

Poslednji članovi Protokola daju punu snagu ovom međunarodnom instrumentu. Naime, članovi od 11. do 14. koji se odnose se na tehničku saradnju i pomoć na koju se strane ugovornice obavezuju, na zaštitu od posledica minskih polja, miniranih područja, mina iznenađenja i drugih sredstva, kao i obaveznu konsultaciju i usaglašavanje Visokih strana ugovornica, strogo obavezuju države po ovim pitanjima. Retko je koji međunarodni ugovor do te mere obavezao države na njegovo poštovanje i primenu kao Protokol.

Konvencija o zabrani upotrebe, skladištenja, proizvodnje i prometa antipersonalnih mina i njihovom uništavanju usvojena je 3. decembra 1997. godine u Otavi i predstavlja zaokruženu celinu zajedno sa Protokolom II iz 1982.godine. U Preambuli se napominje da je Konvencija pošla od principa međunarodnog humanitarnog prava, a to je da pravo strana u sukobu da biraju metode i sredstva ratovanja nije neograničeno, od principa koji zabranjuje da se u oružanom sukobu

---

<sup>13</sup> Član 8. st.1.(d) Protokola I.

koristi oružje, projektili, materijali i metodi ratovanja takve prirode da izazivaju suvišno ranjavanje i nepotrebne patnje i od principa da se mora praviti razlika između civila i boraca. Suštinski Konvencija ponavlja već iznete obaveze iz Protokola, ali ih sada preciznije određuje. Tako, u članu 1. "Opšte obaveze" ponavlja obavezu da su sve strane ugovornice obavezne da ni u kakvim okolnostima neće koristiti antipersonalne mine, da ih neće razvijati, proizvoditi, pribavljati, skladištiti, posedovati, ili prenositi drugima, bilo direktno ili indirektno i da će uništiti sve antipersonalne mine koje poseduju. Konvencija ponavlja definicije i određuje pojmove koji su već bili određeni u Protokolu II. Konvencija predviđa izuzetke u smislu posedovanja ili prenosa antipersonalnih mina samo u cilju razvoja programa i za obuku u otkrivanju mina, njihovog uklanjanja ili tehnologije za njihovo uništavanje.

Članom 3. Konvencije stipulisana je obaveza da se sve zalihe mina unište i to "što pre, a najkasnije u roku od četiri godine nakon stupanja na snagu ove Konvencije". Za razliku od Protokola, Konvencija se ne zadržava na zaštiti od posledica minskih polja, miniranih područja i mina iznenađenja, nego zahteva *uništavanje mina* u miniranim zonama. Dok se Protokol ograničio na *uklanjanje minskih polja* i miniranih područja posle prestanka aktivnih neprijateljstava, Konvencija zahteva uništavanje svih mina u miniranim zonama, *uništavanje zaliha* antipersonalnih mina i pravo strana ugovornica da *zatraže međunarodnu pomoć* i da kriz sistem saradnje pomognu jedne druge u tome. Kroz sistem saradnje formira se banka podataka o uklanjanju mina koja je obrazovana u okviru sistema Ujedinjenih nacija. To je značajan korak jer se u banci podataka nalaze prijavljene zone pod minama, stepen njihovog uklanjanja, podaci o sredstvima za njihovo uklanjanje, stručne organizacije koje se bave minama, spiskovi stručnjaka za mine i nacionalni punktovi koji se mogu kontaktirati povodom njihovog uklanjanja (čl. 5. Konvencije).

Konvencija je u praksi već u prvim slučajevima bila prihvaćena. Takođe i prikupljanje podataka u pravcu stvaranja banke podataka o minskim zonama. Primer je slučaju Filipina.<sup>14</sup> Na području Mindanao na Filipinama je 2008. godine grupa eksperata kao Verifikaciona misija istraživala slučajeve korišćenja antipersonalnih mina i njihove kontrole. Obe zaraćene strane prihvatile su istraživačku misiju i korektno joj omogućile rad na terenu. Misija je izveštaj predala Vladi Re-

<sup>14</sup> Između državnih vlasti i pokreta ILFPM postignut je dogovor oko utvrđivanja činjenica u vezi mina. To je verovatno prvi put da u toku oružanog sukoba dve zaraćene strane informišu u vezi mina. Geneva Call press release, 'Verification mission to investigate allegations of landmine use by the Moro Islamic Liberation Front in the Philippines conducted', 30 November 2009, available online at: <http://www.geneva-call.org/news/press-releases/f-press-releases/2001-2010/2009-30nov-gc.htm> (posećeno juli 2012); Paskal Bongard / Jonathan Somer, *Armed non-state actors monitoring compliance with humanitarian norms: A look at the international Geneva mechanism and a call for contract commitment*, IRVRC, Vol. 92/873, Geneva, 2011, pp.705-706.

publike Filipina i pokretu Islamski oslobodilački front Filipina (ILFF - ILFP), kao i MKCK u Ženevi i predstavniku UN. Pohvala od strane verifikatora za pomoć i podršku od strane sukobljenih strana je naišla na opšte zadovoljstvo u pomenu tim međunarodnim telima.<sup>15</sup>

Konvencija je u pogledu poštovanja Konvencije obavezala strane ugovornice da preduzmu mere u pravcu javnosti postupaka. Članice su dužne da izveste Generalnog sekretara UN o merama za sprovođenje Konvencije, o ukupnim zalihama antipersonalnih mina, o lokacijama svih miniranih zona pod njenom jurisdikcijom, tipovima, količini i drugim podacima vezanim za antipersonalne mine, o pripremljenim programima za uništavanje mina, o vrsti i količini uništenih mina i tehničkim karakteristikama mina koje je proizvela ili nabavila i poseduje, kao i o merama “koje su preduzete da bi se obezbedilo hitno i efikasno upozorenje stanovništva o svim oblastima identifikovanim kao područja pod minama”.

Posebna prednost Konvencije ogleda se u predviđenim merama za olakšanje i razjašnjenje poštovanja Konvencije. Ovo je neka vrsta kontrolnog mehanizma u vidu žalbe zainteresovane strane na poštovanje Konvencije od strane druge strane. “Ako strana ugovornica, koja podnosi zahtev ne dobije odgovor preko Generalnog sekretara Ujedinjenih nacija u navedenom roku, ili ako smatra da odgovor na zahtev za razjašnjavanje nije zadovoljavajući, može to pitanje da iznese, preko Generalnog sekretara UN, na prvom sledećem sastanku strana ugovornica. Generalni sekretar Ujedinjenih nacija će svim stranama ugovornicama proslediti takav podnesak, zajedno sa svim odgovarajućim informacijama koje se odnose na zahtev za razjašnjavanje. Sve te informacije će biti predate strani ugovornici na koju se odnosi zahtev, a ona će imati pravo na odgovor”. Konvencija dosta detaljno reguliše formiranje i slanje misija koje treba da utvrde činjenice u vezi sa prigovorima strane u sukobu u vezi sa poštovanjem Konvencije u nekom sukobu.<sup>16</sup> Mešanje Ujedinjenih nacija u ovakvim slučajevima Konvencija definiše u formi dobrih usluga koje pruža Generalni sekretar UN. Poštujući suverenitet strana u sukobu Konvencija s pažnjom uređuje postupak dolaska misije, njen rad na terenu i plasiranje izveštaja i nalaza. Poštujući razloge vezane za bezbednost, ustavna opredeljenja i ograničenja strana ugovornica, Konvencija je predvidela neka ograničenja u vezi sa radom misija na terenu na osnovama vojne potrebe (čl. 8. st. 14).

Strane ugovornice imaju obavezu da sprovedu administrativne i druge mere na svojoj teritoriji, uključujući kaznene sankcije, da spreči i suzbije sve aktivnosti koje su strani ugovornici zabranjene shodno Konvenciji. Ovo se odnosi na lica

---

<sup>15</sup> *Ibidem*.

<sup>16</sup> Među stručnjacima međunarodnog humanitarnog prava ima mišljenja da je ovo najveći domet jednog ugovora u pravcu kontrole sprovođenja. (Paskal Bongard /Jonathan Somer, *op. cit.*, pp. 682-684).

koja su pod njenom jurisdikcijom ili kontrolom ili se događaju na teritoriji koja je pod njenom jurisdikcijom ili kontrolom.

Konvencija je predvidela i mehanizme za rešavanje sporova u vezi sa primenom ili tumačenjem Konvencije (čl. 10). Svaka strana ugovornica može svaki takav spor da iznese na sastanku strana ugovornica. Na takvim sastancima strane ugovornice mogu na samom sastanku da doprinesu rešavanju takvog spora bilo kojim sredstvima koje smatraju odgovarajućim, „uključujući i da će ponuditi dobre usluge, pozvati strane u sporu da otvore postupak za rešavanje po svom izboru i preporučiti vremenski rok za okončanje svakog dogovorenog postupka za rešavanje spora“.

Da bi se videli efekti Konvencije predviđeno je praćenje sprovođenja Konvencije i to nakon pet godina od stupanja na snagu. Za tu delatnost je određen Generalni sekretar Ujedinjenih nacija. Naredne Konferencije za praćenje sprovođenja sazivaće se ako to zatraži jedna ili više strana ugovornica pod uslovom da interval između Konferencija za praćenje i sprovođenje ni u kom slučaju ne bude kraći od pet godina. Konvencija obavezuje da se sve strane ugovornice ove konvencije pozovu na svaku Konferenciju za praćenje sprovođenja.

Iz ovog kratkog pregleda osnovnih postavki Konvencije vidi se da je ona postavljena temeljno i sa malo odstupanja na osnovu zahteva vojne potrebe.

Do februara 2012. godine Konvenciju i Protokol ratifikovala je i potpisala 161 država. Međutim, jedan broj država, njih 35, kao što su SAD, Rusija, Indija, Iran, Izrael i Pakistan, nisu to još učinile.

Države koje imaju značajan uticaj na međunarodne odnose nisu potpisale pomenute sporazume o zabrani antipersonalnih i drugih mina najveći su proizodači i imaju najveće zalihe tog oružja. Među ove države posebno se izdvajaju SAD, Indija Kina i Rusija. Razlozi koje ove države navode za nepristupanje ovim sporazumima su različiti. Tako, SAD su odbile da potpišu sporazum jer im ne dopušta pravo koje one nazivaju „Korejski izuzetak“. Pod ovim podrazumevaju da su mine značajna komponenta vojne strategije odbrane Južne Koreje od Severne Koreje. Po izjavi SAD uzduž demilitarizovane zone na granici između Južne i Severne Koreje nalazi se oko milion mina. To je po njima garant osetljivog mira koji ugrožava Severna Koreja. Indija nije potpisala sporazum jer smatra da su mine neophodne za sprečavanje upada ekstremista iz Pakistana na područje regija Jammua i Kašmira.

U članu 3. Konvencije postoji klauzula koja dopušta državama zadržavanje dela mina za treniranje deminiranja i razvoj mera za protivminko delovanje. Jedan broj država (ukupno 64) prihvatile su ovu klauzulu i zato su zadržale ukupno 289 000 komada mina. Neke države se nisu još izjasnile (23) o ovoj klauzuli, tj. da li će doneti odluku o članu 3. Konvencije.

*Razlozi za rezerve u prihvatanju Konvencije  
i Protokola II*

Rezervisanost jednog broja država na pristupanje ili prihvatanje Konvencije i Protokola ukazuju da postoje razlozi odbijanja da se pristupi ovim sporazumima. Na prvom mestu su to strateški i to pre svega strateško – vojni razlozi. Velike države se teško odriču oružja koje su u velikim količinama stokirale. Jedna deo stoji za eventualnu njihovu upotrebu, a drugi za prodaju ili ustupanje svojim saveznicima. Eliminisanje tog oružja iz njihovih arsenala utiče na izmene u njihovoj vojnoj doktrini i na njihove planove za odbranu (preciznije rečeno za vođenje rata). To zahteva veliku aktivnost na planu upotrebe defanzivnog oružja i promene u vojnoj obuci. Savremni način vođenja ratova ide u pravcu oslanjanja na prevlast u vazduhu i na ostvarivanja vojnih ciljeva prvenstveno vazдушnim udarima po protivniku. Takav način izvođenja vojnih operacija utiče da će sve više u budućnosti da se upotrebljava kasetna municija. Zaključak se nameće da će se ovim mahom koristiti moćne države.<sup>17</sup>

Drugi razlog jeste ekonomske prirode. Veliki broj uskladištenih mina raznih vrsta mogu biti prodati ili iskorišćeni u nekom lokalnom oružanom sukobu, ili za obezbeđenje mirovnih misija što inače dozvoljava upotrebu takvog oružja u te svrhe pod određenim uslovima (čl. 5. Protokola II). To može biti značajan izvor prihoda u trgovini oružjem. Zabrana koja se odnosi na promet ovog oružja po Konvenciji nije prepreka, jer to obavezuje samo države potpisnice, a ne i ostale.

Samo uništavanje velikog broja mina zahteva znatna novčana sredstva za njihovo uništavanje ili činjenje neškodljivim. Države koje na svojoj teritoriji imaju posejane mine (minska polja) u slučaju da prihvate obavezu po Konvenciji za uklanjanje ili uništavanje imaju vremenski rok u kome to moraju da učine. Mogućnost da ne uspe zahtev iz sporazuma u datom roku je veliki i to odbija države da se prihvate tog posla. Čini se da čitava akcija, za koju se ne može da kaže da nije humana i da je pokrenuta sa veoma dobrim i filantropskim namerama, ima neki drugi razlog ili se nameće kao zaključak, iako se, možda, nije imala ta namera. Istovremeno nije namera autora da negira napredak u humanoj akciji stavljanja ovog oružja van zakona, već upozorenje da je možda krajnji cilj nešto drugo i da se pod humanošću kriju perfidne namere. Radi se o možda vešto prikrivenoj nameri velikih sila da se eliminiše to oružje iz arsenala malih i vojno slabih država. Ako se pogleda spisak država koje su prihvatile Protokol i Konvenciju vidi se da se tu radi o malim i slabim državama. Velike sile nisu pristupile ni Protokolu ni Konvenciji. Kada se upotrebi izraz „mali“ misli se na njihovu moć i snagu kao subjekta u međunarodnim odnosima. Odsustvo pasivne odbrane oličene

---

<sup>17</sup> Slično: Peter Herby/ Anna R.Nuiten, "Explosive remnants of war: "Protecting civilians through an additional protocol to the 1980 Convention on Certain Conventional Weapons", *IRRC*, No 841, Geneva 2001.



u upotrebi antipersonalnih i drugih mina omogućava lakše i brže sprovođenje vojnih intervencija prema njima. O tome da su vojne intervencije značajno prisutne u međunarodnim odnosima posle raspada bipolarnosti sveta i uspostavljanje unipolarnosti, za koju se tada govorilo da će omogućiti smanjenje trke u naoružanju i uspostavljanje dominacije politike mira i aktivniju i delotvorniju ulogu Ujedinjenih nacija, više je nego očigledno. O miru, o širenju demokratskih međunarodnih odnosa nema ni govora. Naprotiv, daleko je više vojnih intervencija, kršenja osnovnih normi međunarodnog prava uspostavljenog na principima posle Drugog svetskog rata, masovnog izbeglištva ljudi sa ratom zahvaćenih prostora, promenama granica, suprotno zaključcima KEBS-a (OEBS-a), kršenja suverenih prava država i drugo nego što je to bilo u vreme „Hladnog rata“. Pomenuto je da se odbrana i zaštita malih država oslanja na mali broj vojnika, na slaboj vojnoj tehnici, slaboj ekonomiji koja bi izdržavla naprezanja koja nameće rat. Otuda korišćenje opšteg otpora stanovništva, zaprečavanje prostora koji nije u mogućnosti da bude zapolosćen vojnicima otvara mogućnost slabim državama da se protivniku suprotstavi koliko može bar u prvim danima agresije dok se mehanizmi UN za zaštitu mira predviđeni Poveljom UN ne aktiviraju i pruži neka zaštita žrtvi agresije. Razume se da sve ovo nosi rizik blokade ovih sporazuma. Ali koja njegoova svrha ako su van kruga zabrane države koje imaju značajnu ulogu u kreiranju međunarodnih odnosa i borbe protiv nehumanog oružja. Podsetimo se samo dugogodišnjih tvrdnji (čak i u naučnim krugovima) da je nuklearno oružje zabranjeno međunarodnim pravom. Međunarodni sud pravde je u svom savetodavnom mišljenju izneo da nijedan sporazum ne zabranjuje njegovu upotrebu. Bio je to hladan tuš za sve one koji su sa najboljim namerama tvrdili suprotno. Naravno bili su u pravu, jer kada se pristupi tumačenju korišćenja ovog oružja jasno je da je ono suprotno međunarodnim pravu i da se smatra nedozvoljivim oružjem. Međutim, za neke, mišljenje Međunarodnog suda pravde je jak argument za drugačija tumačenja. Slično je i sa definicijom agresije. Neprihvatanje stava da je agresija zabranjena u međunarodnom pravu po definiciji Rezolucije UN i da je u slučaju napada NATO pakta na SR Jugoslaviju 1999. godine izvršena agresija samo je dokaz više o različitim tumačenjima normi međunarodnog prava. Tek donošenjem Rezolucije UN, juna 2010. godine definitivno je skinuta nejasnoća u tumačenju pojma agresije. Međutim, i ovde su mogući suprotni argumenti. S obzirom da je to u vidu amandmana i u formi Aneksa na Statut Međunarodnog krivičnog suda ovo se može da tumači kao pravna obaveza samo za države koje su pristupile Rimskom statutu, a ne i na ostale.<sup>18</sup>

<sup>18</sup> Resolution RC/Res.6 *Adopted at the 13th plenary meeting, on 11 June 2010, by consensus* Depository Notification C.N.651.2010 Treaties-8, dated 29 November 2010, available at <http://treaties.un.org>.

Zabrana upotrebe, skladištenja proizvodnje i prometa antipersonalnih mina i njihovo uništavanje je korak napred u opštem ograničavanju nehumanog oružja. Da ga samo koriste države pitanje ne bi bilo tako složeno, međutim, ovo oružje masovno koriste i teroristi. Selektivna zabrana koja bi se odnosila samo njih nije moguća. Zato je možda ovako široka zabrana postavljena tako da se u potpunosti ukine (nema proizvodnje i prometa) daje nadu da jedno vrlo opasno i nehumano oružje ode u istoriju ratovanja. Samo kada bi ovim ograničenjima pristupile sve države, cilj bi bio ispunjen, ovako?

### ZAKLJUČAK

Pokušaji da se rat koliko je to moguće podvrgne nekim pravilima, postepeno su se realizovali kroz pravnu regulativu. Jedna od tih regulativa jeste skupina pravila pod nazivom ograničenje upotrebe određenih vrsta oružja. Zabranjena upotreba sredstava i metoda ratovanja koji, po svojoj prirodi, izazivaju prekomerne povrede ili nepotrebne patnje i zabranjena upotreba oružja koja su po svojoj prirodi nedeskriminatorna osnovna su pravila običajnog međunarodnog humanitarnog prava. Ovim se reguliše upotreba oružja prema borcima u međunarodnim i nemeđunarodnim oružanim sukobima i reguliše nepotrebna upotreba sile ili prekomerna upotreba sile. U slučaju upotrebe mina njihova zabrana je direktno u funkciji humanizacije rata. To pitanje se vrlo rano postavilo ne samo u smislu *pravednosti*, nego i *morala*. Upravo na ovom pitanju, pored niza drugih, našla se najbliža veza i *isprepletanost između prava, pravde, pravičnosti i morala*. Nemoralan odnos vojnika između sebe kao i prema civilima u istoriji ratova i načelno pitanje morala, njihove zaštite i isključenja iz oružanih sukoba je upravo našlo svoje mesto u pravnom regulisanju njihovog isključenja iz ratova.

Od najranijih vremena korišćene su razne prepreke u cilju zaprečavanja protivničkog napredovanja i nanošenja mu gubitaka u živoj sili i materijalnim sredstvima. Razvojem tenike ta su se sredstva usavršavala i postajala sve pogubnija i nehumanija.

Na tom planu posebna su opasnost mine. Mina ne poznaje protivnika. Kada se postavi i naoruža spremna je za dejstvo i svako ko je aktivira strada. Opasnost je još veća kad se završi rat. Njihovo uklanjanje prate dve velike teškoće. Prva teškoća je da se otkriju. Druga teškoća je da se onesposobe.

Pored opasnosti nakon otkrivanja, mine su još opasnije ako se ne otkriju nego se ostave zaboravljene na nekom prostoru i slučajno aktiviraju. Sve to zajedno, teškoće deaktiviranja, teško i nepouzđano otkrivanje, mogućnost da se nema kontrola nad njima posle prestanka neprijateljstava i njihova neselktivnost i razornost osnovni su razlozi za njihovu zabranu. Poseban problem nastaje u slučaju

dopremanja humanitarne pomoći ugroženom stanovništvu jer se zbog miniranja saobraćajnica ne doprema pomoć i tako usložava humanitarna pomoć.

Sledeća opasnost dolazi od kasetne municije i kasetnih bombi kao vrsti mina. Kada se izbace iz lansera rasprostiru se na ogromnom prostoru. Mora se priznati da je to za onog ko je koristi značajna vojna prednost. Međutim, ova prednost ima i značajne humanitarne implikacije. Tokom sukoba u kome se koristi ovo oružje postoji velika opasnost od stradanja civila kao kolateralne štete. Velika opasnost i stradanja od ovog oružja uticali su da se pristupi njegovom pravnom regulisanju odnosno, preciznije rečeno njegovoj zabrani upotrebe i proizvodnje.

Međunarodna kampanja vođena od pojedinaca, međunarodnih organizacija i asocijacija rezultirala je donošenjem prvo Protokola o zabrani ili ograničavanju upotrebe mina, mina iznenađenja i drugih sredstava 1996. godine (Protokol II), a potom Konvencije o zabrani antipersonalnih mina na Diplomatskoj konferenciji u Oslu 1997. godine. Ovi sporazumi sadrže široku lepezu zabrana i ograničenja upotrebe antipersonalnih mina i prave razliku na mine, mine iznenađenja i „druga sredstva“. Izričito zabranjuju upotrebu antipersonalnih mina koje se ne mogu otkriti. Upotrebu ovog oružja priznaju izuzetno samo u slučaju ako je takvo oružje postavljeno unutar područja koje osmatra vojno osoblje i koje je zaštićeno tako da civili ne mogu da dođu u kontakt sa njim i ako to područje prelazi u ruke druge strana koja je prihvatila odgovornost za njegovo održavanje. Dakle, prihvataju u razumnoj meri vojnu potrebu i to na više mesta. Sporazumi su otišli korak dalje u regulisanju ovog oružja. Zabranjen je transfer ovog oružja. Utvrđena je obaveza država koje prihvate Protokol i Konvenciju da registruju i pruže informacije drugim sukobljenim stranama, podatke o minskim poljima, posejanim minama, minskim područjima, minama iznenađenja i drugim sličnim sredstvima koje su postavile uz istovremeno obaveštavanje Generalnog sekretara Ujedinjenih nacija. Strane ugovornice su obavezane i na prikupljanje podataka u pravcu stvaranja banke podataka o minskim zonama. U pogledu poštovanja Konvencija je obavezala strane ugovornice da preduzmu mere u pravcu javnosti postupaka. Članice su dužne da izveste Generalnog sekretara UN o merama za sprovođenje Konvencije, o ukupnim zalihama antipersonalnih mina, o lokacijama svih miniranih zona pod njenom jurisdikcijom, tipovima, količini i drugim podacima vezanim za antipersonalne mine, o pripremljenim programima za uništavanje mina.

Strane ugovornice imaju obavezu da sprovedu administrativne i druge mere na svojoj teritoriji, u smislu kažnjavanja kako bi sprečile i suzbile sve aktivnosti koje zabranjene Konvencijom.

Konvencija je predvidela i mehanizme za rešavanje sporova u vezi sa primenom ili tumačenjem Konvencije. Svaka strana ugovornica može svaki takav spor

da iznese na sastanku strana ugovornica. Da bi se videli efekti Konvencije predviđeno je praćenje sprovođenja Konvencije i to nakon pet godina od stupanja na snagu.

Do februara 2012. godine Konvenciju i Protokol ratifikovala je i potpisala 161 država. Međutim, jedan broj država, njih 35, kao što su SAD, Rusija, Indija, Iran, Izrael i Pakistan, nisu to još učinile. Rezervisanost jednog broja država na pristupanje ili prihvatanje Konvencije i Protokola ukazuju da postoje razlozi odbijanja da se pristupi ovim sporazumima. Na prvom mestu su to strateški i to pre svega strateško – vojni razlozi.

Drugi razlog jeste ekonomske prirode. Veliki broj uskladištenih mina raznih vrsta mogu biti prodati ili iskorišćeni u nekom lokalnom oružanom sukobu, ili za obezbeđenje mirovnih misija što inače dozvoljava upotrebu takvog oružja u te svrhe pod određenim uslovima. To može biti značajan izvor prihoda u trgovini oružjem.

Čini se da čitava akcija, za koju se ne može da kaže da nije humana i da je pokrenuta sa veoma dobrim i filantropskim namerama, ima neki drugi razlog ili se nameće kao zaključak, iako se, možda, nije imala ta namera. Autor je dužan da iznese da mu nije namera da negira napredak u humanoj akciji stavljanja ovog oružja van zakona, već upozorenje da je možda krajnji cilj nešto drugo i da se pod humanošću kriju perfidne namere. Radi se o možda vešto prikrivenoj nameri velikih sila da se eliminiše to oružje iz arsenala malih i vojno slabih država. Ako se pogleda spisak država koje su prihvatile Protokol i Konvenciju vidi se da se tu radi o malim i slabim državama. Velike sile nisu pristupile ni Protokolu ni Konvenciji. Odsustvo pasivne odbrane oličene u upotrebi antipersonalnih i drugih mina omogućava lakše i brže sprovođenje vojnih intervencija prema njima.

Pomenuto je da se odbrana i zaštita malih država oslanja na mali broj vojnika, na slaboj vojnoj tehnici, slaboj ekonomiji koja bi izdržavla naprezanja koja nameće rat. Otuda korišćenje opšteg otpora stanovništva, zaprečavanje prostora koji nije u mogućnosti da bude zaposednut vojnicima, otvara mogućnost slabim državama da se protivniku suprotstavi svim sredstvima. To uključuje i miniranje pravaca odakle se očekuje neprijatelj. Na taj način se usporava tempo napada protivnika s ciljem da se dobije na vremenu u prvim danima agresije dok se mehanizmi UN za zaštitu mira predviđeni Poveljom UN ne aktiviraju i pruži neka zaštita žrtvi agresije. Razume se da sve ovo nosi rizik blokade ovih sporazuma. Ali koja je njegova svrha ako su van kruga zabrane države koje imaju značajnu ulogu u kreiranju međunarodnih odnosa i borbe protiv nehumanog oružja. Obično su to države koje lako posežu za vojnim intervencijama.

Zabrana upotrebe, skladištenja proizvodnje i prometa antipersonalnih mina i njihovo uništavanje je korak napred u opštem ograničavanju nehumanog oruž-

ja. Da ga samo koriste države pitanje ne bi bilo tako složeno, međutim, ovo oružje masovno koriste i teroristi. Selektivna zabrana koja bi se odnosila samo njih nije moguća. Zato je možda ovako široka zabrana postavljena tako da se u potpunosti ukine (nema proizvodnje i prometa) daje nadu da jedno vrlo opasno i nehumano oružje ode u istoriju ratovanja.

VLADAN JONČIĆ, LL.D.,  
Professor, Faculty of Law University in Belgrade

## BRINGING THE CONVENTION ON ANTI-PERSONNEL MINES

### Summary

Anti-personnel mines are very dangerous weapons and their use, and ban open many ptanje. This question was raised early on, not only in terms of *fairness*, but also *moral*. It is at this point, in addition to many others, found the closest relationship and interplay between *law*, *justice*, *fairness* and *morality*. From the earliest times used various barriers blocking the opponent in order to progress and causing him losses in manpower and material resources. In order to regulate the use of these weapons were made of the Convention on the Prohibition of Anti-Personnel Mines 1997th and the Protocol on Prohibitions or Restrictions on the Use of Mines, Booby-Traps and Other funds 1996th (Protocol II).

Parties have an obligation to carry out administrative and other measures in its territory, in terms of punishment in order to prevent and suppress any activity prohibited by the Convention. The Convention stipulates the mechanisms for resolving disputes regarding the interpretation or application of the Convention. To see the effects of the Convention stipulates monitoring implementation of the Convention. To them of a aloofness of a number of states. Reasons for refusal to accede to these treaties are the military, economic and political. Prohibition of the Use, Stockpiling production and transfer of antipersonnel mines and their destruction is a step forward in the overall limitation of inhumane weapons.

DRAGOLJUB TODIĆ  
DUŠKO DIMITRIJEVIĆ

## KLIMATSKE PROMENE I UJEDINJENE NACIJE

### U V O D

U širem smislu reči, ulogu organa, tela Ujedinjenih nacija (u daljem tekstu: UN) i institucija iz sistema UN u rešavanju problema klimatskih promena trebalo bi posmatrati u kontekstu različitih činilaca i ukupne međunarodne saradnje u oblasti životne sredine i klimatskih promena.<sup>1</sup> Polazni okvir za opšte razmatranje sadržaja i formi saradnje daju nam sagledavanje složenosti i značaja klimatskih promena kroz definicije pojmova “klimatske promene” i drugih srodnih pojmova<sup>2</sup>

---

Dr Dragoljub Todić, profesor, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd.

Dr Duško Dimitrijević, viši naučni saradnik, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd. Rad je realizovan u okviru naučnog projekta: “Srbija u savremenim međunarodnim odnosima: Strateški pravci razvoja i učvršćivanja položaja Srbije u međunarodnim integrativnim procesima – spoljnopolitički, međunarodni ekonomski, pravni i bezbednosni aspekti”, Ministarstva prosvete i nauke Vlade Republike Srbije (broj 179029), za period 2011–2014. godine.

<sup>1</sup> Za šire videti: Weart, S., R., *The Evolution of International Cooperation in Climate Science*, *Journal of International Organization Studies*, Vol. 3, Issue 1, Berlin.2012. <http://www.journal-iostudies.org/current-issue>. Todić, D., Vukasović, V., *Međunarodne organizacije i međunarodna saradnja u oblasti zaštite životne sredine*, Novi Sad, Prometej, 1999.

<sup>2</sup> Nije potpuno jasno da li definicija pojma “klimatske promene” iz Okvirne konvencije UN o promeni klime (Njujork, 1992) potpuno i dovoljno jasno ukazuje na različite dimenzije proble-

kao što su pojmovi “životna sredina”,<sup>3</sup> “održivi razvoj”,<sup>4</sup> biodiverzitet, dezertifikacija, vodni resursi, upravljanje otpadom, opasne hemikalije, itd.

Na ovaj način pitanje institucionalnih aspekata aktivnosti u oblasti klimatskih promena na globalnom nivou proizilazi iz suštine razvojnih problema savremene civilizacije, razumevanja odnosa čoveka prema okruženju, odnosno smisla i mogućnosti globalne politike uopšte<sup>5</sup>

ma, ali za potrebe analize ova definicija ima primarni karakter. Prema odredbama člana 1. “promena klime” označava promenu klime koja je direktno ili indirektno uslovljena ljudskim aktivnostima koje izazivaju promene u sastavu globalne atmosfere, i koja je superponirana na prirodna kolebanja klime, osmotrena tokom uporedivih vremenskih perioda.” (t. 2). United Nations, *Treaty Series*, vol. 1771, p. 107. Ili, Sl. list SRJ – Međunarodni ugovori, br. 2/1997. U vezi sa ovim u preciznijoj analizi trebalo bi imati u vidu i pravne definicije drugih relevantnih pojmova sadržanih u ovom međunarodnom ugovoru i drugim sa njim povezanim međunarodnim ugovorima i drugim dokumentima.

<sup>3</sup> U Savetodavnom mišljenju Međunarodnog suda pravde “Legalnost pretnje ili upotrebe nuklearnog oružja” (8. juli 1996) sud je, između ostalog, konstatovao sledeće: “29. .. Sud, takođe, prihvata da životna sredine nije abstrakcija nego da predstavlja životni prostor, kvalitet života i naročito zdravlje ljudskih bića, uključujući generacije koje nisu rođene. Postojanje opšte obaveze država da obezbede da aktivnosti unutar njihove jurisdikcije i kontrole bude u skladu sa životom sredinom drugih država ili područja izvan nacionalne kontrole je, danas, deo korpusa međunarodnog prava životne sredine.” (aut. pod). *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion*, 1. C.J. Reports 1996, p. 241. <http://www.icj-cij.org/docket/files/95/7495.pdf>.

<sup>4</sup> Doprinos UN aktivnostima u oblasti klimatskih promena nerazdvojno je povezan sa aktivnostima u oblasti održivog razvoja. Ključni elementi pojma “održivi razvoj” (integracija ciljeva u oblasti životne sredine u sve relevantne sektorske politike, prava budućih generacija, odnosno usklađivanje interesa sadašnjih i budućih generacija) konceptijski odražavaju i suštinske elemente savremenog razumevanja problema klimatskih promena. U Brutlandovom izveštaju pitanje klimatskih promena se spominje na nekoliko mesta i u različitom kontekstu a celo prvo poglavlje drugog dela je posvećeno odnosu prema održivom razvoju. *Report of the World Commission on Environment and Development “Our Common Future”, A/42/427*, 4 August 1987, p. 54–76. Na potrebu sagledavanja veza sa održivim razvojem upućuju nas i definisane ključne oblasti delovanja UN. Prema Izveštaju generalnog sekretara UN, sadržinski posmatrano, ključne oblasti delovanja UN u oblasti klimatskih promena obuhvataju sledeće četiri grupe pitanja: 1) adaptaciju (integralno planiranje i procena, nacionalni akcioni programi adaptacije, energija, voda, poljoprivreda, hrana i ribarstvo, zdravlje, ljudska naselja, industrija, smanjenje rizika od vanrednih situacija), 2) sprečavanje klimatskih promena (integralna politika i programsko planiranje, energija, šumarstvo, transport, sakupljanje i odlaganje ugljenika, trgovina i tržište), 3) ulogu tehnologije i 4) finansiranje (mehanizam čistog razvoja, tržište ugljenika, partnerstvo sa privatnim sektorom). Od međusektorskih pitanja posebno se naglašava mesto i značaj institucija koje se bave obrazovanjem, podizanjem svesti i zastupanjem. Overview of United Nations activities in relation to climate change, A/62/644, 10 January 2008, p. 9–23. Za rezultate rasprave o konkretnijim uticajima klimatskih promena na ekonomske aktivnosti videti, npr. Blazejczak, J., Edler, D., *Structural Change and Climate Protection - How climate policy transforms the economy and the working world*, Heinrich Boll Stiftung. 2011. <http://www.boell.org/downloads/StructuralChange.pdf>.

<sup>5</sup> Stern utvrđuje tri kriterijuma za procenu predloga globalne politike: efektivnost (mora se obezbediti smanjenje emisija gasova sa efektom staklene bašte (u daljem tekstu: “GHG”) na nivou



i odgovora na pitanja “ko želi da saraduje i zašto”.<sup>6</sup> Keohane i Victor, teškoće u rešavanju problema klimatskih promena grupišu u tri grupe. Najpre, radi se o globalnom problemu čije rešavanje nije moguće delovanjem pojedinačnih država ili malih grupa država. Drugo, negativni efekti klimatskih promena nisu potpuno sagledavi sada već se značajnije posledice očekuju u budućnosti. I treće, promene načina ponašanja radi rešavanja problema klimatskih promena zahtevaju promene u navikama nekoliko milijardi stanovnika i drugih subjekata pri čemu inicijative za promene ponašanja podrazumevaju akcije vlada pojedinih država koje, u mnogim slučajevima, nemaju interesa i mogućnosti da vrše uticaj u ovom pravcu.<sup>7</sup>

Ovako naznačenim metodološkim problemima u izučavanju klimatskih promena i međunarodne saradnje u ovoj oblasti trebalo bi dodati i one okolnosti koje proističu iz odnosa globalno – regionalno – lokalno bez obzira kako prethodno definisali ove pojmove. Ovo stoga što aktivnosti u oblasti klimatskih promena na globalnom nivou nije moguće potpuno razumeti bez vođenja računa o ulozi različitih organizacija regionalnog karaktera, a naročito rezultata aktivnosti na nacionalnom i lokalnom nivou, kao i bez sagledavanja regionalnih specifičnosti klimatskih promena. Odnos globalno – regionalno – nacionalno – lokalno predstavlja posebno pitanje i zahteva analizu različitih faktora i okolnosti od značaja za funkcionisanje svakog dela sistema pojedinačno.<sup>8</sup>

koji je potreban da se rizik od klimatskih promena drži na “prihvatljivom nivou”; efikasnost (mora se obezbediti primena na troškovno najefikasniji način sa merama sprčavanja gde su one jeftinije) i jednakost (mora se uzimati u obzir činjenica da su siromašne zemlje često najugroženije a da bogate zemlje imaju posebnu odgovornost za prošle emisije). Stern, N., *Key elements of a global deal on climate change*, The London School of Economic and Political Science. 2008. [http://eprints.lse.ac.uk/19617/1/Key\\_Elements\\_of\\_a\\_Global\\_Deal-Final\\_version\(2\)\\_with\\_additional\\_edits\\_post\\_launch.pdf](http://eprints.lse.ac.uk/19617/1/Key_Elements_of_a_Global_Deal-Final_version(2)_with_additional_edits_post_launch.pdf). p. 4.

<sup>6</sup> Kao pitanjima od suštinskog značaja za razumevanje interesa za međunarodnu saradnju različitih subjekata. Videti: Victor, D., G., *Toward Effective International Cooperation on Climate Change: Numbers, Interests and Institutions*, *Global Environmental Politics* 6:3, August 2006. pp.92. [http://www.bupedu.com/lms/admin/uploaded\\_article/eA.508.pdf](http://www.bupedu.com/lms/admin/uploaded_article/eA.508.pdf). Harrison, K., Sundstrom, L., I., *The Comparative Politics of Climate Change*, *Global Environmental Politics* 7:4, November 2007.

<sup>7</sup> Keohane, Robert O. and David G. Victor. “*The Regime Complex for Climate Change*” Discussion Paper 2010-33, Cambridge, Mass.: Harvard Project on International Climate Agreements, January 2010. [http://belfercenter.ksg.harvard.edu/files/Keohane\\_Victor\\_Final\\_2.pdf](http://belfercenter.ksg.harvard.edu/files/Keohane_Victor_Final_2.pdf). p. 9.

<sup>8</sup> O čemu se u ovom radu neće posebno govoriti. Takođe, neće biti govora ni o nekim specifičnim formama organizovanja u međunarodnoj zajednici (npr. samiti G8, G20) i značaju ovih formi za aktivnosti u oblasti klimatskih promena. Ipak, kada su u pitanju regionalni naponi u oblasti klimatskih promena poseban značaj ima politika Evropske unije iz više razloga među kojima su i ambicije ove organizacije da ima vodeću ulogu u svetu u ovoj oblasti. Za šire videti: Jordan, A., Huitema, D. Asselt, H., *Climate change policy in the European Union: an introduction*, in Jordan, A., et al. (eds) *Climate Change Policy in the European Union: Confronting the Dilemmas of Mitigation*

Teškoća analize jednim delom je uslovljena i okolnosti da bi, imajući u vidu prethodne napomene, šira lista institucija iz sistema UN mogla obuhvatati veliki broj različitih subjekata koji se u osnovi bave krajnje različitim pitanjima uz rizik da lista institucija ne bude konačna (na primer, institucije koje se bave opštim pitanjima razvoja i naučno-tehnološkog razvoja, institucije koje se bave pitanjima odnosa između razvijenih i nerazvijenih, populacionim problemima, ljudskim pravima, bezbednosti, humanitarnim pitanjima, razvojem međunarodnog prava, kosmičkim pravom, razoružanjem, mirom, položajem manjinskih zajednica, itd).<sup>9</sup>

#### MESTO KLIMATSKIH PROMENA U SISTEMU UN

Kao što je već napomenuto, različiti su i izuzetno široki kriterijumi na osnovu kojih bi se moglo procenjivati o mestu i značaju koje klimatske promene imaju u sistemu institucija UN. Koordinativna uloga opšteg karaktera proizilazi iz samih ciljeva UN i načina organizacije institucija iz sistema UN kao i karaktera problema u oblasti klimatskih promena i životne sredine kao globalnog pitanja,<sup>10</sup> odnosno značaja koji se klimatskim promenama pridaje u sistemu UN.

*and Adaptation?* Cambridge University Press, 2010. p. 7. Za osnovne naznake o politici EU u oblasti klimatskih promena videti: Todić, D. Politika i propisi Republike Srbije i Evropske unije u oblasti klimatskih promena, u Dimitrijević, D., Miljuš, B., (ur) *Harmonizacija zakonodavstva Republike Srbije sa pravom Evropske unije*, Beograd: Institut za međunarodnu politiku i privredu, Institut za uporedno pravo, Hans Zajdel Fondacija, Predstavništvo za Srbiju i Crnu Goru, 2012, str. 523–536. Kada su u pitanju nacionalne politike u oblasti klimatskih promena, najinteresantnijim se čine politike država najvećih emitera GHG (SAD) i nekih zemalja u razvoju (Kina, Indija, Brazil).

<sup>9</sup> Michonski i Levi sve subjekte koji mogu doprineti aktivnostima radi sprečavanja klimatskih promena grupišu u sledeće grupe: 1) institucije koje se bave životnom sredinom, 2) neformalni forumi na nivou šefova (npr. G 8, G 20), 3) sektorski usmerene institucije (npr. Međunarodna organizacija za civilno vazduhoplovstvo, Međunarodna pomorska organizacija, itd), 4) institucije koje se bave energetikom, 5) institucije koje se bave pitanjima razvoja (bankarske i druge razvojne institucije) i 6) Svetska trgovinska organizacija. Michonski, K., Levi, M., A., *Harnessing International Institutions to Address Climate Change*, Council on Foreign Affairs, International Institutions and Global Governance program. New York. 2010. str. 5.

<sup>10</sup> Generalni sekretar UN (zajedno sa Izvršnim odborom za koordinaciju) pokrenuo je proces usaglašenog delovanja u oblasti globalnih izazova vezanih za klimatske promene, s ciljem, između ostalog, "intenziviranja sprovođenja postojećih međuvladinih nadležnosti", odnosno podrške procesu globalnog sporazumevanja za period posle 2012. godine. Za šire videti: United Nations System, Chief Executives Board for Coordination. (2008) *Acting on Climate Change: The UN System Delivering as one*. <http://www.iadb.org/intal/intalcdi/PE/2011/08369.pdf>.

Iako Povelja OUN ne sadrži eksplicitne odredbe o klimatskim promenama i problemima životne sredine<sup>11</sup> okvir za aktivnosti UN treba tražiti, u širem smislu, u odredbama ovog dokumenta i to najpre u preambuli, zatim kroz odredbe kojima se utvrđuju ciljevi i načela “postupanja u sprovođenju ciljeva”, i najzad u odredbama kojima se određuju “zadaci i ovlašćenja” pojedinih organa organizacije. Cela arhitektura i način organizacije institucija sistema uslovljeni su ovim okolnostima budući da ciljevi Povelje UN, određeni u članu 1, u najširem smislu predstavljaju opšti okvir za međunarodnu saradnju i u oblasti životne sredine pa time i klimatskih promena. Na ovaj način, klimatske promene se povezuju sa “održavanjem međunarodnog mira i bezbednosti” i “razvijanjem među nacijama prijateljskih odnosa”. Pored toga, jedan od ciljeva iz člana 1. odnosi se i na “ostvarivanje” međunarodne saradnje i to na dva načina: “rešavanjem međunarodnih problema privredne, društvene, kulturne ili humanitarne prirode” i “podržavanjem i razvijanjem poštovanja prema ljudskim pravima i prema osnovnim slobodama bez obzira na rasu, pol, jezik ili veru” (t. 3).<sup>12</sup>

Ovome bi trebalo dodati i specifične ciljeve relevantne za oblast klimatskih promena određene ciljevima i ulogom pojedinačnih institucija sistema čiji najja-

---

<sup>11</sup> Naravno, pri tom treba naročito imati u vidu činjenicu da je svest o životnoj sredini u doba stvaranja Povelje (naročito s obzirom na okolnosti i utiske iz II svetskog rata) i tada postojeći nivo razvoja međunarodnog prava u oblasti životne sredine, bili na nivou koji uopšte ne može da se poredi sa sadašnjim stanjem svesti. P. Birnie, “The UN and the Environment”, “United Nations, Divided World” (edited by A. Roberts and E. Kingsbury), Clarendon Press – Oxford, 1993, p. 328. Okolnosti i stanje u vezi sa klimatskim promenama u vreme nastanka Povelje i danas nije ni potrebno posebno porediti.

<sup>12</sup> Za razumevanje tako definisanih ciljeva UN neophodno je imati u vidu i definisana načela kojih organizacija i članovi treba da se pridržavaju, odnosno pitanje primene ovih načela na okolnosti u vezi sa klimatskim promenama. To su: suverena jednakost država, savesno ispunjavanje međunarodnih obaveza, rešavanje sporova mirnim putem, uzdržavanje od pretnje silom, pružanje pomoći UN “u svakoj akciji koju oni preduzimaju”, nemešanje u pitanja koja se “po suštini nalaze u unutrašnjoj nadležnosti svake države” i ponašanje država koje nisu članice UN “u skladu sa ovim načelima”. Za detaljnije videti V. Đuro Degan, “Pravni domašaj načela Ujedinjenih naroda”, u zborniku radova “Razvoj i perspektive Ujedinjenih naroda”, Zagreb, Fakultet političkih nauka Sveučilišta u Zagrebu, Izdavački servis Liber, 1973, str. 138–154. S druge strane, ovde bi kompatibilnost celog sistema u odnosu na pitanja klimatskih promena bilo korisno proveravati kroz analizu odnosa načela (principa) savremenog međunarodnog prava životne sredine a naročito načela (principa) na kojima se zasniva funkcionisanje sistema iz Okvirne konvencije UN o promeni klime u odnosu na ovako uspostavljena načela UN. Podsećamo, Okvirna konvencija UN o promeni klime u članu 3. utvrđuje obaveze država da se “rukovode” sledećim principima: princip “jednakosti i u skladu sa njihovim zajedničkim ali izdiferenciranim odgovornostima i odgovarajućim mogućnostima”; uzimanje u obzir konkretnih potreba i specifičnih okolnosti Strana – zemalja u razvoju, naročito onih koje su posebno osetljive na nepovoljne uticaje promene klime”; princip predostrožnosti, “pravo na stabilan razvoj” i “princip saradnje”.

sniji elementi proističu iz Okvirne konvencije UN o promeni klime, što ne isključuje obavezu detaljnije analize ciljeva drugih instrumenata međunarodnog prava. A na to nas obavezuje i eksplicitna odredba Konvencije kojom se ciljevi Konvencije proširuju i na "sve sa njom povezane pravne instrumente" na šta se, inače, već u preambuli poziva i Kjoto protokol (Kjoto, 1997).<sup>13</sup> Ostvarivanje, na opšti način (u Konvenciji) definisanih ciljeva, koji se odnose na stabilizaciju koncentracije GHG u atmosferi na nivou koji bi sprečavao opasne antropogene uticaje na klimatski sistem, podrazumeva sinhronizovano delovanje svih a pre svega najvećih emitera GHG kao i konkretniju operativnu razradu ciljeva.<sup>14</sup> Drugi element definisanog cilja sastoji se u opštem određenju rokova gde je propisano da se takav nivo treba da postigne u vremenskom periodu koji bi omogućio ekosistemima da se prirodno prilagode promeni klime, koji bi obezbedio da ne bude ugrožena proizvodnja hrane i omogućio dalji stabilan ekonomski razvoj. Globalni karakter problema klimatskih promena snažno naglašava i definicija pojma "klimatski sistem", koji je jedan od osnovnih predmeta zaštite, a označava "celinu koja obuhvata atmosferu, hidrosferu, biosferu i geosferu i njihove interakcije." (član 1. tačka 3. Konvencije).

### *Klimatske promene i glavni organi UN*

Među glavnim organima UN različit nivo interesovanja za pojedina pitanja u oblasti klimatskih promena može se relativno lako pratiti u okviru delatnosti Generalne skupštine (GA), Ekonomskog i Socijalnog Saveta (ECOSOC), Saveta bezbednosti (SB) i Međunarodnog suda pravde (ICJ)<sup>15</sup> dok značajan deo aktivnosti sprovode i neki pomoćni organi.<sup>16</sup>

<sup>13</sup> United Nations, *Treaty Series*, vol. 2303, p. 148. Ili Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori br. 88-2007.

<sup>14</sup> Odsustvo saglasnosti o cilju koji se odnosi na smanjenje emisija GHG za 2%, u odnosu na predindustrijski period, u senci je rasprava o prihvatljivosti ovog cilja sa stanovišta troškova koje bi (pre svega visokorazvijene privrede) trebalo da snose, ali i pitanja da li je ovakav cilj u ovom trenutku već prevaziđen i u suštini nedovoljan sa stanovišta predupređenja projektovanih negativnih efekata klimatskih promena. Ovo posebno ako se imaju u vidu efekti prošlih, tj. tzv. istorijskih emisija GHG, ali i stope industrijskog rasta i privredni modeli nekih vodećih država u razvoju.

<sup>15</sup> U vezi sa Starateljskim savetom treba imati u vidu da je odluka o tome da se pristupi izmenama Povelje radi uklanjanja odredbi o Starateljskom savetu, čiji rad je obustavljen, doneta je na samitu država članica UN 2005. godine. Rezolucija Generalne skupštine, A/RES/60/1, 24 October 2005, tačka 176. Za neke ideje u vezi sa predlogom novog mandata Starateljskog saveta, videti, npr. Sand, P., H., *Sovereignty Bounded: Public Trusteeship for Common Pool Resources?* *Global Environmental Politics*, Vol. 4, No. 1, 2004. Pages 47–71 (doi: 10.1162/152638004773730211).

<sup>16</sup> Pri tom bi trebalo imati u vidu da Povelja ne utvrđuje nadležnost pomoćnih organa zbog čega se ona izvodi iz nadležnosti glavnog organa koji ga je osnovao "u obimu u kojem je glavni or-

Shodno karakteristikama opšte uloge koju ima, u svojoj dosadašnjoj praksi Generalna skupština se nekoliko puta bavila pitanjima koja se direktno odnose na klimatske promene iako se i neka druga različita pitanja kojima se bavio ovaj organ odnose na klimatske promene.<sup>17</sup> U raspravi koja je vođena tokom 62. zasedanja Generalne skupštine (2008. godine) posebno su istaknuta četiri pitanja: efektivnost partnerstva i zajedničkog delovanja, jačanje saradnje između zemlja u razvoju, partnerstvo i kritični elementi javno-privatnog partnerstva, izgradnja i sprovođenje inovativnih finansijskih mehanizama za aktivnosti u oblasti adaptacije i sprečavanja klimatskih promena.<sup>18</sup>

Za aktivnosti UN u oblasti klimatskih promena posebno mesto imaju dva programa. Relevantnost Programa UN za životnu sredinu (UNEP)<sup>19</sup> trebalo bi sagledavati sa stanovišta ukupnih aktivnosti koje ovaj program obavlja u oblasti životne sredine a naročito koordinirajući funkcije sekretarijata pojedinih globalnih i regionalnih međunarodnih ugovora od značaja za klimatske promene.<sup>20</sup> U najužoj vezi sa ovim aktivnostima su i aktivnosti UNEP-a u delu koji se odnosi na upravljanje u oblasti životne sredine, odnosno reformu sistema upravljanja.<sup>21</sup> Aktivnostima UNEP-a treba dodati i delatnost Programa UN za razvoj (UNDP) čija je jedna od pet glavnih programskih oblasti delovanja upravo oblast životne sredine i energije (pored demokratskog upravljanja, smanjenja siromaštva, prevencije kriza i hiv/aids), u okviru koje su i pitanja koja se odnose na klimatske promene.<sup>22</sup>

---

gan preneo ili delegirao deo svoje nadležnosti na pomoćni organ". Kreća, M., *Međunarodno javno pravo*, Pravni fakultet, Beograd, 2011, str. 540.

<sup>17</sup> Videti, npr: Climate change and its possible security implications, 3 June 2009. A/RES/63/281; Overview of United Nations activities relating to climate change, 19 Nov. 2007, A/RES/62/8; World Climate Change Conference, 20 Dec. 2002, A/RES/57/258.

<sup>18</sup> "Addressing Climate Change: The United Nations and the World at Work", Background Paper, General Assembly Thematic Debate, 11 and 12 February 2008. p. 2–3.

<sup>19</sup> Generalna skupština UN je na XXII (1972) zasedanju usvojila sve preporuke Stokholmske konferencije, pri čemu je od naročitog značaja prihvatanje Rezolucije (2997-XXVII) o osnivanju Programa UN za životnu sredinu (United Nations Environment Programme - UNEP). A/RES/27/2997.

<sup>20</sup> <http://www.unep.org/climatechange/>.

<sup>21</sup> <http://www.unep.org/environmentalgovernance/>. Za ideje o tome da UNEP postane specijalizovana agencija UN videti naznake kod: Bierman, F., Davies, O., Grijp, N., Environmental policy integration and the architecture of global environmental governance, *International Environmental Agreements*, 9. 2009. p. 361.

<sup>22</sup> Overview of United Nations activities in relation to climate change, A/62/644, 10 January 2008, p. 5. U središtu aktivnosti na rešavanju globalnih problema životne sredine je i Fond za životnu sredinu (GEF) koji objedinjuje delovanje UNEP-a, UNDP-a i Svetske banke.

ECOSOC po prirodi svog osnovnog predmeta delovanja sve aktivnosti koje se odnose na klimatske promene razmatra u kontekstu problematike razvoja i ukupnih ekonomskih i socijalnih problema.<sup>23</sup> Verovatno se najznačajnijim novijim aktivnostima mogu smatrati one aktivnosti ECOSOC-a i pomoćnih tela u okviru ovog glavnog organa koje se odnose na Svetski samit o održivom razvoju (Rio + 20).<sup>24</sup> Inače, lista pitanja kojima se bavi Komisija za održivi razvoj, kao jedno od pomoćnih tela, obuhvata pored ostalog i klimatske promene i to u okviru grupe pitanja koja se odnose na “upravljanje prirodnim resursima”.<sup>25</sup> Polazne osnove aktivnosti ECOSOC-a određene su IV izveštajem Međuvladinog panela o klimatskim promenama i “međunarodno dogovorenim ciljevima u oblasti održivog razvoja i klimatskih promena” a elaborirani u Agendi 21 (Poglavlje 9: Zaštita atmosfere), Johanezburškom planu aktivnosti i ciljevima Okvirne konvencije UN o promeni klime sa Kjoto protokolom.

Depledge i Feakin implikacije klimatskih promena na UN u osnovi i pre svega vezuju za potencijalne bezbednosne probleme i (ne)mogućnosti ove organizacije da, usled različitih slabosti, ne odgovori zahtevima koji se mogu pojaviti usled destabilizacije pojedinih država i/ili regiona usled klimatskih promena.<sup>26</sup> Posledanja rasprava o pitanjima koja se odnose na klimatske promene u okviru

<sup>23</sup> Teškoće u preciznom sagledavanju delovanja različitih subjekata na globalnom nivou bez vođenja računa o regionalnim dimenzijama možda su najjasnije uočljive kroz činjenicu da sagledavanje delovanja ECOSOC-a nije moguće bez sagledavanja delovanja regionalnih komisija. Kada je u pitanju Regionalna komisija za Evropu videti: [http://www.unece.org/climatechange/unece\\_response.html](http://www.unece.org/climatechange/unece_response.html).

<sup>24</sup> Gde su dva opšta pitanja definisana kao prioriteti: tzv. Zelena ekonomija i upravljanje, odnosno reforma sistema upravljanja u oblasti održivog razvoja. Videti: *The future we want*, UN, A/CONF.216/L.1. 19 June 2012. Klimatske promene se u dokumentu spominju 16 puta u 11 paragrafa a poseban odeljak (paragrafi 190–192 u okviru V dela koji se odnosi na “okvir za akciju i nastavak – tematska područja i međusektorska pitanja”) posvećen je “klimatskim promenama”. Učesnici Konferencije “potvrđuju da su klimatske promene jedan od najvećih izazova našeg vremena i izražavaju duboku zabrinutost i uzbunu, jer emisije GHG nastavljaju da rastu na globalnom nivou” (paragraf 190). Istovremeno se ističe da “globalna priroda klimatskih promena poziva na najširu moguću saradnju svih zemalja i njihovo učešće u efektivnom i odgovarajućem međunarodnom odazivu, s ciljem da se ubrza smanjenje emisije GHG.” (paragraf 191).

<sup>25</sup> Lista “registrovanih partnera za klimatske promene” trenutno obuhvata 349 različitih subjekata. <http://webapps01.un.org/dsd/partnerships/public/search.do?dispatch=search&searchLogic=searchTypeAnd&keywords=&partnerFreetext=&themeSearchType=0&themes=124&subRegion=&from=s&resultPerPage=0&search=Search>.

<sup>26</sup> Depledge, D., Feakin, T., *International Dimensions of Climate Change, Report 2: The Implications of Climate Change for Global Governance and International Institutions*, Royal United Services Institute, UK Government office for Science. 2010. <http://www.bis.gov.uk/assets/foresight/docs/international-dimensions/11-1019-implications-climate-change-on-global-governance.pdf>. Str. 26–27.



Saveta bezbednosti bila je u julu 2011. godine kao nastavak rasprave iz 2007. godine kada se ovaj organ bavio pitanjem uticaja klimatskih promena na mir i bezbednost.<sup>27</sup> Bezbednosni aspekti rasprave o klimatskim promenama u Izveštaju Generalnog sekretara uključili su šest grupa pitanja i to: pretnje po ljudsku dobrobit (poljoprivreda i bezbednost hrane, voda, zdravlje i obalna područja, ljudska naselja i infrastruktura), pretnje po ekonomski razvoj, pretnje usled neusklađenog delovanja (razmeštaj stanovništva i nedobrovoljne migracije, pretnje unutrašnjim sukobima), pretnje od gubitka teritorije i nastanka bezdržavljanstva, pretnje međunarodnoj saradnji u upravljanju podeljenim resursima, prevencija i odgovor na izbijanje pretnji (sprečavanje, adaptacija, ekonomski rast i održivi razvoj, efektivan mehanizam upravljanja i institucije, informacije za donosioce odluka i upravljanje rizikom, jačanje međunarodne saradnje).<sup>28</sup>

U svojoj dosadašnjoj praksi Međunarodni sud pravde je imao nekoliko presuda, odnosno savetodavnih mišljenja koja se na neki način i u nekim delovima odnose, ili mogu da odnose, na određena pitanja u vezi sa životnom sredinom i, posredno, nekim aspektima rasprave o klimatskim promenama. Međutim, trebalo bi imati u vidu da trenutno, ni jedan međunarodni sud nema nadležnost da rešava pitanja povezana sa klimatskim promenama. S obzirom na to, "odluke se donose (ili ne donose) na osnovu političkih kriterijuma, sa malo obzira prema pravnim principima."<sup>29</sup>

---

<sup>27</sup> U svom pismu predstavnik Ujedinjenog kraljevstva Velike Britanije i Severne Irske predsedniku Saveta bezbednosti (u susret održavanju otvorene debate u Savetu bezbednosti) predlaže da se rasprava fokusira na sledeća pitanja: koji su najznačajniji rizici od klimatskih promena za međunarodni mir i bezbednost a naročito u nestabilnim delovima sveta, koja su prioriteta područja gde bi trebalo da se unapredi razumevanje problema i kako to ostvariti, koja je uloga Saveta bezbednosti u pristupu sprečavanju konflikata uključujući veći naglasak na klimatske činioce, kako međunarodna zajednica može da pripremi efikasniju podršku državama ili regionima koji su izloženi većem riziku od nestabilnosti usled klimatskih činilaca i koja je uloga Sekretarijata radi boljeg informisanja Saveta bezbednosti i šireg članstva UN o rizicima klimatskih promena za bezbednost. Annex to the letter dated 5 April 2007 from the Permanent Representative of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to the United Nations addressed to the President of the Security Council, S/2007/186, 5 April 2007, p. 5.

<sup>28</sup> Climate change and its possible security implications, Report of the Secretary-General, A/64/350, 11 September 2009. p. 8.27. Moguće je da bi u raspravi o reformi Saveta bezbednosti UN trebalo intenzivnije uključiti i pitanja koja se odnose na životnu sredinu i klimatske promene. Za šire o reformi Saveta bezbednosti videti: Dimitrijević, D., *Reforma Saveta bezbednosti UN*, Beograd: Institut za međunarodnu politiku i privredu, 2009.

<sup>29</sup> <http://icjproject.org/global-benefits/climate-change/>. Za neke aspekte ideje Predsednika Republike Palau, iznete u septembru 2011. godine na 66. zasedanju Generalne skupštine, o tome da se zatraži savetodavno mišljenje Međunarodnog suda pravde u vezi sa obavezama i odgovornosti država u pogledu izbegavanja nanošenja prekogranične štete emisijama GHG videti: Korman, A.,



*Klimatske promene u telima formiranim na osnovu  
međunarodnih ugovora globalnog karaktera*

a) Osnovni karakter, među institucijama formiranim na osnovu ili u okviru međunarodnih ugovora u oblasti životne sredine, pripada telima koja su formirana u okviru Okvirne konvencije UN o promeni klime.<sup>30</sup> Uobičajen značaj Konferencije država članica (COP) proističe iz karaktera ovog tela kao centralnog i najznačajnijeg opšteg tela jednog međunarodnog ugovora koji okuplja sve članice, iako se izvesne specifičnosti mogu uočiti već iz činjenice da se ovo telo, kada je u pitanju Okvirna konvencija UN o promeni klime, sastaje svake godine.<sup>31</sup>

Pored Konferencije država članica, Biroa i Sekretarijata Konvencije (kao tela opšteg karaktera) veći broj pomoćnih tela formiran je sa prevashodnim zadacima koji se odnose na koordinaciju aktivnosti u ovoj oblasti, pripremu stručnih osnova za donošenje odgovarajućih odluka, unapređenje sistema i praćenje sprovođenja obaveza koje proističu iz Konvencije i Kjoto protokola. Značaj funkcija pomoćnih organa/tela formiranih u okviru Okvirne konvencije UN o promeni klime proističe iz specifičnosti problema klimatskih promena i potrebe da se na različita pitanja u vezi sa klimatskim promenama daju što precizniji i stručno i naučno argumentovani odgovori, odnosno postigne saglasnost o pravcima bu-

---

Barcia, G., Rethinking Climate Change: Towards an International Court of Justice Advisory Opinion, *The Yale Journal of International Law Online*, Vol. 37. 2012. 35-42. <http://www.yjil.org/docs/pub/o-37-korman-barcia-rethinking-climate-change.pdf>.

<sup>30</sup> Overview of United Nations activities in relation to climate change, A/62/644, 10 January 2008, p. 5. U vezi sa odnosima između postojećih međunarodnih ugovora u oblasti životne sredine i modela upravljanja aktivnostima institucija formiranih na osnovu različitih međunarodnih ugovora Fauchald razmatra nekoliko opcija: 1. jačanje i koordinacija postojećih institucionalnih okvira (jačanje UNEP-a, jačanje koordinacije između konvencija koje se bave hemikalijama, jačanje koordinacije između konvencija koje se bave biodiverzitetom, ostale konvencije, gde autor za konvencije, koje se odnose na klimatske promene, predlaže ili formiranje posebne grupe ili njihovo priključenje nekoj od dve prethodne; 2. dogradnja UNEP-a i 3. Osnivanje međunarodne organizacije za životnu sredinu. Fauchald, O., K., *International Environmental Governance: A Legal Analysis of Selected Options*, Fridtjof Nansen Institute. 2010. <http://www.fni.no/doc&pdf/FNI-R1610.pdf>. p. 13–50.

<sup>31</sup> Poslednji sastanci Konferencije država članica (15. sastanak u Kopenhagenu, 16. u Kankunu i 17. u Durbanu) skoro isključivo su fokusirani ka iznalaženju rešenja za period nakon 2012. godine, kada ističe prvi obavezujući period smanjenja emisija GHG prema Kjoto protokolu. Videti pregled ovih skupova i dokumente na adresi: <http://unfccc.int/meetings/items/6237.php?filtbody=53>. Takođe, videti i Dimitrov, R., S., *Inside Copenhagen: The State of Climate Governance*, *Global Environmental Politics* 10:2, 2010. pp. 18-24. <http://www.mitpressjournals.org/doi/pdfplus/10.1162/glep.2010.10.2.18>. Haas, P., M., *Climate Change Governance after Bali*, *Global Environmental Politics* 8:3, August 2008, 1-7. [http://www.bupedu.com/lms/admin/uploaded\\_article/eA.585.pdf](http://www.bupedu.com/lms/admin/uploaded_article/eA.585.pdf). Moncel, R., et al. *Building Climate Change Regime, Survey and Analysis of Approachs*, UNEP, WRI. 2011.

dućih aktivnosti. U tom smislu treba posmatrati na ulogu sledećih tela: Pomoćno telo za savete u oblasti nauke i tehnologije, Pomoćno telo za sprovođenje, Ad hoc radna grupa o budućim obavezama za države članice Aneksa I Kjoto protokola, Ad hoc radna grupa o Dugoročnom programu saradnje u okviru Konvencije, Ad hoc radna grupa za Durbansku platformu za unapređenje delovanja, Komitet za sprovođenje, Izvršni odbor Mehanizma čistog razvoja, Komitet za nadgledanje zajedničkog sprovođenja, Tehnološki izvršni komitet, Ekspertska grupa za najmanje razvijene zemlje, Konsultativna grupa eksperata za nacionalne komunikacije država koje nisu uključene u Aneks I uz Konvenciju, Odbor Adaptacionog Fonda, Prelazni komitet za Zeleni klimatski fond, Globalni Fond u oblasti životne sredine (GEF), Međuvladin panel o klimatski promenama (IPCC).<sup>32</sup>

U međunarodnim ugovorima koji za svoj predmet regulisanja imaju zaštitu ozonskog omotača formirana su izvesna specifična tela. Pored Konferencije država članica Konvencije o zaštiti ozonskog omotača, odnosno Sastanka država članica Montrealskog protokola uz ovu konvenciju, kao i sekretarijata, biroa ova dva međunarodna ugovora i tzv. ozonskog sekretarijata, u okviru Konvencije su aktivna tri "panela za procene" (panel za procenu uticaja na životnu sredinu, panel za tehnološke i ekonomske procene i panel za naučne procene). Pored toga, u okviru "ozonskog sekretarijata" funkcionišu Komitet za sprovođenje, Multilateralni fond za sprovođenje Montrealskog protokola kao i tzv. menadžeri sa istraživanje ozona.

b) Uloga tela formiranih u okviru drugih globalnih međunarodnih ugovora koji imaju značaj za oblast klimatskih promena proističe (prevažno) iz povezanosti predmeta njihovog regulisanja i klimatskih promena.<sup>33</sup> Naravno, slično kao i kod drugih organa i tela UN, nije moguće sagledavanje uloge tela formiranih globalnim (univerzalnim) međunarodnim ugovorima bez vođenja računa o različitim telima formiranim regionalnim međunarodnim ugovorima.<sup>34</sup> Vode-

---

<sup>32</sup> Poznati izveštaji ovog tela osnova su aktivnosti koje savremena međunarodna zajednica preduzima. Videti: IPCC, 2007: Climate Change 2007: Synthesis Report. Contribution of Working Groups I, II and III to the Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change (Core Writing Team, Pachauri, R.K and Reisinger, A. (eds). IPCC. Geneva, Switzerland, 104. pp.

<sup>33</sup> Registar ugovora koji vode UN u grupi koja se odnosi na životnu sredinu (poglavlje 27) sadrži ukupno 16 međunarodnih ugovora od kojih su neki po nekoliko puta menjanji i dopunjavani što ukupno čini 46 dokumenata. Videti: <http://treaties.un.org/Pages/Treaties.aspx?id=27&subid=A&lang=en>. Međutim, za detaljniju analizu mnogo širi pregled pruža UNEP-ov registar međunarodnih ugovora: *Register of international treaties and other agreements in the field of environment*, UNEP, UNEP/Env.Law/2005/3. Nairobi, 2005.

<sup>34</sup> Npr. u okviru Ekonomske komisije UN za Evropu (UNECE) zaključeno je pet međunarodnih ugovora sa većim brojem protokola od kojih većina ima neposredan značaj za oblast klimatskih promena. Todić, D., *Savremena politika i pravo životne sredine*, Beograd: Megatrend univerzitet, 2008, str. 285–314.

ći računa o tome posebno se ukazuje na pojedina stručna tela. Tako, npr. ako se pođe od činjenice da značaj većeg broja međunarodnih ugovora u oblasti zaštite prirode nije potrebno posebno dokazivati onda bi odluke nekih stručnih tela formiranih u okviru ove grupe međunarodnih ugovora mogle imati poseban značaj za odvijanje aktivnosti u oblasti klimatskih promena.<sup>35</sup> Pored uobičajenih tela karakterističnih za sve slične međunarodne ugovore (Konferencija država članica, Sekretarijat) u okviru Konvencije o biodiverzitetu (1992) formirano je pomoćno telo za naučne, tehničke i tehnološke savete, Radna grupa za praćenje sprovođenja Konvencije, Međuvladin komitet za Nagoja protokol, Radna grupa za član 8j Konvencije,<sup>36</sup> Radna grupa za zaštićena područja. U okviru Konferencije država članica Konvencije UN o borbi protiv dezertifikacije u zemljama sa teškom sušom i/ili dezertifikacijom, posebno u Africi (1994) formirana su dva pomoćna tela (Komitet za nauku i tehnologiju i Komitet za praćenje sprovođenja Konvencije) a aktivan je i Globalni mehanizam za investicije u održivo upravljanje zemljištem. Slična pomoćna tela imaju i Bazelska konvencija o kontroli prekograničnog kretanja opasnih otpada i njihovom odlaganju (1989), Roterdamska konvencija o postupku davanja saglasnosti na osnovu prethodnog obaveštenja za određene opasne hemikalije i pesticide u međunarodnoj trgovini (1998) kao i Stokholmska konvencija o dugotrajnim organskim zagađujućim supstancama (2001). Glavni deo odredaba koje se odnose na pitanja zaštite i očuvanja morske sredine smeštene su u poseban deo (XII) Konvencije UN o pravu mora (1982), koji je posvećen zaštiti i očuvanju morske sredine (čl. 192–237).<sup>37</sup>

### *Klimatske promene i specijalizovane agencije UN*

Bez učešća nekih specijalizovanih agencija UN skoro da nije moguće govoriti o kreiranju i sprovođenju politike u oblasti klimatskih promena na globalnom

<sup>35</sup> Ovde se ne ulazi posebno u probleme koji proističu iz preklapanja ili neusaglašenosti rešenja iz različitih međunarodnih ugovora. Videti, npr. Rosendal, G. K., *Overlapping International Regimes - The Case of the Intergovernmental Forum on Forests (IFF) between Climate Change and Biodiversity*, *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics* 2001. 1: 447–468.

<sup>36</sup> Radi se o odredbi kojom se propisuju obaveze država članica u pogledu "poštovanja, čuvanja i održavanja znanja, inovacija i praksi starosedelačkih i lokalnih zajednica koje se drže tradicionalnog načina življenja važnog za očuvanje i održivo korišćenje biološke raznovrsnosti ..."

<sup>37</sup> Interesantno je da ova konvencija ne upućuje eksplicitno na klimatske promene kao pitanje koje je relevantno za ono što ovaj međunarodni ugovor reguliše, iako su veze između klimatskih promena i stanja morske sredine i okeana direktne. U svom članu 6. Konvencija o pravu ne-plovidbenih korišćenja međunarodnih vodotokova (Njujork, 1997), koja još nije stupila na snagu, spominje "klimatske faktore" kao jedan od činilaca relevantnih za definisanje "pravičnog i razumnog korišćenja" međunarodnih vodotokova, u grupi zajedno sa "geografskim, hidrografskim, hidrološkim, ... ekološkim i drugim faktorima prirodnog karaktera".

nivou, iz više razloga.<sup>38</sup> Koordinacija rada specijalizovanih agencija u osnovi je u nadležnosti ECOSOC-a (čl.64. Povelje) u okviru kojeg posebno mesto za te aktivnosti zauzima već spominjani Administrativni komitet za koordinaciju (ACC) ali i neka druga tela<sup>39</sup>. Za skoro sve specijalizovane agencije se može reći da imaju izvestan značaj za oblast životne sredine, odnosno klimatskih promena. Naravno, neke su samo posredno ili u manjoj meri uključene u aktivnost u oblasti životne sredine, dok su druge značajnije uključene. To su: Svetska meteorološka organizacija (WMO), Međunarodna pomorska organizacija (IMO), Međunarodna organizacija rada (ILO), Organizacija UN za ishranu i poljoprivredu (FAO), Međunarodni fond za razvoj poljoprivrede (IFAD), Svetska zdravstvena organizacija (WHO), Organizacija UN za obrazovanje, nauku i kulturu (UNESCO), Organizacija UN za industrijski razvoj (UNIDO), Svetska banka (WB) i Međunarodni monetarni fond (IMF), Međunarodna organizacija za intelektualnu svojinu (WIPO), Međunarodna organizacija za civilnu avijaciju (ICAO).

Funkcije Organizacije UN za ishranu i poljoprivredu (FAO) su direktno povezane sa klimatskim promenama i proizilaze iz veza između klimatskih promena i poljoprivrede.<sup>40</sup> Od svog osnivanja FAO je radio na umanjivanju posledica siromaštva i gladi kroz unapređivanje razvoja i obezbeđenja pristupa svih ljudi hrani. Pored toga, FAO igra posebnu ulogu u situacijama hitne potrebe za hranom i poljoprivrednim proizvodima uopšte. Poseban prioritet FAO-a je podržavanje koncepta tzv. održive poljoprivrede i seoskog razvoja i dugoročna strategija održivog upravljanja prirodnim resursima čime su aktivnosti u vezi sa klimatskim promenama u samom središtu delovanja ove organizacije.<sup>41</sup> Jedan od ta tri ključna elementa delovanja Organizacije UN za industrijski razvoj (UNIDO), (pored tržišne

---

<sup>38</sup> Specijalizovane agencije predstavljaju međunarodne organizacije, samostalna tela, koja pomažu UN u ostvarivanju njenih ciljeva u ekonomskoj, socijalnoj i kulturnoj oblasti. Pored povezanosti sa UN činjenicom da su oblasti u kojima specijalizovane agencije deluju značajnim delom povezane sa UN, specijalizovane agencije su i u formalnom smislu povezane sa UN putem različitih ugovora koje zaključuju sa ovom organizacijom a naročito putem ugovora koje zaključuju sa ECOSOC-om. (U skladu sa članom 63. Povelje ove ugovore odobrava Generalna skupština UN i nadležni organi specijalizovanih agencija.) Pored toga, odredbe o odnosu specijalizovanih agencija i UN sadrže i ustavi, statuti i sl. specijalizovanih agencija, a povezanost specijalizovanih agencija i UN manifestuje se u činjenici da one dostavljaju godišnje i druge izveštaje ECOSOC-u, da postoji mogućnost (prema članu 70. Povelje) uzajamnog predstavljanja na različitim sastancima, aktivnostima, itd.

<sup>39</sup> Videti P.R.Baehr, L.Gordenker, "The United Nations in the 1990s", London, The Macmillan Press Ltd, 1994, p. 32.

<sup>40</sup> U vezi sa ovim trebalo bi imati u vidu i aktivnosti Međunarodnog fonda za razvoj poljoprivrede (IFAD). <http://www.ifad.org/>.

<sup>41</sup> Videti npr. *Coping with changing climate: considerations for adaptation and mitigation in agriculture*, FAO, Rome, 2009. <http://www.fao.org/docrep/012/i1315e/i1315e.pdf>.

ekonomije i produktivnog zapošljavanja), je i industrijski razvoj u skladu sa principima životne sredine. U cilju postizanja takvog razvoja u UNIDO-u se, pored ostalog, sprovode i aktivnosti koje se odnose na Konvenciju o klimatskim promenama i Protokol iz Kjota, energetska efikasnost, čistiju proizvodnju, kontrolu zagađenja i upravljanje otpadom i Montrealski protokol.<sup>42</sup>

Za oblast zaštite životne sredine Svetska zdravstvena organizacija (WHO) ima prvorazredni značaj zbog ukupne veze koja postoji između zagađivanja životne sredine i zdravstvene zaštite, odnosno uticaja klimatskih promena na zdravlje stanovništva i živi svet u celini. Savremeno razumevanje zdravstvene zaštite ide upravo u pravcu učvršćivanja veze između zdravlja kao uslova razvoja i razvoja kao uslova zdravlja.<sup>43</sup> To podrazumeva sprovođenje politike integracije zdravlja i ljudskog razvoja, obezbeđivanje jednakog pristupa zdravstvenim uslugama, unapređivanje i zaštitu zdravlja i preventivu i kontrolu specifičnih zdravstvenih problema.<sup>44</sup>

Početak osamdesetih godina pitanja životne sredine su počela da se integrišu u sve aspekte aktivnosti Svetske banke i to osnivanjem Departmana za životnu sredinu u sva četiri njena regionalna odeljenja. Politika Svetske banke u domenu zaštite životne sredine realizuje se u sledećim oblastima: zaštita gradova i zdravlja, izgradnja kapaciteta, zaštita međunarodnih voda, ekonomika životne sredine, globalne klimatske promene,<sup>45</sup> zaštita šuma i partnerstvo za upravljanje životnom sredinom. Pri tom se ima u vidu ogroman uticaj koje ova organizacija ima uopšte a posebno njena pravila u domenu procene uticaja na životnu sredinu, kao obavezne procedure koja se sprovodi za projekte koje ona pomaže ili finansira. Pored rečenog, treba imati u vidu da Svetska banka značajnim delom učestvuje i u aktivnostima koje se sprovode u okviru GEF-a, zatim u okviru Konsultativne grupe za međunarodna poljoprivredna istraživanja (CGIAR), itd.

Kada je u pitanju Svetska meteorološka organizacija (WMO) veza sa problemima klimatskih promena i životne sredine određena je na najširoj osnovi kroz utvrđene ciljeve i ukupne aktivnosti Organizacije.<sup>46</sup> Organizacija UN za ob-

<sup>42</sup> Za detaljnije videti Internet <http://www.unido.org/>

<sup>43</sup> Videti, npr. *Protecting health from climate change: connecting science, policy and people*, WHO. 2009. [http://whqlibdoc.who.int/publications/2009/9789241598880\\_eng.pdf](http://whqlibdoc.who.int/publications/2009/9789241598880_eng.pdf).

<sup>44</sup> Za detaljnije videti Internet <http://www.who.int/>

<sup>45</sup> Videti, npr. *Development and Climate Change: Stepping up Support to Developing Countries*, Report on progres by the World bank group, June 2010. [http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSPContentServer/WDSP/IB/2010/07/16/000334955\\_20100716050525/Rendered/PDF/556890W10SFDCC1box0349464B01PUBLIC1.pdf](http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSPContentServer/WDSP/IB/2010/07/16/000334955_20100716050525/Rendered/PDF/556890W10SFDCC1box0349464B01PUBLIC1.pdf).

<sup>46</sup> A ciljevi su: olakšavanje međunarodne saradnje putem ustanovljavanja mreže stanica - meteoroloških opservatorija, kao i hidro i geofizičkih opservatorija povezanih sa meteorologijom;

razovanje, nauku i kulturu (UNESCO) učestvuje u sprovođenju odredaba Konvencije o zaštiti svetske kulturne i prirodne baštine (1972), u radu Centra za svet-sku baštinu (WHC), kao i u realizaciji akcionih programa (npr. mreža rezervata biosfere i Međunarodna okeanografska komisija). UNESCO, pored toga, dopri-nosi oblasti životne sredine putem podizanja opšteg nivoa obrazovanja i prosve-ćenosti čime se stvaraju značajne pretpostavke za podizanje svesti i u domenu za-štite životne sredine.<sup>47</sup>

Pored četiri druga glavna komiteta<sup>48</sup>, Međunarodna pomorska organizaci-ja (IMO) ima i Komitet za zaštitu morske životne sredine koji je sastavljen od vla-dinih eksperata i eksperata organizacija koje su u konsultativnom statusu sa Or-ganizacijom. Njemu su povereni koordinacija i upravljanje aktivnostima u vezi sa sprečavanjem i kontrolom zagađivanja. Problemima zaštite životne sredine Me-đunarodna organizacija za civilno vazduhoplovstvo (ICAO) posvećuje određenu pažnju s obzirom na ulogu vazdušnog saobraćaja u njenom zagađivanju, zbog re-levantnosti globalnih ugovora ove organizacije kojima se propisuju standardi za emisije i buku iz aviona, transport opasnih roba, kao i međunarodna saradnja u izgradnji nacionalnih kapaciteta i zakonodavstva u ovoj oblasti<sup>49</sup>. U skladu sa ci-ljevima Međunarodne organizacije rada (ILO) jedan od programa aktivnosti ove organizacije,<sup>50</sup> koji se najdirektnije odnosi na oblast koju mi istražujemo, nosi na-ziv "Radni uslovi i životna sredina".<sup>51</sup> Aktivnosti Svetske organizacije za intelek-

---

unapređivanje osnivanja i održavanja sistema brze razmene meteoroloških i sa njima povezanih informacija; unapređivanje standardizacije meteoroloških i sa njima povezanih observatorija radi obezbeđivanja uniformnog publikovanja statističkih podataka; dalja primena meteorologije u avija-ciji, pomorskom prevozu, vodoprivredi, poljoprivredi i drugim ljudskim aktivnostima; ohrabrivanje i podsticanje istraživanja i obuke u meteorologiji i, prema potrebi, srodnim granama i disciplinama i pomoć u koordinaciji međunarodnih aspekata istraživanja i obuke. Videti i: *WMO's role in global climate change issues with a focus on development and science based decision making*, position paper, 2007.

<sup>47</sup> Za aktivnosti u oblasti klimatskih promena, videti: <http://www.unesco.org/new/en/natural-sciences/special-themes/global-climate-change/>

<sup>48</sup> To su: komitet za morskú sigurnost, pravni komitetkomitet za tehničku saradnju i komitet za smanjivanje formalnosti i prepreka.

<sup>49</sup> Za akcioni plan za smanjenje emisija videti: <http://www.icao.int/environmental-protection/Pages/action-plan.aspx>.

<sup>50</sup> Pored drugih programa kao što su: "Međunarodni standardi rada i ljudska prava", "Predu-zeća i kooperativni razvoj", "Zapošljavanje i obuka", "Jednakost žena", "Socijalna sigurnost", itd, od-nosno, pored programa koji se odnose na pojedine regiona koje ova organizacija pokriva svojim ak-tivnostima.

<sup>51</sup> Kada su u pitanju aktivnosti u vezi sa klimatskim promenama videti, npr. *Climate Chan-ge and Labour: A need for Transition*, International Journal of Labour Research, 2010, Vol. 2. Issue 2.



tualnu svojinu (WIPO) su značajne, pre svega, u vezi sa primenom konvencija o intelektualnom i industrijskom vlasništvu uključujući različite biljne vrste i genetičke resurse, transfer novih tehnologija, izgradnju nacionalnih kapaciteta uključujući legislativu u domenu patenata i žigova, itd.<sup>52</sup>

#### KLJUČNI PROBLEMI

Više je pitanja koja mogu biti postavljena u vezi sa pitanjem mesta i značaja koji se pridaje pitanju klimatskih promena u institucijama UN. Neka od njih imaju svoje utemeljenje u karakteru problema klimatskih promena a neka su primarno povezana sa načinom funkcionisanja UN kao međunarodne organizacije i sistema UN u celini. Opštu raspravu o ovim pitanjima najuputnije je razmatrati u kontekstu rasprava o reformama sistema upravljanja u oblasti životne sredine s obzirom na specifičnosti problema klimatskih promena i dosadašnje aktivnosti u oblasti reforme sistema upravljanja u oblasti životne sredine.<sup>53</sup> Iako se ne isključuje i mogućnost rasprave o osnivanju nekih novih tela osnovna pitanja i dileme tiču se načina obezbeđivanja boljeg funkcionisanja postojećih institucija koje se bave klimatskim promenama.<sup>54</sup>

International Labour Office. Geneva. *Employment and labour market implications of climate change*, ILO, Governing Body, GB.303/ESP/4, Geneva, November 2008.

<sup>52</sup> Pugatch, M. P., *Global Challenges Report: Intellectual Property & the Transfer of Environmentally Sound Technologies*, WIPO, Geneva. 2011. [http://www.wipo.int/export/sites/www/globalchallenges/en/pdf/global\\_challenges\\_report.pdf](http://www.wipo.int/export/sites/www/globalchallenges/en/pdf/global_challenges_report.pdf)

<sup>53</sup> U dosadašnjim raspravama o tome kako unaprediti globalni sistem upravljanja u oblasti životne sredine ideja o specijalizovanoj agenciji za životnu sredinu u okviru UN imala je tri talasa: prvi početkom sedamdesetih godina a naročito povodom održavanja Konferencije UN o životnoj sredini 1972; drugi sredinom devedesetih godina koji koincidira sa Konferencijom UN o životnoj sredini i razvoju 1992. godine i treći u kontekstu Svetskog samita o održivom razvoju 2002. godine. Bauer, S., Biermann, F., *Does Effective International Environmental Governance Require a World Environment Organization? The State of the Debate Prior to the Report of the High-Level Panel on Reforming the United Nations*. Global Governance Working Paper No 13. Amsterdam, Berlin, Oldenburg, Potsdam: The Global Governance Project. 2004. <http://www.glogov.org/images/doc/WP13.pdf>. p. 9. Videti i: Ivanova, M., *International Environmental Governance Reform: Options and Implications*, Draft Report, International Environmental Governance Chatham House Workshop, 2007. <http://www.peacepalacelibrary.nl/ebooks/files/C08-0036-Ivanova-International.pdf>. Ovome bi trebalo dodati i četvrti talas rasprava koji je iniciran održavanjem Konferencije UN "Rio + 20", 2012. godine gde je pitanje reforme prošireno na reformu sistema upravljanja u oblasti održivog razvoja. Videti, npr. Report of the Secretary-General, Progress to date and remaining gaps in the implementation of the outcomes of the major summits in the area of sustainable development, as well as an analysis of the themes of the Conference, A/CONF.216/PC/2, 1 April 2010, p. 20–30.

<sup>54</sup> Michonski, K., Levi, M., A., *op. cit.*, p. 3–4.



Verovatno bi, metodološki posmatrano, probleme u funkcionisanju sistema bilo uputno grupisati u dve odvojene kategorije. Jedno su problemi koji su povezani sa opštim karakterom pojedinih institucija iz sistema UN u celini i mogućnosti za ostvarivanje ciljeva ove organizacije u oblasti klimatskih promena i životne sredine, odnosno veza koje postoje između klimatskih promena i problema razvoja u celini. Drugo su problemi koji proističu iz karaktera međunarodnog prava u oblasti klimatskih promena, odnosno specifičnosti klimatskih promena kao predmeta regulisanja.<sup>55</sup> Sadržinski posmatrano, u novijim raspravama o pojedinim pitanjima u oblasti klimatskih promena dominiraju dileme povezane sa sudbinom aktivnosti nakon isteka 2012. godine, tj. isteka obavezujućeg perioda propisanog Kjoto protokolom.<sup>56</sup>

Koordinacija aktivnosti velikog broja subjekata predstavlja jedan od osnovnih praktičnih izazova koji se na različite načine kombinuje sa drugim slabostima sistema upravljanja u oblasti životne sredine na globalnom i regionalnim nivoima. Zavisnost od politike država članica UN, odnosno članica organa i tela formiranih za rešavanje problema u oblasti klimatskih promena, ili od značaja za oblast klimatskih promena, može da ima presudan uticaj na sudbinu različitih mera koje se preduzimaju u ovoj oblasti. Na taj način i reforma UN u celini postaje opšta determinanta aktivnosti u oblasti klimatskih promena. Razumevanje pitanja položaja i zaštite opšteg dobra i njegovog uravnoteženog odnosa spram nacionalnih interesa pojedinačnih država, ma kako oni konkretno bili definisani, ima karakter okolnosti koja ograničava preduzimanje snažnijih aktivnosti u ovoj oblasti.

---

<sup>55</sup> Neki autori prave posebne grupe problema. Tako, npr. navode se sledeći problemi: proliferacija međunarodnih ugovora, nedostatak saradnje i koordinacije između međunarodnih organizacija, nedostatak sprovođenja, poštovanja i efikasnosti, nedovoljno korišćenje resursa, povećano prisustvo organizacija van oblasti životne sredine i njihov uticaj na stanje upravljanja u oblasti životne sredine, jačanje uloge nedržavnih subjekata u "državocentričnom" sistemu. Najam, A., Papa, M., Taiyab, N., (Lead Author) "Global Environmental Governance: A Primer on the GEG Reform Debate". In: Encyclopedia of Earth. Eds. Cutler J. Cleveland (Washington, D.C.: Environmental Information Coalition, National Council for Science and the Environment). 2007; <[http://www.eoearth.org/article/Global\\_Environmental\\_Governance:\\_A\\_Primer\\_on\\_the\\_GEG\\_Reform\\_Debate](http://www.eoearth.org/article/Global_Environmental_Governance:_A_Primer_on_the_GEG_Reform_Debate)>

<sup>56</sup> Videti, npr. Bodansky, D., Chou, S., *International Climate Change Efforts Beyond 2012: A Survey of Approaches*. Pew Center on Global Climate Change, Arlinton. 2004. <http://www.c2es.org/www.c2es.org/docUploads/2012%20new.pdf>. Bulkeley, H., Moser, S., C., *Responding to Climate Change: Governance and Social Action beyond Kyoto*, *Global Environmental Politics* 7:2, May 2007, p. 1-10.

DRAGOLJUB TODIĆ, LL.D.,

Professor, Institute of International politics and Economics, Belgrade

DUŠKO DIMITRIJEVIĆ, LL.D.,

Institute of International politics and Economics, Belgrade

## CLIMATE CHANGE AND THE UNITED NATIONS

### Summary

The place which the climate change issue has in the institutions of the UN system is evaluated through the analysis of the role and activities of the major UN organs and bodies and the institutions of the UN system. The complexity of causes and consequences of climate change forms the general framework of analysis and makes it necessary to include in the analysis a large number of different UN bodies and organizations of the UN system. In addition to the major organs, the importance of those authorities and bodies that deal with climate change as their main activity is particularly perceived, and an overview is given of the importance of certain activities of specialized agencies. Central part of the system consists of bodies formed by UN Framework Convention on Climate Change, although the system of institutions dealing with climate change includes also various bodies formed on the basis of numerous other international agreements in the environmental field. This situation places in a particularly sharp form the issue of implementation of international agreements by the member states, the willingness of member states to accept new responsibilities, as well as the issue of coordination of actions of different stakeholders in this system. The efficiency of taking actions is particularly emphasized and clues are given about the content of the activities of individual subjects, character of obligations of the member states, problems concerning implementation of international treaties and the need to reform the system.

SANJA ĐAJIĆ

## PRAVO NA ZDRAVU ŽIVOTNU SREDINU I EVROPSKI SUD ZA LJUDSKA PRAVA

### U V O D

Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava (u daljem tekstu: Konvencija)<sup>1</sup> ne garantuje pravo na zdravu životnu sredinu. To nije neobično i većina međunarodnih instrumenata za zaštitu ljudskih prava ne poznaje ovo pravo. Moglo bi se reći da je pravno uređenje zaštite životne sredine putem individualnog, subjektivnog i utuživog prava retko<sup>2</sup>, ne samo zato što je reč o novijoj generaciji normi u međunarodnom pravu, već i zato što normiranje individualne zaštite životne sredine nosi sa sobom objektivne poteškoće. Izuzetak od opšteg trenda zaštite životne sredine putem međudržavnih prava i obaveza postoji u Povelji Evropske unije

---

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

<sup>1</sup> *Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda* iz 1950, usvojena 4. novembra 1950. godine u Rimu, stupila na snagu 3. septembra 1953. godine. (*European Convention on Human Rights, CETS no. 5 and additional Protocols*) Srbija i Crna Gora je ratifikovala Konvenciju decembra 2003. godine, a deponovala instrument o ratifikaciji 3. marta 2004. godine, "Sl. list SCG – Međunarodni ugovori", br. 9/2003.

<sup>2</sup> Šire o problemima međunarodne sudske zaštite životne sredine i mogućim rešenjima, vidi: R. Etinski, *Nacionalna sudska kontrola izvršavanja nekih obaveza preuzetih Okvirnom konvencijom UN o promeni klime, Ekologija i pravo*, Niš, 2011, str. 113–131.

o osnovnim pravima. Međutim, i ovde zaštita životne sredine nije potpuno jasno konstituisana kao individualno ljudsko pravo. Odredba o zaštiti životne sredine glasi: "Visok stepen zaštite životne sredine i unapređenje kvaliteta životne sredine moraju biti deo politike Unije i kao takvi zaštićeni u skladu sa načelom održivog razvoja."<sup>3</sup>

Individualna zaštita životne sredine tako nailazi na dvostruku prepreku: nedostatak normi o subjektivnom pravu na zaštitu životne sredine i poteškoće prilikom povezivanja individualnog pravnog interesa i objekta zaštite kao što je to životna sredina. Obe ove prepreke su se našle na dnevnom redu Evropskog suda za ljudska prava (u daljem tekstu: Sud). Iako Konvencija ne garantuje ovo pravo, Sud je u više navrata prihvatio različite oblike povreda životne sredine kao deo svoje *ratione materiae* nadležnosti i u pojedinim predmetima ih sankcionisao oslanjajući se na postojeća prava i slobode.

Ovaj rad je posvećen odlukama Suda kojima je uspeo da na posredan način uvede pravo na zaštitu životne sredine u svoj sistem zaštite ljudskih prava. Praksa pokazuje da je Sud prihvatio povrede životne sredine kao utužive u okviru prava na privatnost i porodični dom (član 8), prava na život (član 2) i zabrane mučenja (član 3).

#### PRAVO NA ZAŠTITU PRIVATNOSTI I PORODIČNOG DOMA

O životnoj sredini i pravima zaštićenim Konvencijom Sud se najčešće izjašnjavao u okvirima člana 8. Okruženje pojedinca je za Sud pokriveno poljem primene odredbe o zaštiti privatnosti i porodičnog života. Različite okolnosti i različiti oblici ovakvog okruženja su za Sud bili zaštićeni Konvencijom. Čak i kada bi Sud ustanovio da nije bilo povrede, jer su postojali uslovi za ograničenje prava, nije isključivao okruženje kao inkompatibilno *ratione materiae* sa Konvencijom.

U prvom poznatijem predmetu koji se odnosio na zaštitu životne sredine, *Lopez Ostra protiv Španije*<sup>4</sup>, tužiteljka se žalila na zagađenje uzrokovano štetnim gasovima fabrike za preradu industrijskog otpada koja se nalazila u neposrednoj blizini njene kuće. Štetni gasovi i neprijatni mirisi su imali posledice na zdravlje njene porodice. Tužiteljkinina kćerka je patila od zdravstvenih tegoba za koje je njen pedijatar smatrao da su posledica zagađenja. Sud je utvrdio povredu člana 8

<sup>3</sup> Član 37 (*Environmental Protection*) Povelje Evropske unije o osnovnim pravima (Consolidated Versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union, Charter of Fundamental Rights of the European Union, Official Journal of the European Union, C83/210, 30. 3. 2010).

<sup>4</sup> *Lopez Ostra v. Spain*, Predstavka br. 16798/90, Presuda od 9. decembra 1994.

Konvencije jer tužena država nije postigla ravnotežu između ekonomskog interesa zajednice i prava pojedinca da neometano uživa pravo na dom. Međutim, Sud nije utvrđivao da li postoji stvarna veza između lošeg zdravstvenog stanja žrtve i zagađenja. Sudu je bilo dovoljno što lokalne vlasti, prilikom izdavanja dozvola za izgradnju fabrike i osporavanjem obeštećenja porodicama u neposrednoj blizini fabrike, nisu vodile računa o pravu na dom tužiteljke. Može se postaviti pitanje šta ovde predstavlja "mešanje" u pravo tužioca: zagađenje životne sredine ili loše zdravstveno stanje. Sudeći po mišljenju Suda već samo zagađenje životne sredine predstavlja mešanje u privatni život, dok će loše zdravstveno stanje biti dokaz da je do zagađenja zaista i došlo. Takvo mešanje u privatni život utiče na kvalitet privatnog života i kao takvo je zaštićeno Konvencijom.

"Naravno, teško zagađenje životne sredine može uticati na pojedince jer ih sprečava da uživaju u svom porodičnom životu i domu iako to i dalje ozbiljno ne ugrožava njihovo zdravlje."<sup>5</sup>

Ovakav "progresivni" stav Suda je značajan i za kriterijum utvrđivanja statusa žrtve u smislu člana 35 Konvencije i prava na podnošenje podneska jer se ovim stavom Suda proširuje potencijalni krug tužilaca i efektivno omogućava zaštita životne sredine. Tužiteljka je istakla i povredu člana 3, ali je Sud našao da neugodnosti koje trpi zbog zagađenja nisu dostigle stepen bola neophodan za primenu ove odredbe.

U jednom kasnijem slučaju zahtev je nastao usled industrijske nesreće i havarijskog zagađenja. U predmetu *Gera i drugi protiv Italije*<sup>6</sup> došlo je do nesreće u lokalnoj fabrici za proizvodnju veštačkih đubriva kada su velike količine otrovnog arsena bile ispuštene u atmosferu usled čega je više od 150 ljudi bilo hospitalizovano zbog trovanja. Tužioci su ovde nesumnjivo bili žrtve zagađenja ali je njihov zahtev bio zasnovan na pozitivnim obavezama države u pogledu ekološke zaštite. Tužioci su se obratili Komisiji i Sudu zbog propusta države da preduzme mere za smanjenje stepena zagađenja i nastupanja havarijskog zagađenja.

"Sud smatra da se Italija nije 'mešala' u pravo tužilaca na privatni i porodični život; oni se nisu žalili na akt države već na njen propust da deluje. Iako je osnovni cilj odredbe člana 8 da zaštiti pojedinca od arbitrernog mešanja javnih vlasti, njena svrha nije samo da prinudi državu da se uzdrži od takvog mešanja: pored ove osnovne, negativne obaveze, mogu postojati i pozitivne obaveze koje su sastavni deo efektivne zaštite privatnog i porodičnog života."<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> *Ibidem*, stav 51.

<sup>6</sup> *Guerra and Others v. Italy*, Predstavka br. 14967/89, Presuda od 19. februara 1998.

<sup>7</sup> *Ibidem*, stav 58.

Sud je i ovde utvrdio povredu prava na dom i člana 8 Konvencije, ali je odbio zahtev zasnovan na članu 2.

U predmetu *Taşkin i drugi protiv Turske*<sup>8</sup> tužioci su tražili ukidanje dozvole za vađenje rude koja je dopuštala upotrebu cijanida u postupku vađenja rude zlata. Tužioci su naveli da postupak sa cijanidom, koji je lokalno preduzeće i koristilo, predstavljao rizik po zdravlje i životnu sredinu, naročito za lokalni ekosistem. Zadatak za Sud nije bio suviše težak iz prostog razloga što je Vrhovni upravni sud Turske poništio dozvolu smatrajući da dozvola nije u javnom interesu. Međutim, problem je nastupio u izvršenju pravosnažne odluke turskog suda jer je bilo potrebno 10 meseci da se ona izvrši. Zbog propusta države da sprovede svoje odluke Sud je našao povredu člana 8. Uobičajeno je u praksi Suda da se propust države da izvrši svoje odluke i propise, koje same po sebi nisu suprotne Konvenciji, proglašeni povredom Konvencije, vrlo često zajedno sa povredom prava na suđenje i prava na delotvoran pravni lek. Tako je i u predmetu *Taşkin* Sud zaključio da su propustom izvršenja sudske garancije postale bespredmetne i time dovele do povrede člana 6, stav 1 i člana 8 Konvencije.

U još jednom predmetu povodom industrijskog zagađenja i pozitivnih obaveza države, *Fadejeva protiv Rusije*, Sud je zaključio da je došlo do povrede člana 8 jer država nije preduzela delotvorne mere kako bi tužiteljki obezbedila adekvatno stanovanje van zone rizika industrijskog zagađenja i industrijskih nesreća. Tužiteljka je živela u neposrednoj blizini industrijskog postrojenja koje je država proglasila visokorizičnim i koje je radilo suprotno domaćim propisima o zaštiti životne sredine. Pošto država nije preduzela mere kojima bi obezbedila smanjenje industrijskog zagađenja, odnosno nije preduzela mere kojima bi tužiteljki obezbedila adekvatan smeštaj, propusti države da postupi po svojim pozitivnim obavezama doveli su do povrede člana 8.

“Ukratko, Sud zaključuje sledeće: Država je dozvolila rad industrijskog postrojenja u gusto naseljenom mestu uprkos zagađivanju. Pošto su otrovne emisije iz postrojenja prekoračile dozvoljene bezbednosne granice ustanovljene domaćim zakonodavstvom i time potencijalno ugrozile javno zdravlje stanovništva koje živi u njegovoj blizini, tužena država je odredila područje oko fabrike u kojem je isključeno stanovanje. Ipak, ove zakonodavne mere nisu bile sprovede u praksi.

Bilo bi ipak suviše tražiti od države ili industrijskog postrojenja, koje je zagađivač, da tužiteljki obezbede besplatan smeštaj, i, konačno, uloga Suda nije da odredi koje konkretne mere država treba da preduzme radi ispunjenja svojih pozitivnih obaveza iz člana 8 Konvencije. U ovom predmetu, pak, iako je stanje u okolini fabrike zahtevalo posebne mere za ljude koji su živeli u zabranjenoj zoni, država tužiteljki nije ponudila nikakvo rešenje kako bi se ona preselila iz opasnog područja. Nadalje, iako je zagađivač poslovao suprotno domaćim ekološkim standardima, nema dokaza da je država predložila, ili spro-

<sup>8</sup> *Taşkin and Others v. Turkey*, Predstavka br. 46117/99, Presuda od 10. novembra 2004.

vela, mere kojima bi se zaštitili interesi lokalnog stanovništva pogođenog zagađenjem, i kojima bi se moglo umanjiti industrijsko zagađenje do dozvoljenih nivoa.

Sud zaključuje da, uprkos širokom polju slobodne procene koje uživa tužena država, ona nije postigla ravnotežu između interesa zajednice i tužiteljkinog prava na poštovanje doma i privatnog života. Iz ovih razloga postoji povreda člana 8.<sup>9</sup>

U svom osnovnom zahtevu tužiteljka je istakla povrede članova 2 i 3, ali je Sud ove zahteve proglasio nedopuštenim zbog nedostatka dokaza o neposrednoj ugroženosti života i telesnog integriteta. Sud je samoinicijativno preinačio tužbeni zahtev i proglasio ga dopuštenim prema članu 8 čiju je povredu kasnije i utvrdio. Dakle, i ovaj predmet pokazuje da zagađenje životne sredine ne mora da dovede do konkretne štete po tužioca da bi zahtev bio dopušten i osnovan. Šteta bi, sudeći po zaključcima Suda, mogla da konstituiše tužbeni osnov za povredu drugih prava, kao što su pravo na život ili zabrana mučenja. Član 8 tako ostaje najbolji izbor za tužioce koji se žale na zagađenje životne sredine jer su uslovi daleko blaže postavljeni u pogledu ove odredbe nego u pogledu ostalih članova Konvencije. Međutim, uprkos širokom i progresivnom tumačenju člana 8, kojim se obezbeđuje pravo na utuživost povreda životne sredine od lica koja žive u tom području iako nisu pretrpela konkretnu štetu, Evropski sud za ljudska prava nije u potpunosti obezbedio efikasnu zaštitu životne sredine. Dispozitiv presude u predmetu *Fadejeva* nije naložio državi konkretnu činidbu radi izvršenja presude već samo naknadu štete (tužiteljka je istakla i ovaj zahtev: preseljenje ili naknadu u iznosu od 30 hiljada evra radi preseljenja). Iako je propust države da tužiteljki ponudi bolji smeštaj bio osnov za povredu člana 8, Sud ne traži od države da sada obezbedi takvo preseljenje:

“U pogledu ovog tužbenog zahteva Sud ukazuje da je reč o povredi koja je trajne prirode. (...) U pogledu budućih mera koje bi država trebala da preduzme da bi se povinovala nalazu Suda u pogledu povrede člana 8 Konvencije, preseljenje tužiteljke u ekološki bezbedno područje je samo jedno od mnogobrojnih rešenja. U svakom slučaju, prema članu 41 Konvencije, utvrđenje povrede člana 8 u ovom slučaju, Sud je ustanovio obavezu države da preduzme potrebne mere da bi obezbedila tužiteljki uživanje njenog prava.”<sup>10</sup>

Za razliku od sličnih predmeta ovde je povreda i dalje bila u toku.<sup>11</sup>

Postoji još nekoliko predmeta koji su slični predmetima *Fadejeva*, *Taşkin* i *Lopez Ostra* po tome što su se industrijski zagađivači nalazili u neposrednoj blizini njihovih domova. U predmetu *Đakomeli protiv Italije*<sup>12</sup>, u neposrednoj blizini tužiteljkinog doma, na nekih 30 metara, nalazila se fabrika za preradu specijalnog

---

<sup>9</sup> *Ibidem*, stavovi 132–134.

<sup>10</sup> *Ibidem*, stav 143.

<sup>11</sup> *Ibidem*, stav 142.

<sup>12</sup> *Giacomelli v. Italy*, Predstavka br. 59909/00, Presuda od 2. novembra 2005.



i visokorizičnog otpada. Kao i u predmetu *Fadejeva*, i ovde je došlo do odstupanja od domaćih ekoloških propisa i domaćih presuda kojima je, za razliku od *Fadejeve*, naloženo zatvaranje fabrike dok fabrika ne ispuni propisane ekološke standarde. Uzimajući u obzir sve ove činjenice, Sud konstatuje da je došlo do povrede člana 8 Konvencije. Sud koristi sada već standardnu formulaciju po kojoj država nije uspostavila ravnotežu između legitimnog cilja izraženog u interesu zajednice, sa jedne strane, i individualnog prava na dom. I ovde je reč o trajnoj povredi i neostvarenoj nameri tužilaca da putem presude Evropskog suda za ljudska prava trajno reši problem. Tužiteljka je tražila naknadu štete u iznosu od 1,5 miliona evra, ili obustavu rada odnosno preseljenje fabrike.<sup>13</sup> Sud nije usvojio njen zahtev, već joj je dosudio 12 hiljada evra na ime naknade nematerijalne štete i ponudio sledeće obrazloženje:

“U pogledu konkretnih mera koje tužiteljka traži, Sud podseća da su njegove presude u osnovi deklaratorne i da je, generalno, na državi da odabere, pod nadzorom Komiteta Ministara, sredstvo u svom unutrašnjem pravu kojim će ispuniti svoju obavezu iz člana 46 Konvencije.”<sup>14</sup>

Dakle, životna sredina pred Evropskim sudom za ljudska prava ostaje bez delotvorne zaštite zbog uzdržavanja Suda da naloži konkretne mere zaštite, što je jedini pravi način očuvanja životne sredine i sankcionisanja povreda pravila o njenoj zaštiti. Na ovom mestu se vidi zašto neko drugo pravo, kao što je pravo na privatnost i dom, ne može adekvatno da supstituiše pravo na zaštitu životne sredine. Cilj tužiteljke, a i pravila o zaštiti životne sredine, nije naknada štete u slučaju trajnih povreda. Naknada štete je adekvatna kod okončanih povreda, ili tek kao poslednji oblik pravičnog zadovoljenja. Pravila o zaštiti životne sredine su normativno drugačija od klasičnih pravnih normi, te im naknada štete ne obezbeđuje adekvatnu primenu. Pravila o zaštiti životne sredine se oslanjaju više na prevenciju i tzv. načelo predostrožnosti upravo zbog nepredvidljivosti štete i njenih razmera koja može nastupiti u kontekstu industrijske proizvodnje.

Načelo predostrožnosti će se ipak pojaviti na dnevnom redu Evropskog suda za ljudska prava kojem će Sud priznati pravno dejstvo. U predmetu *Tatar protiv Rumunije*<sup>15</sup> Sud je učinio značajan napredak u zaštiti životne sredine. Konstatovao je povredu načela predostrožnosti, ali što je još važnije, prvi put je pomenuo da postoji individualno pravo na zaštitu životne sredine u okviru člana 8 Konvencije. Tužba je podneta nakon ekološke katastrofe, u oblasti Baia Mare, (koja se osetila u Republici Srbiji) usled ispuštanja velike količine otpadnih voda koje su sadržale cijanid u okolinu iz lokalnog rudnika zlata. Cijanid se, kao i dru-

<sup>13</sup> *Ibidem*, stav 100.

<sup>14</sup> *Ibidem*, stav 102.

<sup>15</sup> *Tătar v. Romania*, Predstavka br. 657021/01, Presuda od 27. januara 2009. godine.

ge visokorizična jedinjenja, koriste prilikom obrade ruda plemenitih metala. Tužilac je i pre katastrofe vodio nekoliko postupaka pred domaćim sudovima, ali bezuspešno, nalazi nadležnih organa su navodili da su preduzete sve potrebne bezbednosne i zaštitne mere. Kada je došlo do katastrofe, rudnik nije prestao sa radom niti je protiv odgovornih lica pokrenut krivični postupak. Tužilac je smatrao da su ovaj postupak, koji je država odobrila izdavanjem dozvole, havarija i naknadno postupanje Rumunije, doveli do povrede prava na život. Sud je preinačio zahtev i o njemu odlučivao u okviru člana 8 Konvencije.

U ovom predmetu Sud ekstenzivno koristi i citira niz međunarodnopravnih instrumenata o zaštiti životne sredine, kao što su Deklaracija iz Stokholma, Deklaracija iz Rija, Konvencija iz Arhusa, niz rezolucija Saveta Evrope, kao i zakonodavne akte Evropske unije povodom Baia Mare incidenta. Sud konačno zaključuje da je načelo predostrožnosti deo međunarodnog prava i deo evropskih pravnih načela zahvaljujući Ugovoru o osnivanju Evropske unije iz Maastrichta.<sup>16</sup> Načelo predostrožnosti zahteva od država preduzimanje blagovremenih i efikasnih mera koje mogu adekvatno otkloniti rizik nastupanja nepopravljive štete po okolinu. Sud će kasnije u odluci, u delu o polju primene člana 8, podsetiti da je načelo predostrožnosti deo prava o zaštiti životne sredine<sup>17</sup>, te da je deo pozitivnih obaveza država.<sup>18</sup> Konačno, Sud vrlo jasno ističe da je pravo na zdravu životnu sredinu sastavni deo prava na privatnost i porodični dom.

Međutim, i ovde su mere naložene državi bile neadekvatne. Sud je dosudio skromnu naknadu štete bez posebnih mera dalje zaštite životne sredine.

Ipak, činjenica da je Sud pravu na zdravu životnu sredinu priznao pravo građanstva u okvirima člana 8 predstavlja napredak. U jednom ranijem predmetu, *Kirtatos protiv Grčke*<sup>19</sup>, Sud je ukazao da sistem Konvencije i nije najbolji način zaštite ovih prava: "član 8, kao nijedna druga odredba Konvencije, nije konstituisan radi obezbeđenja opšte zaštite životne sredine kao takve; drugi međunarodni instrumenti i domaće zakonodavstvo su daleko bolja sredstva za opštu zaštitu životne sredine."<sup>20</sup>

Zanimljivost predmeta *Kirtatos* je u tome što je tužilac istakao povredu člana 6 stav 1 i člana 8 Konvencije zbog promene urbanističkog plana što je dovelo do uništenja prirodne okoline u neposrednoj blizini njihovog doma. Sud je smatrao da promenom urbanističkog plana nije došlo do "mešanja" u prava podnosioca predstavke tako da nije pristupio razmatranju tužbe u svetlu člana 8. Međutim, Sud je ustanovio povredu člana 6 zbog propusta Grčke da izvrši pravosnažne

---

<sup>16</sup> *Ibidem*, stav 69(h).

<sup>17</sup> *Ibidem*, stav 109.

<sup>18</sup> *Ibidem*, stav 120.

<sup>19</sup> *Kyrtatos v. Greece, Predstavka br. 41666/98*, Presuda od 22. maja 2003.

<sup>20</sup> *Ibidem*, stav 52.

presude o rušenju objekata kojima su nezakonito izdate građevinske dozvole na osnovu novog urbanističkog plana. Ovom odlukom je donekle određena granica do koje je Sud spreman da primeni član 8 na zaštitu životne sredine. Primetno je da se Sud zaustavio pre primene standarda "mešanja" te nije morao da proverava ispunjenost uslova proporcionalnosti i legitimnog cilja. Sudija Zagrebelski je u svom izdvojenom mišljenju smatrao da je ovde Sud morao da ode korak dalje i da konstatuje da je bilo mešanja, jer, kao i u slučaju industrijskih nesreća, i ovde postoji pogoršanje uslova života.

U najnovijem slučaju, *Di Sarno protiv Italije*<sup>21</sup>, Sud je potvrdio svoj raniji stav po kojem član 8 Konvencije uključuje pravo na zdravu životnu sredinu: "Sakupljanje, obrada i odlaganje otpada su visokorizične aktivnosti; zbog toga država ima obavezu da usvoji razumne i odgovarajuće mere da bi obezbedila pravo zainteresovanih lica na zdravu i zaštićenu životnu sredinu."

Spor je nastao povodom dugogodišnjih problema sa odlaganjem i preradom otpada u jednom gradiću u Italiji. Nekoliko neuspelih projekata o organizovanju odlaganja otpada i nekoliko neuspelih koncesija dovelo je kritičnog stanja u tom mestu, čak je u periodu od pet meseci smeće iz domaćinstava odlagano na ulicama. Opštinske vlasti su u tom periodu proglasile i vanredno stanje, ali bez većeg uspeha. Tužbu Sudu u Strazburu podnelo je 18 lica žaleći se na povrede prava na dom i privatnost i prava na efikasan pravni lek. Sud je konstatovao povredu članova 8 i 13. Pet tužilaca i nije živelo u tom mestu već su tamo svakodnevno odlazili na posao. Italija je uložila prigovor smatrajući da tužioci nemaju status žrtve jer nisu dokazali da je ovakvo stanje dovelo do bilo kakve štete po njih ili njihove porodice i domove. Međutim, Sud odbija ovaj argument uz obrazloženje: "Sud ukazuje na to da se tužioci nisu žalili na zdravstvene tegobe zbog izloženosti otpadu, te da naučne studije koje su stranke dostavile pokazuju suprotstavljene zaključke u pogledu postojanja uzročne veze između izloženosti otpadu i povećanog rizika nastanka kancera i urođenih poremećaja. Iako je Sud Evropske unije, koji je već doneo odluku o pitanju odlaganja otpada u Kampanji, zauzeo stav da velike količine otpada na javnim putevima ili na privremenim mestima za odlaganja predstavlja opasnost po javno zdravlje, život i zdravlje tužioca nisu bili ugroženi."

Ovaj nalaz Suda je značajan. Propust države da adekvatno organizuje odlaganje otpada predstavljaće povredu prava na dom i privatnost bez obzira da li je nastupila šteta po zdravlje. Moglo bi se tvrditi da je već rizik po zdravlje dovoljan da konstituiše pravno zaštićen interes u smislu Konvencije.<sup>22</sup> Međutim, Sud se ne bavi pitanjem rizika, koji je u pravu zaštite životne sredine prihvaćen standard. Za

<sup>21</sup> *Di Sarno and Others v. Italy*, Predstavka br. 30765/08, Presuda od 10. januara 2012.

<sup>22</sup> Što ovu odluku i ovaj način tretiranja rizika približava pravilima o zaštiti životne sredine i ulozi rizika prilikom utvrđivanja odgovornosti. Šire, vidi: C. Hilson, Risk and the European Con-

Sud su ove okolnosti, nezavisno od štete po zdravlje i nezavisno od rizika, dovoljne da pruži zaštitu privatnosti i domu, a time i posredno zaštitu životnoj sredini.

Izrečene sankcije su i ovde bile blage, Sud konstatuje da je presuda dovoljno i adekvatno obeštećenje za žrtve povrede. To može biti razumljivo jer je već u vreme odlučivanja bio rešen problem sa odlaganjem smeća u regionu Kampanje. Sud je posebno razmatrao i da li su stanovnici ovog mesta bili upoznati sa rizicima nastupele situacije. Pošto je utvrdio da su lokalne vlasti učinile dovoljno po ovom pitanju, ustanovio je da ne postoji povreda prava na informacije u vezi sa stanjem životne sredine, koje takođe pripada članu 8. Sa druge strane, ustanovio je da žrtve nisu raspolagale odgovarajućim pravnim sredstvima kojima bi mogli pokrenuti postupak zaštite u ovakvim okolnostima i zbog toga je Sud utvrdio povredu člana 13.

#### PRAVO NA ŽIVOT

Tužiocima su se u kontekstu zagađivanja životne sredine vrlo često pozivali na povredu člana 2, ali je Sud prilično često umeo da preinači ove zahteve i o njima odluči u kontekstu člana 8. Član 8, a to pokazuje i prethodni pregled prakse, je daleko najčešći pravni osnov po kojem će Sud odlučivati o životnoj sredini. Dok je rizik dovoljan da atrahira primenu prava na privatnost i porodični dom, on nije dovoljan da aktivira primenu člana 2. Sudeći po praksi Suda, odgovornost države za povredu člana 2 postojace ako je nastupila smrtna posledica i ako postoji jasna veza između nastupele smrti i akata države, činjenjem ili nečinjenjem. Nečinjenje koje vodi ka odgovornosti države u kontekstu člana 2 je najčešće propust države da sprovede savesnu istragu.

Tako su se u praksi Suda pojavili slučajevi gde je postojala direktna veza između stanja životne sredine, smrti lica i akata države. Najpoznatiji je svakako slučaj *Onerijldiz protiv Turske*.<sup>23</sup> Tužilac je zajedno sa širom porodicom živeo u neposrednoj blizini deponije. Na deponiji se desila eksplozija metana usled koje je divlje naselje bilo zatrpano, a više ljudi je izgubilo živote ili zadobilo povrede. Tužilac je u ovoj nesreći izgubio devet bliskih srodnika. On se obratio Sudu sa žalbom da je Turska propustila da preduzme mere za sprečavanje eksplozije uprkos postojećim stručnim izveštajima koji su ukazivali na mogućnost nastupanja ovakve nesreće. Sud je našao povredu člana 2. Po mišljenju Suda Turska je propustila da obavesti žrtve o riziku kojem su bili izloženi. Međutim, čak i da je to učinila i dalje bi bila odgovorna jer nije preduzela nikakve mere da bi otklonila rizik po živote stanovnika. Sistem održavanja i rada deponije je na više načina bio ne-

---

vention on Human Rights: Towards a New Approach, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2008–2009, vol. 11.

<sup>23</sup> *Oneriyldiz v. Turkey*, Predstavka br. 48939/99, Presuda od 30. novembra 2004.

funkcionalan, a lokalne vlasti, uključujući i policiju, bile su suviše pasivne u zaštiti lokalnog stanovništva. Konačno, Sud je ocenio da je sprovedeni krivični postupak protiv odgovornih lica bio neadekvatan jer su odgovorna lica bila gonjena za blaže krivično delo (nesavesno obavljanje dužnosti) što je u kontekstu smrti više lica bilo neodgovarajuće. Dakle, Sud koristi uobičajenu matricu za primenu člana 2, od propusta države da spreči nastupanje smrti (materijalnopравни aspekt) do propusta države da sprovede odgovarajući krivični postupak (procesnopравни aspekt). Sud u ovakvim okolnostima nije imao razloga da koristi institute prava zaštite životne sredine.

Sud ovde nalazi ne samo povredu člana 2, već i povredu prava na imovinu. Turska se branila da je ovde bilo reči o nezakonito podignutom naselju. Sud je ovaj argument odbio zaključivši da, iako su stambene jedinice na zemljištu bile izgrađene suprotno urbanističkim pravilima, njihovi stanovnici su bili *de facto* vlasnici glavnih i pomoćnih objekata i svih drugih ličnih stvari u tim objektima. Prema mišljenju Suda, sam objekat, uz činjenicu da su porodice koristile te objekte bez intervencije države, predstavlja imovinski interes u smislu člana 1 Protokola I uz Konvenciju. Prema mišljenju Suda, Turska je bila dužna da zaštiti *de facto* imovinu oštećenih.

#### ZABRANA MUČENJA

Novina u pristupu Suda je što pokazuje spremnost da se posluži mnogo jačim instrumentom za zaštitu životne sredine: članom 3 i zabranom mučenja. Za razliku od člana 8, i drugih odredaba Konvencije, reč je o apsolutnom pravu, dakle pravu koje ne trpi izuzetke i koje ni pod kojim uslovima ne može biti derogirano. Prilikom njegove primene ne postoji rasprava o polju slobodne procene, ovlašćenju države da ga ograniči, legitimnom cilju i proporcionalnosti. Ranija praksa ukazuje da je Sud zahteve u vezi sa zaštitom životne sredine umeo da preinači u zahteve na osnovu člana 8. U predmetu *Florea protiv Rumunije*<sup>24</sup> Sud je našao da je dugogodišnja izloženost tužioca duvanskom dimu u zatvorskim i bolničkim institucijama Rumunije dovela do povrede člana 3. Sud je zaključio da je tužilac, inače lošeg zdravlja, bio prinuđen da zatvorsku sobu u kojoj je bilo 35 kreveta, deli sa oko 110 zatvorenika od kojih su većina bili pušači, iako domaći propisi Rumunije zabranjuju duvanski dim u svim javnim ustanovama. Sud zaključuje da su uslovi u kojima se nalazio, uključujući i izloženost duvanskom dimu, doveli do povrede člana 3 Konvencije.

Jasno je da izloženost duvanskom dimu nije bio jedini razlog za Sud da konstatuje najtežu povredu Konvencije. Sa druge strane, čovekova sredina ovom od-

<sup>24</sup> *Florea v. Romania*, Predstavka br. 37186/03, Presuda od 14.09.2010.

lukom ulazi u polje primene člana 3, i ukoliko bi okolnosti ukazale na izuzetno teške uslove, Sud će možda ponovo biti spreman da posegne za članom 3 radi zaštite životne sredine.

#### OBAVEZA DRŽAVE DA ZAŠTITI ŽIVOTNU SREDINU PREMA PRAKSI SUDA

Zaštita životne sredine je obaveza države čak i ako ne postoji individualno zaštićeno pravo. U kontekstu Konvencije i prakse Suda to znači da je životna sredina legitimni cilj prilikom ograničavanja onih prava i sloboda koje dozvoljavaju takvu vrstu ograničenja: pravo na privatnost i dom (član 8), sloboda veroispovesti (član 9), sloboda mišljenja i izražavanja (član 10), sloboda okupljanja (član 11), pravo na zaštitu imovine (član 1 Protokola I) i drugi. Najčešće se zaštita životne sredine, ovaj put kao ograničenje prava, javljalo u kontekstu prava na zaštitu imovine. Iako se i ovde proverava zakonitost i proporcionalnost mere u postizanju javnog ili opšteg interesa, činjenica je da je Sud prihvatio zaštitu životne sredine kao legitimni cilj. Ovde ćemo navesti dva primera.

U predmetu *Fredin protiv Švedske*<sup>25</sup>, tužilac se žalio na oduzimanje dozvole za iskopavanje i industrijsko korišćenje šljunka zbog usvajanja propisa o zaštiti životne sredine. Propis je usvojen nakon izdavanja dozvole ali je ostavio određeni vremenski period u kojem su se dozvole mogle koristiti uz mogućnost plaćanja naknade za oduzimanje dozvole. Tužioci nisu bili zadovoljni ponuđenim rešenjem i žalili su se Sudu na povredu prava na imovinu, koja je u ovom slučaju bilo ograničenje imovinskih prava i legitimnih očekivanja da će investicija doneti odgovarajući prihod. Sud je odbio zahtev jer je utvrdio da je zaštita životne sredine legitiman interes, te da su tužioci stvarno započeli svoju investiciju tek sedam godina nakon izdavanja dozvole i par godina nakon usvajanja propisa, te nisu u tom pogledu mogli da steknu legitimna očekivanja.

U predmetu *Hamer protiv Belgije*<sup>26</sup> Sud je vrlo izričit kada utvrđuje pravo države da zaštiti životnu sredinu. U ovom predmetu tužiteljka se žalila jer joj je srušena vikendica koja je bila izgrađena bez dozvole i suprotno propisima o očuvanju šuma. Iako je vikendica bila izgrađena 37 godina pre nego što su vlasti ustanovile nezakonitu gradnju, i iako je tužilac u ostavinskom postupku nasledio kuću, uredno plaćao komunalni porez i bio regularno priključen na vodovodnu i elektrodistributivnu mrežu, domaće vlasti su odlučile da je vikendica podignuta u šumskom području u kojem se ni ne mogu izdati građevinske dozvole te da je zato podobna za rušenje. Sud je našao da je rušenje kuće i povraćaj šumskog

---

<sup>25</sup> *Fredin v Sweden*, Predstavka br. 12033/86, Presuda od 22. januara 1991.

<sup>26</sup> *Hamer v. Belgium*, Predstavka br. 21861/03, Presuda od 27. novembra 2007.

zemljišta u prvobitno stanje proporcionalna mera ostvarena radi ispunjenja legitimnog cilja: očuvanja životne sredine. Sud uopšte ne pominje naknadu koja je uobičajen kriterijum prilikom ocene proporcionalnosti, niti dugotrajno, mirno i neometano uživanje naziva *de facto* imovinom. Zaključak Suda u pogledu statusa životne sredine i obaveze koje država ima u tom pogledu je sledeći:

“Sud podseća da iako nijedna odredba Konvencije nije formulisana radi opšte zaštite životne sredine kao takve (...), u savremenom društvu je zaštita sredine sve više značajna (...). Životna sredina zahteva zaštitu koja će gotovo uvek uključiti i interes javnosti, a time i javnih vlasti. Finansijski imperativi i čak pojedina osnovna prava, kao što su imovina, ne smeju imati prednost nad interesima zaštite životne sredine, naročito kada u tom pogledu postoje i domaći zakonski akti. Javne vlasti snose odgovornost za zaštitu što znači da se od njih zahteva da u praksi intervenišu, kada je to potrebno, da bi obezbedili primenu zakonskih propisa usvojenih radi zaštite životne sredine na način koji će takvim propisima obezbediti efikasnu primenu.”<sup>27</sup>

#### INDIVIDUALNO PRAVO NA ZDRAVU ŽIVOTNU SREDINU

Iako Konvencija ne poznaje individualno pravo na zdravu životnu sredinu, praksa pokazuje nameru Suda da sankcioniše povrede pravila o zaštiti životne sredine kada se posledice ovih povreda protežu na život pojedinaca u meri u kojoj se poklapaju sa drugim pravima iz Konvencije. Pojedini autori ovakvu vrstu zaštite nazivaju indirektnom zaštitom životne sredine, odnosno “rikošet” zaštitom.<sup>28</sup> Najveći aktivizam je Sud pokazao prilikom tumačenja člana 8 i prava na privatnost, porodični život i dom. Rešenje je očigledno, jer sva tri pojma iz ove odredbe uključuju i čovekovu sredinu. Međutim, takvo rešenje samo po sebi nije dovoljno za utvrđivanje odgovornosti države, možda tek za ustanovljavanje nadležnosti.<sup>29</sup>

Da bi se ostvarila i indirektna zaštita životne sredine preko individualnih prava bilo je potrebno uvesti u primenu i pojedina načela prava životne sredine. To je Sud i učinio u okviru člana 8 jer je primenio načelo predostrožnosti, te prihvatio kao deo člana 8 obavezu država da pružaju odgovarajuće informacije o nastupajućim rizicima, što se smatra načelom prava životne sredine i kojem je posvećena Konvencija iz Arhusa o dostupnosti informacija, učešću javnosti u

<sup>27</sup> *Ibidem*, pasus 79.

<sup>28</sup> Déjeant-Pons, M., L'insertion du droit de l'homme à l'environnement dans les systèmes régionaux de protection des droits de l'homme, *Revue universelle des droits de l'homme*, 1991, vol. 3, No. 1, str. 461.

<sup>29</sup> Prvi zahtevi za zaštitu životne sredine, koji su bili upućeni Komisiji za zaštitu ljudskih prava, 60-tih i 70-tih godina, su bili odbačena kao inkompatibilni *ratione materiae* sa Konvencijom. Šire, vidi: D. G. San José, *Environmental Protection and the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2005, str. 7–9.



donošenju odluka i pravu na pravnu zaštitu u pitanjima životne sredine.<sup>30</sup> Sud je prihvatio da je rizik, a ne nastupela šteta, dovoljna da konstituiše pravni interes kod tužioca i da ga učini žrtvom u smislu člana 35 Konvencije. Sud je prihvatio i da pojedini propusti u domaćim postupcima mogu dovesti bilo do povrede procesnog aspekta člana 8 ili članova 6 i 13.<sup>31</sup>

Međutim, uprkos naporu Suda da u svoja pravila inkorporira i zaštitu životne sredine, postoje i određene manjkavosti koje umanjuju efikasnost ove zaštite. Prva se odnosi na izrečene mere, jer su one uglavnom blage i usmerene ka naknadi štete koja takođe ume da bude tek simbolična. U nekoliko predmeta Sud je čak našao da je deklaratorna presuda odgovarajuća satisfakcija za žrtve. Dakle, iako će rizik biti dovoljan da konstituiše nadležnost, pravni interes, pa i odgovornost države, prilikom odmeravanja sankcije rizik neće imati nikakav značaj. Takođe, činjenica da se Sud ustručava da naloži konkretne mere, kao što je povraćaj u pređašnje stanje ili garancije, što mu nije bilo strano u nekim drugim slučajevima, značajno umanjuje efikasnost zaštite i atraktivnost ovog foruma za lica koja su oštećena zbog neodgovornog postupanja države prema životnoj sredini.

Tradicionalno se zaštita životne sredine uređuje međudržavnim instrumentima u kojima su prava i obaveze rezervisani isključivo za države. Iako se ideja da je i pojedinac nosilac pravnog interesa pojavljuje već u vreme Deklaracije iz Stokholma 1972. godine, mnoge su prilike propuštene da se ovo pravo eksplicitno i bezuslovno garantuje pojedincima.<sup>32</sup> Problemi su verovatno bili i političke prirode, ali postoje i objektivne poteškoće prilikom normiranja ovog prava. U kontekstu globalnog zagađivanja nemoguće je utvrditi tačnu uzročno-posledičnu vezu između štetnika i oštećenog. Ovakva nemogućnost otežava, ako već ne isključuje, sudsku zaštitu povreda životne sredine u slučaju globalnog zagađivanja.<sup>33</sup> Dok je većina interesa zaštićenih osnovnim ljudskim pravima zaista lične i individualne prirode, kada ti interesi nesumnjivo pripadaju jedino pojedincu (kao što su to život, lična bezbednost, telesni integritet, uverenje, mišljenje, verispovest i slično), životna sredina nema ovakva obeležja. Ona je zajednička i kolektivna i u tom delu je vrlo teško individualizovati zaštićeni interes, a samim tim i pravo. Naravno, moguće rešenje u onim normama koje na bolji način odgovaraju kolektivnim interesima, normama poznatim kao *erga omnes*, kada se pretpo-

---

<sup>30</sup> Šire o Konvenciji iz Arhusa, videti: B. Tubić, Polje primene Arhuske konvencije, *Zbornik radova Pravnog fakulteta*, Novi Sad 2011, vol. 45, br. 2, str. 383–393.

<sup>31</sup> Šire, vidi: Ph. Cullet, Definition of an Environmental Right in a Human Rights Context, *13 Netherlands Quarterly of Human Rights* (1995), str. 25–40.

<sup>32</sup> Šire, vidi: M. Déjeant-Pons, M. Pallemarts (ur.), *Droit de l'homme et environnement*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, str. 9–20.

<sup>33</sup> Šire o ovom problemu, i mogućim rešenjima, vidi: R. Etinski, Human Rights Protection in view of Climate Change Impacts, *Noua Revista de Drepturile Omului*, 1/2012, str. 20–27.

stavlja interes kod svakog člana zajednice i kada svaki član zajednice stiže utuživo pravo, u ovom slučaju utuživo pravo na zaštitu životne sredine. Međutim, sistem Konvencije nije ovako organizovan te ovakav normativan pristup nije od većeg praktičnog značaja za tužioce zainteresovane za Sud. Zamislivo je rešenje da države prihvate ovu mogućnost, te ako je u konkretnom slučaju uskrate, tada bi se moglo govoriti o povredi člana 13 Konvencije i pravu na efikasan pravni lek.

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

## THE RIGHT TO HEALTHY ENVIRONMENT AND THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

### Summary

The author explores the case law of the European Court of Human Rights in order to determine whether and to what extent the Court embraced the idea of protecting the environment as a human right, despite the fact that the right to a healthy environment has not been explicitly envisaged in the Convention's catalogue of rights and freedoms. The case law gives strong indications in this respect especially within the ambit of Article 8 of the Convention. However, certain deficiencies in the judicial protection of environment are visible. The remedies ordered for breaches of environmental rules with effect to personal and family life within the meaning of Article 8 are strikingly weak and, as a rule, do not include specific performance or guarantees that the breach will not re-occur or, even in cases of continuing breach, orders to cease the wrongful act. This side of the Court's protection of environment casts shade on the activism and liberalism the Court opted for when defining the scope of Article 8 so as to include certain principles of environmental law such as precautionary principle, right to information, or the assessment of risk.

TONI DESKOSKI,  
VANGEL DOKOVSKI

## PREĆUTNA PROROGACIJA MEĐUNARODNE SUDSKE NADLEŽNOSTI (*PROROGATIO TACITA*)

### U V O D

Međunarodna sudska nadležnost predstavlja pravo i dužnost sudova (i drugih državnih organa) da raspravljaju i odlučuju o privatnopravnim odnosima sa međunarodnim elementom.<sup>1</sup> Prvo pitanje koje sebi sud postavlja prilikom raspravljanja i odlučivanja u predmetima sa međunarodnim elementom je, da li je nadležan da postupa. Pri tom, sud vodi računa o nadležnosti pravosuđa države kojoj pripada, odnosno da li postoji jurisdikcija države gde pripada sud. Koristeći zakon i međunarodne ugovore, svaka država postavlja granice domačeg pravosuđa. To u suštini označava postavljanje granica domačeg pravosuđa u sporovima sa međunarodnim elementom.

Kriterijumi za određivanje međunarodne nadležnosti nalaze se u zakonima ili u međunarodnim ugovorima. Razvoj međunarodnog privatnog prava ima svoj uticaj i na kriterijume o određivanju međunarodne nadležnosti. U opredeljenim slučajevima, zakonodavac delegira ovlašćenje o zasnivanju međunarodne nadležnosti samim strankama koji putem autonomije volje mogu izabrati nadležni sud.

---

Dr Toni Deskoski, profesor Pravnog fakulteta "Justinijan Prvi" u Skoplju, Makedonija.

Mr Vangel Dokovski, saradnik Pravnog fakulteta "Justinijan Prvi" u Skoplju, Makedonija.

<sup>1</sup> Гавроска Поликсена, Дескоски Тони, *Меѓународно приватно право*, Скопје, 2011, str. 409.

Izabrani sud svoju nadležnost zasniva na sporazumu o nadležnosti koji su stranke sklopile. Sporazum o nadležnosti predstavlja pravnoizrazno sredstvo stranačke autonomije. Pri tome se razlikuju izrični i prećutni sporazum. Putem izričnog sporazuma, stranke izaberu nadležni sud ili nacionalnu jurisdikciju koja je pozvana da daje potrebnu pravnu zaštitu. Sporazum o izboru nadležnog suda koji može biti u formi prorogacione klauzule (kada je sastavni deo osnovnog materijalnog ugovora između stranaka) ili u formi prorogacionog kompromisa koji stranke zaključuju nakon nastanka spora između njih.

Pored izričite prorogacije, u pravnoj teoriji i praksi, postoji i prećutna prorogacija međunarodne nadležnosti. Ono što razlikuje ovaj vid prorogacije od izričite, je odsustvo sporazuma među strankama koje su potpisale (*ex ante* ili *ex post* nastanak spora). U slučaju prećutne prorogacije, umesto sporazuma o izboru nadležnog suda, kao pravnoizrazno sredstvo saglasnosti volje stranaka, javlja se konkuledntno ponašanje tuženog. To konkludentno ponašanje označava prihvatanje forum shopping-a napravljenog od strane tužioca.

Odsustvo eksplicitnog sporazuma između stranaka ne znači da stranke ne mogu izabrati nadležni sud nakon što je postupak pokrenut. Ponašanje stranaka trebalo bi da bude dovoljan pokazatelj njihovih namera u vezi prorogacija ili odstupanja od međunarodne nadležnosti *in concreto*.

Uslovi za punovažnost prećutne prorogacije su strogo regulisani u zakonodavstvu, u cilju zaštite tuženog. Svako ponašanje tuženog u vezi sa određenim sporom pred sudom u kojem tužilac traži pravnu zaštitu *ne znači automatski* saglasnost tuženog sa izborom napravljenim od strane tužioca. Zato treba propisati garancije i mehanizme u okviru zakona koji će biti korišćeni od strane tuženog, sa ciljem suprotstavljanja jednostrano izabrane međunarodne nadležnosti.

U Republici Makedoniji, pravila o prećutno izabranoj međunarodnoj nadležnosti sadržani su u Zakonu o međunarodnom privatnom pravu iz 2007. godine, koji je bio izmenjen i dopunjen 2010. godine (u nastavku ZMPP).<sup>2</sup> Materija prećutno izabrane međunarodne nadležnosti u okviru Evropske unije sadržana je u Uredbi br. 44.2001 o nadležnosti i priznanju i izvršenju presuda u građanskim i privrednim stvarima ("Uredba Brisel I"). Uredba Brisel I stupila je na snagu 1.3.2002. i njena pravila za utvrđivanje međunarodne nadležnosti protiv tuženika sa prebivalištem u EU i za priznanje i izvršenje stranih sudskih odluka, doneti u zemljama članicama EU primenuju se u svim slučajevima koji potpadaju pod evropski režim (Uredba se primenjuje na cjelokupnom prostoru države članice Evropske unije).

<sup>2</sup> Objavljen u "Службен весник на Република Македонија" (Службен vesnik na Republika Makedonija) br. 87/200, sa izmenama i dopinama u br. 156/2010.

## KONKLUDENTNI IZBOR MEĐUNARODNE NADLEŽNOSTI

U pravnoj teoriji, umesto termina *prećutni* izbor nadležnom forumu, sve češća je upotreba termina *konkulentan* izbor međunarodne nadležnosti. Konkulentne radnje tuženog zamenski su oblik sporazuma o izboru nadležnog suda kao pravno izrazno sredstvo saglasnosti kod stranačke autonomije volje.

Da bi nastao konkulentan izbor međunarodne nadležnosti, potrebno je da kumulativno budu ispunjena tri uslova: 1. Pokretanje postupka od strane tužioca pred sudom jedne države; 2. Upuštanje tuženog u raspravu o predmetu spora, bez da prethodno bude istaknut prigovor o nenadležnosti; 3. Da konkulentna radnja bude jedina osnova za zasnivanje međunarodne nadležnosti suda pred kojim je postupak pokrenut.

Treći uslov koji je naveden, nije uslov o prećutne prorogacije prema Uredbi Brisel I. Uredba Brisel I takođe postavlja posle tri uslova koju moraju kumulativno biti ispunjeni u pogledu konkulentnog izbora nadležnog suda<sup>3</sup>: 1. Sa tužbom da se daje jednostrani predlog za izbor nadležnog suda; 2. Tuženi da se uključe u raspravu o predmetu spora, ne uzimajući u vid upuštanje u raspravu sa ciljem osporavanja međunarodne nadležnosti; 3. Poštovanje ograničenja isključive međunarodne nadležnosti.

### *Konkulentni izbor međunarodne nadležnosti prema Zakonu o međunarodnom privatnom pravu Republike Makedonije*

U Makedonskom pravnom sistemu uprkos mogućnosti stranaka da zaključe ugovor o prorogaciji nadležnosti makedonskog suda, dozvoljena je i prećutna prorogacija suda R. Makedonije putem konkulentnih postupaka stranaka.

Prema članu 57 ZMPP, nadležnosti suda R. Makedonije može da se zasniva na saglasnosti tuženog.<sup>4</sup> Ovakav vid međunarodne nadležnosti može biti zasnovan u skladu sa pravilima konkulentno izabrano nadležnog suda, t.j. ne treba da postoji bilo kakva druga osnova putem koje se može zasnivati nadležnost suda R. Makedonije.<sup>5</sup> *A contratio*, iz toga proizlazi da ako postoji neki drugi osnov za zasnivanje nadležnosti suda R. Makedonije, upuštanje tuženog u raspravu pred su-

---

<sup>3</sup> Ulrich Magnus, Peter Mankowski, Alfonso-Luis Calvo Caravaca, *European Commentaries on Private International law, Brussels I Regulation*, Sellier, 2007, стр. 439.

<sup>4</sup> Vidi čl. 57 ZMPP.

<sup>5</sup> Гавроска Поликсена, Дескоски Тони, *Меѓународно приватно право*, Skorje, 2011, стр. 429.

dom neće dovesti do zasnivanja *izabrane* nadležnosti, već će se smatrati da je u pitanju *zakonski* određena međunarodna nadležnost (opšta, posebna, isključiva ili čak i retorziona).

U prilog mogućnosti prećutne prorogacije suda R. Makedonije treba tumačiti i odredbu iz člana 15 stav 3 Zakona o parničnom postupku (u nastavku: ZPP).<sup>6</sup> Ova odredba predviđa da ukoliko domaći sud nije međunarodno nadležan, on je dužan prekinuti povedeni postupak, da ukine eventualno sprovedene aktivnosti i da na kraju odbaci tužbu. To je opšte pravilo koje treba čitati u skladu sa odredbama ZMPP o međunarodnoj nadležnosti.

Osnovni zadatak suda R. Makedonije tokom postupka je da vodi računa da li rešavanje spora spada u nadležnost domaćeg pravosuđa. Sud na ovu pozitivnu procesnu pretpostavku pazi po službenoj dužnosti tokom celog postupka, sve do pravosnažnog završetka postupka.<sup>7</sup> Ako se utvrdi da spor nije u nadležnosti suda R. Makedonije, sud ukida sprovedene aktivnosti, odbacuje tužbu i pri tom *ne* upućuje stranke na nadležni sud.<sup>8</sup> Neupućivanje starnaka na nadležni sud je rezultat široko prihvaćenog principa prema kome svaka zemlja samostalno utvrđuje kriterijume sopstvene jurisdikcije. Eventualno upućivanje može se tumačiti kao povređivanje suvereniteta druge države.

Odredba iz člana 57 ZMPP-a kojom se omogućuje prećutno zasnivanje međunarodne nadležnosti suda R. Makedonije, ima za posledicu da sud neće prekinuti povedeni postupak kako to inače nalaže član 15 ZPP-a u slučajevima kada ne postoji međunarodna nadležnost, ali je tuženi prećutno pristao na nadležnost makedonskog pravosuđa putem određene konkludentne radnje.

Da bi se smatralo da je prećutna prorogacija nadležnosti suda R. Makedonije punovažna potrebno je da budu ispunjeni i opšti uslovi za izričito izabranu nadležnost.<sup>9</sup> To su: 1. Potrebno je da je bar jedna od stranaka makedonski državljanin ili pravno lice koje je osnovano na teritoriji Republike. Makedonije;<sup>10</sup> 2. Da nije u pitanju spor o kome se ne može ugovorite nadležnost suda s obzirom na član 56 ZMPP-a.<sup>11</sup>

Pored ovih opštih uslova treba da budu ispunjeni i dodatni posebni uslovi da bi se moglo smatrati da je data prećutna saglasnost o prorogaciji nadležnosti

<sup>6</sup> Vidi čl. 15 Zakon o parničnom postupku, Službeni vesnik R. Makedonije br. 79–2005.

<sup>7</sup> Јаневски Арсен, Зороска–Камиловска Татјана, *Граѓанско процесно право – книга прва Парнично право*, Skoplje, 2009, str. 145.

<sup>8</sup> Vidi čl. 15 (3) ZPP.

<sup>9</sup> Argumenat izveden iz čl. 57 (1) ZMPP.

<sup>10</sup> Vidi čl. 57 (3) ZMPP.

<sup>11</sup> Vidi čl. 57 (2) (4) ZMPP.

suda R. Makedonije. To su sledeći uslovi: 1. Da ne postoji nijedan drugi osnov za nadležnost makedonskog suda osim saglasnosti tuženog;<sup>12</sup> 2. Da je poveljen postupak od strane tužioca; 3. Da tuženi konkludentnom radnjom da prihvati predloženu međunarodnu nadležnost suda R. Makedonije.<sup>13</sup>

Prvi uslov koji mora biti ispunjen je nesporan. Ako postoji neki drugi osnov za uspostavljanje međunarodne nadležnosti makedonskog suda, u tom slučaju nema prećutne zabrane, već zakonski određene nadležnosti. Hipotetički to bi izgledalo ovako: tužilac koji je strano pravno lice podneo je tužbu o naplati duga protiv makedonskog državljanina koji ima prebivalište u Crnoj Gori, koji proizilazi iz ugovora koji se treba ispuniti na teritoriji Makedonije. Tuženi se upušta u raspravu na sudu i negira postojanje duga. U originalnim ugovorima stranke nisu zaključile prorogacionu klauzulu, ali tužilac rešava pravnu zaštitu od suda R. Makedonije. Iako su posebni uslovi ispunjeni u konkretnom primeru u skladu sa članom 57 ZMPP, u ovom slučaju to nije prećutno međunarodno izabrana nadležnost već posebna međunarodna nadležnost na osnovu mesta ispunjenja obaveze iz člana 61 ZMPP-a. Ovaj vid međunarodne nadležnosti je jedna od vrsta zakonski određene međunarodne nadležnosti.

Drugi uslov koji se odnosi na prećutno izabranu međunarodnu nadležnost je pokretanje postupka od strane tužioca. Za razliku od mogućnosti koja postoji kod izričito izabrane međunarodne nadležnosti da se tuženi protivi pokretanju postupka od strane tužioca pred različitim sudom, osim onog koji je izabran, suprotstavljanje tuženog u apsolutnom smislu znači potpuno odbacivanje jednostrano predložene međunarodne nadležnosti. Ovaj uslov je čisto teoretska konstrukcija i u suštini označava da izbor nadležnosti vrši tužilac, a tuženi sa konkludentnom radnjom prihvata ili odbacuje jednostrano predloženi forum.

Treći uslov suštinski obuhvata konkludentne radnje putem kojih se može prihvatiti jednostrani predlog tužioca za izbor nadležnog suda.<sup>14</sup> To je posebna procesna radnja koju preuzima tuženi u vezi sa meritumom spora i pritom ne osporava međunarodnu nadležnost suda R. Makedonije. Osporavanje međunarodne nadležnosti pre nego budu preuzete radnje ili u toku njihovog preuzimanja sa dodatnom pretpostavkom da je preuzimanje radnje samo zbog zaštite tuženog prava, predstavlja odbacivanje tužiočevog predloga o prorogaciji nadležnosti suda R. Makedonije.<sup>15</sup>

---

<sup>12</sup> Vidi čl. 57 (1) ZMPP.

<sup>13</sup> Vidi čl. 57 (2) ZMPP.

<sup>14</sup> Vidi čl. 57 (2) ZMPP.

<sup>15</sup> Dika Mihajlo, Knežević Gašo, Stojanović Srđan, *Komentar Zakona o međunarodnom privatnom i procenom pravu*, Beograd, 1991, str. 192.



Konkludentne radnje koje tuženi može da preuzme sa ciljem da se uspostavi međunarodna nadležnost suda R. Makedonija su:

1. Podnošenje odgovora na tužbu bez pismenog osporavanja nadležnosti suda R. Makedonije<sup>16</sup> – u tom slučaju se smatra da je nadležnost suda R. Makedonije zasnovana u trenutku kada je tuženi podneo odgovor na tužbu.

2. Podnošenje prigovora protiv platnog naloga, bez pismenog osporavanja nadležnosti<sup>17</sup> – u ovom slučaju međunarodna nadležnost suda R. Makedonije se zasniva u trenutku kada sud primi prigovor protiv naloga za plaćanje;

3. Upuštanje u raspravu na glavnoj raspravi, bez prethodnog osporavanja međunarodne nadležnosti suda R. Makedonije<sup>18</sup> – u ovom slučaju nadležnost suda se uspostavlja nakon davanja odgovora od strane tuženog.

Iz navedenih slučajeva u pravnoj teoriji prihvaćen je jedan izuzetak prema kojem upuštanje tuženog u raspravu bez osporavanja međunarodne jurisdikcije ne smatra se kao prećutna prorogacija suda. To su situacije u kojima je tuženi primoran da se uključi u raspravu o meritumu sa ciljem da ne bude doneta presuda u odsustvu i to ne sme sprečiti tuženog da prigovori nenadležnosti kasnije u postupku.<sup>19</sup> U kontekstu prethodnog izuzetka u pravnoj teoriji postoji mišljenje prema kome prećutni pristanka tuženog, kao osnov za uspostavljanje međunarodne nadležnosti, može da bude osporena u kasnijem postupku istijanjem prigovora o nenadležnosti. To bi se odnosilo na situaciju u kojoj se u delibacionom postupku za priznanje i izvršenje strane sudske odluke donesene od strane suda čija nadležnost je zasnovana prećutnom saglanošću tuženog, bude podnesen prigovor o nenadležnosti suda koji je doneo presudu čije priznavanje i izvršenje se traži. Prihvatanjem ove opcije se dozvoljava uklanjanje konkludentnog postupka koji je tuženi preuzeo, a koji je bio u cilju zaštite svojih prava.<sup>20</sup>

*Konkludentni izbor međunarodne nadležnosti prema  
Švajcarkom i Sprskom međunarodnom privatnom pravu*

I švajcarsko međunarodno privatno pravo prihvata mogućnost prećutne saglasnosti tuženika, kao osnova za uspostavljanje međunarodne nadležnosti. Tako član 6 Švajcarskog ZMPP-a iz 1987. godine, predviđa da je švajcarski sud nadle-

<sup>16</sup> Vidi čl. 57 (2) ZMPP.

<sup>17</sup> Vidi čl. 57 (2) ZMPP.

<sup>18</sup> Vidi čl. 57 (2) ZMPP.

<sup>19</sup> Vuković Đuro, *Međunarodno građansko procesno pravo*, Informator, Zagreb, 1987, str. 29.

<sup>20</sup> Eisner Bertold, *Međunarodno privatno pravo II svezak*, Školska knjiga, Zagreb, 1956, str. 251.

žan u imovinskim stvarima ukoliko se tuženik upustio u spor bez isticanja prigovora nenadležnosti, osim ako sud ne odbije nadležnost u meri u kojoj mu to dozvoljava stav 3 člana 5 istog zakona.<sup>21</sup> Tako, uslovi za prećutnu prorogaciju međunarodne nadležnosti suda u Švajcarskoj su sledeće: 1. Da bude pokrenut postupak u vezi sa imovinskim stvarima (finansijskim interesima); 2. Da nije istaknut prigovor o nenadležnosti Švajcarskog pravosuđa. Iz ovih uslova može se zaključiti da su postavljeni veoma liberalno u smislu uslovljavanja prorogacije domaćeg suda. Umesto krute veze koja je postavljena kao jedan link u ZMPP i izražen kroz državljanstvo ili sedište jedne od stranaka, švajcarski zakon takvu vezu ne traži. To samo pridonosi afirmaciji izbrane međunarodne nadležnosti, bez obzira da li je ona izričito ili prećutno izabrana.

U pravnom sistemu Republike Srbije, prećutni pristanak tuženog kao osnova za uspostavljanje međunarodne nadležnosti, zadržana je odredba iz Jugoslovenskog ZRSZ iz 1982. godine, podjednako kao i u makedonskom ZMPP-u.

Iako u sprskoj pravnoj teoriji postoje dileme po pitanju mogućnosti prećutne prorogacije, preovlađuje stanovište po kojem treba uzeti da ona postoju i da do nje dolazi u situacijama kada se tuženi upusti u spor, podnoseći odgovor na tužbu ili prigovor protiv platnog naloga, bez isticanja (u njima) prigovora nenadležnosti, ili se upusti u meritornu usmenu raspravu.<sup>22</sup>

### *Konkludentni izbor međunarodne nadležnosti prema Uredbi Brisel I*

U zemljama-članicama EU, pitanja o prećutnom izboru nadležnog suda, regulisane su u Uredbi Brisel I. Član 24 iz Uredbe Brisel I postavlja opšti režim u pogledu prećutne prorogacije sudova država članica Evropske unije.<sup>23</sup> U tom članu sadržane su tri vrste uslova u pogledu punovažnosti prećutne prorogacije nadležnog suda i dva ograničenja na mogućnost prećutne prorogacije.

Prema članu 24 Uredbe Brisel I, prvi uslov u odnosu na mogućnost prihvatanja prećutne prorogacije predstavlja pokretanje postupka od strane tužioca putem podnošenja tužbe. Ovo je prvi inicijalni uslov koji u sebi sadrži suštinski predlog tužioca namenjen tuženom o prorogaciji suda države članice Evropske

---

<sup>21</sup> Član 5 stav 3 Švajcarskog zakona o međunarodnom privatnom pravu propisuje: "3. Iza brani sud ne može odbiti svoju nadležnost: a) Ukoliko jedna od stranaka ima prebivalište, redovno boravište ili nastanjenje u kantonu u kome on zaseda; b) Ukoliko je, na osnovu Zakona, za spor merodavno Švajcarsko pravo."

<sup>22</sup> Varadi T., Bordaš B., Knežević G., Pavić V., *Međunarodno privatno pravo*, Beograd, 2008, str. 508.

<sup>23</sup> Vidi čl. 24 Brisel I Uredbe.

unije.<sup>24</sup> Time nije dovoljno samo da tužilac podnese tužbu, već bi trebalo ta tužba da bude prihvaćena od strane suda pred kojim je podneta i ista da bude dostavljena na odgovor tuženog. Da li će sud pred kojim je podneta tužba prihvatiti i dostaviti je na odgovor tuženom zavisi od proceduralnih pravila državnog suda gde je podneta tužba. Tako, pitanje formalnih elemenata tužbe je ostavljeno da bude ocenjeno po zakonu države u kojoj je tužba podneta. Procena suda svoje međunarodne nadležnosti u ovom slučaju odloženo je sve do trenutka kada će tuženi preuzeti ili ne određenu konkludentnu radnju.

Drugi uslov koji mora biti ispunjen odnosi se na prebivalište tuženog. Da bi mogla biti zasnovana međunarodna nadležnost suda države članice Evropske unije, tuženi treba imati prebivalište na teritoriji bilo koje države članice Evropske unije. Ali to je uslov od kojeg se može odstupiti u skladu sa prihvaćenim mišljenjem Evropskog suda pravde<sup>25</sup> i Generalnog Pravobranioca.<sup>26</sup>

Prema navedenim stavovima, prebivalište tuženika nije uvek neophodan uslov. To je direktna posledica člana 4 Uredbe Briselu I. Iako pravilo u članu 4, stav 1 važi za izričitu prorogaciju, činjenica je da i prećutna prorogacija u suštini je prorogacija nadležnosti, a to označava da su time obuhvaćene i situacije iz člana 4 Brisel I Uredbe.<sup>27</sup> Za razliku od mišljenja Evropskog suda pravde i Generalnog Pravobranioca, Vrhovni Federlni Sud Nemačke u odlukom Bundesgerichtshof-a, Br. IX ZR 264/95, odlučio da se odredbe Briselske Konvencije (prethodnica Brisel I Uredbe) primenjuju samo u slučajevima gde tuženi ima prebivalište na teritoriji države-članice Evropske unije.

Treći uslov koji mora biti ispunjen je sam čin upuštanja tuženog u raspravi o meritumu bez isticanja prigovora o nenadležnosti. Potrebno je faktičko učešće tuženog u postupku, ali ne u svrhu osporavanja nadležnosti.

Način koji se smatra da predstavlja upuštanje u raspravu o meritumu spora se određuje prema zakonu države suda pred kojim je postupak pokrenut od strane tužioca. To znači da će proceduralna pravila te države dati odgovore da li će se kao konkludentna radnja smatrati dostavljanje odgovora na tužbu ili upuštanje u raspravu na glavnoj raspravi bez isticanja prigovora nenadležnosti. U svakom

<sup>24</sup> Ulrich Magnus, Peter Mankowski, Alfonso-Luis Calvo Caravaca, *European Commentaries on Private International law, Brussel I Regulation*, Sellier, 2007, str. 439.

<sup>25</sup> Case C-412/98 Universal general Insurance Co (UGIC) v. Group Josi Reinsurance Co SA, dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61998J0412:EN:HTML>.

<sup>26</sup> Case C-918/93 Brenner and Noller v. Dean Witter Reynolds Inc, dostupno na <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61993J0318:EN:HTML>.

<sup>27</sup> Prema članu 4 u Briselu I Uredbe ukoliko tuženi nema domicil na teritoriji države članice Evropske unije u slučajevima obuhvaćenim članom 22 (isključiva nadležnost) i 23 (izričita prorogacija suda) će se primenjivati pravo države čiju nadležnost je u pitanju u odnosu na prebivalište kao uslov.

slučaju, odsustvo konkludentne radnje tuženog, koje prema *lex fori processum* je neophodno da bude preuzeto, označava odbacivanje predloga o uspostavljanju međunarodne sudske nadležnosti. Dakle, sud pred kojim se postupak pokreće sa tužbom podnetim od strane tužioca, će se proglasiti nenadležnim obzirom na nedostatak osnova za uspostavljanje međunarodne nadležnosti.

Neophodno je napomenuti da je moguće, uprkos postojanju ugovora za izbor nadležnog suda zaključenog između stranaka da se od njega prećutno odstupe, ukoliko su ispunjeni uslovi koji su bili prethodno navedeni. U tom slučaju sud zasniva svoju međunarodnu nadležnost putem nove prećutne saglasnosti koja derogira prethodni ugovor. Ovaj stav je potvrđen i sa odlukom Evropskog suda pravde u slučaju *Spitzley v. Sommer Explantation*.<sup>28</sup>

### *Ograničenje molkumne prorogacije spored pravila Uredbu Brisel I*

U Uredbu Brisel I, postavljena su i određena ograničenja koja imaju neposredan uticaj na mogućnost prećutne prorogacije. Pri tome, ova ograničenja se mogu podeliti u dve grupe – prva grupa obuhvata slučajeve i kojima je propisana isključiva međunarodna sudska nadležnost, dok druga grupa obuhvata postupke koje tuženi preuzima u cilju zaštite svojih prava i interesa.

Prvo ograničenje u odnosu na mogućnost prećutne prorogacije u Uredbi Brisel I se odnosi na poštovanje ograničenja u vezi sa pitanjima za koja postoji isključiva nadležnost. Dakle, ako je predviđena isključiva međunarodna nadležnost suda države članice Evropske unije u skladu sa članom 22. Uredbe Brisel I, ne postoji mogućnost da se izvrši prorogacija nadležnosti nekog drugog suda države članice Evropske unije. U suštini, ovo ograničenje se odnosi na opšti pojam prorogacije nadležnosti i obuhvata obe situacije – izričitu i prećutnu prorogaciju. Kod ugovora o izboru nadležnog suda, stranke nemaju ovlašćenja da izaberu nadležnost u pogledu sporova za koje postoji isključiva nadležnost suda neke države članice Evropske unije na osnovu Uredbe. Analogno tome, sud države članice Evropske unije ne može biti proglašen međunarodno nadležnim na temelju prećutne saglasnosti tuženog u sporovima za koji je predviđena isključiva međunarodna nadležnost.<sup>29</sup> Svi ostali sudovi, osim suda koji, prema Uredbi Brisel I ima isključivu nadležnost, neće dati pravno dejstvo niti ugovoru za izbor nadležnog suda niti prećutnoj saglasnosti tuženog putem preuzimanja određene konkludentne radnje.

---

<sup>28</sup> Case 48/84 *Spitzley v. Sommer Explantation SA* (1985), dostupno na <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61984J0048:EN:HTML>.

<sup>29</sup> Cheshire, North & Fawcett, *Private International Law*, Fourteenth Edition, Oxford University Press, 2008, str. 299.

Drugo ograničenje u pogledu mogućnosti konkludentnog pristanka tuženog kao osnova za uspostavljanje međunarodne nadležnosti je slučaj gde tuženi preuzima određenu konkludentnu radnju u cilju da ospori nadležnost suda pred kojim je tužilac zatražio zaštitu. Dakle, neophodno je da se utvrdi namera tuženog kako bi se utvrdilo da li je određena konkludentna radnja u cilju priznate nadležnosti suda, ili je u svrhu samo zaštite tuženih prava i interesa bez pri tom da se priznaje međunarodna nadležnost suda. To je standard koji je postavljen od strane Evropskog suda pravde i time je praćen od strane sudova postale članice Evropske unije.<sup>30</sup> Pri tom se može javiti nekoliko situacija:

1. Prva situacija je kada tužilac pokrene postupak pred sudom države članice Evropske unije, koji inače nije nadležan na osnovu kriterijuma navedenih u Uredbi Brisel I, a tuženi ne osporava nadležnost i upušta se u raspravu o meritumu. U tom slučaju, sud je zasnovao svoju nadležnost putem prećutne saglasnosti tuženog.

2. Druga situacija je kada je tužilac pokrenuo postupak pred sudom države članice Evropske unije, koji nije nadležan na osnovu kriterijuma navedenih u Uredbi Brisel I, a tuženi osporava nadležnost i ne upušta se u raspravu o meritumu. Evropski sud pravde u odnosu na nepojavljivanje tuženog pred izabranim forumom od tužioca smatra kao odbijanje predloga za molckumnu prorogaciju nadležnog suda.<sup>31</sup>

3. U trećem slučaju tuženi se upušta u raspravu o meritumu spora u cilju zaštite svojih prava i interesa, a pritom osporava međunarodnu nadležnost suda. To označava situaciju u kojoj se tuženi uprkos prigovoru međunarodne nenadležnosti, upušta u raspravu u meritumu tvrdeći, na primer, da originalni ugovor nije prekršen s njegove strane. Ova situacija neće značiti da je tuženi prećutno pristao na nadležnosti suda pred kojim se spor odvija.<sup>32</sup>

Da bi se utvrdilo koji postupci pretstavljaju upuštanje u raspravu u meritumu, primenjuju se procesna pravila državnog suda članice Evropske unije, odnosno primenjuje se proceduralni zakon države članice Evropske unije, čija nadležnost može da se uspostavi putem prećutnog sporazuma. Odnosno, u ovom slučaju u cilju definisanja pojma upuštanja u raspravu o meritumu primenjuje se *lex fori regit processum*.<sup>33</sup>

<sup>30</sup> Case 25/81 CHW v. GJH (1982), dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61982CJ0201:EN:HTML>

<sup>31</sup> Case 119/84 (1985) Capelloni et F. Aquilini v. J. C. J. Pelkmans, dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61984J0119:EN:HTML>.

<sup>32</sup> Case 150-80 Elefanten S. v. Jacqmain, dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61980CJ0150:EN:HTML>.

<sup>33</sup> Ulrich Magnus, Peter Mankowski, Alfonso-Luis Calvo Caravaca, *European Commentaries on Private International law, Brussels I Regulation*, Sellier, 2007, str. 440.

U svakom slučaju, prigovor na međunarodnu nadležnost mora da bude stavljen pre ili u vreme upuštanja tuženog u raspravu o meritumu. Tuženi koji je pravovremeno prigovorio na međunarodnu nenadležnost može da učestvuje u raspravi o predmetu spora i to učešće ne označava prećutno, konkludentno prihvatanje međunarodne nadležnosti. Ako uslovi u odnosu na prećutnu prorogaciju budu kumulativno ispunjeni i pritom se poštuju granice propisane u članu 24 Uredbe Brisel I, u tom slučaju postoje pretpostavke o prihvatanju prećutne prorogacije kao ravnopravne prorogacije koja proizvodi dejstvo kao i izričita prorogacija. Tako se omogućava prihvatanje namere stranaka da izaberu odgovarajući forum. Baš je to značenje i međunarodne izabrane nadležnosti, da ispuni očekivanja stranaka koje smatraju da će izabrani sud dati najbolju pravnu zaštitu.

### ZAKLJUČAK

Zaštita subjektivnih prava u pravnim sistemima svih zemalja poverena je pre svega sudovima, kao nezavisnim organima. Pravo na pravnu zaštitu proizilazi iz posedovanja subjektivnih prava. Fenomen slobodnog raspolaganja prava otvara u međunarodnom procesnom pravu veće mogućnosti za korišćenje ugovora kao izraza autonomije stranaka. Ta stranačka saglasnost će biti korišćena u procesu sudske zaštite prava obaveza koje proističu iz određenog pravnog odnosa.

Pored izričito izabrane međunarodne nadležnosti, važno mesto zauzima i prećutno izabrana međunarodna nadležnost. Kod prećutno izabrane međunarodne nadležnosti, osnov je ponašanje stranaka – tužilac daje inicijativu preko podnošenja tužbe, a tuženi prihvata tu inicijativu, samim tim što ne stavlja prigovor nenadležnosti. Otuda je u pravnoj teoriji prihvaćeno da prećutna međunarodna nadležnost nastaje u slučaju gde tuženi prihvata prethodni tužiočev forum shopping.

Nezavisno dali su predmet razmatranja nacionalni zakonodavni akti ili međunarodni akti koji unificiraju kriterijume međunarodnog procesnog prava, smatra se da tuženi prećutno prihvata predloženu nadležnost ako je podneo odgovor na tužbu, ili ako je podneo prigovor protiv platnog naloga ili ako se upustio u raspravljavanje, a pritom ne prigovara na nepostojanje međunarodne nadležnosti. Vremenski momenat koji je vezan za donošenje odluke suda o međunarodnoj nadležnosti, odlaže se do trenutka kada tuženi podnese odgovor na tužbu ili se upusti u raspravu o meritumu spora. Neisticanje prigovora o nenadležnosti od strane tuženog označava da tuženi prihvata predlog o prorogaciji nadležnosti i pri tome nema pravo da u daljnem postupku ističe prigovor nenadležnosti, sa jednim izuzetkom kada se tuženi upusti u raspravu o meritumu spora samo sa ciljem zaštite svojih prava.

Komparativna analiza zakonskih odredaba ukazuje na razlike koje postoje kod pojedinih država. Kod zemalja iz regiona bivše SFRJ, državljanstvo fizičkih lica, odnosno sedište pravnih lica je postavljeno kao veza sa domaćom državom, koja omogućava prorogaciju domaćih sudova.

Pravila Uredbe Brisel I primenjuju se na osnovu prebivališta tuženog na području države članice Evropske unije, što ukazuje na to da je državljanstvo kao veza pravno irelevantno. S obzirom na započeti put približavanja Republike Makedonije i Srbije kon punopravnom članstvu Evropske unije, potrebno je usaglasiti i odredbe unutrašnjeg međunarodnog privatnog prava sa evropskim odredbama.

U delu Evropskog procesnog prava u toku je rasprava o reformama Uredbe Brisel I. Od analize rasprave koje se odnosi na reforme Uredbe Brisel I, može se zaključiti da pravila o prorogaciji nisu predmet rasprave što ukazuje na adekvatnost pravila sa svakodnevnim tokovima.

TONI DESKOSKI, Ph.D.,

Associate Professor, Faculty of Law "Iustinianus Primus",

Skopje, R. Macedonia

VANGEL DOKOVSKI, LL.M.,

Teaching and research fellow, Faculty of Law "Iustinianus Primus",

Skopje, R. Macedonia

## IMPLIED PROROGATION OF INTERNATIONAL JURISDICTION (PROROGATIO TACITA)

### Summary

Party autonomy plays an important role in prorogation of jurisdiction. Consent can be express as an agreement in the initial contract between parties or at the time when the dispute arises. Also, it can result from conduct of the parties – plaintiff and defendant. The plaintiff's consent is in a form of filing of the action and the defendant's consent may be presumed by particular actions. The authors of this text submit an overview of the submission to the forum as one of the forms of choice of jurisdiction. This kind of jurisdiction means that the courts shall have jurisdiction on the basis of defendant's consent. Defendant's consent can be manifested with entering an appearance before a court. The meaning *entering an appearance* is define by the *lex fori procesualis*.

In Republic of Macedonia, implied prorogation is regulated in Art. 57 of Macedonian Private International Law Act. Conditions in this article are the same as provisions in Serbian PIL Act. Difference can be found in Brussels I Regulation and it concerns some of the condition for prorogation of jurisdiction.



BOJAN MILISAVLJEVIĆ

## DEPOZITAR KOD VIŠESTRANIH UGOVORA

– Praksa Generalnog sekretara Ujedinjenih nacija –

### U V O D

Višestrani ugovori u međunarodnom pravu imaju posebno značajnu ulogu u kreiranju objektivnih pravnih pravila.<sup>1</sup> U današnjoj međunarodnoj zajednici posebno mesto kod ovakvih ugovora zauzima depozitar, jer kumulira važne funkcije koje su nezaobilazne za stupanje na snagu i primenu višestranih ugovora. Među ovlašćenim depozitarima najznačajnije mesto ima generalni sekretar Ujedinjenih nacija koji je, uz pomoć stručnih tela Sekretarijata, već stvorio bogatu praksu i dokumentaciju nezaobilaznu za primenu međunarodnih ugovora. Ovaj rad analizira razvoj i funkciju depozitara međunarodnih ugovora, posebno generalnog sekretara, kao i pojedine specifičnosti u smislu komunikacije u vezi jednostranih izjava ugovornica. Posebna pažnja usmerena je na noviju praksu depozitara i unapređenje običajnih pravila koja su vezana za vršenje njegove funkcije.

Na osnovu člana 98. Povelje generalni sekretar Ujedinjenih nacija predviđen kao depozitar za sve međunarodne ugovore koje sklapaju Ujedinjene nacije i ugovore koji se usvajaju pod okriljem ove Organizacije. Takvi su ujedno i naj-

---

Dr Bojan Milisavljević, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

<sup>1</sup> Za pojam normativnih ugovora videti: Fitzmaurice, Yearbook of the International Law Commission, Report of the Commission to the General Assembly, Vol. II, 1957, str. 54.

važniji ugovori među kojima i oni koji imaju legislativni karakter.<sup>2</sup> Prema članu 102. Povelje Ujedinjenih nacija Sekretarijat je ovlašćen da vrši registraciju međunarodnih ugovora država članica i samih Ujedinjenih nacija. Ovaj organ je, takođe, ovlašćen da tako registrovane ugovore objavljuje u ugovornim serijama koje periodično izdaje.<sup>3</sup> Na ovaj način postiže se i obezbeđuje javnost u okvirima međunarodne zajednice u smislu postojanja ugovornih obaveza svih drugih subjekata i unosi pravna sigurnost u poredak međunarodnog prava. Zbog toga se može reći da su Sekretarijat i generalni sekretar, u današnje vreme, veoma važni faktori u smislu utvrđivanja ugovornih odnosa i same primene međunarodnih ugovora.

Strogo formalno, ustanove registracije i deponovanja ugovora su jasno razdvojene ustanove, ali u praksi i pogotovo u vezi ugovora koji se zaključuju pod okriljem Ujedinjenih nacija ove operacije su očigledno povezane. Moglo bi se zaključiti da je registrovanje evidentiranje ugovora koje su zaključile članice Organizacije, dok bi deponovanje podrazumevalo preduzimanje čitavog seta aktivnosti usmerenih na objavljivanje teksta ugovora i svih relevantnih podataka vezanih za stupanje ugovora na snagu i njegovo izvršenje. Od ovih pojmova treba razdvojiti ustanovu depozitara (iako je jedna od njegovih dužnosti da obezbedi registraciju ugovora u Sekretarijatu Ujedinjenih nacija) i njegova ovlašćenja vezana za ugovor. Depozitar poseduje nadležnosti koje se u dobroj meri iscrpljuju tokom redigovanja ugovora do njegovog konačnog stupanja na snagu. Ipak značajan deo nadležnosti depozitara predviđen je i posle stupanja ugovora na snagu, što će se videti iz daljeg teksta. Ovaj rad baviće se pretežno praksom generalnog sekretara Ujedinjenih nacija kao najvažnijeg depozitara na univerzalnom nivou, ali će u prvom delu obrađivati i običajne nadležnosti depozitara na univerzalnom nivou.

Praksa Ujedinjenih nacija i generalnog sekretara je veoma razvijena povodom registrovanja i deponovanja ugovora. U organizacionom smislu postoji posebno odeljenje Sekretarijata koje obavlja takve poslove. Između ostalog ovo odeljenje izdaje Ugovorne serije,<sup>4</sup> Vodič kroz praksu generalnog sekretara u deponovanju ugovora, kao i druge značajne dokumente i zbirke. U pogledu nadležnosti depozitara relevantna je Konvencija o ugovornom pravu iz 1969. godine koja navodi uobičajene nadležnosti depozitara međunarodnih ugovora. Takve

<sup>2</sup> Orakhelashvili, Alexander, *Peremptory Norms in International Law*, Oxford Monographs in International Law, 2006, Milisavljević, Bojan, "Normativni ili pravno stvarajući ugovori u međunarodnom pravu", *Pravna riječ* (časopis za pravnu teoriju i praksu), broj 20 iz 2009, str. 741–751, Alain Pellet, *The Normative Dilemma: Will and Consent in International Law – making*, Australian Yearbook of International Law, Vol. 12, 1988–1989, str. 27 i dalje.

<sup>3</sup> Registrovani ugovori prevode se na engleski i francuski jezik.

<sup>4</sup> Izdanja ugovornih serija su veoma značajna jer se vode od 1946. godine i do danas broje 158.000 ugovora, koji su izdati u 2.500 knjiga.

odredbe su dispozitivne prirode, ali imaju i običajni karakter. Naravno da je uvek relevantno ono što je predviđeno konkretnim ugovorom u pogledu nadležnosti depozitara, ali se i tada veoma često navedene funkcije dopunjuju i tumače u skladu sa onima koje imaju status uobičajenih pravila o nadležnosti depozitara. Posebno je u ovom smislu razvijena praksa generalnog sekretara Ujedinjenih nacija prema kojoj je on postao glavni depozitar na međunarodnoj sceni.

Da bi praćenje međunarodnih ugovora bilo kompletno potrebno je da se sprovede nadležnosti depozitara još od prvih faza zaključenja ugovora. Tako depozitar dobija nadležnosti koje stupaju na snagu i pre stupanja ugovora na snagu. Depozitar je tako ovlašten da prima sve izjave o stanju odnosnog ugovora, da izdaje izjave o njegovom stupanju na snagu. Zato je u okviru Sekretarijata već uvedena praksa periodičnog izdavanja publikacije o stanju preko 500 multilateralnih ugovora kod kojih je generalni sekretar depozitar i koji su najznačajniji u okviru Ujedinjenih nacija. U takvim publikacijama generalni sekretar navodi da li su stupili na snagu, pod kojim uslovima je to moguće, kako se može pristupiti, ima li rezervi koje su uložene i prigovora na njih...

### *Ustanova depozitara u međunarodnom pravu*

Razvojem običajnih pravila, a zatim i praksom kroz međunarodne organizacije, dolazi do nastanka pravnih pravila koja određuju funkciju i ulogu depozitara. Ovaj institut javlja se kod višestranih međunarodnih ugovora i njihov položaj regulisan je konačno Bečkom konvencijom. Opšte nadležnosti depozitara navedene su u članovima 76. i 77. ove konvencije.<sup>5</sup> Ove odredbe su nesumnjivo

---

<sup>5</sup> Član 76. Depozitari ugovora: 1. Određivanje depozitara ugovora mogu da vrše države koje su učestvovalе upregovorima, ili samom ugovoru, ili na neki drugi način. Depozitar može biti jedna ili više država, međunarodna organizacija ili glavni administrativni funkcioner takve organizacije. 2. Dužnosti depozitara ugovora su međunarodnog karaktera i depozitar je dužan da nepristrasno radi u obavljanju svojih dužnosti. Naročito, činjenica da ugovor nije stupio na snagu između nekih članica ili da je došlo do neslaganja između jedne države i depozitara o pitanju obavljanja dužnosti ovog poslednjeg ne treba da utiče na ovu obavezu. Član 77. Dužnosti depozitara: 1. Osim ako ugovorom nije određeno ili ako države ugovornice o tome drukčije ne odluče, dužnosti depozitara su sledeće: a) obezbediti čuvanje originalnog teksta ugovora i punomoćja koji mu budu predati; b) izdavati overene kopije originalnog teksta i svih ostalih tekstova ugovora na ostalim jezicima koji se na osnovu ugovora mogu zahtevati i dostaviti ih članicama ugovora i državama koje mogu to postati; c) primati sve potpise ugovora, primati i čuvati sve instrumente, saopštenja i dostave uvezi sa ugovorom; d) ispitati da li su potpis, instrument, saopštenja ili dostava u vezi sa ugovorom u propisanom obliku i u datom slučaju na to skrenuti pažnju državi u pitanju; e) obavestiti članice ugovora i države koje mogu to postati o aktima, saopštenjima i dostavama u vezi sa ugovorom; f) obavestiti države koje mogu postati članice ugovora o datumu kada je primljen ili deponovan broj potpisa ili ratifikacionih instrumenata, instrumenata o prihvatanju, odobrenju i pristupanju, koji je potreban

običajne prirode, pa je razumno očekivati da se i dužnosti depozitara ustanovljavaju i tumače u skladu sa ugovornim pravom i ustaljenom praksom.<sup>6</sup>

Ipak iako ove odredbe nisu imperativne prirode one u dobroj meri odražavaju sliku pravnih pravila koja su nastala kroz praksu država. Ova ustanova nastala je iz praktičnih razloga onda kada je došlo do dinamizacije međunarodnih odnosa, jer nije bilo celishodno umnožavati administrativne poslove, povodom zaključenja i sprovođenja međunarodnog ugovora. Zbog sve većeg broja ugovornih strana nastala je potreba za jednim licem ili eventualno više njih koji će imati ulogu čuvara originalnog teksta ugovora i koji će obavljati sve potrebne tehničko – administrativne poslove u vezi jednog ugovora kroz njegov pravni i faktički život. Na samim počecima pojave višestranih ugovora predstavnici država bili su u ulozi depozitara. Tako se u ovoj ulozi najčešće pojavljuju zvaničnici države domaćina: šefovi vlada, ministri spoljnih poslova. Vremenom javlja se potreba da takvu funkciju vrše vandržavni organi i institucije i to pogotovo u pogledu univerzalnih ugovora. Kod međunarodnih organizacija funkciju depozitara najčešće je obavlja administrativni ili izvršni organ organizacije.

Začetke ustanove depozitara kod međunarodnih ugovora treba tražiti još na početku 19. veka<sup>7</sup> mada su njegove tadašnje nadležnosti bile strogo utvrđivane ugovorima.

Što se praktične strane tiče uloga depozitara je potpuno opravdana. Teško bi bilo zamisliti situaciju da kod višestranih otvorenih ugovora postoji isto onoliko originalnih verzija ugovora koliko ima i samih ugovornica. Dalje bi to značilo da bi svaki pregovarač morao da potpiše svaki primerak ugovora. To bi ponekad bilo i neprimereno. Pošto su ugovori koji su zaključivani pod okriljem Ujedinjenih nacija od samog početka pretendovali da postanu opšte pravo i da traju dugi vremenski period onda je potrebno da postoji neko ko bi omogućavao razmenu neophodnih informacija vezanih za ugovor u dužem vremenskom toku. Ako se tome doda i činjenica da postoji veliki broj opštih ugovora u okviru ove Organizacije, a da se u ulozi depozitara pojavljuje generalni sekretar Ujedinjenih nacija onda je jasno da je bilo neophodno da se ojača stručna i tehnička pomoć koja je neophodna ovom depozitaru. Zato su od velike važnosti i izvodi iz prakse Gene-

---

za stupanje na snagu ugovora; g) obezbediti registrovanje ugovora kod Sekretarijata Organizacije ujedinjenih nacija; h) vršiti dužnosti pomenute u ostalim odredbama ove konvencije. 2. Ako dođe do neslaganja između jedne države i depozitara u pogledu vršenja njegovih dužnosti, depozitar treba da skrene pažnju na pitanje državama potpisnicama i državama ugovornicama ili, u datom slučaju, nadležnom organu međunarodne organizacije o kojoj je reč.

<sup>6</sup> Final Clauses of Multilateral Treaties, Handbook, United Nations Publications, 2003, str. 9.

<sup>7</sup> Videti: S. Đorđević, D. Dimitrijević, Pravo međunarodnih ugovora, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd, 2011, str. 196. i dalje.

ralnog sekretara Ujedinjenih nacija gde se na jednom mestu prikupljaju i objavljuju trenutni preseki stanja svakog opšteg ugovora u ovoj Organizaciji. Na taj način je moguće ispratiti njihov status u svakom trenutku što veoma ide u prilog principu pravne sigurnosti. Tako se ispravno konstatuje u priručniku o završnim odredbama Sekretarijata Ujedinjenih nacija da je umnožavanjem višestranih ugovora i povećanjem broja ugovornih strana došlo do razvoja institucije depozitara.<sup>8</sup>

Uloga depozitara može da bude i veoma politički osetljiva. On, sa jedne strane, nema ovlašćenja da procenjuje ugovorni kapacitet entiteta koji prilaže ratifikacioni instrument, dok sa druge strane jeste dužan da se stara o formalno – tehničkim elementima vezanim za svaki podnesak, pa i da pouči podnosioca šta je potrebno da se izmeni u skladu sa konkretnim ugovorom. U tom smislu praksa je pokazala da linija razlikovanja navedenih postupanja može biti veoma tanana. Upravo zbog ovih nijansi u praksi su se javljali problemi vezani za situaciju kada neki entitet podnosi ratifikacioni instrument generalnom sekretaru kao depozitaru, a nije jasno da li se radi o državi ili ne. Zbog toga, da bi se olakšalo delovanje Generalnog sekretara kao depozitara, usvojena je takozvana “Bečka formula.” Naziv je dobila jer je ušla u tekst Konvencije o pravu ugovora, a ovaj akt je često nazivan Bečkom Konvencijom. Ona je predvidela da bi država mogla da postane članica ove Konvencije ona mora biti ili članica Ujedinjenih nacija, ili bilo koje specijalizovane agencije, ili Međunarodne atomske agencije, ili članica Statuta Međunarodnog suda pravde, ili da je pozvana da pristupi aktu od strane Generalne skupštine Ujedinjenih nacija. Na ovaj način se bitno olakšava posao depozitaru ugovora u smislu prijema ratifikacionih instrumenata novih ugovornica koje nemaju jasno utvrđen i priznat subjektivitet u međunarodnoj zajednici. Ovako se i isključuju pokušaji nekih entiteta koji imaju slabiju poziciju u pogledu priznanja da korišćenjem taktike zaobilaznog puta dođu na mala vrata do *de facto* priznanja. Zato se može zaključiti da korišćenje “Bečke formule” predstavlja veoma korisno sredstvo koje uvodi poredak u statusnom smislu. Ova formula je ujedno i dovoljno elastična jer pruža mogućnost ulaska u ugovorni odnos države koja iako nije članica Ujedinjenih nacija, jeste ispunila neki drugi uslov koji se navodi alternativno. To je važno jer se na taj način zaobilazi moguća samovolja neke od stalnih članica koja je koristeći veto sprečila prijem u članstvo neke države. Za prijem u specijalizovane organizacije ne postoji veto. Bečka formula bi zato morala biti praktikovana i u drugim opštim ugovorima koji se zaključuju pod okriljem Ujedinjenih nacija.

Nasuprot pomenutoj formuli u praksi generalnog sekretara kao depozitara međunarodnih ugovora postoji i klauzula “sve države.” Ona bi značila da svaka država, bez nekog posebnog uslova, može postati članica odnosnog ugovora. Ova klauzula ima smisla kod pojedinih konvencija kao što je na primer Konvencija o

---

<sup>8</sup> Final Clauses of Multilateral Treaties, Handbook, United Nations Publications, 2003, str. 12.

sprečavanju dela prema međunarodno zaštićenim licima gde interes da se spreče izvršenja krivičnih dela prema takvim licima preteže nad svim drugim interesima. Ipak ovakva otvorena klauzula stvara probleme depozitaru, pa je za sve takve slučajeve Generalna skupština predvidela da je generalni sekretar dužan da se svaki put kada ima sumnju u priznati subjektivitet nekog entiteta za pravno mišljenje obrati Generalnoj skupštini. Takvu odluku donela je Generalna skupština 1973. godine.<sup>9</sup> Ova rezolucija Generalne skupštine se uklapa čak i u "Bečku formulu" jer ona u svom poslednjem delu pominje da članice ugovora mogu postati i oni entiteti koji dobiju odobrenje od Generalne skupštine. Na ovaj način dejstva ovih klauzula su približena jer je u slučaju svake sumnje povodom primene klauzule "sve države" rezolucija Generalne skupštine Ujedinjenih nacija presudna i uklapa se u alternativne uslove "Bečke formule".

Ono što je nesumnjivo jeste da je prema slovu Konvencije o ugovornom pravu svaki depozitar dužan da deluje nepristrasno.<sup>10</sup> To se uklapa u osnovne razloge zbog kojih je depozitar i uveden a oni su u osnovi praktične prirode. Pored toga jasno je da su svi poslovi koje depozitar obavlja u korist svih ugovornih strana i prava i obaveza koja proizlaze iz ugovora. Zbog toga pojedini autori, možda i malo slobodnije zaključuju, da je uloga depozitara svedena na ulogu posrednika između ugovornih strana.<sup>11</sup> Ukoliko se posmatra uopšte pozicija depozitara, uslovno je moguće izneti takav zaključak, ali je nesporno da ako se posmatraju aktivnosti i praksa generalnog sekretara Ujedinjenih nacija kao depozitara međunarodnih ugovora, onda je on poprilično prevazišao ulogu posrednika između ugovornih strana. On je vremenom postao nezaobilazan u pogledu tumačenja i primene legislativnih ugovora.

Pod fukcijom depozitara smatra se i ispravljanje i korigovanje svih očiglednih tehničkih omaški povodom ugovora koje su nastale prekucavanjem, mada je za takve aktivnosti neophodna saglasnost svih ugovornih strana. Pored ovoga u redovnu aktivnost depozitara spada i sačinjavanje verodostojnih kopija teksta ugovora koju on izdaje svim ugovornicima. Kada je reč o generalnom sekretaru onda u njegovo ime tekst ugovora i formalno pismo da se radi o potpuno vernom aktu sa originalom ugovora sačinjava i dostavlja pravni savetnik. Generalni sekretar kao depozitar imao je problema u vezi sačinjavanja vernih kopija koje se dostavljaju ugovornim stranama onda kada su akti usvajani putem Rezolucija Generalne skupštine kao u slučajevima Konvencija o privilegijama i imuni-

<sup>9</sup> See United Nations Juridical Yearbook, 1973 (United Nations publication, Sales No. E.75.V.I), p. 79, note 9, and *ibid.*, 1974 (United Nations publication, Sales No. E.76.V.I), p. 157.

<sup>10</sup> Tako je predviđeno članovima 76. i 77. u stavu 2.

<sup>11</sup> Videti: S. Đorđević, D. Dimitrijević, *Pravo međunarodnih ugovora*, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd, 2011, str. 196. i dalje.

tetima Ujedinjenih nacija<sup>12</sup> i Konvencijom o privilegijama i imunitetima specijalizovanih agencija.<sup>13</sup>

Kao jedna od najvažnijih funkcija depozitara može se navesti primanje akata od strane država ili međunarodnih organizacija kojima one izražavaju svoju volju na obvezivanje ugovorom. Ovde se najpre misli na ratifikacione instrumente, ali i na izjave o pristupanju, odobrenju, kao i drugi eventualni načini obaveživanja koje ugovor predviđa. Ovde su moguće dve situacije: prva kada je ugovor stupio na snagu pre predaje akta, tada ugovorne obaveze deluju i prema državi koja je akt predala od momenta kada druge ugovornice prime takvu informaciju, i druga situacija kada ugovor nije stupio na snagu, onda iako je konkretna država predala akt o obaveživanju (kako se zbirno mogu nazvati svi akti kojima se država obavezuje) ugovor ne stupa u dejstvo sve dok se ne ispune uslovi koji su njime predviđeni. Pošto višestranu ugovori univerzalnog karaktera često predviđaju psebne uslove za stupanje na snagu može proteći i dosta vremena pre nego što se oni ispune, to jest, duži vremenski period može proteći od momenta predaje akta depozitaru kojim se država obavezuje ugovorom, pa do njegovog stupanja na snagu. Upravo u ovakvim slučajevima može se videti koliki je značaj depozitara povodom stupanja ugovora na snagu. On je u tom smislu dužan da vodi računa o ispunjenosti uslova iz ugovora o stupanju na snagu i da o tome obaveštava ugovornice. Tako je povodom predaje akata o pristupanju depozitar dužan da se stara o ispunjenosti uslova o načinima obaveživanja prema odredbama ugovora. Zatim je obaveza depozitara da proverava formalne elemente akta o obaveživanju i da ukazuje na eventualne nedostatke u tom smislu. Kada je reč o samim aktima depozitar je dužan da prihvati akt ukoliko on dolazi od nadležnog organa iz države. Tu se pored pravila unutrašnjeg prava posmatra i pretpostavljena nadležnost prema međunarodnom pravu po kome ovde spada ograničen krug lica.<sup>14</sup>

Kada se radi o aktima o pristupu ugovoru kao konačnom obaveživanju ponekad je ugovorom određeno da je ono moguće tek nakon određenog datuma i

---

<sup>12</sup> United Nations, Treaty Series, vol 1, page 15.

<sup>13</sup> United Nations, Treaty Series, vol 33, page 261.

<sup>14</sup> Prema Konvenciji o ugovornom pravu: Član 7. Punomoćja: 1. Jedno lice se smatra predstavnikom države u cilju usvajanja ili overavanja teksta nekog ugovora ili izražavanja pristanka države da bude vezana ugovorom: a) ako podnese odgovarajuće punomoćje; ili b) ako proizilazi iz prakse zainteresovanih država ili drugih okolnosti da su imale nameru da ovo lice smatraju kao predstavnika države u tom cilju i da ne zahtevaju podnošenje punomoćja. 2. Na osnovu svojih funkcija i bez obaveze podnošenja punomoćja smatraju se kao predstavnici svoje države: a) šefovi država, šefovi vlada i ministri inostranih poslova, za sve akte koji se odnose na zaključenje ugovora; b) šefovi diplomatskih misija, za usvajanje teksta ugovora između države koja akredituje i države kod koje se akredituje; c) akreditovani predstavnici država na međunarodnoj konferenciji ili kod međunarodne organizacije ili nekog njenog organa, za usvajanje teksta ugovora na toj konferenciji, u toj organizaciji ili tom organu.



uz ispunjenje određenog uslova. Tako je Konvencija o ukidanju ropstva, trgovine robljem i ustanova sličnih ropstvu iz 1956. godine predvidela da je pristupanje država moguće posle 1. jula 1957. godine i uz uslov da se radi o članici Ujedinjenih nacija, neke specijalizovane agencije, ili bilo koje države čiji je poziv odobrila Generalna skupština.<sup>15</sup> Svaki akt koji se upućuje generalnom sekretaru kao depozitaru međunarodnih ugovora potrebno je predati zvaničnim predstavništvima ove organizacije, najpre odeljenjima Sekretarijata, a ponekad je to moguće i u predstavništvima Organizacije koja su izvan glavnog sedišta. U novije vreme je uveden zaštićen sistem elektronske komunikacije putem koje generalni sekretar kao depozitar može da prima sve pisane zvanične akte od strane ovlašćenih predstavnika ugovornica i da prosleđuje odgovore i obaveštenja. Na ovaj način je bitno unapređena komunikacija između njega i ugovornica, a svi efekti takvih izjava su znatno brži i što je još važnije podležu kontroli. Tako se uvek pouzdano zna da je neka ugovorna strana primila obaveštenje od depozitara i to precizno i u kom trenutku. Na ovaj način se otklanjaju sve mogućnosti eventualnih manipulacija o tome da neko pismeno nije primljeno. Ovo može biti relevantno kod podnošenja različitih prigovora od strane drugih ugovornica.

Postoje neki specifični slučajevi kada ugovorne strane dodeljuju depozitaru specifične i tačno određene funkcije koje nisu uobičajene za njegovu funkciju i koje se ne nalaze u navedenim članovima Konvencije o ugovornom pravu, ali su deo aneksa uz ovu konvenciju. Tako je predviđeno da depozitar određuje listu uglednih pravnika koji će obavljati postupak izmirenja ukoliko dođe do spora po osnovu ugovora.<sup>16</sup> Ove jasno dodeljene nadležnosti potrebno je razlikovati od administrativnih nadležnosti koje generalni sekretar poseduje po samoj svojoj funkciji kao šefa Sekretarijata a vezane su za pojedine ugovore. One nisu nadležnost depozitara, već odvojene, *sui generis*, nadležnosti generalnog sekretara. Takve su nadzorne nadležnosti povodom Konvencija o statusu izbeglica, obaveza vođenja registra letilica koje su lansirane u Kosmos, obaveze prema Konvenciji o pravu mora, generalni sekretar će takve nadležnosti najpre prepustiti relevantnim odeljenjima Sekretarijata.<sup>17</sup>

Funkcija i uloga depozitara javlja se i pre stupanja ugovora na pravnu snagu. Tako su odredbe o njegovim nadležnostima jedne od retkih koje stupaju na snagu i pre stupanja na snagu samog ugovora. Pored ove to su još i pravni efek-

<sup>15</sup> Summary of Practice of the Secretary General as Depositary of Multilateral Treaties, Prepared by the Treaty Section of the Office of Legal Affairs, ST/LEG/7/Rev.1, New York, 1999, str. 40.

<sup>16</sup> ibidem, str. 8.

<sup>17</sup> Ibidem, str. 9.

ti autentifikacije, nadležnosti tela za rešavanje sporova, prema praksi Međunarodnog suda pravde to je još i pristanak države iako ugovor nije stupio na snagu.<sup>18</sup>

Veoma je česta situacija da se u tekstu ugovora, i to uglavnom u prelaznim i završnim odredbama, predvidi ko će biti depozitar i koje će mu biti nadležnosti. Tako Konvencija o sprečavanju trajnog organskog zagađenja iz 2001. godine u svom članu 29 predviđa: "Generalni sekretar Ujedinjenih nacija će biti depozitar ovog ugovora."<sup>19</sup> Kada odredbe ugovora na ovakav način određuju depozitara onda se u vezi njegovih nadležnosti primenjuju pravila koja su navedena u Bečkoj konvenciji. Ovaj način se može nazvati i neposredno određivanje depozitara. U nekim slučajevima postoji i posredno ukazivanje na to da će generalni sekretar biti depozitar ugovora jer mu se u tekstu predviđaju pojedine nadležnosti. Tako na primer Konvencija o sprečavanju finansiranja terorizma iz 1999. godine predviđa da će generalni sekretar biti dužan da deponuje originalne tekstove akta kao i da izdaje overene kopije teksta ugovora.<sup>20</sup> Pošto se radi o običajnim pravilima ustanovljenim nadležnostima depozitara, iako to nije u tekstu eksplicitno navedeno, nesumnjivo proizlazi da je upravo generalni sekretar depozitar u vezi ove konvencije.<sup>21</sup>

Ponekad će u prelaznim i završnim odredbama ugovora samo biti ukazano da će o stupanju na snagu ugovora obavestavati generalni sekretar, što opet znači da se radi o njemu kao depozitaru. Postoje i akti koji poveravaju neke druge nadležnosti generalnom sekretaru pa ga tako posredno određuju za depozitara ugovora. Takav je slučaj sa Dopunskim protokolom o krijumčarenju migranata kopnom, morem ili vazduhom iz 2000. koji je pridodat uz Konvenciju o sprečavanju transnacionalnog organizovanog kriminala gde se predviđa da će ratifikacioni instrumenti biti predavani generalnom sekretaru i da će on biti obavestavan o svim eventualnim modifikacijama ugovora.<sup>22</sup>

Prema dosadašnjoj praksi generalni sekretar će prema automatizmu prihvatiti nadležnosti depozitara ukoliko se radi o ugovoru koji je usvojen pod okriljem Organizacije u smislu da je ona sazvala konferenciju za njegovo usvajanje, ili da je tekst akta nastao kao posledica angažovanja nekog od organa Ujedinjenih nacija.

---

<sup>18</sup> North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands), Judgment of 20 February 1969, ICJ Reports, str. 41.

<sup>19</sup> Na isti način u članu 53 predvidela je i Konvencija o pravima deteta iz 1989. godine, kao i Konvencija o sprečavanju transnacionalnog organizovanog kriminala iz 2000.

<sup>20</sup> Predviđeno u članu 28.

<sup>21</sup> Na isti način ovo pitanje regulisao je Međunarodni sporazum o kafi iz 2000. godine u članu 55.

<sup>22</sup> Predviđeno članovima 21 i 22 navedenog Protokola.

U ugovornoj praksi su poznate i situacije određivanja više depozitara kao što je to bio slučaj sa Ugovorom o neširenju nuklearnog oružja iz 1968. godine. Jedini slučaj kada je generalni sekretar Ujedinjenih nacija bio određen kao zajednički depozitar jeste u Konvenciji o privilegijama i imunitetima specijalizovanih agencija iz 1947. godine kada je pored njega za prijem ratifikacionih instrumenata od država koje nisu članice predviđen i predsednik odnosne agencije.<sup>23</sup> Jedini slučaj da je ova mogućnost korišćena u praksi bio je slučaj Nepala kada je podneo svoj ratifikacioni instrument Svetskoj zdravstvenoj organizaciji.<sup>24</sup> Sličan slučaj podeljene nadležnosti javlja se i u kod Konvencije o pravu mora iz 1982. godine. Povodom podnošenja amandmana na ovu Konvenciju postoji predviđena obaveza da se oni predaju generalnom sekretaru Svetske pomorske organizacije koji je zatim dužan da ih prosledi generalnom sekretaru Ujedinjenih nacija koji je predviđen za formalnog depozitara ovog ugovora. Ovde je situacija samo na prvi pogled slična, ali je jasno da se u ulozi formalnog depozitara pojavljuje jedino generalni sekretar Ujedinjenih nacija, dok generalni sekretar Svetske pomorske organizacije samo ima proceduralnu funkciju.

Već je uobičajeno da se depozitaru poveravaju administrativne funkcije koje su vezane za ugovor. Postoje, međutim, i neki granični slučajevi u kojima nije u potpunosti jasno da li se radi o strogo administrativnim nadležnostima, koje su uobičajene povodom delatnosti depozitara, ili druge nadležnosti koji prevazilaze uobičajene okvire za njegovo delovanje. Tako Konvencija o pravu mora iz 1982. godine predviđa nadležnosti za generalnog sekretara,<sup>25</sup> ali i za čitav Sekretarijat Ujedinjenih nacija koje prevazilaze tipične zadatke depozitara. Ovo je učinjeno zbog posebne pravne prirode materije koja je regulisana ovim aktom.

Postoje i značajniji poslovi depozitara koji su vezani za rezerve. U krug takvih poslova spada i prijem svih jednostranih izjava povodom ugovora: ulaganje rezervi, prigovora na rezerve, kao i interpretativne deklaracije i uslovne interpretativne deklaracije, povlačenje rezervi, proširenje rezervi, zakasnele rezerve.

Funkcionisanje depozitara bilo je regulisano različitim izvorima. Direktna ovlašćenja proizlazila su iz ugovora, ali je dobar deo pravila proizlazio i iz običajne prakse koja je vremenom stvorena. Sam ugovor nije mogao da predvidi ni deo slučajeva koje je praksa nosila sa sobom, pa su običaji bili dominantni u prvoj fazi funkcionisanja depozitara. Tako je njihova pozicija bila delikatna, a praksa često nije bila konzistentna "delimično zbog teškoće da primeni ista pravi-

<sup>23</sup> United Nations, Treaty Series, vol 33, page 261.

<sup>24</sup> Videti: Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General (United Nations publication, Sales No. E.95.V.5), chap. III.2, Nepal, note 10.

<sup>25</sup> Videti: Final Clauses of Multilateral Treaties, Handbook, United Nations Publications, 2003, str. 11.

la na različite slučajeve, a delimično zato što je, u protekle dve dekade, ovaj deo prava bio u ekspanziji.<sup>26</sup> Prvenstveno su bili rukovođeni vladajućim principom "jednoglasnosti"<sup>27</sup>, da bi zatim pratili fleksibilni sistem u vezi rezervi koji je preovladao. Potom su se pravila razlikovala od depozitara do depozitara pa je teško govoriti u potpunosti o identičnim pozicijama. To je čak teško i ako se posmatra samo praksa generalnog sekretara.

Kroz praksu depozitara, dolazilo je i do razvoja već postojećih i do nastanka novih pravnih pravila koja se odnose na njihov položaj i ulogu. Ipak ovde se mora naglasiti da su tekst ugovora i praksa depozitara primarni izvori njegove nadležnosti, a da su pomenute pravne norme Bečkoj konvenciji samo rezidualne prirode.

Pored toga generalni sekretar bio je pod stalnim pritiskom i u pogledu legitimacije za ulaganje rezerve i prigovora na nju. Pošto je jasno da rezerva kao i prigovor na nju dovodi do promene obim prava i obaveza koji postoje prema primarnom tekstu ugovora onda bi jedino logično bilo da takve postupke mogu preduzimati samo lica koja mogu da konačno obavežu državu sopstvenom izjavom volje bilo na osnovu funkcije ili na osnovu punomoćja. Postojali su zahtevi da stalni predstavnici pri Ujedinjenim nacijama imaju takvu pretpostavljenu nadležnost, ali je praksa generalnog sekretara uglavnom bila negativna po tom pitanju. Jedino je na zahtev Kine i Velike Britanije generalni sekretar prihvatao da njihovi stalni predstavnici imaju takve uloge.<sup>28</sup> Ipak ovakva situacija pre bi se mogla podvesti pod pojam generalnog punomoćja koje su ove države izričito dale svojim predstavnicima, zbog toga su oni imali punu nadležnost da preduzimaju sve radnje u vezi ugovora.

Generalni sekretar je kao administrativno i tehničko lice u ulozi depozitara imao ulogu i da proverava formalne momente povodom ulaganja rezervi kao i svih izjava u vezi sa njima. U pogledu vremenskog uslova generalni sekretar različito je reagovao. Prema pregledu prakse generalnog sekretara može se zaključiti da on ne opravdava ulaganje rezervi prilikom potpisa ugovora ukoliko to nije način konačnog obavezivanja (to su na neki način preuranjene rezerve) zato što može doći do njihovih promena prilikom ratifikacije, a i neće se uvek jasno znati šta je njihova sadržina. Najbolji i pravi trenutak je naravno čin konačnog obavezi-

---

<sup>26</sup> Mendelson, M. H., *Reservations to the Constitutions of International Organizations*, 45 BYIL, 1975, str. 141.

<sup>27</sup> Videti: Harvard Law School, *Research in International Law*, "Draft Convention, with Comment, Prepared for the Codification of International Law: Law of Treaties, AJIL, 29, 1935, Supplement, Pt. III, str. 870-912.

<sup>28</sup> Palitha T. B. Kohona, *Current developments, Some notable developments in the practice of the UN Secretary General as depositary of multilateral treaties: Reservations and declarations*, AJIL, Vol. 99, No. 2, 2005, str. 434-435.

vanja ugovorom. Međutim kada se radi o prekoračenju vremenskog uslova tu je generalni sekretar bio prilično fleksibilan jer dopušta i ulaganje zakasnelih rezervi i to pod uslovom ako "ni jedna država članica ne prigovori u određenom vremenskom periodu."<sup>29</sup> Ovde je generalni sekretar bio i kreator posebne prakse da je rok za prigovor kraći nego kod pravovremeno uložene rezerve i iznosio je tri meseca.<sup>30</sup>

U pogledu dopustivosti rezerve prema ugovoru generalni sekretar ima važnu ulogu. Tu se mogu razlikovati tri situacije. Posebno je značajna uloga generalnog sekretara u situaciji kada ugovor zabranjuje rezerve. U tom slučaju on zaista može da opravda svoju funkciju čuvara ugovora jer je dužan da državu koja želi da uloži rezervu obavesti da je ona zabranjena. Nešto je drugačija situacija kada su ugovorom zabranjene samo određene rezerve, dok su druge dopuštene. U toj situaciji generalni sekretar je dužan da pored obaveštenja da je rezerva prema ugovoru nedopuštena i obavesti državu koja ulaže takvu izjavu o razlozima neprihvatljivosti rezerve sa tačnim navođenjem člana kojim je takva zabrana uvedena. Ukoliko su samo neke rezerve dopuštene, a ugovor ćuti o ostalima, onda depozitar u situaciji kada država uloži takvu rezervu ipak prepušta državama ugovornicama da ocene hoće li prihvatiti rezervu ili neće u uobičajenom roku. Tada započinje test kompatibilnosti. Dalje proizlazi da depozitar ne bi smeo da ima diskrecionu ulogu u oceni dopustivosti rezerve već da predstavlja pravnu vezu između ugovornica i potencijalnog rezervanta pružajući tehničku pomoć i obaveštenja.<sup>31</sup>

Postoji i drugačija situacija kada ugovor zabranjuje rezerve u potpunosti. Ona je vezana za slučajeve kada država uloži jednostranu izjavu volje koju predstavlja kao interpretativnu deklaraciju, a generalni sekretar posumnja da se radi o rezervi. Tada će on zatražiti dodatno objašnjenje od dotične države. Država je onda dužna da obrazloži takvu jednostranu izjavu i uglavnom u tim situacijama generalni sekretar prihvata izjavu o čijoj će sudbini tek dati konačnu reč države ugovornice. Ovde može doći do situacije da, iako ugovor zabranjuje rezerve, ćutanje država ugovornica dovede do faktičkog prihvata rezerve. Da li bi se onda moglo smatrati da je takva rezerva validna? Da li je jača izričito izražena ili pretpostavljena volja ugovornica? Izričito izražena volja ima prednost što je formalizovana i nesumnjiva, a pretpostavljena što je kasnija po proizvođenju pravnih po-

<sup>29</sup> Summary of Practice of the Secretary general as depozitary of multilateral treaty, UN Doc. ST/LEG/8/Rev. 1, 1994, [www.untreaty.un.org](http://www.untreaty.un.org).

<sup>30</sup> Ipak je vremenom naišao na razumni otpor pre svih evropskih država i prema odluci Pravnog komiteta ovaj rok je produžen na 12 meseci.

<sup>31</sup> Cilj eventualnih uputstava generalnog sekretara jeste da država koja pokušava da pristupi ugovoru uz rezervu to učini na pravno valjan način i u skladu sa ugovorom.

sledica. Problem je i taj što su norme Bečke konvencije uglavnom dispozitivne prirode. Upravo iz tog razloga se čini da je opravdano dati prednost tekstu ugovora i nesumnjivoj zabrani ulaganja rezervi, a ne nekoj činjenici da protek roka stvara pravnu posledicu prihvata rezerve. Kako nešto što je zabranjeno ugovorom može postati na bilo koji način, sem novim ugovorom, validno. "Prema praksi generalnog sekretara određivanje da li je izjava države data pri potpisu, ratifikaciji, prihvatanju, odobravanju ili pristupu ispunila uslove da bude primljena u depozit kao rezerva u skladu sa specifičnim odredbama ugovora dolazi izvan odgovornosti depozitara."<sup>32</sup>

Pored toga ukoliko je situacija takva da je potrebno presuditi da li je rezerva u skladu sa predmetom i ciljem ugovora onda tu generalni sekretar nema nikakve kompetencije.

Postoje stavovi da u situaciji kada generalni sekretar posumnja da se radi o nekoj rezervi koja je suprotna predmetu i cilju ugovora ipak ima obavezu da sve ugovornice obavesti o potencijalnim razlozima za neprihvatljivost rezerve. Time se ne remeti pravilo koje je praksom nastalo, a tiče se pasivne uloge u konačnoj oceni rezerve od strane depozitara koje i dalje ostaje na snazi. To bi pomoglo "mnogim ministarstvima spoljnih poslova (pre svega malih država) koji nemaju sredstva da proveravaju svaku rezervu i njenu dopuštenost."<sup>33</sup> Dakle, ovde postoje dve situacije, jedno je prijem jednostrane izjave u depozit ugovora, a nešto sasvim drugo donošenje konačne odluke o pravnoj sudbini takve izjave. Ovo prvo je procesna, a drugo meritorna kategorija.

## ZAKLJUČAK

*Suma summarum* ulogu najvažnijeg depozitara međunarodnih ugovora već duže vreme ima generalni sekretar na šta ukazuje i činjenica da je kod njega deponovano preko 500 međunarodnih ugovora i to u skladu sa Poveljom UN i rezolucijom Generalne skupštine broj 24 od 12.2.1946. godine. Vremenom je generalni sekretar bio sve više u centru pažnje, jer iako on nije mogao da odlučuje o pravnim kvalifikacijama kao depozitar važnih međunarodnih ugovora, on je u dobroj meri bio i inicijator nastajanja nove prakse. Uostalom on je i pokrenuo inicijativu za savetodavno mišljenje iz 1951. godine svojim pitanjima upućenim Generalnoj skupštini o tome da li može smatrati ugovornicama one države koje su prihvatile Konvenciju o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida ako su uložili

---

<sup>32</sup> Summary of Practice of the Secretary general as depositary of multilateral treaty, UN Doc. ST/LEG/8/Rev. 1, 1994, [www.untreaty.un.org](http://www.untreaty.un.org), para 161.

<sup>33</sup> Palitha T. B. Kohona, op. cit., str. 442.

le rezervu na član 9. a druge ugovornice su prigovorile na nju. Ovo pitanje je bilo veoma važno za samu Konvenciju jer generalnom sekretaru kao depozitru nije bilo jasno da li je ispunjen uslov za stupanje na snagu iz Konvencije. Kao jedna od posledica pomenutog mišljenja može se navesti i rezolucija<sup>34</sup> kojom je Generalna skupština prihvatila mišljenje Suda i naložila generalnom sekretaru: "... da nastavi delovanje kao depozitar dokumenata uključujući prijem rezervi i prigovora, ali bez ulaska u pravne efekte takvih dokumenata" i "da prosleđuje saopštenja u vezi rezervi i prigovora svim zainteresovanim državama, ostavljajući svakoj državi da sama zaključi o pravnim posledicama takvih saopštenja." Kasnije usled usvajanja rezolucije<sup>35</sup> uloga generalnog sekretara postaje još više tehničke prirode i naziva se "službena procedura". Tako vremenom nastaju i neka nova procesna pravna pravila kojima je oslonac bio upravo generalni sekretar. To su pre svega pravila u vezi zakasnelih rezervi i neke vrste teritorijalnih klauzula.

Danas se pravni život univerzalnih međunarodnih ugovora ne može ni zamisliti bez aktivnosti koje vrši generalni sekretar zajedno sa stručnim službama sekretarijata Ujedinjenih nacija. Na ovaj način vrši se centralizacija u pogledu obezbeđenja stupanja na snagu i primene međunarodnih ugovora. Preko navedenih aktera uspostavlja se pravna sigurnost u smislu postojanja pravnih obaveza koje su na snazi za svaku državu. Zbog toga je mesto depozitara, a naročito generalnog sekretara Ujedinjenih nacija od velike važnosti za funkcionisanje i izgradnju objektivnog međunarodnog poretka.

BOJAN MILISAVLJEVIĆ, L.L.D.,  
Assistant Professor, Faculty of Law, Belgrade

DEPOSITARY OF MULTILATERAL TREATIES  
– The practice of the Secretary General of UN –

Summary

Multilateral treaties in international law have a particularly important role in the creation of objective legal rules. In today's international community in such a special place occupies the depositary agreement, because accumulated important functions that are indispensable to the effectiveness and implementation of multilateral agreements. Among the most important are the authorized

---

<sup>34</sup> Resolution 598 od 12 januara 1952. godine.

<sup>35</sup> Resolution 1452 od 7. decembra 1959. godine.



depository has the Secretary-General, who, with the help of professional bodies Secretariat has created a wide practice and documentation must for the implementation of international agreements.

This paper examines the development and function of the depository of international treaties, in particular the Secretary-General, as well as some of the specifics in terms of communication regarding unilateral declarations party. Special attention is given to newer depository practice and improvement customary rules that are related to the exercise of his functions.



IVANA JELIĆ

## PRAVO NA DRŽAVLJANSTVO

– Osvrt na problem dvojnog državljanstva u Crnoj Gori –

### DRŽAVLJANSTVO U KONTEKSTU LJUDSKIH PRAVA

Pravo na državljanstvo može se sagledati kroz pravne, političke, sociološke, kulturološke, ali i etičke aspekte. Činjenica da ostvarenje državljanstva predstavlja preduslov za uživanje mnogih ljudskih prava i sloboda, te da njegov gubitak može dovesti do nemogućnosti ostvarenja osnovnih životnih potreba, dovodi ovo senzitivno pitanje u centar prava i morala.

Državljanstvo se, najprije, može definisati kao 'pravni odnos između države i fizičkog lica, iz kojeg proističu određena prava i obaveze za oba subjekta'.<sup>1</sup> Ono se može odediti i kao ljudsko pravo od kojeg zavisi ostvarenje većine ostalih ljudskih prava. U tom smislu, ono znači pravo na državljanstvo određene države, čije uslove za sticanje njenog državljanstva pojedinac ispunjava.

Državljanstvo, kao ljudsko pravo, je postalo predmetom međunarodno-pravne zaštite tek poslije II svjetskog rata, kada je propisano prvim međunarodnim dokumentom o ljudskim pravima, kojim je, u suštini, započela internacionalizacija ljudskih prava – Univerzalnom deklaracijom o ljudskim pravim (u

---

Dr Ivana Jelić, docent Pravnog fakulteta Univerziteta Crne Gore.

<sup>1</sup> Stanivuković M, Živković M.: *Međunarodno privatno pravo – opšti deo*, Službeni glasnik, Beograd 2010, str. 85.

budućem tekstu: UD)<sup>2</sup>. Prema njoj, svako ima pravo na državljanstvo i niko ne smije samovoljno biti lišen svog državljanstva, niti prava da ga promijeni.<sup>3</sup> Konkretizacija ove odredbe je, ipak, izostala u Paktu o građanskim i političkim pravima (u budućem tekstu: PGP), što nije bila i sudbina većine građanskih i političkih prava, koje je propisala UD. Razlog za to je nepostojanje opšteg međunarodnog konsenzusa, koji je neophodan za formiranje opšteprihvaćenog međunarodnog pravila, budući da bi ono ovdje podrazumijevalo naglašeno ograničenje državnog suvereniteta.

Dakle, o pravu na državljanstvo se još uvijek teško može govoriti kao o osnovnom ljudskom pravu, odnosno prirodnom pravu svakog pojedinca, koje postoji nezavisno od volje države i vlasti. Ovo, najprije, zato što pravo na državljanstvo potpada pod sferu isključive unutrašnje nadležnosti države, te se u principu reguliše unutrašnjim pravom. Države, pritom, imaju obavezu da, uređujući pitanja u vezi sa svojim državljanstvom, ne zalaze u sferu isključive unutrašnje nadležnosti drugih država i ne povrijede njihove interese. Uz to, međunarodno pravo ne sadrži onaj minimum zajedničkog standarda koji se odnosi na načine i uslove sticanja državljanstva, kao ni njegov prestanak. Države ovo pitanje uređuju zakonima, a mnogi od njih propisuju da se ono stiče porijeklom, rođenjem na teritoriji odnosno države, prijemom ili po međunarodnim ugovorima.<sup>4</sup>

Kao javnopravna veza između države i pojedinca, državljanstvo stvara uzajamna prava i obaveze. Iz činjenice da je neko državljanin odnosno države, tj. da je pod njenom jurisdikcijom, proizilazi i obaveza države da ga zaštiti, i set ljudskih prava i sloboda koje pojedinac ostvaruje u svojoj državi, odnosno njenim sredstvom. Na taj način štite se interesi državljanina, ali i interesi države. Takođe, iz pravne veze koja znači državljanstvo, proističe i pravo na diplomatsku i konzularnu zaštitu pojedinaca, odnosno obaveza države da se supstituiše u ime državljanina čije je pravo povrijeđeno, te da ga zaštiti u odnosu na državu koja mu je povredu nanijela.

<sup>2</sup> Kada je, 10. decembra 1948. godine, Generalna skupština UN-a usvojila Univerzalnu deklaraciju o ljudskim pravima u formi rezolucije, ona je, u samo trideset članova, predstavljala neophodni minimum zajedničkog standarda o zaštiti ljudskih prava u međunarodnoj zajednici. Njena pravna priroda bila je dugo diskutabilna, jer je *stricto sensu* bila pravno neobavezujući dokument. Danas je, pak, pravna imperativnost Deklaracije nediskutabilna, budući da su njene odredbe dobile snagu međunarodnog običaja, kao 'dokaza opšte prakse prihvaćenog kao pravo', a neke odredbe imaju i pravnu snagu načela *in foro domestico*. Dakle, ikao se ne radi ni danas o međunarodnom ugovoru, ovaj dokument jeste izvor međunarodnog prava, na osnovu toga što odredbe potpadaju od ostala dva glavna izvora međunarodnog prava.

<sup>3</sup> Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima, član 15.

<sup>4</sup> Ove načine sticanja crnogorskog državljanstva propisuje član 4 Zakona o crnogorskom državljanstvu ("Službeni list CG", br. 13/2008, 40/2010, 28/2011 i 46/2011).

Pripadnost određenoj državi, koju daje državljanstvo, važno je obilježje identiteta pojedinca. Ono se u evropskom kontekstu, ipak, ne poklapa uvijek sa nacionalnim identitetom, kao što je to slučaj sa, recimo, američkim poimanjem ovog pojma. Kada govorimo o nacionalnom identitetu, a naročito o manjinskom nacionalnom identitetu, očigledno je da se radi o najosjetljivijem aspektu identiteta, koji je u evropskom kontekstu multikulturalnih država sasvim različit od identiteta koji proističe iz državljanstva. Prema Kimliki, zapadne demokratije su loše procijenile trajnost nacionalnog identiteta nacionalnih manjina, objašnjavajući da iako osobine nacionalnog identiteta mogu brzo da se mijenjaju (*exempli causa*: heroji, mitovi i običaji), sam identitet, u značenju osjećaja pripadnosti drugaćijoj naciji, sa sopstevnom kulturom, mnogo je stabilnija kategorija.<sup>5</sup>

No, i pored ograničenja koja proizilaze iz suvereniteta države i koja se odnose na to da samo odnosna država može dati konačnu riječ da li neko ispunjava uslove za sticanje i gubitak državljanstva, pravo na državljanstvo čini dio korpusa ljudskih prava, doduše kao veoma ranjivo pravo. Njegovu ranjivost potvrđuje i zavisnost od društveno-političkih prilika, kako na međunarodnom, tako i na unutrašnjem planu.

Glavni problem u vezi sa ostvarivenajem državljanstva, u suštini, vezan je za sukob zakona država u pogledu njegovog sticanja. Društvene okolnosti, prije svega ekonomske i političke prilike, kao i kriterijum za sticanje statusa državljanina određene zemlje, koji je zastupljen od samog početka stvaranja državljanstva u većini zakonodavstava, prepreka je potpunom odstranjivanju pojave sukoba zakona u materiji državljanstva.<sup>6</sup>

Nažalost, u praksi se ti sukobi najčešće završavaju nepovoljno, pa lice ostaje bez državljanstva, i pored svjetske borbe za smanjenje apatridije<sup>7</sup>. Problemi apatrida, čiji status ostaje pravni i moralni izazov, a ostvriavanje njihovih prava i sloboda u sferi pravnog vakuuma, opterećuju većinu država.<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> Kymlicka W.: *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1995, str. 10.

<sup>6</sup> Čok V.: *Pravo na državljanstvo*, Beogradski centar za ljudska prava, Dosije, Beograd, 1999, str. 37.

<sup>7</sup> Za pravni položaj apatrida, na univerzalnom planu, najznačajniji su sljedeći međunarodni ugovori: Konvencija o pravnom položaju lica bez državljanstva (1954), Konvencija o državljanstvu udete zene (1957) i Konvencija o smanjenju slucajeva apatridije (1961). U okviru evropskog sistema zaštite ljudskih prava, značajna su dva međunarodna ugovora, oba usvojena u okrilju Savjeta Evrope. To su: Evropska konvencija o državljanstvu (1997) i Konvencija o izbjegavanju apatridije u vezi sa sukcesijom država (2006).

<sup>8</sup> Detaljnije u: Jelić I.: *Pravni položaj apatrida prema savremenom međunarodnom pravu*, u: Zbornik Pravnog fakulteta u Podgorici, Podgorica, 2012, str. 16–23.

MEĐUNARODNI STANDARDI ZAŠTITE PRAVA  
NA DRŽAVLJANSTVO

Međunarodnopravni okvir za ostvarivanje prava na državljanstvo je skroman, jer osim garancije prava svakom pojedincu, nema konkretnijih odredaba na koji način ovo pravo ostaviti. Ono je, do danas, ostalo predmetom regulisanja unutrašnjih pravnih poredaka.

Po međunarodnom pravu, svaka država određuje uslove za sticanje i gubljenje svog državljanstva i niti zakoni druge države, niti neki drugi njeni propisi, ne mogu suspendovati državljanstvo prethodne<sup>9</sup>, što je konstatovao i Evropski sud pravde u slučaju Mikeleti<sup>10</sup>. Iako se ovo odnosi na kontekst Evropske unije, i konstataciju Evropskog suda pravde u procesu odlučivanja po prethodnom pitanju, ovo pravilo ima širi značaj od partikularnog evropskog i dublje značenje od garancije uživanja slobode na privređivanje unutar Unije u konkretnom slučaju.

No, i pored nepostojanja cjelovitog međunarodnopravnog okvira u pogledu državljanstva, napori međunarodne zajednice da se državljanstvo nametne kao ljudsko pravo, a ne mogućnost, doprinijeli su boljem normiranju ovog pitanja, kao i boljoj zaštiti identiteta.

Pravo na državljanstvo prvi put se kao predmet međunarodnopravnog regulisanja pojavilo u okviru Društva naroda, i normiralo Konvencijom o rješavanju sukoba zakona u materiji državljanstva<sup>11</sup>, usvojenoj na konferenciji o kodifikaciji međunarodnog privatnog prava u Hagu, 1930. godine.

Pomenutim članom 15 UD, pravo na državljanstvo je izdignuto na nivo pravne zaštite savremene međunarodne zajednice, koji je utemeljen na “urođenom ljudskom dostojanstvu” i polazi od toga da su “jednaka i neotuđiva prava svih članova ljudske porodice temelj slobode, pravde i mira u svijetu”<sup>12</sup>.

Stav 2 člana 15 Univerzalne deklaracije “Niko ne smije samovoljno biti lišen svog državljanstva, niti prava da promijeni državljanstvo” može se tumačiti kao

---

<sup>9</sup> Etinski R, Đajić S, Stanivuković M, Bordaš B, Đundić P, Tubić B, *Osnovi prava Evropske unije*, Novi Sad, 2010, str. 238.

<sup>10</sup> Case C-369/90 Mario Vicente Micheletti and others v Delegación del Gobierno en Cantabria, izvori: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61990J0369:EN:HTML> (09.09.2012), <http://eudo-citizenship.eu/eu-case-law#.UGBVObIgdBc> (09.09.2012)

<sup>11</sup> Konvencija predviđe sa svaki pojedinac ima pravo na jedno državljanstvo, a kao ravnopravni snovni ciljevi tretiraju se otklanjanje i apatridije i dvojnog državljanstva. Ovo rješenje je bilo u duhu tadašnjih složenih problema u vezi sa rješavanjem konkretnih slučajeva, koji su proizlazili iz sukoba zakona.

<sup>12</sup> Preambula UD.

doprinos zabrani apatridije, kao pojave koja ugrožava sigurnost čovjeka, kidajući ili mu ne omogućavajući pravnu vezu sa državom.

Iako PGP ne sadrži odredbu kojom garantuje pravo na državljanstvo, ipak u članu 24, stav 3 u okviru zaštite porodice istice da svako dijete ima pravo da stekne neko državljanstvo.

Konvencija o državljanstvu udate žene, iz 1957. godine, sadrži kao osnovno pravilo da ni sklapanje, ni razvod braka između domaćih i stranih državljana, ni promjena državljanstva muža za vrijeme braka, ne mogu biti *ipso facto* osnovi za promjenu državljanstva žene. Ovo je, inače, pravilo koje važi u zakonodavstvima većine država. Ipak, na pitanje da li žena udajom za stranog državljanina, pod uslovom da to želi, postaje državljanica muževe države, odgovor daje unutrašnje pravo te države, odnsono pravni režimi obje odnosne države. Rješenja iz ove konvencije mogu dovesti do povećanja bipatridije, što je i glavna zamjerka.

Američka konvencija o ljudskim pravima, iz 1969. godine, tretira državljanstvo kao osnovno ljudsko pravo. Njene odredbe su zasnovane na principu da se državljanstvo stiče prema mjestu rođenja (*ius soli*), ukoliko nema pravo na državljanstvo neke druge države. Ovo iz razloga što je Konvencija usmjerena kao smanjenju apatridije, sukoba zakona, ali posredno i bipatridije.

Konvencija o pravima djeteta, iz 1989. godine, u članu 7 stavu 1, propisuje da se 'dijete prijavljuje odmah nakon rođenja i od rođenja ima pravo na ime, pravo na staranje, državljanstvo i, ako je to moguće, pravo da zna ko su mu roditelji i pravo na njihovo staranje'. Nadalje, u članu 8 stavu 1, Konvencija prepoznaje da nacionalni pravni poreci na razlicitom stepenu štite apatride, kao i da se 'ne razlikuju i u pogledu prihvatanja obaveza prema međunarodnom pravu, tj. obavezivanja u odnosu na međunarodne konvencije koje štite prava apatrida'.

Evropska konvencija o državljanstvu Savjeta Evrope, iz 1997. godine, ima polazište u činjenici da države imaju različit pristup prema višestrukom državljanstvu. Ona priznaje pravo svake države da slobodno odluči o mogućnostima i posljedicama u vezi sa dvojnim državljanstvom, izdižući time pravo na suverenitet, na osnovu kojeg država isključivo odlučuje o državljanstvu, iznad ljudskog prava na državljanstvo.

Konvencija utvrđuje da:

– pitanja “koja se odnose na državljanstvo” je potrebno regulisati sa “uzimanjem u obzir kako legitimnih interesa države tako i pojedinaca”, i pravo svakoga na poštovanje svog privatnog i porodičnog života, sem ako je “neophodno u interesu nacionalne bezbjednosti, javne bezbjednosti ...” (član 8);

– “svaka država treba da odredi po svom vlastitom pravu ko su njeni državljanji” (odredba u članu 3); pri čemu je “poželjno da sa nađu pogodna rješenja za



posljedice višestrukog državljanstva, a posebno u pogledu prava i obaveza višestrukog državljanstva”; kao i da “svaka je država slobodna da odluči koje će posljedice u njenom unutrašnjem pravu imati činjenica da neki njen državljanin dobija ili ima drugo državljanstvo” ( alineje 8. i 9)

– “svaka država treba da predvidi svojim unutrašnjim pravom mogućnost naturalizacije lica koja imaju zakonito prebivalište na njenoj teritoriji” i “olakša sticanje državljanstva” bračnim osobama, djeci jednog državljanina, licima rođenim na njenoj teritoriji, priznatim izbjeglicama koji imaju zakonito prebivalište na njenoj teritoriji ( član 6);

– “država ne smije predvidjeti svojim unutrašnjim pravom gubitak njenog državljanstva ex lege”; to je načelo, od koga se i dopuštaju izuzeci: dobrovoljno sticanje drugog državljanstva, prevara prilikom sticanja državljanstva, ozbiljno ugrožavanje vitalnih interesa države, nedostatak stvarne veze lica i države čiji je državljanin (član 7);

– “svaka država treba da obezbijedi da odluke koje se odnose na sticanje, zadržavanje, gubitak, povratak ili ovjeru državljanstva budu otvorene za administrativnu i sudsku provjeru osnovanosti” ( član 12) .

Posebno se u Konvenciji utvrđuju principi za “davanje ili zadržavanje državljanstva” u slučajevima državne sukcesije. Utvrđuje se: “svaka država” prilikom regulisanja državljanstva u slučajevima državne sukcesije, “treba da uzme u obzir posebno: a) stvarnu i efektivnu vezu dotičnog lica sa državom; b) prebivalište dotičnog lica u vrijeme državne sukcesije; c) teritorijalno porijeklo lica, i d) želju dotičnog lica”.

U sporazumima država sukcesije “treba da se poštuju ovi principi i pravila” (član 19). Očigledno je da se u koncepciji Konvencije daje posebna važnost “prebivalištu”.

U savremenim teorijskim razmatranjima o državljanstvu potvrđuje se, već ustaljeno stanovište, da je državljanstvo pravna kategorija. Ipak, postoji tendencija da se snažno naglašava da taj institut ima i političke, kulturološke i humane komponente i da su rješenja o državljanstvu činilac po kome se određuje da li je država demokratska ili je odlikuju zatvorenost ili nedemokratičnost. Ovi stavovi sve više dobijaju primjenu, veću ili manju refleksiju, u međunarodnim političkim i pravnim dokumentima i u rukovodnim načelima za odluke evropskih institucija

Takođe, međunarodna jurisprudencija je dala doprinos tumačenju pojmova relevantnih za ovu problematiku. Naime, razjasnila je neka od spornih pitanja u vezi sa državljanstvom, kao na primjer na to da li lice koje posjeduje više državljanstava može ostvariti diplomatsku zaštitu, te šta znači efektivno državljanstvo.

U slučaju *Nottebohm*<sup>13</sup>, Međunarodni sud pravde (u daljem tekstu: MSP) je zauzeo stav da se licu koje ima dva ili više državljanstava može osporiti pravo na diplomatsku zaštitu države, ako to državljanstvo nije efektivno, odnosno ukoliko između odnosne države i lica koje je njen državljanin ne postoji stvarna, autentična i vjerodostojna veza (*genuine connection*).<sup>14</sup>

Dalje, MSP je postavio standarde koji se odnose na efektivno državljanstvo. Naime, da li je neko državljanstvo efektivno, tj. da li proizvodi posljedice, ocjenjuje se u odnosu na: prebivalište, centar interesa odnosnog lica, porodične veze, ušćeće u javnom životu, odanost tradiciji, interesima i načinu života te državne zajednice, vršenje prava i obaveza bezanih za državljanstvo i sl.<sup>15</sup>

S obzirom na to koliki značaj državljanstvo ima za pojedinca, u smislu ne samo ostvarivanja njegovih prava i sloboda, te njegove zaštite u inostranstvu od strane države, već i konstituisanja njegovog identiteta, kao kompleksnog fenomena, kojem državljanstvo može dati dodatni smisao, međunarodno pravo, a prije svega evropsko, teži da ojača pravila koja će čovjeku pružiti bolje, ako ne i potpuno, ostvarenje pravne sigurnosti. A, nju je najlakše ostvariti kroz pravnu vezu sa 'svojom' državom.

Ipak, na sadašnjem nivou razvoja i interesa u međunarodnoj zajednici, nije realno očekivati ujedinjavanje pravila koja bi uredila na uniforman način sticanje i ostala relevantna pitanja u vezi sa pravom na državljanstvo, iako bi to, po prilici, dovelo do nestanka brojnih problema, prevashodno onih povodom sukoba zakona. Ovo nije realno ni iz razloga koji se tiču činjenice da je državljanstvo ne samo pravna veza, već i dio mentaliteta, kulture i tradicije neke države. Na kraju, državljanstvo je i pravno i političko pitanje, te je u tom kontekstu bitna i činjenica da je suverenitet države neprikosnoven kategorija u međunarodnopravnom porijeklu.

## DVOJNO DRŽAVLJANSTVO

Iako je sastavni dio instituta državljanstva, dvojno državljanstvo se do skoro tretiralo kao kontroverzno i komplikovano, pa i opasno i neprihvatljivo za države, tj. njihov bezbjednosni nacionalni sistem. Bipatridi su nerijetko pod lupom

---

<sup>13</sup> Case *Nottebohm*, Liechtenstein v. Guatemala, ICJ Reports 1955. Dostupno i na: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=26&case=18&code=lg&p3=5> (20.09.2012)

<sup>14</sup> ICJ Reports 1955, str. 23. Dostupno na: <http://www.icj-cij.org/docket/files/18/2674.pdf> (20.09.2012)

<sup>15</sup> *Ibid.* Pogledati i: Etinski R.: *Međunarodno javno pravo*, Pravni fakultet, Novi Sad, 2007, str. 231.

država, često smatrani sumnjivim i nelojalnim građanima. Ponašanje neke države prema dvojnom državljanstvu i licu koje ga ima, u suštini, odraz je dobrih ili loših odnosa među odnosnim državama. U okolnostima loših međudržavnih odnosa, koji su uzrokovani prethodnim razlozima koji idu čak i do oružanih sukoba, obično postoji i odbojan stav prema pravu na dvojno državljanstvo, te ono nije poželjno.<sup>16</sup>

Danas je situacija izmijenjena, ali mnoge države još uvijek imaju rezervu prema bipatridiji. Ono što je sigurno i danas jeste da dvojno državljanstvo nije standard međunarodnog prava. Standard je da je pravo svake države da slobodno odluči koje će posljedice u njenom unutrašnjem pravu imati činjenica da neki njen državljanin dobija ili ima drugo državljanstvo, kao i da je poželjno da države nađu pogodna rješenja za posljedice višestrukog državljanstva, a posebno u pogledu prava i obaveza višestrukog državljanstva.

Savremeno međunarodno pravo ima tendenciju da humani i kulturološki razlozi traže i nalažu fleksibilniji, a ne rigidni odnos prema državljanstvu. Takođe, ovdje spadaju i olakšice za sticanje državljanstva, naročito kada su u pitanju izbjeglice, kao i u situacijama sukcesije država. Pri tome se prebivalištu daje presudan značaj.

Dvojno državljanstvo je, dakle, s jedne strane, odluka pojedinca da ima pravnu vezu sa dvije države, tj. da postane državljanin neke države, ne odričući se državljanstva koje već ima, a s druge strane, mogućnost koju odnosne države dozvoljavaju, odnosno prihvataju.

U realnosti se ustaljuje stanovište da su propisi o (dvojnom) državljanstvu jedno od mjerila po kojima se određuje demokratskost države. Takođe, u savremenim uslovima velikih migracija, kada postoji sve veća potreba da se izbjegne mogućnost apatridije samo iz razloga što je pojedinac morao promijeniti mjesto boravka, najčešće radi novog posla, ili je rođen u državi koja nije država porijekla njegovih roditelja, dvojno državljanstvo nije isključivo političko pitanje. Ono postaje potreba savremenog života, koji nameće dodatne obaveze pojedinca prema dvijema državama.

Uporedna savremena praksa država<sup>17</sup> ne daje niti jedinstvene odgovore, niti opšteprihvaćena rješenja, ali govori u prilog tome da je bipatridija sve češća po-

<sup>16</sup> Čok V., *Op. cit.*, str. 73.

<sup>17</sup> Švajcarska, recimo, zakonom iz 1990. godine dozvoljava dvojno državljanstvo, prevashodno u cilju suzbijanja apatridije i spečavanja višestrukog državljanstva, ali i radi omogućavanja velikom broju stranaca na radu u Švajcarskoj da se integrišu u njeno društvo, naročito onih koji su u njoj rođeni kao druga generacija stranaca. Holadija primjenjuje pravila o dvojnom državljanstvu od davnina, Italija od 1912. godine, a SAD dozvoljava dvojno državljanstvo još zakonima iz 1940. i 1950, što je potvrđeno i izmjenama i dopunama Zakona o imigraciji i državljanstvu iz 1986. Od dr-

java. Najčešće države prihvataju institut dvojnog državljanstva u odnosu na naturalizovane državljane, kojima dozvoljavaju da zadrže svoje prvostečeno državljanstvo, stečeno po osnovu porijekla. Države dozvoljavaju dvojno državljanstvo, iz razloga sopstvenih interesa, a najčešće putem zaključivanja bilateralnih sporazuma.

Takođe, u međunarodnom pravu nema uporišta rješenje da, po sili zakona, državljaninu jedne države prestaje državljanstvo te države samo zato što primi državljanstvo druge. Svako rješenje zasnovano na tome, podložno je sudskoj provjeri zakonitosti, kako domaćeg suda, tako i međunarodnog.

### CRNOGORSKO DRŽAVLJANSTVO

Zakon o crnogorskom državljanstvu<sup>18</sup>, koji se inače smatra restriktivnim, definiše crnogorsko državljanstvo kao zakonsku vezu između fizičkog lica i države Crne Gore i ne ukazuje na nacionalno i etničko porijeklo (član 1 stav 1).<sup>19</sup> Članom 2, Zakon propisuje da se crnogorski državljanin, koji ima i državljanstvo druge države, smatra crnogorskim državljaninom u postupku pred organima Crne Gore, ako drugačije nije određeno ratifikovanim međunarodnim ugovorima.

Crnogorsko državljanstvo se stiče porijeklom, rođenjem na teritoriji Crne Gore, prijemom i po međunarodnim ugovorima i sporazumima, kako slovi u članu 4. Prvi način, dakle, putem krvne veze (*ius sanguinis*), tj. porijeklom, osnovni je način sticanja crnogorsog državljanstva.

Sticanje crnogorskog državljanstva rođenjem na teritoriji Crne Gore (*ius soli*) je dopunski način sticanja crnogorskog državljanstva. U tom smislu, član 7 Zakona služi naporima izbjegavanja apatridije za djecu rođenu ili nađenu u Crnoj Gori. Kako je oom odredbom propisano, dijete rođeno ili nađeno na teritoriji Crne Gore stiče crnogorsko državljanstvo ako su mu oba roditelja nepoznata ili nepoznatog državljanstva ili su lica bez državljanstva ili ako dijete ostaje bez državljanstva.

Zakon poznaje i naturalizaciju, kao osnov za sticanje crnogorskog državljanstva. Sticanje crnogorskog državljanstva prijemom, Zakon uređuje članovi-

---

žava Zapadnog Balkana, Makedonija i Srbija dozvoljavaju dvojno državljanstvo, kao i Bosa i Hecegovina, ali pod uslovom da postoji međunarodni ugovor sa državom sa kojom se ono reguliše.

<sup>18</sup> "Službeni list CG", br. 13/08.

<sup>19</sup> Odredba je u skladu sa članom 2 Evropske konvencije o državljanstvu. Crna Gora je njena Visoka strana ugovornica, što je potvrđeno i donošenjem Zakona o potvrđivanju Evropske konvencije o državljanstvu, koji je objavljen u "Službenom listu Crne Gore – međunarodni ugovori", br. 2/10.

ma od 8 do 17. Član 8 propisuje da crnogorsko državljanstvo može steći lice koje je podnijelo zahtjev i ispunjava uslove da je navršilo 18 godina života; ima otpust iz državljanstva druge države; u Crnoj Gori zakonito i neprekidno boravi 10 godina prije podnošenja zahtjeva za prijem u crnogorsko državljanstvo; u Crnoj Gori ima obezbijeđen smještaj i stalan izvor prihoda u iznosu koji mu omogućava materijalnu i socijalnu sigurnost; u Crnoj Gori ili drugoj državi nije pravosnažno osuđeno na безусловnu kaznu zatvora u trajanju dužem od jedne godine za krivično djelo za koje se goni po službenoj dužnosti ili su prestale pravne posljedice osude; ima znanje crnogorskog jezika u mjeri koja omogućava osnovnu komunikaciju; da ne postoje smetnje iz razloga bezbjednosti i odbrane Crne Gore, kao i da je lice izmirilo dospelje poreske i druge zakonske obaveze.

Članom 17 Zakona propisano je da kriterijume za uslove iz člana 8 utvrđuje Vlada Crne Gore, što je i učinila Odlukom o kriterijumima za utvrđivanje uslova za sticanje crnogorskog državljanstva prijemom<sup>20</sup>, kojom je konkretozovano šta podrazumijeva termin 'zakoniti boravak'. Ovom odlukom konkretizovana je namjera zakonodavca, ali i proširen domašaj zakona. Ipak, ono što zabrinjava s moralne tačke gledišta, ali i s aspekta pravne sigurnosti, jeste činjenica da njome nije su obuhvaćene izbjeglice iz Vrake, iz Albanije, koji su u na osnovu međudržavno sporazuma između SFRJ i NSR Albanije prešli u Crnu Goru 1991. godine. Njihov status je tokom posljednjih godina mijenjao, od izbjeglice do raseljenog lica, budući da su u međuvremenu bili raeseljeni na Kosovo i Metohiju, a krajem 90-tih godina prošlog vijeka su izbjegli u Crnu Goru sa ostalim nealbanskim stanovništvom. Vračani, kako sebe nazivaju ova lica, imaju crnogorsko porijeklo, a što se državljanstva tiče neki imaju albansko državljanstvo, neki srpsko, a neki su apatridi, odnosno lica u riziku od apatridije. Odlukom Vlade od 13. septembra 2012. da se i Vračanima omogući pristup crnogorskom državljanstvu<sup>21</sup>, konačno, je riješen dugogodišnji pravni problem i skinut moralni teret.

#### PROBLEM DVOJNOG DRŽAVLJANSTVA U CRNOJ GORI I RJEŠENJA *DE LEGE FERENDA*

Prilikom razmatranja mogućnosti dvojnog državljanstva u pravnom sistemu Crne Gore, treba poći od činjenice da ga, u principu, Zakon o crnogorskom

<sup>20</sup> "Službeni list CG", br. 47/08, 80/08, 30/10.

<sup>21</sup> Vlada Crne Gore, u aprilu 2012. godine, oformila je ekspertsku radnu grupu da predloži pravno rješenje povodom statusa Vračana, koje će biti u skladu sa međunarodnim pravom i pravnim poretkom Crne Gore, kojom rukovodi autorka ovog rada.

državljanstvu ne dozvoljava. Naime, ovo proizilazi iz činjenice da je za prijem u crnogorsko državljanstvo uslov da lice ima otpust iz dotadašnjeg državljanstva (čl. 8, 13, 15 i 41 Zakona).

Ipak, postoje izuzeci, koji se odnose na sljedeće slučajeve:

- crnogorski iseljenik i član njegove porodice do trećeg stepena srodstva u pravoj liniji mogu steći crnogorsko državljanstvo prijemom ako zakonito i neprekidno borave u Crnoj Gori najmanje dvije godine i ispunjavaju ostale uslove propisane Zakonom (član 10);

- lice koje je u braku sa crnogorskim državljaninom najmanje tri godine i zakonito i neprekidno boravi u Crnoj Gori najmanje pet godina, može steći crnogorsko državljanstvo prijemom ako ispunjava ostale uslove propisane Zakonom (član 11);

- lice čiji je prijem u crnogorsko državljanstvo od posebnog značaja za državni, naučni, privredni, kulturni, ekonomski, sportski, nacionalni i drugi interes Crne Gore, može steći crnogorsko državljanstvo bez otpusta (član 12 Zakona);

- crnogorski državljanin koji je na dan 03. 06. 2006. godine imao i državljanstvo neke druge države ima pravo da zadrži crnogorsko državljanstvo (članom 41v st. 1, 2, 3 i 4 Zakona o dopunama Zakona o crnogorskom državljanstvu, koji je stupio na snagu 24. septembra 2011. godine, a važi do 31. januara 2012. godine, propisano je da, izuzetno, državljanin republike bivše SFRJ koji ima prijavljeno prebivalište u Crnoj Gori najmanje dvije godine prije 3. juna 2006. godine i ličnu kartu izdatu u skladu sa Zakonom o ličnoj karti koji je važio u trenutku izdavanja, može steći crnogorsko državljanstvo prijemom, bez otpusta iz državljanstva druge države ako ispunjava ostale uslove propisane Zakonom, ukoliko do dana podnošenja zahtjeva za sticanje crnogorskog državljanstva prijemom nije odjavio prebivalište iz Crne Gore.

Pored ovih izuzetaka, dvojno državljanstvo se može steći samo na osnovu međunarodnih ugovora koje zaključuje Crna Gora, pod uslovom reciprociteta (član 18 Zakona).

Dakle, kada se govori o dvojnem državljanstvu za sve ostale slučajeve, to pitanje je moguće riješiti jedino putem međunarodnog ugovora. Problematično je, međutim, kako riješiti problem, već faktički, uspostavljenog dvojnog državljanstva nekoliko hiljada lica, mahom državljana i Crne Gore i Srbije.

Ovdje se, u suština, postavljaju dva pravna pitanja: 1. koji datum odrediti kao granicu za prihvatanje već ostvarenog dvojnog državljanstva, a da nema rizika da bude osporen od kompetentnih međunarodnih institucija; i 2. postoji li pravno valjan osnov, koji ne mogu osporiti međunarodne institucije, da se donose rješenja o gubitku državljanstva crnogorskog državljanina, po sili zakona, za cr-

nogorske državljane, koji su stekli državljanstvo druge države, nakon 03.06.2006. godine, budući je Zakonom o državljanstvu Crne Gore, u članu 16, bilo propisano da crnogorsko državljanstvo prestaje crnogorskom državljaninu ako stekne državljanstvo druge republike članice ili druge države.

Odgovor na prvo pitanje, nije ni datum kada je donesena Deklaracija o nezavisnosti Crne Gore (03. 06. 2006.), ni datum kada je donesen, odnosno proglašen Ustav Crne Gore (19, odnosno 22. oktobar 2007), već datum potpisivanja eventualnog budućeg ugovora. To je rješenje koje prihvata faktičko stanje, onako kako je na dan potpisivanja ugovora o dvojnomo državljanstvu, te koje, sa sigurnošću, otklanja svaki rizik da ga mogu dovesti u pitanje međunarodne institucije za zaštitu ljudskih prava, i isključuje buduće sporove o ovim pitanjima između odnosnih država.

Što se tiče odgovora na drugo pitanje, on se mora sagledati kroz prizmu obaveznosti odredbe u članu 12. Ustavnog zakona o sprovođenju Ustava Crne Gore<sup>22</sup>, kojom je propisano da "državljanin Crne Gore koji je do 03.06. 2006. godine stekao državljanstvo druge države ima pravo da zadrži i crnogorsko državljanstvo", a ako je drugo državljanstvo stekao poslije tog datuma može imati crnogorsko državljanstvo najduže godinu dana, kao i to da se značenje ove odredbe mora utvrđivati i u skladu sa odredom u članu 9. Ustava Crne Gore, kojom je propisano da potvrđeni i objavljeni međunarodni ugovori i opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava "imaju primat nad domaćim zakonodavstvom".

Iz toga proizilazi da ta odredba i odredbe zakona o državljanstvu Crne Gore, kojima se propisuje da prestaje crnogorsko državljanstvo državljaninu Crne Gore koji postane državljanin druge države, ne obavezuje apsolutno u postupku zaključivanja međudržavnog ugovora o dvojnomo državljanstvu. Utvrđenje u tom, nadati se, budućem ugovoru ima primat u odnosu na utvrđenje u Ustavnom zakonu i svakom domaćem zakonu. A to znači, predstavnici Crne Gore u procesima zaključivanja ugovora o dvojnomo državljanstvu sa bilo kojom državom, imaju obavezu da se zalažu da to rješenje prihvati i druga strana.

Ovim rješenjima se najdosljednije poštuju svih pet načela koja se afirmišu Evropskom konvencijom o državljanstvu: *poželjnost* da države nađu pogodna rješenja za posljedice višestrukog državljanstva, koja će uvažiti i legitimne interese i države i pojedinca, poštovanje porodičnog života, prebivalište kao važan faktor pri usvajanju rješenja o državljanstvu, te isključiti etničko porijeklo kao element koji uslovljava državljanstvo.

Osim toga, ovo rješenje je na liniji tendencije koja iskazuje očekivanje da se državljanstvu prilazi i kao humanom i kulturološkom pitanju, te da odsustvo ri-

<sup>22</sup> Službeni list CG, br. 01/07.



gidnosti u propisima o državljanstvu doprinosi demokratičnosti države i dobrosusjednim odnosima.

Ovdje je bitno naglasiti da ugovor treba da osigura prava država ugovornica, kao i da to rješenje ne dobije snagu koja *a priori* dovodi u pitanje legitimne interese države Crne Gore. U tom smislu, bitno je u svakom ugovoru o dvojnog državljanstvu, eksplicite, propisati da se biračko pravo svakog pojedinca ostvaruje u onoj državi u kojoj ima prebivalište.

## ZAKLJUČAK

Iako je državljanstvo prevashodno pravna, odnosno javnopravna, veza između pojedinaca i države, a pitanja u vezi sa njegovim sticanjem, gubitkom i ostalim relevantnim pojmovima u isključivoj nadležnosti odnosne države, ipak se radi i o jednom od najvažnijih ljudskih prava.

Savremene tendencije u shvatanju kategorije državljanstva su sljedeće: 1. radi se o pravnoj kategoriji, sa izraženom političkom dimenzijom; 2. suviše rigidan pristup ovom pitanju smatra se nedemokratskim činom; 3. državljanstvo kao pravna veza fizičkih lica i države se nije etnička kategorija, već se poima i kao humani i kulturološki fenomen. Dakle, prilikom normiranja i tumačenja odredaba o državljanstvu, kao građanskom pravu svakog pojedinca, ali i pravu države da propiše pravila u vezi sa ovom pravnom kategorijom, koje proizilazi iz suvereniteta, treba voditi računa o humanoj i kulturološkoj dimenziji odnosnog naroda.

Imajući u vidu specifičnosti regiona, kao i faktički stečenog dvojnog državljanstva, treba afirmisati zaključivanje sporazuma o dvojnog državljanstvu i time pokazati značajan napredak u demokratizaciji država regiona. Pritom, treba propisati rezidencijalni uslov za ostvarivanje biračkog prava i, time, otkloniti svaku bojazan država da će lica sa dvojnim državljanstvom moći da ostvaruju svoja politička prava u dvije države. Dakle, ni po koju cijenu ne treba prihvatiti etnički elemenat kao presudan za sticanje državljanstva, jer državljanstvo ne iskazuje i ne ukazuje na etničko porijeklo.

Konačno, treba uvijek imati na umu da se radi o krajnje kompleksnom i (politički) senzitivnom pitanju, koje u sebi sadrži ne samo pravne, već i kulturološke, etičke, političke i sociološke elemente.

IVANA JELIĆ, LL.D.,  
Assistant Professor, Faculty of Law  
University of Montenegro

RIGHT TO CITIZENSHIP  
– Special emphasis to the issue of dual citizenship in Montenegro –

Summary

The right to citizenship can be seen in the legal, political, social, cultural, and ethical aspects. It does neither show nor indicate the ethnicity. The fact that the achievement of citizenship is a prerequisite for the enjoyment of many human rights, and that its loss may lead to an inability to exercise basic human needs, brings this sensitive issue at the center of law and ethics. However, it is still impossible to consider citizenship as a basic human right, but rather the sovereign right of the state. In this context, the dual citizenship should be observed. The Law on Montenegrin Citizenship, which is considered to be restrictive, does not allow dual citizenship, in general. However, the factual situation, in which a certain number of Montenegrin citizens have already achieved citizenship of another country, speaks on behalf of the protection of their acquired human rights. It is the question of both – law and morale. This paper provides an analysis of international and Montenegrin legal framework of the right to citizenship, and *de lege ferenda* solutions regarding a possible dual citizenship in Montenegro.

*JELENA LOPIČIĆ-JANČIĆ*

## **MEĐUNARODNOPRAVNO REGULISANJE ZAŠTITE RANJENIKA I BOLESNIKA U XIX VEKU**

### U V O D

U odnosu na prethodne vekove, XIX vek sa aspekta međunarodnih odnosa i sa aspekta međunarodnog prava, predstavlja ogroman napredak. Tokom XIX veka održavaju se međunarodni mirovni kongresi, i to: Bečki kongres 1814-1815. godine, Pariski mir 1856. godine, Berlinski kongres 1878. godine, Ženevske i Haške međunarodne konferencije, kao i čitav niz drugih manjih mirovnih konferencija. Na navedenim međunarodnim mirovnim kongresima i konferencijama pored zaključivanja mirovnih sporazuma, utvrđivanja prava određenih država, dolazi i do realizacije ranijih ideja o međunarodnoj humanizaciji ratova i oružanih sukoba kao i do donošenja međunarodnih konvencija vezanih za ograničenje vođenja ratova i oružanih sukoba. Pored navedenog, dolazi i do međunarodnopravne zaštite određenih kategorija lica u ratovima i oružanim sukobima.

Petrogradska Deklaracija od 1868. godine, radi zabrane upotrebe određenih projektila u ratu, bila je prva u nizu kasnijih međunarodnih konvencija iz oblasti međunarodnog ratnog prava.<sup>1</sup> Prva kategorija zaštićenih lica koja su razmatrana na međunarodnim konferencijama bila su borci, ranjenici, bolesnici i ratni zarobljenici. Uporedo su se razmatrala i donošenja konvencija o zakonima i običaji-

---

Dr Jelena Đ. Lopičić-Jančić, profesor Akademije za diplomatiju i bezbednost u Beogradu.

<sup>1</sup> Međunarodne konvencije o ratnom pravu i o sigurnosti, Zagreb, 1979, str. 13.

ma rata na kopnu, pomorskom ratu, otvaranju neprijateljstava i drugim pitanjima. Donošenje međunarodnih konvencija iz oblasti međunarodnog ratnog prava nije bila jednostavna stvar, iako su sve države deklaratorno izjašnjavale za te ideje i davale podršku.

Naime, treba samo konstatovati da su u to vreme, u XIX veku, praktično najveći deo odlučivanja i sprovođenja međunarodnih odnosa i međunarodnog prava odlučivale tadašnje velike sile: Engleska, Francuska, Rusija, Austrija, a pred kraj veka i Nemačka. Ostale male države nisu mogle da se ni na koji način suprotstave njihovim zahtevima i odlukama. Zatim, navedene države – velike sile su bile velike kolonijalne sile koje su vodile osvajачke i kolonijalne ratove u Africi, Aziji i Srednjoj i Južnoj Americi i njima nije bilo u interesu da se ratno pravo i oružani sukobi međunarodno pravno regulišu i uredi, jer bi vrlo brzo njihove oružane snage, koje su vodile agresivne i osvajачke ratove, došle pod udar navedenih međunarodnih konvencija. Velike sile su kasnije, kada su usvojene međunarodne konvencije iz oblasti ratnog prava, masovno ih kršile, a da nisu nikom odgovarale. Uglavnom, sve se svodilo da pobednik u ratu tumači da li je došlo do kršenja međunarodnih konvencija ili ne.

U ovom radu daćemo naša razmatranja o međunarodnopravnom regulisanju zaštite ranjenika i bolesnika koja se odnose na Konvenciju o poboljšanju sudbine vojnih ranjenika u vojskama u ratu od 22. avgusta 1864. godine, Briselsku Deklaraciju iz 1874. godine, Oksfordski priručnik iz 1889. godine i Hašku mirovnu konferenciju iz 1899. godine. Do tada, međunarodno ratno pravo je bilo regulisano međunarodnim običajnim pravom, ili pak retkim bilateralnim sporazumima između pojedinih država. Činjenica je da međunarodno običajno ratno pravo nije bilo kodifikovano, niti opšte usvojeno, tako da je svaka strana u ratu ili oružanom sukobu tumačila to pravo na način koji njoj odgovara pogotovo ako su u pitanju bili pobednici.

*Konvencija o poboljšanju sudbine vojnih ranjenika u vojskama  
u ratu od 22. avgusta 1864. godine*

U drugoj polovini XIX veka dolazi do početka međunarodnog regulisanja ratnog prava. Praktično, prvi korak ka regulisanju ratnog prava je Deklaracija o pomorskom ratu koja je donešena u Parizu 16. aprila 1856. godine na Pariskom kongresu i poznata je pod nazivom Pariska pomorska deklaracija. Smatra se da je ovo bio prvi ozbiljan pokušaj kodifikacije prava mora i pomorskog rata.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Međunarodne konvencije o ratnom pravu i o sigurnosti, Zagreb, 1979, str. 34; B. Krivokapić: Enciklopedijski rečnik međunarodnog prava i međunarodnih odnosa, Beograd, 2010, str. 744.

Prvi najznačajniji međunarodni dokument iz ratnog prava je Konvencija o poboljšanju sudbine vojnih ranjenika u ratu, koja je donesena na diplomatskoj konferenciji u Ženevi 22. avgusta 1864. godine i koju je potpisalo 12 od ukupno 16 država koje su bile zastupljene na konferenciji. U sledeće četiri godine, Konvenciju su prihvatile sve evropske države i većina američkih država.<sup>3</sup>

Prvi principi o humanitarnoj zaštiti ranjenika i bolesnika su se pojavili u prvoj poluzvaničnoj međunarodnoj konvenciji Crvenog Krsta u Ženevi u oktobru 1863. godine Na inicijativu švajcarskog književnika Anri Dinan (J. Henry Dunant 1828–1910. godine) i njegove knjige “Sećanje na Solferino” i nekoliko drugih ličnosti, osnovan je 1863. godine “Međunarodni komitet za pomoć ranjenicima.”<sup>4</sup>

Henry Dunant je bio prisutan tokom borbe u Solferinu 1859. godine gde je bio i svedok nepružanja adekvatne medicinske nege ranjenim i bolesnim u oružanim snagama. Ovo je praktično bio direktan povod za zaštitu ranjenika i bolesnika, jer tokom rata za ujedinjenje Italije ranjenici su ostavljani bez ikakve nege i medicinske pomoći. Tokom te bitke koja je trajala pet sati, 38.000 ljudi je ubijeno ili ranjeno. Bitka u Gettysburg-u 1862. godine je takođe bila još jedan primer nepružanja adekvatne medicinske nege ranjenim i bolesnim. Oba ova događaja su doprinela osnivanju Crvenog krsta 1863. godine u Ženevi i zaključenju Ženevske konvencije o poboljšanju sudbine vojnih ranjenika u vojskama u ratu 1864. godine.<sup>5</sup>

Henry Dunant je bio jedan od osnivača Međunarodnog Crvenog krsta i inicijator diplomatske konferencije koja je usvojila Ženevsku konvenciju o poboljšanju sudbine vojnih ranjenika u vojskama u ratu, koja je sačinjena u Ženevi 22. avgusta 1864. godine. Potpisnice ove Konvencije su bile sledeće države: Badenska, Belgija, Vircenberška, Danska, Italija, Holandija, Portugalijska, Pruska, Francuska, Hesenski, Švajcarska i Španija. Do 1906. godine još 36 država pristupile su ovoj Konvenciji, što nesumnjivo govori da velika većina tadašnje međunarodne zajednice priznaje humanizaciju tadašnjeg međunarodnog ratnog prava u odnosu na vojne ranjenike i bolesnike.<sup>6</sup>

---

<sup>3</sup> International Law a Treatise, By L. Oppenheim, Vol. II. Seven edition, London, 1960, pp. 353–354; S. Avramov: Izvori ratnog prava, Beograd, 1958, Jugoslovenska revija za međunarodno pravo broj 2, str. 296; B. Krivokapić: Enciklopedijski rečnik međunarodnog prava i međunarodnih odnosa, Beograd, 2010, str. 1187.

<sup>4</sup> F. Kalshoven: Constraints on the Waging of War, Geneva, 1991, pp. 8–10; L.C. Green: The Contemporary Law of Armed Conflict, Manchester, 1993, pp. 24–25; Z. Vučinić: Međunarodno ratno i humanitarno pravo, Beograd 2001, str. 262–264; L. Oppenheim: International Law a Treatise, Volume II, London, 1960, seventh edition, Ed. By H. Lauterpacht, pp. 353–355.

<sup>5</sup> S. Avramov: Međunarodno javno pravo: Kritička naučna misao o međunarodnom javnom pravu i međunarodnim odnosima, Beograd, 2011, str. 721; A. Dinan: Sećanje na Solferino, Međunarodni komitet Crvenog krsta.

<sup>6</sup> M. St. Marković: Ženevska konvencija, Beograd, 1906, Arhiv za pravne i društvene nauke broj 6, str. 553.

Konvencija počiva na dva osnovna načela: 1. Pomoć ranjenicima mora biti pružena bez ikakve diskriminacije u odnosu na njihovu nacionalnu pripadnost i 2. Načelo neutralnosti i nepovredivosti medicinskog osoblja i medicinskih ustanova. Kao obeležje i znak raspoznavanja usvojen je crveni krst na belom polju.<sup>7</sup>

Međunarodni Crveni krst sa sedištem u Ženevi osnovan je 1863. godine, koji se kasnije razvio u čitav humanitarni svetski pokret. Danas Međunarodni pokret Crvenog krsta i Crvenog polumeseca čini oko 190 Nacionalnih društava, koja okupljaju 250 miliona članova i saradnika, koji je mnogo doprineo da se u ratovima i oružanim sukobima sprovode zaštita civilnog stanovništva, ratnih zarobljenika, ranjenika i bolesnika.<sup>8</sup> Naime, pre usvajanja navedene Ženevske konvencije iz 1864. godine, praksa država se razlikovala po pitanju statusa ranjenika i bolesnika u ratovima, jer nije postojala konvencija o zaštiti ranjenika i bolesnika. U XIX veku je postojalo međunarodno običajno ratno pravo, koje se primenjivalo i na ranjenike i bolesnike, ali svaka država je to pravo tumačila na svoj način imajući u vidu svoje interese. Razume se da su najteže prolazile pobeđene države, jer pobeđnici su tumačili i nametali svoje uslove pobeđe koje su obuhvatale i ranjenike i bolesnike.

Kneževina Srbija je pristupila Konvenciji o poboljšanju sudbine vojnih ranjenika u ratu od 1864. godine, dana 24. marta 1876. godine.<sup>9</sup> Ova konvencija koja ima 10 članova je prva konvencija koja je izričito uredila postupanje sa ranjenicima i bolesnicima u vojskama za vreme rata i njihovu zaštitu.<sup>10</sup>

Pošto se radi o prvoj međunarodnoj konvenciji o zaštiti ranjenika i bolesnika, daćemo kraća objašnjenja ove Konvencije, jer se do sada u našoj literaturi veoma malo objašnjavala ili komentarisala ova Konvencija. Potpisnici ove Konvencije u preambuli navode:

“Rukovođeni iskrenom željom da, onoliko koliko je to u njihovoj moći, ublaže neizbežne patnje u ratu izazvane nepotrebnom surovosti, i da poboljšaju položaj vojnika ranjenih na bojnopolju, odlučili da u tu svrhu usaglase Konvenciju”.<sup>11</sup>

<sup>7</sup> S. Avramov: Međunarodno javno pravo Kritička naučna misao o međunarodnom javnom pravu i međunarodnim odnosima, Beograd, 2011, str. 721.

<sup>8</sup> A. Dinan: Sećanje na Solferino, Međunarodni komitet Crvenog krsta, str. 124–125.

<sup>9</sup> Međunarodne Konvencije o ratnom pravu i sigurnosti, Zagreb, 1979, str. 281–282; H.S. Levie: Documents on Prisoners of War, Naval War College, International Law Studies, Vol. 60, Newport, 1979, p. 45; L. Le Fir: Međunarodno javno pravo, prevod, Beograd, 1934, str. 604–606

<sup>10</sup> S. Yves: Penal Aspects of International Humanitarian Law, International Criminal Law, Volume I, Crimes, New York, 1986, pp. 209–232; M. Moa: Osnovni pojmovi međunarodnog javnog prava, Beograd, 1925, str. 278–283; Les deux Conférences de la Paix 1899. et 1907, Paris, 1909, p. 177; Međunarodno pravo Dra Franje Pl. Liszta, Priredio L. Polić, Zagreb, 1904, str. 260–262.

<sup>11</sup> Međunarodne konvencije o ratnom pravu i o sigurnosti, Zagreb, 1979, str. 281.

Već u članu 1. ove Konvencije se novode prihvatilišta i glavne poljske bolnice koje će se smatrati neutralnim i u skladu sa tim biće štice i takvim će ih smatrati zaraćene strane sve dotle dok se u njima budu nalazili bolesnici i ranjenici. Ukoliko te poljske bolnice zaposednu vojne snage neutralnost će prestati.<sup>12</sup> Važno i značajno je da se prvi put u jednoj međunarodnoj konvenciji na izrićiti način spominju poljske bolnice, bolesnici, ranjenici i da će biti zaštićeni od zaraćene strane. Takođe je značajno u pogledu navedene zaštite vojnih ranjenika i bolesnika da poljske vojne bolnice ne mogu zaposesti vojne snage. Ukoliko vojne snage zaposednu poljske bolnice onda one ne mogu imati neutralnost, odnosno status zaštićenog objekta.

Član 2. Konvencije precizno određuje status osoblja prihvatilišta i poljskih bolnica, u koje spadaju lica zadužena za nadzor, zdravstvenu negu, upravu i transport vojnih ranjenika i vojnih sveštenika, pod uslovom da se pridržavaju svojih obaveza. Navedena lica imaju isti status ukoliko se kao ranjenici nalaze na oporavku ili negovanju.

U članu 3. Konvencije je precizirano ukoliko prihvatilišta i poljske bolnice padaju u ruke neprijatelja uživaju isti status ukoliko ispunjavaju svoje dužnosti. Ukoliko usled promenjenih okolnosti ova lica prekinu svoju delatnost, obaveza je vojne jedinice da ih preda neprijateljskim predstražama.

Član 4. predviđa da materijal poljske bolnice kao i lica koja pripadaju tim bolnicama, prilikom povlaćenja mogu poneti samo stvari koje su njihovo privatno vlasništvo, a prihvatilište pod istim uslovima zadržava svoj materijal.

U članu 5. Konvencije predviđena je pomoć vojnim ranjenicima od strane meštana. Navodi se da ranjenik može biti smešten, preuzet i negovan u privatnoj kući, i da ta kuća služi kao zaštita, a meštanin koji je preuzeo ranjenika treba da bude oslobođen obaveze smeštaja trupa kao i jednog dela obaveznog ratnog doprinosa. Smeštaj ranjenika u privatne kuće svakako je jedna novina u međunarodnom ratnom pravu sa aspekta zaštite samog ranjenika kao i meštana. Očigledno je da se često dešavalo u ratovima tog vremena da se broj ranjenika i bolesnika naglo uvećavao, tako da nisu imali prostornih mogućnosti smeštaja u bolnicama, nego su ih upućivali u privatne smeštaje kod meštana.

Član 6. Konvencije predviđa status ranjenika i bolesnika za vreme rata. Proklamuje se da ranjenici i bolesnici, bez obzira na različitu narodnost, budu prihvaćeni i negovani. Zatim, prepusta se nadležnim komandantima da neprijateljsku vojsku koja je ranjena u toku borbe odmah predaju neprijateljskim predstražama, ako to okolnosti dopuštaju, kao i ako se obe zaraćene strane sa tim saglase. Posle ozdravljenja, lica koja budu proglašena kao nesposobna za vršenje službe treba da

---

<sup>12</sup> Međunarodne konvencije o ratnom pravu i o sigurnosti, Zagreb, 1979, str. 281.



budu vraćena u svoju domovinu. Postoji mogućnost i za ostale koji su prezdrali da se vrate u domovinu, pod uslovom da za vreme trajanja postojećeg rata ponovno ne učestvuju u njemu. Sanitetsko osoblje, previjališta i depoi, uživaju bezuslovnu neutralnost.<sup>13</sup>

U članu 7. Konvencije propisano je da na poljskim bolnicama, previjalištima i depovima treba da bude vidljivo istaknuta i dogovorena zastava kao i državna zastava. Zatim, lica koja se nalaze pod zaštitom neutralnosti moraju da imaju traku oko ruke koja će ih razlikovati od ostalih lica-ranjenika i bolesnika. Zastava kao i traka oko ruke treba da ima Crveni krst na beloj osnovi.<sup>14</sup>

U članu 8. Konvencije predviđene su pojedinosti za sprovođenje ove Konvencije.

U članu 9. Konvencije predviđen je postupak poziva za one vlade koje ne mogu da upute svoje punomoćnike na Međunarodnu konferenciju u Ženevi i da ih pozovu da pristupe. Zbog toga ovaj protokol ostaje otvoren.

U članu 10. Konvencije predviđena je ratifikacija Konvencije, a ratifikacije će biti razmenjene u Bernu u roku od četiri meseca, ili ranije ako je to moguće.

Posle usvajanja Ženevske konvencije o poboljšanju sudbine vojnih ranjenika u vojskama u ratu iz 1864. godine, kada ona još nije bila primenjena u praksi uvidelo se da je treba dopuniti. Za potrebu dopune navedene Ženevske konvencije iz 1864. godine pokazali su i veći broj ratova koji se vodio. Više puta se pokretala inicijativa za dopune ove Konvencije, u Ženevi 1884. godine, u Karlsruheu 1887. godine i u Rimu 1892. godine, ali do njene dopune nije došlo.<sup>15</sup> Razlog je bio taj što je ova dopuna naišla na otpor velikih sila, kojima to nije bilo u interesu zbog osvajачkih ratova koje su vodile kako u Evropi tako i u Africi, Aziji, Južnoj i Srednjoj Americi. Ipak, ova međunarodna akcija za humanizacijom postojećeg međunarodnog ratnog prava dovela je do usvanjanja dve Haške konvencije iz 1899. godine. Prva se odnosi na zakone i običaje suvozemnog rata sa pravilnikom od 60 članova, a druga kojom se načela Ženevske konvencije iz 1864. godine usvajaju i za pomorske ratove.<sup>16</sup>

Ženevska konvencija o poboljšanju sudbine vojnih ranjenika u vojskama u ratu iz 1864. godine je predvidela samo suvozemni rat, tako je kasnije proširena

<sup>13</sup> Međunarodne Konvencije o ratnom pravu i sigurnosti, Zagreb, 1979, str. 281–282; Z. Vučinić: Međunarodno ratno i humanitarno pravo, Beograd 2006, str. 245–246

<sup>14</sup> Međunarodne Konvencije o ratnom pravu i sigurnosti, Zagreb, 1979, str. 281–282;

<sup>15</sup> A. Rivijera: Osnovi međunarodnog prava, knjiga druga, Beograd, 1898, str. 280.

<sup>16</sup> M. St. Marković: Ženevska Konvencija, Beograd, 1906, Arhiv za pravne i društvene nauke broj 6, str. 554; Međunarodno pravo Dra Franje Pl. Liszta, Priredio L. Polić, Zagreb, 1904, str. 260–261; G. Moynier: Etude sur la convention de Geneve, Geneve, 1870; C. Leuder: La convention de Geneve, au point de vue historique, critique et dogmatique, Erlangen, 1876.

i na pomorski rat i na zaštitu brodolomnika dodatnim članovima 1868. godine. Međutim, ove dopune nisu nikada stupile na snagu. Ipak, ove dopune su imale i praktičnu primenu. Tako strane koje su bile uključene u Franusko-Nemački rat u periodu 1870–1871. godine kao i Špansko-Američki rat 1889. godine su se složile da će se povinovati tim odredbama. Ženevska konvencija o poboljšanju sudbine vojnih ranjenika u vojskama u ratu od 1864. godine, tri puta je dopunjavanja i revidirana i to: 6. jula 1906, 27. jula 1929. godine i 12. avgusta 1949. godine pod nazivom Ženevska konvencija za poboljšanje položaja ranjenika i bolesnika u oružanim snagama u ratu.<sup>17</sup>

Sa sigurnošću možemo da zaključimo da su to bili prvi konkretni koraci u regulisanju međunarodnopravne zaštite ranjenika i bolesnika u ratovima, kao i prvi začeci humanizacije rata na međunarodnom planu u vidu međunarodne konvencije.

#### *Briselska Deklaracija iz 1874. godine*

U francusko-pruskom ratu koje je bio od 1870. do 1871. godine, stradalo je civilno stanovništvo, ranjenici, bolesnici, ratni zarobljenici, a posledice su prevazilazile sve dotadašnje ratove. Obe strane su se međusobno optuživale za kršenje međunarodnog ratnog prava i izvršene ratne zločine, što je zainteresovalo evropske države. Radi toga, petnaest evropskih država je, na predlog Rusije odnosno cara Aleksandra II 27. jula 1874. godine, u Briselu sazvano i održana je Međunarodna konferencija. Na toj konferenciji je usvojen nacrt međunarodne Deklaracije o zakonima i običajima rata, koji je Rusija pripremila. Ruskom komisijom za izradu navedene Deklaracije rukovodio je poznati ruski međunarodni pravnik F. Martens. Engleska se usprotivila da se ova Deklaracija usvoji, tako da ona nikada nije ratifikovana. Protivljenje Engleske za usvajanjem navedene Deklaracije je bio taj što je Engleska bila tada najveća i najjača kolonijalna sila koja je vodila veliki broj osvajачkih ratova u Africi i Aziji, i razume se njoj nije odgovarala jedna ovakva međunarodna Deklaracija.

Iako ovaj Nacrt nikada nije postao međunarodna konvencija, jer nije ratifikovan od potrebnog broja država, ipak u međunarodnom pravu, predstavlja vrlo značajan dokument.<sup>18</sup> Postao je poznat kao Briselska deklaracija iz 1874. godine, jer se u njoj nalazi čitav niz veoma progresivnih rešenja o humanizaciji ratnog

---

<sup>17</sup> International Law a Treatise, By L. Oppenheim, Vol. II, seventh edition, Ed. By H. Lauterpacht, London, 1960, pp. 354–366.

<sup>18</sup> S. Avramov: Izvori ratnog prava, Beograd, 1958, Jugoslovenska revija za međunarodno pravo broj 2, str. 296–297.

prava, koja su služila kao osnova za kasnije međunarodne konvencije. Pre svega, u znatnoj meri je uticala na teoriju međunarodnog javnog prava i praksu kao i osnov za diskusiju za Konferenciju u Hagu 1899. godine.<sup>19</sup>

Briselska deklaracija iz 1874. godine je mnogim državama tog vremena poslužila kao osnova za donošenja svojih pravila o primeni ratnog prava. Zbog svojih opšte priznatih i prihvatljivih rešenja poslužila je mnogim državama u raspravljanju i rešavanju ratnih pitanja iz oblasti ratnog prava, kako u toku samog rata tako i pri zaključenju mira. Svakako kao jedan od najvažnijih kvaliteta Briselske deklaracije iz 1874. godine je bio i taj da je ona poslužila kao osnova za dalji razvoj međunarodnog ratnog prava, pre svega njegovoj humanizaciji kao i osnova Haškim konvencijama koje su kasnije donete.<sup>20</sup> Sasvim je izvesno da je Briselska deklaracija iz 1874. godine bila prva međunarodna kodifikacija međunarodnog ratnog prava i da njene odredbe često nisu bile savršene, potpune, sveobuhvatne i jasne. Briselska deklaracija iz 1874. godine je veoma sumarno regulisala status i zaštitu ranjenika i bolesnika.

Briselska deklaracija iz 1874. godine u članu 17. predviđa da u slučaju bombardovanja i opsade moraju se preduzeti sve neophodne mere da se osim ostalih poštede bolnice i prihvatilišta gde su smešteni bolesni i ranjeni i da se ta mesta ne koriste za vojne svrhe. Takođe, u istom članu se predviđa da se moraju ta mesta karakteristično i vidljivo obeležiti. Član 35. nosi naslov Ranjeni i bolesni gde predviđa da su obaveze zaraćenih u vezi sa ranjenim i bolesnim regulisane u Ženevskoj konvenciji iz 1864. godine.<sup>21</sup>

Briselska Deklaracija iz 1874. godine, iako nije usvojena kao međunarodna konvencija, takođe predstavlja značajan međunarodni akt u regulisanju vođenja i humanizaciji ratova.

### *Oksfordski priručnik iz 1880. godine*

Institut za međunarodno pravo je kao nevladina ustanova osnovan 1873. godine u Gentu (Belgija), sa zadatkom razvoja i kodifikacije međunarodnog javnog i privatnog prava. Ovaj institut se smatra za veoma uglednu međunarodnu

---

<sup>19</sup> M. Radojković: Rat i međunarodno pravo, Beograd, 1947, str. 4–5.

<sup>20</sup> F. Kalshoven: Belligrent Represals, Leyden, 1971, pp. 46–51.

<sup>21</sup> D.D. Field: Outlines of an International Code, second edition, New York-London, 1876, pp. 658–659; *Les Conférences de la Paix 1899 et 1907, Recueil des Textes arrêtés par ces Conférences et de différents Documents complémentaires*, Paris, 1909, pp. 217–219.

organizaciju, koji je 1904. dobio Nobelovu nagradu za mir.<sup>22</sup> Na svom zasedanju u Oksfordu 1880. godine sastavio je pravila suvozemnog rata poznatiji kao Oksfordski priručnik.<sup>23</sup> Institut za međunarodno pravo postavio je sebi zadatak delatnost “na poštovanju ratnih zakona” kao i “koji u svakoj državi može da posluži kao osnov za unutrašnje zakonodavstvo, u skladu kako sa napretkom pravne nauke tako i sa potrebama civilizovanih armija”.<sup>24</sup> Zatim, prilikom izrade Oksfordskog priručnika Institut za međunarodno pravo imao je za cilj kodifikaciju postojećeg običajnog ratnog prava, koje je u tom trenutku izgledalo prihvatljivo i korisno i nije išao za nalaženjem novih rešenja. Značajno da je posvećena velika pažnja krivičnoj sankciji (član 84). Kao uzor Oksfordskom Priručniku služila je Briselska deklaracija iz 1874. godine.<sup>25</sup>

Oksfordski priručnik sastavila je međunarodna komisija u sastavu: Bernard, Hall i Holland iz Velike Britanije, Bluntschli i Schulze iz Nemačke, Lucas iz Francuske, De Martens iz Rusije, De Landa iz Španije, Den Beer Poortugael iz Holandije, Gustave Moynier iz Švajcarske, Neumann iz Austrije i Pierantoni iz Italije, koji su nesumnjivo bili poznati autori i stručnjaci iz međunarodnog javnog prava.

U Oksfordskom priručniku iz 1880. godine u delu II. Primena opštih načela, poglavlje I. pod naslovom “Neprijateljstva”, odeljak A. “Pravila ponašanja prema ljudima,” podnaslov c. “O ranjenima bolesnim i sanitetskom osoblju” (članovi 10–18) razmatra se zaštita ranjenika, bolesnika i sanitetskog osoblja. U članu 10. predviđena je zaštita ranjenika, bolesnika i sanitetskog osoblja, a koja proizilazi iz Ženevske Konvencije iz 1864. godine. Navodi se da su ranjeni, bolesni i sanitetsko osoblje zaštićeni od nepotrebnih okrutnosti (član 10 do 18), bez obzira na nacionalnost odnosno kojoj državi pripadali ranjeni i bolesni vojnici, treba ih prikupiti i pružiti im negu. Član 11. predviđa predaju vojnih osoba koji su ranjeni, drugoj strani čiji su oni pripadnici. Član 12. reguliše evakuaciju zaštićenih lica. Članovi 13. i 14. predviđaju da osoblje bolnice u ambulati kako sanitetsko osoblje tako i administrativno osoblje i osoblje koje pomaže pri transportu ranjenika i bolesnika se smatraju neutralnim i da to osoblje treba da nastavi negu ranjenika i bolesnika i posle neprijateljske okupacije. Član 15. obrađuje pitanje povlačenja osoblja koje pomažu ranjenicima i bolesnicima. Članovi 16. i 17. predviđaju postupak postupanja sa neutralnim osobljem kada padnu u ruke neprijatelju i da

---

<sup>22</sup> B. Krivokapić: Enciklopedijski rečnik međunarodnog prava i međunarodnih odnosa, Beograd, 2010, str. 355.

<sup>23</sup> Međunarodne konvencije o ratnom pravu i o sigurnosti, Zagreb, 1979, str. 283–293.

<sup>24</sup> M. Radojković: Međunarodna zajednica i krivična odgovornost u doba oružanog sukoba, Beograd, 1973, Zbornik Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja, str. 129–130.

<sup>25</sup> F. Kalshoven: Belligrent Represals, Leyden, 1971, pp. 51–55.

neutralno sanitetsko osoblje treba da ima posebne uniforme koje će ih razlikovati od drugih lica, odnosno da nose belo na ramenu sa crvenim krstom. Članom 18. se reguliše da i stanovništvo treba da pomogne ranjenicima.<sup>26</sup>

U poglavlju I. pod naslovom "Neprijateljstva", odeljak B "Pravila ponašanja prema stvarima," podnaslov b. "O sanitetskom materijalu" u članovima 35. i 36. predviđaju zaštitu sanitetskih ustanova, ambulanti i bolnica i privatnih zgrada gde se neguju ili borave ranjenici i bolesnici.<sup>27</sup>

Posebno značajan je deo III. pod nazivom Kaznena sankcija (član 84–86) gde se regulišu sankcije shodno krivičnom zakoniku za lica koja prekrše Oksfordski priručnik.

U članu 84. predviđeno je da ako se predhodna pravila prekrše, krivci treba da budu kažnjeni od one zaraćene strane koja ih ima u vlasti i to posle kontradiktornog suđenja. Izvršioци kršenja ovih odredaba kažnjavaju se kaznama određenim u krivičnom zakonu.

U članu 85. predviđeno je da ovaj način kažnjavanja se može primeniti samo ukoliko je izvršilac dostupan. Ukoliko nije, a oštećena strana smatra da je u pitanju težak zločin, da je potrebno neprijatelja podsetiti na poštovanje prava, onda joj preostaje samo da se posluži represalijama. Represalije su izuzetak od opšteg načela prema kojemu nedužni ne sme trpeti za krivca i od načela koje traži da svaka zaraćena strana postupa u skladu sa zakonima rata, čak i bez uzajamnosti od strane neprijatelja. Inače represalije su izričito zabranjene, ako se šteta koja je predmet spora popravi.

U članu 86. predviđeno je da u pogledu represalija kada su one nužne, naročito u teškim slučajevima, način njihovog izvođenja ne sme nikada preći stepen prekršaja koji je izvršio neprijatelj. Represalije se mogu izvoditi samo po ovlašćenju vrhovnog komandanta. Represalije u svakom slučaju moraju poštovati zakone čovečnosti i morala.<sup>28</sup>

Institut za međunarodno pravo je 1895. godine izradio jedan predlog za dopunu Priručniku zakona suvozemnog rata sa ciljem da se sankcionišu odredbe Ženevske konvencije iz 1864. godine. Po članu III. Ovog Predloga predviđeno je: "Zaraćena država koja bi se žalila da su podanici druge zaraćene države povredili Ženevsku konvenciju, ima pravo zahtevati preko kakve neutralne države da se povede istraga o tome; optužena država dužna je izvršiti ovu istragu pomoću svojih vlasti, saopštiti njen rezultat neutralnoj državi koja je bila posrednik, i narediti, ako je pravo, da se krivci kazne po krivičnim zakonima." Zatim, Institut je želeo:

<sup>26</sup> Međunarodne konvencije o ratnom pravu i o sigurnosti, Zagreb, 1979, str. 284–285.

<sup>27</sup> Međunarodne konvencije o ratnom pravu i o sigurnosti, Zagreb, 1979, str. 287.

<sup>28</sup> Međunarodne konvencije o ratnom pravu i o sigurnosti, Zagreb, 1979, str. 292–293.

“Da sile potpisnice Ženevske konvencije priznaju biće i vlast jednog međunarodnog odbora Crvenog Krsta, kojega bi članovi mogli biti određeni na zahtev tužene zaraćene države, da učestvuju u istrazi na bojištu, a pod upravom nadležnih zemaljskih vlasti.”<sup>29</sup>

Na inicijativu člana Instituta za međunarodno pravo, švajcarskog pravnika Gustave Moynier-a 1877. i 1878. godine, pozivajući se na Ženevsku konvenciju iz 1864. godine<sup>30</sup> i Briselsku deklaraciju iz 1874. godine uputio je apel Rusiji i Turskoj koje su tada bile u ratu. Navedeni apel se odnosio na ratne zarobljenike: “Da se sa ratnim zarobljenicima mora humano postupati. Cilj njihovog zarobljavanja nije da budu kažnjeni nego da budu čuvani”.<sup>31</sup> Iako se ovaj apel prvenstveno odnosio na ratne zarobljenike, praktično se odnosio i na ranjenike i bolesnike, kojih je bilo među ratnim zarobljenicima u zarobljeničkim logorima. Jer, činjenica je da su po tim zarobljeničkim logorima smeštajni uslovi bili jako loši, nehigijena, loša ishrana i izgladnjivanje, tako da su se pojavile razne bolesti pa i epidemije. Zatim, lekarska nega je po pravilu bila loša, tako da je veliki broj bolesnika i ranjenika umirao.

Oksfordski priručnik predstavlja značajnu etapu u razvoju međunarodnog humanitarnog prava, jer je pokušao da kodifikuje do tada značajna običajna pravila međunarodnog ratnog prava. Svakako da jednu od ključnih postavki u Oksfordskom priručniku predstavlja odeljak III. Deo pod nazivom Kaznena sankcija, gde se predviđaju sankcije za kršenje međunarodnog ratnog prava kao i ustanova represalija odnosno odmazde. Praktično, Oksfordski priručnik je prvi pokušao da propiše i kaznene sankcije za izvršenje ratnih zločina prema ratnim zarobljenicima, ranjenicima i bolesnicima.

Jedan od članova komisije, Švajcarac G. Moynier, je imao stav da se odmazda može koristiti samo do granice koja je neophodna da bi se sprečilo neprijateljstvo ili da bi se sprečilo buduće dalje kršenje pravila. Ova formulacija nije bila zadovoljavajuća, pa je prihvaćeno uže i više precizno ograničenje odmazde, a to je da neprijatelj mora da bude vezan poštovanjem pravila humanosti u bilo kom trenutku. Tako da radnja ubijanje ratnih zarobljenika, ranjenika i bolesnika neće se tolerisati kao u prošlosti i sada je u suprotnosti sa humanitarnim pravom. Ubijanje ratnih zarobljenika, ranjenika i bolesnika je zabranjeno po bilo kom osnovu pa i u smislu odmazde, od trenutka kada nova pravila budu prihvaćena.<sup>32</sup>

---

<sup>29</sup> A. Rivijer: Osnovi međunarodnoga prava, knjiga druga, Beograd, 1898, str. 282.

<sup>30</sup> G. Moynier: Etude sur la Convention de Geneve, Geneve, 1870.

<sup>31</sup> G. Werner: Les Prisonniers de guerre, Recueil des cours 1928, I, Tome 21. de la Collection, Paris, 1929, p. 20.

<sup>32</sup> F. Kalshoven: Belligerent Represals, Leyden, 1971, pp. 51–55.

Iako je u XIX veku, kao što smo napred naveli, došlo do usvajanja vrlo značajnih međunarodnih konvencija o regulisanju i humanizaciji ratova i oružanih sukoba i do poboljšanja statusa ranjenika i bolesnika, ipak nije postojala krivično-pravna zaštita ranjenika i bolesnika. Naime, čitav niz država, pre svega evropskih, donosi razne propise, zakone, pravilnike i drugo kojima se regulišu rat i oružani sukobi. U navedenim propisima se utvrđuje pravni status ratnih zarobljenika, ranjenika i bolesnika sa svim njihovim pravima i dužnostima, što je nesumnjivo krupan napredak u odnosu na ranije periode. Međutim, krivičnopravna zaštita ratnih zarobljenika, ranjenika i bolesnika je izostala, jer u postojećim krivičnim zakonima ili u posebnim zakonima ne postoje odredbe kojim bi se krivičnopravno zaštitili ratni zarobljenici, ranjenici i bolesnici.

### *Haška mirovna konferencija iz 1899. godine*

Sa ovom Haškom mirovnom konferencijom iz 1899. godine završava se međunarodnopravno regulisanje vođenja ratova sa epohom XIX veka.

Na predlog Ruskog Cara, održana je u Hagu mirovna konferencija od 18. maja do 29. jula 1899. godine. Tom prilikom usvojena je Konvencija o prilagođavanju na pomorski rat načela Ženevske konvencije o poboljšanju sudbine vojnih ranjenika u vojskama u ratu iz 1864. godine. Naime, 1868. godine je napravljen nacrt "Dodatnih članova" uz Ženevsku konvenciju o poboljšanju sudbine vojnih ranjenika u vojskama u ratu iz 1864. godine, a koji su se odnosili na ranjenike i bolesnike i na moru, ali ti dodatni članovi nisu stupili na snagu.

Konvencija o prilagođavanju na pomorski rat načela Ženevske konvencije o poboljšanju sudbine vojnih ranjenika u vojskama u ratu iz 1864. godine koja je usvojena 29. jula 1899. godine ima 14. članova i predviđa zaštitu ranjenika, bolesnika i brodolomnika, kao i zaštitu vojnih bolničkih brodova. Takođe se određuje i način obeležavanja tih vojnih bolničkih brodova. Predviđa se i da će ti vojni bolnički brodovi da pružaju zaštitu svim ranjenicima, bolesnicima i brodolomnicima svih ratujućih strana.<sup>33</sup> Praktično, ova konvencija proširuje principe i načela Ženevske konvencije o poboljšanju sudbine vojnih ranjenika u vojskama u ratu iz 1864. godine u oružanim sukobima na moru. Ta konvencija je kasnije revidirana i zvanično usvojena 1906. godine.

Razmatrajući status ranjenika i bolesnika u međunarodnom i krivičnom pravu u XIX veku možemo konstatovati sledeće: nesumnjivo je da je u XIX veku na planu međunarodne kodifikacije mnogo urađeno. Do tada nisu postojale bilo

---

<sup>33</sup> F. Kalshoven: *Belligrent Represals*, Leyden, 1971, pp. 56–62.



kakve međunarodne konvencije koje bi regulisale ovu materiju, postojalo je samo međunarodno običajno pravo, koje nije bio pouzdan izvor prava, jer ga je svako tumačio na svoj način onako kako njemu to odgovara. Pogotovo što su tada velike kolonijalne sile bile veoma moćne i odlučivale su u pogledu ratova i mira, i svih pitanja vezanih za to. Zatim, pobjednička strana u ratu mogla je proizvoljno i samo u svom interesu da tumači i primenjuje to međunarodno običajno pravo i niko nije mogao da ih u tome spreči.

Tako da usvajanjem međunarodne Konvencija o poboljšanju sudbine vojnih ranjenika u vojskama u ratu od 22. avgusta 1864. godine, predstavlja veoma važan i značajan događaj i datum u istoriji međunarodnog prava i međunarodnih odnosa, jer je pravno regulisala jednu veoma važnu i značajnu materiju koja do tada nije bila pravno regulisana i koja je postala osnov za dalje dopune i revidiranje. Navedenoj kodifikaciji međunarodnog prava i humanizaciji ratnog prava u XIX veku veliki doprinos dala je i nauka međunarodnog prava, svojim knjigama, člancima, publikacijama, monografijama, komentarima, zbornicima radova, konferencijama, kongresima, rezolucijama, deklaracijama, predlozima, nacrtima ugovora i drugim radovima. Progresivni razvoj međunarodnog prava počeo je u XIX veku, a u XX veku taj razvoj je nastavljen donošenjem brojnih međunarodnih konvencija.

JELENA Đ. LOPIČIĆ-JANČIĆ, LL.D.,  
Associate Professor, Academy for Diplomacy  
and Security in Belgrade

## INTERNATIONAL LEGAL REGULATION OF PROTECTION OF WOUNDED AND SICK IN NINETEENTH CENTURY

### Summary

The paper deals with international legal regulation of protection of the wounded and sick in Nineteenth Century. Until then, International law of war was not regulated with international conventions, but with customary international law, which was not generally adopted, and was variously interpreted.

The wounded and sick were left to the mercy of the victorious party. A milestone in the international regulation of the status of the wounded and sick was the Nineteenth Century, when were issued a series of international conventions in international law of war. The aimed of these international conventions were humanization of war.

The humanization of international law of war began with establishment of the International Red Cross in Geneva in 1863, the Convention for Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armies in the Field from 1864, St. Petersburg Declaration in 1868., Brussels Declaration of 1874, Oxford Manual from 1880, and the Hague Peace Conference from 1899. The above codifications of international law of war were very important and significant to the wounded and sick was the base for further international codification in the twentieth Century.

## MORAL I MEĐUNARODNO PRAVO

### U V O D

Pitanje odnosa morala i međunarodnog prava treba posmatrati u kontekstu izuzetno složenog odnosa i međusobno isprepletanijih relacija moralnog i pravnog poretka. Traženje odgovora na ovo pitanje često usložnjava i privid zasnovan na pretpostavci da se izvorišta pravne snage i efikasnosti pravne norme nalaze, pre svega, u njenoj povezanosti sa moralnom normom. Ova korelacija prati jednostavan odnos između ova dva poretka i svodi se na ubeđenje da je efikasnost pravne norme utoliko izvesnija ukoliko je ona zasnovana ili proizilazi iz same moralne norme.

Ako se stvari posmatraju iz ovog ugla, onda dolazimo i do osnovnih dilema ovog odnosa koje srećemo kod Artura Kaufmana.<sup>1</sup> Ove dileme on grupiše u tri teze. Prva teza se bazira na jedinstvu prava i morala, druga na potpunom odvajanju prava i morala i treća, koja se bazira na srednjem rešenju i koja govori da ne postoji identitet ali ni potpuna odvojenost prava i morala. Naravno, Kaufman navodi argumentaciju i kontraargumentaciju u obrazloženju pomenutih mogućih odnosa prava i morala. Analizirajući prvu tezu, Kaufman uočava njenu neodrživost iz više razloga. U te razloge on ubraja pre svega činjenicu da su česte situaci-

---

Dr Božidar Jeličić, docent Fakulteta za pravne i poslovne studije, Novi Sad.

<sup>1</sup> A. Kaufman, *Pravo i razumevanje prava*, "Gutenbergova galaksija", Beograd-Valjevo, 1998, str. 175-178.

je nepostojanja moralnih normi ili, ako postoje, da su sporne ili nejasne. Drugo, on iskazuje saglasnost sa teoretičarima<sup>2</sup> koji prenaplašavanje identiteta prava i morala, kao propagandnu floskulu, vezuju uglavnom za autoritarne sisteme. Međutim, iako konstatuje da u ovim sistemima o pravu odlučuje sila – vlast a ne vrednost, on ne prihvata logiku jednostavnog povezivanja prava i morala zasnovanog na činjenici da će ona postojati u slučajevima da pravo proizilazi iz vrednosti.<sup>3</sup> On se jednostavno pita odakle dolaze te vrednosti, ko ih utvrđuje, ko stoji iza njih. U odgovoru na ta pitanja on nalazi potencijalne elemente novih oblika autoritarnosti.

Obrazlažući drugu – suprotnu tezu Kaufman se poziva na neke teoretičare, poput Kanta, Fihtea, Aleksandra od Done i dr. naglašavajući njihov argument da se u toj podvojenosti nalazi kritička funkcija morala u odnosu na pravo. Međutim, on podvlači “neprijatnost” sadržanu u činjenici da pravo i moral mogu imati suprotstavljene regulativne odnose.

Konačno, Kaufman zaokružuje svoj pristup ovom pitanju priklanjanjem poslednjoj tezi, naglašavajući da se pravo i moral nalaze u odnosu delimičnog preklapanja, poput krugova koji se presecaju.<sup>4</sup> Protivrečnosti između prava i morala, među kojima neke protivrečnosti pojedini teoretičari smatraju nesavladivim, Kaufman naziva prividnim i zasnovanim na vekovnoj protivurečnosti između prirodnog prava i pravnog pozitivizma.<sup>5</sup>

U kojoj se meri prethodne dileme mogu identifikovati u odnosu morala i međunarodnog prava, predstavlja pitanje koje se suočava sa brojnim specifičnostima koje zahtevaju analitičko uočavanje i sadržajno određivanje. Praktično, kada se ovaj opšti kontekst odnosa morala i prava svede na odnos morala i međunarodnog prava otvaraju se brojna pitanja. Naravno, ova načelna konstatacija ne predstavlja nikakvu posebnost uočavanja, već prosto logičnu pretpostavku vezanu za deo tog opšteg odnosa.

Međutim, faza konkretizacije ove polazne hipoteze, njeno sadržajno određenje čini ono što možemo nazvati saznajnim izazovom. Iskorak u tom pravcu, po našem mišljenju, zahteva višedimenzionalni pristup i, u skladu sa tim, posmatranje datog odnosa iz više uglova, a naročito iz perspektive istorijskog konteksta nastanka MJP, zatim perspektive specifičnosti međunarodnog i unutrašnjeg prava i postupka stvaranja i primene – poštovanja međunarodnog prava.

<sup>2</sup> Navodi mišljenje Hermana Kantoroviča. (Kantorowicz H. Der Begriff des Rechts, 1963)

<sup>3</sup> Vrednost podrazumeva stanja i osobine koje se smatraju poželjnim i prihvatljivim.

<sup>4</sup> A.Kaufman, isto, str. 178.

<sup>5</sup> Isto, str. 196.

*Konstitutivni aspekti problema*

Razmatranje odnosa prava i morala logično treba da krene od pitanja da li moralu uopšte, u njegovom osnovnom saznajnom obliku, ima mesta u međunarodnom pravu, ili preciznije, u odnosima između subjekata međunarodnog prava. Logičnost ovog "prethodnog pitanja" sadržana je u samom određenju morala i osnovnim specifičnostima međunarodnog prava. Povlačenjem osnovnih paralela između ovih uporišnih tačaka, možemo doći do veoma bitnih saznanja, pa i do nekih elemenata za neke naše eventualne zaključke.

Šta je moral? Prema određenju koje je dao profesor Lukić R. moral predstavlja "skup društvenih normi koje subjekt, kao sopstvenu безусловnu, samociljnu obavezu, zasnovanu na dobrom kao samostalnoj vrhovnoj vrednosti, u moralnoj situaciji oseća trenutno celim bićem, a ne samo uviđa razumom, koja često vrši pritisak na njegove prirodne sklonosti i ostvaruje njegovo čoveštvo, a za čiji prekršaj on oseća grižu savesti, dok društvo na njega primenjuje spoljašnje sankcije uz istovremeni zahtev da on oseća grižu savesti".<sup>6</sup> Kao što se može videti, temeljne tačke ove definicije sadržane su elementima "vrhovnih vrednosti", "prihvatanju ovih vrednosti" te "osećaju odgovornosti za njihovo kršenje".

Ovako određen moral nesumnjivo je imanentan, u svim svojim elementima, ljudskim zajednicama u kojima postoji odgovarajući stepen društvene komunikacije, povezanosti i bliskosti među njenim članovima. Država kao teritorijalizovano potpuno društvo, u sociološkom i ekonomskom smislu<sup>7</sup>, predstavlja najširi, ali ujedno i najlabaviji oblik društvene integracije u kojoj se može očekivati potpuna ispunjenost uslova za stvaranje i održavanje gore pomenutih elemenata koji u suštinskom smislu čine moral. Ovo praktično znači da su uslovi za nastanak i primenu moralnih normi povoljniji u užim društvenim zajednicama, jer se tu može očekivati i veći stepen društvenog saobraćaja i povezanosti među članovima zajednice.

Šta je sa međunarodnom zajednicom? Nju sačinjavaju države koje predstavljaju osnovne subjekte međunarodnog prava i, samim tim, osnovne nosioce stvaranja i primene međunarodnog prava. U kojoj su meri i da li se uopšte gore pomenuti elementi određenja morala mogu pronaći i identifikovati u međunarodnom pravu, preciznije, u odnosima između subjekata međunarodnog prava? Naravno, ova pitanja, kao i druga koja iz njih mogu da proizađu, predstavljaju smernicu za razmišljanje i osnovu za razrešavanje eventualnih dilema koje su se na početku rada pojavile i koje se logično mogu očekivati.

---

<sup>6</sup> R. Lukić, Sociologija morala, SANU, 1974, str. 120.

<sup>7</sup> Vidi: R. Lukić, Osnovi sociologije, Beograd, 1965, str. 284 i dalje.

Jedan pravac traženja odgovora na postavljena pitanja može biti zasnovan na činjenici da države kao potpuna, ekonomski, politički i teritorijalno razgraničena društva, mogu stvarati prevashodno zajednice koje u sociološkom smislu ne predstavljaju integrirano društvo. Sa aspekta morala, takve zajednice predstavljaju “mehanički” zbir morala koji su nastali na nivou država koji je sačinjavaju. Identifikaciju zajedničkih moralnih normi otežava činjenica da između država postoje ogromne razlike koje proističu iz ekonomskih, političkih, ideoloških, kulturnih i drugih razlika koje nesumnjivo utiču na njihov moralni društveni kontekst.

Drugi pravac razmišljanja može se kretati u smeru mogućnosti stvaranja određenog kruga zajedničkih moralnih principa kroz proces intenziviranja različitih sadržaja komunikacije između država u formalnim i neformalnim okvirima. Posebno su značajni formalni oblici saradnje između država koji se odvijaju u međunarodnim organizacijama, čija je osnovna karakteristika stalnost, neposrednost i učestalost saradnje i kontaktiranja između država. Realno se može očekivati da međunarodne organizacije mogu biti “organizacioni centri” u kojima države, na osnovu identifikacije zajedničkih interesa, mogu stvarati ili identifikovati zajedničke moralne principe. Naravno, ovde treba imati u vidu da različita organizaciona okruženja i forme mogu više ili manje pospešivati ove trendove. U tom smislu, veća efikasnost se može očekivati na užem ili širem regionalnom organizacionom nivou, a manje na opštem svetskom nivou povezivanja država.

I jedan i drugi pravac razmišljanja moraju imati u vidu da su pojavni oblici odnosa između država, u stvari, odnosi između ljudi, odnosno ovlašćenih pojedinaca koji predstavljaju države. Značaj ove konstatacije zasnovan je na brojnim momentima koji su u najneposrednijoj vezi sa ranije pomenutim osnovnim elementima određenja morala. Reč je pre svega o odgovornosti pojedinaca za poštovanje zajedničkih – “međudržavnih” moralnih vrednosti, budući da one nastaju uz “posredovanje” države, a ne neposredno od strane pojedinaca, osećanja prijateljstva i neprijateljstva prema drugim državama, postojanju ogromnih kulturnih različitosti, interesnog, političkog ili ideološkog sukobljavanja i dr. Naravno sve ovo ne dovodi u pitanje samu mogućnost stvaranja i postojanja moralnih normi na međunarodnom nivou, ali nesporno ostavlja otvoreno pitanje njegove primene i poštovanja, a povezano sa tim i pitanje primane sile u odnosima između država.

*Istorijski aspekt nastanka međunarodnog prava  
i moralni kontekst sadržaja njegovih normi*

Razmatranje istorijskog aspekta nastanka međunarodnog prava podrazumeva, pre svega, traženje istorijskih korena sadašnjeg savremenog međunarodnog prava. Ovom prilikom nemamo nameru, a ni prostor i tema ovog rada to ne

dozvoljavaju, da temeljno i svestrano sagledamo sve aspekte koje ova tema obuhvata, jer je reč o ozbiljnom analitičkom zahvatu, već ćemo pažnju usmeriti samo na neke momente koji bi mogli doprineti razumevanju odnosa moralnih normi i međunarodnog prava posmatrano iz ugla njegovog nastanka.

Kada govorimo o istorijskom kontekstu međunarodnog prava, moramo naglasiti da ono predstavlja “živu” – dinamičnu pravnu materiju, materiju koja nastaje, traje i deluje u prostoru i vremenu i koja je podložna promenama.

Drugim rečima, sadržajni presek međunarodnog prava u postojećem vremenskom trenutku čine važeće, kumulirane međunarodne pravne norme koje se primenjuju u odnosima između subjekata međunarodnog prava. Ovo, praktično, dovodi do konstatacije da svi sadržaji međunarodnog prava nemaju istu vremensku dimenziju nastanka i trajanja, te da se njihov sveukupni normativni kontekst menja u zavisnosti od vremenskog trenutka posmatranja. Budući da su i moralne norme podložne istim zakonitostima promena u vremenu, to se lako može zaključiti da norme međunarodnog prava nastaju, ali i da će nastajati, u različitim moralnim okruženjima. Naravno, ovde se ne sme prenebreći činjenica da se i u istom vremensku trenutku može očekivati različitost moralnog okruženja, što je uzrokovano specifičnostima država kao užih zajednica koje odlikuju političke, ekonomske, kulturne i druge razlike.

U pokušaju da dosegemo korene savremenog međunarodnog prava oslonićemo se na pristup koji u razvoju međunarodnog prava razlikuje dve epohe, epohu regionalnih zajednica i epohu globalizacije<sup>8</sup>. Prvu epohu, između ostalog, karakteriše regionalnost međunarodnog prava, zasnovanoj na činjenici da su se kontakti između država, kao jedinih subjekata međunarodnog prava, odvijali isključivo među državama jednog regiona, dok su kontakti država različitih regiona bili sporadični i vrlo retki. Ovakva situacija, naravno, nije mogla da dovede do stvaranja univerzalnog međunarodnog prava, ali su zato norme međunarodnog prava bile čvršće povezane i bliže locirane moralnim načelima pripadnika ovih zajednica.

Druga epoha, epoha globalizacije, vezuje se za period nakon Prvog svetskog rata, nakon stvaranja prve svetske međunarodne organizacije – Društva naroda. Ovo je vreme prerastanja regionalnog u univerzalno međunarodno pravo. Suštini ove transformacije čini prerastanje evropskog međunarodnog prava u univerzalno međunarodno pravo<sup>9</sup>. Shodno tome, aktuelno međunarodno pravo predstavlja proizvod zapadnjačke civilizacije i zasniva se na pravnim koncepcijama razvijenim u nacionalnim pravima zapadnjačkih nacija<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Vidi: R. Etinski, *Međunarodno javno pravo*, “Službeni glasnik”, Beograd, 2010, str. 26–28.

<sup>9</sup> Isto, str. 8.

<sup>10</sup> B. Landheer, *Sociološki aspekti međunarodnog prava*, navod po: V. Ibler, *Međunarodni odnosi*, “Naprijed”, Zagreb, 1971, str. 480.



Ako smo prihvatili gore navedenu “natalnu kartu” međunarodnog prava, logično dolazimo i do zaključka da se savremeno međunarodno pravo ne oslanja na moralne principe pripadnika ili naslednika različitih civilizacija, već “favorizuje” one koje pripadaju zapadnoj civilizaciji. Složićemo se sa konstatacijom nekih autora da “Svet u pokretu nikada ne može u cjelosti obuhvatiti bilo kojim određenim pravnim sistemom”<sup>11</sup>, ali istovremeno stoji i dilema i pitanje da li ovakvo stanje stvari može imati i određene posledice po samo međunarodno pravo. Odgovor na ovu dilemu možemo potražiti u novim pitanjima, poput onih koja se odnose na moralnu snagu međunarodnog prava kao bitne prepostavke za njegovu primenu, zatim pitanja njegove sveukupne efikasnosti u regulisanju odnosa između država, te situacija nesaglasnosti normi međunarodnog prava sa moralnim standardima zajednica – država u kojima su oni bitno drugačiji ili čak suprotni međunarodnom pravu. Odgovore na ova i slična pitanja treba tražiti uz stalno uvažavanje činjenice da je jedna od osnovnih odlika međunarodnog prava njegova zasnovanost na saglasnosti volja, dobrovoljnosti, odnosno odsustvu prinude – sankcije, koja je inače predstavlja bitnu odrednicu unutrašnjeg prava.

*Moralne norme i međusobni odnos i specifičnosti  
unutrašnjeg i međunarodnog prava*

Povlačenje paralele između unutrašnjeg i međunarodnog prava može predstavljati pravac razmišljanja od značaja za sagledavanje moralnog konteksta međunarodnog prava. Sličnosti i razlike unutrašnjeg i međunarodnog prava i njihov međusoban odnos, mogu biti dobra osnova za utvrđivanje repernih momenata za razmišljanje i traženje određenih odgovora vezanih za temu u ovog rada.

*Osnovne odrednice međunarodnog i unutrašnjeg prava i moral.* – Osnovne odrednice međunarodnog i unutrašnjeg prava predstavljaju polaznu tačku za identifikaciju elemenata koji ih spajaju odnosno razdvajaju. One se, uglavnom, mogu svesti na subjekte – adresate, izvore, postupak donošenja pravnih normi, predmet regulisanja, temeljnoj postavci ovih pravnih sistema i sudskoj nadležnosti u njihovoj primeni, odnosno obezbeđivanju poštovanja njihove primene.

a. Subjekti unutrašnjeg prava su fizička i pravna lica, a adresati međunarodnog prava su države, ili pre svega države, jer se u svojstvu subjekata međunarodnog prava mogu pojaviti i međunarodne organizacije i pojedinci u određenim slučajevima, a neki autori ovo svojstvo pripisuju i čovečanstvu<sup>12</sup>. Za potrebe naše analize posebnu pažnju zaslužuju države kao subjekti međunarodnog prava bu-

<sup>11</sup> Isto, str. 481.

<sup>12</sup> Vidi: R. Etinski, isto, str. 111–114.

dući da su oni glavni, pa i jedini, nosioci stvaranja i primene normi međunarodnog prava. Ako se pitanje odnosa morala i prava, unutrašnjeg i međunarodnog, posmatra iz ugla njihovih subjekata, može se doći do zaključka da su moralne norme bliže unutrašnjem nego međunarodnom pravu. Ovakav zaključak proizilazi iz samog određenja morala, koje smo dali u prethodnom izaganju, te suštine procesa stvaranja moralnih normi i normi unutrašnjeg i međunarodnog prava. Unutrašnje pravo nesumnjivo stoji i neposrednijem kontaktu sa moralnim principima, jer nastaje na prostoru sa homogenijim sadržajem moralnog okruženja i bez "posredništva" u stvaranju normi unutrašnjeg prava. To omogućuje bliskost u prepoznavanju veze morala i pravnih normi, te otklanja barijere osećanju moralne odgovornosti u primeni pravnih normi, ukoliko se one temelje na moralnim normama. Naravno, ovde treba zadržati rezervu o mogućnosti apsolutnog identiteta prava i morala, jer, kako kaže A. Kaufman, ova podudarnost izostaje, između ostalog, zbog nepostojanja odgovarajućih moralnih normi, zbog toga što su često nejasne ili sporne, te što mogu biti i nejedinstvene<sup>13</sup>. Situacija sa međunarodnim pravom je potpuno drugačija. Postupak donošenja normi međunarodnog prava nalazi se u rukama država kao subjekata međunarodnog prava. Uključivanje moralnih normi u normativni sistem međunarodnog prava suočen je sa problemom izuzetne heterogenosti moralnog okruženja i iznalaženja prostora njegovog preklapanja prihvatljivog za sve subjekte međunarodnog prava. Ovome treba dodati i činjenicu da se između pojedinca, kao temeljnog stuba moralne norme, i norme međunarodnog prava pojavljuje posrednik - država kao stvaralac pravne norme, što dovodi do mogućnosti smanjenja, pa i oslobađanja odgovornosti pojedinca u slučaju nesprovođenja pravila međunarodnog prava.

b. U matrijalni izvor međunarodnog prava spada kolektivna volja država, a njegovi formalni pojavni oblici sadržani su u članu 38 Statuta Međunarodnog suda pravde i obuhvataju međunarodne ugovore, običajna pravna pravila i opšta pravna načela (glavni izvori). U unutrašnjem pravu materijalni izvor je volja države<sup>14</sup>. Ukoliko se odnos morala i međunarodnog i unutrašnjeg prava posmatra iz ugla njihovih materijalnih izvora, rezultati saznanja neće se bitno razlikovati od onih do kojih se došlo u prethodnom razmatranju. Naime, iako se i u jednom i drugom slučaju materijalni izvori svode na volju države, s time što se u slučaju međunarodnog prava radi o kolektivnoj volji država, postupak stvaranja pravne norme u slučaj unutrašnjeg prava podrazumeva volju države iskazanu u zakonodavnom organu konkretne države, dok se u slučaju međunarodnog prava radi o volji više država koja se iskazuje na posredan način, posmatrano u odnosu na građane tih država, preko ovlašćenih predstavnika tih država. Naravno, u slučaju međunarodnog prava treba imati u vidu suštinsku razliku pozicije koju imaju po-

---

<sup>13</sup> A. Kaufman, isto, str. 176.

<sup>14</sup> Vidi: B. Janković, Z. Radivojević, *Međunarodno javno pravo*, "SKC", Niš, 1995, str. 16.

jedini formalni izvori. Pri tome bi "najprisniji" odnos sa unutrašnjim pravom posedovala opšta pravna načela, jer podrazumevaju, kako je to definisano od strane Komiteta pravnika koji je pripremao Statut Stalnog suda međunarodne pravde, najopštija pravila prihvaćena unutrašnjim pravima svih civilizovanih naroda<sup>15</sup>. Iza njih bi došla običajna pravna pravila, pre svega po načinu nastajanja, a na kraju, iako je reč o najproduktivnijem<sup>16</sup> izvoru međunarodnog prava, dolaze ugovori. I dok se u slučaju običajnog prava i opštih pravnih načela bliska povezanost sa moralnim normama može konstatovati iz njihovog odnosa sa unutrašnjim pravom, situacija međunarodnog ugovornog prava je nešto drugačija. Sam postupak nastanka ugovora u osnovi je vođen interesima država kao apsolutnom prioritetu, dok moralni principi predstavljaju ciljnu kategoriju kojoj se teži ali koja se ne mora u svakom slučaju i ostvariti.

c. Međunarodno i unutrašnje pravo iskazuju specifičnost i u postupku koji se primenjuju u stvaranju pravnih normi i predmetu koji regulišu. Kao što smo u prethodnom izlaganju već pomenuli, postupak je neposredno povezan sa subjektima prava i voljom koju treba normativno da artikuliše. U slučaju unutrašnjeg prava radi se o volji jedne države usmerenoj na predmetu koji ne izlazi iz okvira granice te države. Budući da se radi o jedinstvenom geografskom, socijalnom i kulturnom prostoru, sva je prilika da iz tih činjenica proisteknu normativni rezultati koji su, po stanju stvari, bliski moralnim principima tog područja. Naravno, ovde je reč o logičnoj pretpostavci jer je u praksi situacija mnogo složenija i uzrokovana mnogobrojnim razlozima različite prirode. Među tim razlozima posebnu pažnju iziskuje temeljna postavka ovog pravnog sistema, kojoj ćemo se više posvetiti u narednom izlaganju.

Što se tiče međunarodnog prava, njegov predmet regulisanja predstavlja materija koja prelazi granicu jedne države i zahteva da bude uređena pravilima koja će se zasnivati na volji dve ili više država. Ovde se otvara pitanje u kojoj meri ovako donete pravne norme mogu odražavati moralne principe učesnika u postupku njenog stvaranja. Situaciju opterćuje više problema. S jedne strane, to je heterogenost "moralnog prostora", a sa druge strane, to je veća mogućnost uzajamne isključivosti moralnih normi, koja se povećava sa povećanjem broja subjekata međunarodnog prava koji učestvuju u stvaranju međunarodno-pravne norme. Naravno, sveukupnu situaciju treba posmatrati u kontekstu dobrovoljnosti celog postupka i mehanizma koji je baziran na usaglašavanju volja učesnika, te traženju najoptimalnijih rešenja u konkretnim situacijama. Interes se ovde pojavljuje kao primarna kategorija, a njegovo približavanje moralnim normama subjekata predstavlja korak u pravcu prirodnijeg uključenja ovih normi u unutrašnja prava država.

<sup>15</sup> R. Etinski, isto, str. 38.

<sup>16</sup> Isto, str. 50.

d. Konačno dolazimo i do temeljnih osnova ova dva pravna sistema. Unutrašnje pravo je postavljeno vertikalno i počiva na elementima hijerarhije vlasti, a međunarodno pravo je postavljeno horizontalno i zasnovano je na usaglašavanju volja država<sup>17</sup>. Vertikalna postavka unutrašnjeg prava, u čijoj pozadini leži monopol vlasti i sile države, omogućava dosta komotnu poziciju države u odnosu na potrebu ili obavezu vođenja računa o moralnim principima okruženja. Naravno ovaj "pravni komoditet" države treba posmatrati iz ugla demokratskog okruženja političkih sistema konkretnih država. Nećemo pogrešiti ako iznesemo tvrdnju da autoritarni režimi imaju veću sklonost stvaranju prava koje je se ne oslanja na moralne norme društva. U tom smislu navešćemo primer A. Kaufmana. Pimer se odnosi na SR Nemačku nakon Drugog svetskog rata kada je Savezni sud te države izričito naglašavao "slaganje" prava sa moralnom zapovešću, što je bilo proizvod težnje da se pravo snažnije veže za moralni poredak, jer je u vreme diktature bilo izricano "nemoralno pravo". U novonastaloj situaciji, se smatralo neophodnim da se spreči čak i mogućnost samovolje koja može doći od strane državnih organa<sup>18</sup>. Ovde se očigledno vidi materijalizacija izreke "koga je zmija ujela plasi se i guštera".

Međunarodno pravo, sa svojom horizontalnom postavkom volje, suočava se sa više izazova. Oni proizilaze, pre svega, iz cilja koji treba da postigne norma međunarodnog prava. Formalno ona treba da reguliše određeni odnos koji se tiče više država, ali istovremeno ona se suočava sa konkretnim težnjama i zahtevima država da u nju ugrade svoje interese, kao i svoje moralne principe. Moralni aspekt, iako ne predstavlja imperativ u kreiranju međunarodne norme, sačinjava bitnu kariku ukupnih napora koje jedna država čini učestvujući u stvaranju te norme. Osnove ove težnje država sadržane su i bazirane u suštinskim i formalnim aspektima odnosa država i njenih građana prema tim normama. Reč je, naime, o postupku uključivanja ovih međunarodno-pravnih normi u pravni sistem država i njenom sprovođenju u život. U tom smislu nije potrebno posebno isticati koje norme imaju veće šanse.

*Moral i odnos međunarodnog i unutrašnjeg prava.* – Pitanje odnosa međunarodnog i unutrašnjeg prava u savremenim uslovima izuzetnog inteziteta pravnog saobraćaja predstavlja pitanje od izuzetnog značaja, ali istovremeno i izuzetno složeno pitanje. U teoriji međunarodnog prava ovaj odnos je predmet pažnje brojnih teoretskih razmatranja koji se mogu grupisati u dva doktrinarna pravca: dualistički i monistički<sup>19</sup>. Međutim, ovom prilikom predmet naše pažnje neće biti

---

<sup>17</sup> Vidi: S. Avramov, M. Kreća, *Međunarodno javno pravo*, "Savremena administracija", Beograd, 2003, str. 7–8.

<sup>18</sup> A. Kaufman, isto, str. 176.

<sup>19</sup> Vidi: S. Avramov, M. Kreća, isto, str. 37–39; V. Dimitrijević, O. Račić, V. Đerić, T. Papić, V. Petrović, S. Obradović, *Osnovi međunarodnog javnog prava*, "Beogradski centar za ljudska prava",

ovi teoretski pravci već neki elementi pozicioniranja moralnih normi u svetlu savremene prakse regulisanja pitanja odnosa međunarodnog i unutrašnjeg prava.

U pogledu odnosa međunarodnog i unutrašnjeg prava savremena praksa nedvosmisleno daje prednost međunarodnom pravu, odnosno bazirana je na poštovanju načela *pacta sunt servanda*. Međunarodno pravo nameće državama obavezu poštovanja normi međunarodnog prava, ali ne sadrži odredbe kojim se propisuje način na koji će se ta obaveza realizovati. On se nalazi u rukama država. Praktično, države su u obavezi da poštuju norme međunarodnog prava i svako suprotno ponašanje, uključujući i nesaglasnosti njenog zakonodavstva sa normama međunarodnog prava, otvara pitanje njene međunarodne odgovornosti.

O kakvim i kojim posledicama možemo govoriti sa aspekta "moralnog prostora" konkretne države u slučaju "neposrednog kontakta" međunarodnog i unutrašnjeg prava? Naravno, ovo pitanje se postavlja, pre svega, u situacijama njihove nesaglasnosti. Međunarodno pravo i savremena praksa, kako smo to već rekli, su potpuno određeni i jasni u pogledu odnosa između međunarodnog i unutrašnjeg prava i daju prednost normama međunarodnog prava. Logičan sled ovakvog odnosa dovodi nas do saznanja da se u putem ove prednosti uspostavlja specifična hijerarhija u kojoj se prednost daje normama koje nisu prošle "moralnu verifikaciju" na prostoru na kome će se primenjivati. Drugim rečima, norme bez ili sa delimičnom moralnom "kvalifikacijom" dezavuišu norme koje su po svojoj suštini bliže moralnim principima područja na kome su usvojene. Iako se ovako postavljen odnos bazira na formalističkom pristupu i uz oborive pretpostavke, činjenica je da gore iznete mogućnosti sadrže u sebi i neke realne dimenzije posmatranja stvari koje otvaraju pitanja i dileme vezane za efikasnost u njihovoj primeni, uključujući i sumnju u iskrenost opredeljenja za njihovu realizaciju – poštovanje. Naravno, da do ovoga ne bi došlo, državama stoje na raspolaganje pravna i politička sredstva koja u mnogome menjaju gore pomenutu sliku. Kad ovo kažemo mislimo pre svega na "pravne filtere" kojim raspolažu države u postupku prihvatanja pravila međunarodnog prava. Reč je o postupcima davanja saglasnosti na vezivanje ugovorom koji stoje na raspolaganje državama, a naravno tu su i ustavne norme koje podsećaju političke odlučioce na pravno-političke granice u prihvatanju međunarodnih obaveza.

*Moral i postupak stvaranja i poštovanja  
međunarodnog prava*

*Moral i postupak stvaranja međunarodnog prava.* – Kada govorimo o odnosu morala i postupka stvaranja međunarodnog prava imamo u vidu dve stva-

ri. Prvo, to je mogućnost da se kroz sam postupak stvaranja prava, a koji se svodi na saglasnost volja država kao nosioca tog postupka, ostvari poštovanje sopstvenih moralnih principa i drugo, da je i sam postupak prožet odnosom prema moralnim normama. Znači, reč je o ostvarivanju nacionalnih moralnih normi učesnika i moralnim aspektima radnji koje učesnici preduzimaju u samom postupku.

Prvi aspekt pitanja razmotrili smo u prethodnom izlaganju, tako da ovom prilikom možemo samo da izdvojimo par zapažanja. Sam postupak se zasniva na poštovanju kolektivne volje država učesnica postupka i predstavlja formalno-pravnu pretpostavku za zaštitu moralnih aspekata u predmetu pregovaranja. U kojoj meri će države biti u situaciji da ovu mogućnost pretvore u stvarnost zavisi od mnogobrojnih političkih, ekonomskih, vojnih, kulturnih i drugih faktora, te od diplomatskih sposobnosti učesnika u ovom postupku. Konačno, ukoliko država ne uspe da ovim naporima zaštititi svoje moralne standarde, kao krajnja sredstva, njoj stoje na raspolaganje mogućnost odustajanja u samom postupku utvrđivanja i donošenja norme međunarodnog prava ili odbijanje davanje pristanka vezivanja normom međunarodnog prava.

Razmatranje drugog aspekta ovog pitanja zahteva, pre svega, okvirno određenje samog postupka stvaranja norme međunarodnog prava i to konkretno postupka sklapanja – donošenja ugovora kao najproduktivnijeg izvora međunarodnog prava. Uz uvažavanje činjenice postojanja određenih proceduralnih razlika u postupku donošenja bilateralnih i multilateralnih ugovora, multilateralnih ugovora bez posredovanja međunarodnih organizacija i u okviru međunarodnih organizacija, procedura sklapanja ugovora, generalno, obuhvata dve faze i to: izradu teksta ugovora i davanje pristanka radi vezivanja ugovorom<sup>20</sup>. Izrada teksta ugovora odvija se u postupku pregovora, usvajanju teksta i overavanju teksta ugovora. Davanje pristanka radi vezivanja ugovora može biti iskazano potpisivanjem, razmenom instrumenata koji sačinjavaju ugovor, ratifikacijom, prihvatanjem, odobravanjem, pristupanjem ili na neki drugi način. I jedan i drugi aspekt postupka u svojoj osnovi predstavlja usaglašavanje volje država. Međutim, prva faza postupka ima dimenziju “kolektivnog rada” uključujući i odlučivanje, izuzev overe teksta ugovora, dok je druga faza prepuštena proceduri i volji države koja se izjašnjava o davanju pristanka vezivanja ugovorom. Ova napomena je bitna jer se države, u gore pomenuti fazama sklapanja ugovora, nalaze suštinski u potpuno drugačijoj poziciji i mogućnosti da zaštite, u ovom slučaju, interes vezan za poštovanje svojih moralnih normi.

---

<sup>20</sup> Vidi: R. Etinski, isto, str. 60 i dalje; S. Avramov, M. Kreća, 475 i dalje; V. Dimitrijević i drugi, isto str. 31 i dalje; B. Janković, Z. Radivojević, isto, 344 i dalje; Z. Radivojević, Ugovori međunarodnih organizacija u savremenom međunarodnom javnom pravu, SKC, Niš, 1996, str. 28–44.

Našu pažnju posvećujemo prvoj fazi postupka zaključivanja ugovora jer se u njoj nalaze potencijalne mogućnosti za otvaranje brojnih pitanja vezanih za zaštitu interesa država ugovornica u domenu sopstvenim moralnih principa, kao i pitanja vezana za moralnost samih radnji i konkretnog postupanja država ugovornica. Postupak donošenja ugovora započinje pregovorima koji se završavaju usvajanjem teksta ugovora. U slučaju međunarodnih organizacija i inicijalna faza dobija formalnu stranu, mada ona obično ne predstavlja predmet regulisanja organizacionog prava<sup>21</sup>. Pregovori predstavljaju formalnu i sadržajnu osnovu stvaranja norme međunarodnog prava. U toku pregovora države učesnice nastoje različitim sredstvima da ubede ili privole drugu ili druge strane na prihvatanje sadržaja pregovaranja u obliku koji je njima prihvatljiv. Sredstva koja se u tim prilikama koriste mogu se kretati od onih koja su pravno i moralno prihvatljiva do onih čiji su moralni i pravni kredibilitet pod velikim znakom pitanja ili mogu biti čak i suprotna normama međunarodnog prava i moralnim principima savremenog društva. U ovu "sivu zonu" pregovaranja nalaze se sredstva poput pretnje, kazne i prinude. Pravna strana ovih sredstava uglavnom je jasno određena, tako da se saglasnost data pod prinudom /prevarom, zabludom ili putem korupcije/ ne smatra pravno valjanom. Šta je sa njihovim moralnim aspektom? Može li se primena ovih sredstava moralno opravdati isticanjem značaja sopstvenih interesa? Može li se u ovim slučajevima primeniti makjavelistički pristup "cilj opravdava sredstvo"? Sva ova pitanja imaju samo jedan odgovor i on nas vodi do konstatacije da je reč o lažnoj dilemi. Ova sredstva nemaju moralno utemeljenje ni u "međunarodnim" ni u nacionalnim moralnim principima. O tome najbolje govori činjenica da se ova sredstva ne koriste javno, u javnim pregovorima. Međutim, njihovo "pravo građanstva" nije osporeno u tajnim pregovorima. Naravno, čisti oblici tajnog pregovaranja su potisnuti sa međunarodne scene još od kraja Prvog svetskog rata, na temelju principa izloženih u 14 tačaka predsednika SAD V. Vilsona. Međutim, bilo bi jako naivno prihvatiti da su elementi tajnosti potpuno isključeni u bilateralnim, pa i u multilateralnim postupcima pregovaranja. Šta više, postoje i ozbiljna teoretska zagovaranja prednosti tajnog pregovaranja, zasnovana pre svega na njihovoj efikasnosti i delotvornosti.

*Moral i poštovanje normi međunarodnog prava.* – Jednu od specifičnosti međunarodnog prava po kojoj se, između ostalog, ono i razlikuje od unutrašnjeg prava, predstavlja pitanje ne/postojanje mehanizma zaštite, odnosno elementa prinude, koji po nekim teoretičarima čini suštinu prava uopšte<sup>22</sup>. Praktično, do-

<sup>21</sup> Bliže videti: V. Dimitrijević, O. Račić, Međunarodne organizacije, "Savremena administracija", Beograd, 1978, str. 162 i dalje.

<sup>22</sup> Vidi: R. Lukić, Pravna priroda međunarodnog prava, JRMP, 3/1955, str. 359–377.



brovoljnost, kako u prihvatanju, odnosno u donošenju, tako i u primeni normi međunarodnog prava, predstavlja jednu od njegovih osnovnih karakternih crta. Ova karakterna dimenzija međunarodnog prava najneposrednije je povezana sa moralnim aspektom odnosa država prema obavezi obezbeđivanja njegove primene i poštovanja. Pitanje morala, odnosno moralnosti u ne/poštovanju međunarodnog prava može imati više pravaca razmišljanja. Najčešći pravac razmišljanja okrenut je pitanju efikasnosti normi međunarodnog prava. Naravno, njegov značaj nije sporan. Međutim, ovde se mora iskazati određena doza opreznosti ukoliko se efikasnost međunarodno-pravne norme posmatra iz ugla moralnih načela. Moralnost se ne mora uvek iscrpljivati isključivo na očekivanjima da se jedna norma međunarodnog prava poštuje. Drugim rečima, moguće je i suprotno ponašanje koje se može objektivno temeljiti na moralnim normama. U tom smislu, ilustrativan je stav V. Iblera da "...kad god je bio u pitanju opstanak države – daka-ko one, koja je htela dalje postojati – ponašanje se takve države nije obziralo ni na što drugo nego samo na jedini cilj, na samoodržanje, podredivši mu sve ostalo, uključivši, moral, etiku i pravo."<sup>23</sup> Kao što vidimo, praktično autor ovde ne osporava potrebu poštovanja međunarodnog prava, ali jasno ukazuje na granicu, odnosno limitirajući element iza koga se država oslobađa te obaveze.

Ponašanja država suprotno normi međunarodnog prava otvara dodatna pitanja, jer moralne dileme ne proizilaze samo iz čina kršenja međunarodno-pravne norme, već i iz posledica koje nastaju iz tog čina. Uzmimo na primer slučaj bombardovanja naše zemlje 1999. godine. Ovde je reč o "školskom primeru" kršenja međunarodnog prava i agresiji, jer je upotreba sile protiv jedne suverene države moguća jedino na osnovu odluke Saveta bezbednosti. Budući da takva odluka nikada nije doneta, reč je o klasičnoj agresiji, koja se po svim svojim elementima uklapa u bilo koju definiciju agresije<sup>24</sup>, te one koja je usvojena Rezolucijom Generalne skupštine UN 3314(XXIX) od 14. decembra 1974. godine. Moralni aspekti takvog čina su potpuno jasni, ali se oni ne odnose samo na čin kršenja međunarodno-pravnih normi već i na njegove posledice. U ovom našem slučaju reč je ubijanju više hiljada nedužnih ljudi. Kojim se moralnim aspektom ove posledic mogu opravdati? U ovom kontekstu treba pomenuti i aktuelan slučaj kršenja Rezolucije 1244 Saveta bezbednosti. I u ovom slučaju sam čin nepoštovanja međunarodnog prava otvara moralne aspekte posledica tog čina, koje skoro svakodnevno poprimaju oblik tragične stvarnosti za Srpski narod na Kosmetu.

Međutim, iako prethodno izlaganje govori da je ocena moralnosti jednostavna stvar, situacija je ipak mnogo složenija. Šta je moralno a šta nemoralno u

---

<sup>23</sup> V. Ibler, isto, str. 55.

<sup>24</sup> Vidi: M. Sukijasović, Pojam agresije u međunarodnom pravu, "Institut za međunarodnu politiku i privredu", Beograd, 1967, str. 183–201.

međunarodnim okvirima predstavlja pitanje na koje se ne može dati jednostavan odgovor. Težina odgovora na ova pitanja proizilazi iz činjenice da moral još uvek ima nacionalnu "dioptriju". Čak i pod pretpostavkom da određeni moralni vrednosti sistem dobije "međunarodnu" dimenziju, veliko je pitanje kakve on šanse može da ima u sudaru sa politikom i interesima. Politički i interesni filteri država, drugim rečima, snažna propaganda u rukama pojedinih država, uspešno "štite" njihova, ali i područja drugih država, od "štetnog" uticaja realnosti i istine. Tu se možda i nalazi odgovor na surovu realnost neodgovornog odnosa pojedinih država koji duži vremenski period flagrantno krše međunarodno pravo, bez ikakve reakcije domaće javnosti. Drskost ovih aktera međunarodnih odnosa ide dotle da za slično ili čak istovrsno ponašanje drugih država daju sebi za pravo da ih kritikuju, uz poziv svetskoj javnosti na reakciju i javnu osudu.

### *Moral i pravo EU*

Formiranjem Evropske zajednice za uglj i čelik 1951. godine i kasnije potpisivanjem Rimskih ugovora 1957. godine kojim su osnovani EEZ i EURATOM, otvoreno je novo poglavlje u razvoju Evrope. Proces integracije koji je tom prilikom započet, rezultirao je ekonomskim, pravnim, političkim i kulturnim povezivanjem prostora država članica. Danas taj prostor obuhvata 27 država, sa tendencijom daljeg širenja.

Intenziviranje sveukupnog saobraćaja između država članica – ekonomskog, pravnog, političkog i kulturnog, nesumnjivo je morao da ostavi posledice i na kompleks moralnih vrednosti. Ako pretpostavimo da je za sveukupnu međunarodnu zajednicu jedan od osnovnih problema vezanih za moralnu sferu utvrđivanje univerzalnih vrednosti, očigledno je da to pitanje uspešno nalazi svoja rešenja u okviru Evropske unije. Pri tome, eventualni izazovi ponovnog otvaranja nekih dilema koje se mogu javiti zahvaljujući dinamičnosti ove integracije iskazanu u procesu njenog kontinuiranog širenja, uspešno se prevenira obavezom novih članica na prihvatanje *Acquis Cominmunautaire* – odnosno pravnih tekovina Evropske unije<sup>25</sup>.

U kakvom odnosu stoje moralne norme država članica i pravo EU, predstavlja izuzetno izazovno pitanje. Naravno, mi ne pretendujemo da damo odgovor na ovo pitanje, ali ćemo pokušati da skrenemo pažnju na neke aspekte ovog odnosa. Polazna osnova u razmatranju tog odnosa treba da bude činjenica da Evropska unija nije ni federacija, a još manje unitarna država. Reč je o procesu in-

<sup>25</sup> Bliže o tome vidi: M. Prokopijević, Evropska unija, Uvod, "Službeni glasnik", Beograd, 2009, str. 100–102.

tegracije relativno skorijeg datuma pokretanja ali sa izuzetnim integracionim rezultatima. U kojoj meri se oni odražavaju na moralne kodekse, traženje zajedničkih vrhovnih vrednosti, pitanje je čiji se odgovor, između ostalog, može potražiti i u njihovom opredeljenju za održavanje, poštovanje i jačanje multikulturalnosti tog prostora.

S druge strane, pravo EU predstavlja specifičan sistem pravnih normi, koga čine norme primarnog i sekundarnog prava. Budući da primarno pravo ima sve odlike međunarodnog prava, a sekundarno pravo odlike nacionalnog prava, to je jedna od osnovnih specifičnosti ovog pravnog sistema u njegovoj pozicioniranosti između međunarodnog i nacionalnog – unutrašnjeg prava. Ako pokušamo da projektujemo prethodno iznete stavove iz odnosa morala i međunarodnog i unutrašnjeg prava na pravo EU, možemo konstatovati da ono sadrži elemente oba odnosa. Sekundarno pravo govori o izgrađenim zajedničkim vrhovnim vrednostima, njihovom postojanju i bližem kontaktu sa moralnim normama država članica, ali o skromnijim pojedinačnim mogućnostima država članica u ostvarivanju njihove pune zaštite. Primarno pravo nas, sa svoje strane, dovodi do obratnog zaključka. Međutim, ako oba ova izvora prava EU posmatramo iz ugla postupka za njihovo donošenje videćemo da su oni bliži međunarodnom pravu. Promena ovog stanja zahteva bitnu promenu pložaja i uloge Evropskog parlamenta i to u smeru koji će ga približiti pozicijama nacionalnog parlamenta. Naravno, promenama koje su izvršene Lisabonskim sporazumom situacija se nešto promenila, ali su još uvek jaki otpori daljem kretanju u tom pravcu. Postojanje primarnog i sekundarnog prava, ako optimistički posmatramo integrativni proces, ukazuje da se EU kreće korak po korak ka konačnom cilju potpunoj, sveobuhvatnoj integraciji. Pri tome, osporavanje Evropskoj uniji pravo na kompetenciju – kompetencije, insistiranjem na nezaobilaznosti primarnog prava u regulisanju ovog pitanja, govori da integracioni proces zahteva vreme za sazrevanje i oslobađanje od isključivo nacionalnih okvira posmatranja sveukupne realnosti.

## ZAKLJUČAK

Ovaj rad nećemo završiti zaključkom jer to i nije bio njegov cilj. Njegov zadatak je da pokaže da se međunarodno pravo može ali i da se treba posmatrati iz nekog drugog ugla, ugla koji će izaći iz čisto pravnih okvira. Naravno, razmišljanja izneta ovom prilikom predstavljaju samo pokušaj navođenja pravaca kojim se ona mogu kretati. Ono što se nesumnjivo može konstatovati je da je reč o izuzetnoj složenoj tematici koja izlazi iz okvira čisto pravnih metodoloških pristupa. Neke aspekte te složenosti pokušali smo naglasiti uz svesno upuštanje u rizike

koje razmatranje ovakvog pitanja nosi sa sobom, uključujući i mogućnost nedovoljnog osvrtnja na teme koje možda zaslužuju produbljeniji pristup.

BOŽIDAR JELIČIĆ, LL.D.,  
Assistant Professor, Faculty of Legal  
and Business studies, Novi Sad

## MORALITY AND INTERNATIONAL LAW

### Summary

The relation between law and morality is a matter which attracts the attention not only of theorists, but of politicians as well. The theory is primarily concerned with doctrinal study of their relation, while the politics is concerned with the “connectivity” of normative and moral spheres, or even just with propagandistic display of that relation. The essential reasons why politics insists on this connection are perhaps best illustrated by the examples of non-democratic regimes which by emphasizing this connection attempt to conceal the “immorality” of the law their governance is based upon. Naturally, even though the two situations cannot be equated, the fact that the representatives of the democratic systems are not interested in establishing the power of legal system in the moral standards of the given society cannot be denied, as well. The extent to which this and such relation can be projected onto the international law is an issue that requires a comprehensive analysis. Such an approach is, primarily, required by the fact that it is a specific legal system which differs greatly from national law. Its specificities, by themselves, necessitate that the matter be considered in parallel with national law, with an emphasis on those viewpoints of the relation which arise from the characteristics of the international law. In this regard, the observation of this relation from the perspective of the overall historical context of the emergence of the international law deserves special attention, as well as from the perspective of their basic postulates, sources, subjects, regulative subjects, and the creation and application process of the international law norm. Lastly, the direct connections that exist between the concepts of the international law and the EU law lead the subject matter of this analysis naturally to the legal aspects of the European integration process, whose original development also led to legal forms which deserve special attention.

BOJANA ČUČKOVIĆ

## POZIVANJE DRŽAVE NA ODGOVORNOST ZA ŠTETU PRIČINJENU OBLASTIMA IZVAN NACIONALNIH JURISDIKCIJA

– Između prava i morala –

Šteta pričinjena oblastima izvan nacionalnih jurisdikcija predstavlja poseban problem u savremenom međunarodnom pravu. Razlog leži u teškoj pomirljivosti dva suprotstavljena koncepta. Jedno je teritorijalni koncept međunarodne zajednice koji se kombinuje sa individualnim pristupom u povredi prava. Drugi koncept počiva na činjenici da se izvesnim aktivnostima šteta nanosi oblastima koje su zajedničke i čije je očuvanje u interesu svih dok njihovo uništenje predstavlja štetu za sve. Pitanje koje se nameće kada se ova dva koncepta stave na teg jeste šta treba da pretegne?<sup>1</sup> Teritorijalni koncept međunarodne zajednice ili potreba zaštite zajedničkog interesa?

Prostore izvan nacionalnih jurisdikcija država treba razlikovati od oblasti koje potpadaju pod suverenu vlast većeg broja država usled čega se obično kvalifikuju kao “dobra koja se dele” (*ressources partagées*). Radi se o prostorima poput međunarodnih reka ili morskog prostora koji potpadaju pod jurisdikciju dr-

---

Mr Bojana Čučković, asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

<sup>1</sup> Da je dva navedena principa moguće pomiriti smatra Međunarodni sud pravde koji je u slučaju *South West Africa* stao na stanovište “fizička kontrola nad teritorijom, a ne suverenost ili legitimitnost osnova, predstavlja nešto na čemu počiva odgovornost države za akte koji utiču na druge države”. *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion I.C.J. Reports 1971*, str. 54, para. 118. Bottom of Form.

žava. Normativna logika koja rukovodi pravno uređenje ovih prostora počiva na suverenoj vlasti države nad sopstvenom teritorijom mada je vremenom ova teorija dobijala specifične modifikacije kako bi se u obzir uzela činjenica da ovi prostori čine celinu u smislu ekosistema, te da treba uvažiti interese drugih država sa kojima se prostor deli. Neke od teorija koje su nastale upravo u cilju da se u obzir uzmu i interesi drugih država mogu biti od koristi kada se radi o šteti pričinjenoj oblastima izvan nacionalnih jurisdikcija.

U ranoj fazi vladala je teorija apsolutne suverenosti države nad njenom teritorijom. Okolnost da se prostor deli između više država nije uzimana u obzir, a država je mogla da preduzima aktivnosti na sopstvenoj teritoriji nezavisno od eventualnih štetnih posledica koje bi te aktivnosti imale na teritoriji druge države. Postepeno formiranje svesti među državama da bi teritoriju trebalo koristiti na način da se ne pričinjava šteta drugim državama najizraženije je bilo u oblasti međunarodnih reka. Brojni sporovi između država u vezi sa korišćenjem međunarodne reke od strane uzvodne države na način da se time onemogućava nizvodna država u upotrebi sopstvenih prava, vremenom su izrodili takozvanu teoriju o restriktivnoj suverenosti države. Ona teži da pomiri suverenu vlast države nad njenom teritorijom sa interesima koje bi u vezi sa korišćenjem međunarodnog vodnog toka imale druge države sa kojima se tok deli. Dobila je izraz u načelu pravične upotrebe međunarodne reke usled postojanja "ograničene forme zajedničkog interesa".<sup>2</sup>

Zbog inherentnih karakteristika prostora koji potpadaju pod jurisdikciju nekolicine država nije ni bilo potrebe uplitati najnoviju teoriju koju je u tom pogledu predložila doktrina, a koja se ogleda u "međunarodnom upravljanju prostorima u zajedničkom interesu".<sup>3</sup>Jedna varijanta ove teorije javlja se kod očuvanja prirodnih resursa. Prirodni resursi, shvaćeni u smislu biljnih i životinjskih vrsta i njihovih prirodnih staništa, potpadaju pod suverenu vlast države na čijoj se teritoriji nalaze. Ovde zajednički interes ima nešto drugačiju formu i ne ogleda se u prostornom zajedništvu. Zajednički interes prevazilazi granice određenog broja država koje pripadaju izvesnom regionu i postaje zajednički interes u pravom smislu te reči, tj. zajednički interes čitave međunarodne zajednice. Suverena vlast države ograničava se u operativnom smislu tako što se teritorijalnoj državi poverava uloga starateljice nad prirodnim resursima.<sup>4</sup> Ona zadržava suverenu vlast

<sup>2</sup> Maljean-Dubois, S., "L'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice le 25 septembre 1997 en l'affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie)", *Annuaire français de droit international*, vol. 43/1, 1997, str. 309.

<sup>3</sup> Hanqin, X., *Transboundary Damage in International Law*, Cambridge University Press, 2009, str. 142.

<sup>4</sup> Beyerlin, U., Holzer, V., "Conservation of Natural Resources", in R. Wolfrum (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008, online edition, [www.mpepil.com], sajt posećen 17. oktobra 2009. godine, str. 3.

nad resursima ali služi interesima čitave međunarodne zajednice time što se stara o očuvanju biljnih i životinjskih vrsta koje nastanjuju njenu teritoriju.<sup>5</sup>

Sličan rezon primenljiv je na biološku raznovrsnost uz uvažavanje jednog značajnog pomaka koji je učinjen u članu 3 Konvencije o biološkoj raznovrsnosti od 1992. godine. Obaveza država ugovornica u pogledu očuvanja biološke raznovrsnosti prostire se ne samo na teritoriju države ugovornice već i na teritorije drugih država i oblasti izvan nacionalnih jurisdikcija. Aktivnosti koje države ugovornice preduzimaju na sopstvenim teritorijama ograničene su kako posledicama koje bi imale na teritoriji države koja aktivnost preduzima tako i posledicama koje bi te aktivnosti imale po ostatak planete, bilo da se radi o teritoriji pod jurisdikcijom neke druge države ili oblastima izvan nacionalnih jurisdikcija država. Ermit (*Hermitte*) u tome vidi “jaku međunarodnu odgovornost”.<sup>6</sup> Sama Konvencija kvalifikuje biološku raznovrsnost kao “zajedničku brigu čovečanstva”.<sup>7</sup> Značaj navedene kvalifikacije nije naročit ako se u obzir uzme okolnost da ona nije pravne prirode, tj. da ne podrazumeva poseban pravni režim. Ona samo upućuje na nameru ugovornih strana da ukažu na interes koji čitavo čovečanstvo ima u pogledu očuvanja biološke raznovrsnosti. Da li je postojanje zajedničkog interesa dovoljno za stavljanje u pogon pravila međunarodnog prava o pozivanju države na odgovornost?

Pravila međunarodnog prava o pozivanju države na odgovornost svoj aktuelni izgled duguju promeni u pristupu koji je usvojila Komisija za međunarodno pravo u svom radu na pravilima o odgovornosti države za protivpravni akt. Činjenica da nekoliko država može pozvati izvršioca protivpravnog akta na odgovornost kao i da pravo na pozivanje države na odgovornost ne mora da izvire iz svojstva žrtve povrede, opredelili su Komisiju da pravila o pozivanju na odgovornost uredi sa osloncem na obavezu odgovorne države, a ne na pravo drugih država kao

---

<sup>5</sup> Zaštita prirodnih resursa danas je predmet većeg broja međunarodnih ugovora. Osim napuštanja koncepta slobodnog raspolaganja prirodnim resursima i usvajanja koncepcije o državi stateljici koja postupa u ime čitave međunarodne zajednice, ovu oblast međunarodnog ekološkog prava odlikuje još jedna osobenost. Naime, umesto strogog očuvanja prirodnih resursa kao pristupa koji je karakterisao prve međunarodne ugovore u ovoj sferi, prevladuje pristup održive upotrebe prirodnih resursa. Država može da upotrebljava prirodne resurse koji se nalaze na njenoj teritoriji. Ona to pak mora činiti na način da obezbedi opstanak biljnih i životinjskih vrsta kako bi se njima mogle koristiti i buduće generacije. Ima čak mišljenja da država time deluje u ime međunarodne zajednice i da izvršava obavezu *erga omnes*. *Ibidem*, str. 8.

<sup>6</sup> Hermitte, M.-A., “La convention sur la diversité biologique”, *Annuaire français de droit international*, vol. 38/1, 1992, str. 849.

<sup>7</sup> Stav 3 Preambule uz Konvenciju o biološkoj raznovrsnosti od 1992. godine. <http://www.cbd.int/convention/articles/?a=cbd-00>, sajt posećen 7. septembra 2011. godine.



što je to bio slučaj sa pravilima usvojenim u prvom čitanju.<sup>8</sup> Promenu u pristupu Komisija je objasnila još i time što države koje imaju pravni interes ali nisu povređene države, mogu biti pogođene odlukom povređene države da li će i koje sredstvo upotrebiti protiv države odgovorne za protivpravni akt.<sup>9</sup>

Mada ima shvatanja da je pristup koji se fokusira na obavezu države štetnika umesto na pravo oštećene države po svojoj suštini limitirajući u smislu da izvršenje obaveze svake države u praksi zavisi od njenog izvršenja od strane druge države,<sup>10</sup> čini se da je, stavljen u kontekst pravila o pozivanju na odgovornost, taj isti pristup izuzetno napredan. Zapravo podrazumeva da se identifikacija države ili država u odnosu na koje obaveza odgovorne države postoji, vrši u zavisnosti od primarnog pravila i okolnosti pod kojima je do povrede primarne norme došlo. O značaju koji takav pristup ima u ekološkoj sferi govori primer zagađenja morske sredine koje, ukoliko je ozbiljno, može pogoditi čitavu međunarodnu zajednicu, ili pak "samo" obalne države određenog regiona. Izvršeno pod drugačijim okolnostima, zagađenje bi moglo da pogodi samo jednu, obično susednu državu. Proizlazi da ozbiljnost povrede, u kombinaciji sa načinom na koji je obaveza formulisana, može odlučujuće uticati na domašaj sekundarnih pravnih pravila koja se tiču pozivanja države na odgovornost.<sup>11</sup>

Pristup koji se bazira na obavezi omogućio je Komisiji za međunarodno pravo da povuče razliku između dve situacije. Odgovorna država obavezu može imati prema povređenoj državi, ali istu obavezu može dugovati i državi koja nije neposredno povređena izvršenjem protivpravnog akta mada ima izvestan pravni interes u vezi sa prekršenom obavezom. Stvari se mogu posmatrati i iz drugog ugla. Svako kršenje međunarodnog prava poznaje dve vrste povrede. Jedno je povreda naneta određenoj državi, drugo je povreda naneta javnom poretku.<sup>12</sup> U najvećem broju slučajeva poredak toleriše povredu koja mu je naneta i prav-

<sup>8</sup> Draft Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Act adopted by the International Law Commission on First Reading, *Yearbook of the International Law Commission*, 1996, vol. II, Part Two.

<sup>9</sup> Crawford, J., *Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat – introduction, texte et commentaires*, Paris, Pedone, 2003, str. 52.

<sup>10</sup> *Ibidem*, str. 49.

<sup>11</sup> Kraford smatra da je pristup koji usvaja Komisija za međunarodno pravo više nego odgovarajući kada se u obzir uzme aktuelni kontekst međunarodnih odnosa. Štaviše smatra da bi poveravanje pojedinačnih prava izvesnim državama koja bi izvirala iz povrede multilateralne obaveze, zapravo značilo da se te države smatraju vlasnicima prava (što one nisu), ili bi se neosnovano dala prednost subjektivnom osećaju povrede. Crawford, J., "The ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: A Retrospect", *American Journal of International Law*, vol. 96, 2002, str. 880.

<sup>12</sup> Arsanjani, M., "The Codification of the Law of State Responsibility", *Am. Soc'y Int'l L. Proc.*, 1999, vol. 83, str. 228.

na sredstva stavlja na raspolaganje samo direktno povređenoj državi. Međutim, u pojedinim slučajevima kršenje međunarodnog prava je u toj meri ozbiljno da ga međunarodna zajednica jednostavno ne može zanemariti. U takvim situacijama međunarodni pravni poredak stvara sredstva koja stavlja na raspolaganje “država-ma koje imaju interes u vezi sa povredom međunarodne obaveze”, sve u svrhu zaštite samog sebe. Prva situacija predmet je regulisanja u članu 42 Pravila o odgovornosti države za protivpravni akt, dok je druga situacija obrađena u članu 48.<sup>13</sup> Član 48 Pravila je od značaja upravo za temu ovog rada, tj. štetu pričinjenu oblastima izvan nacionalnih jurisdikcija država.

Radi se o državama koje, iako nisu povređene, mogu pozvati državu na odgovornost jer poseduju izvestan pravni interes u vezi sa izvršenjem protivpravnog akta. Razlika se ipak povlači između dve kategorije država. U prvu kategoriju bi ulazile države koje pripadaju grupi kojoj se obaveza duguje pri čemu je obaveza ustanovljena u cilju zaštite zajedničkog interesa te grupe (član 48 (1, a)). Druga grupa država može pozvati državu izvršioca protivpravnog akta na odgovornost ukoliko se radi o obavezi koja se duguje čitavoj međunarodnoj zajednici (član 48 (1, b)). Može se primetiti da se u oba slučaja radi o situacijama u kojima je država koja poziva na odgovornost državu štetnika dosta udaljena od protivpravnog akta iz koga odgovornost izvire. Slabost veze između protivpravnog akta i države koja poziva na odgovornost nadomešćuje se vrstom obaveze koja je povređena. Obaveze koje su ustanovljene u cilju zaštite interesa grupe država ili se pak duguju čitavoj međunarodnoj zajednici, kako to smatra Komisija, dovoljno su značajne same po sebi te postojanje države koja je neposredno povređena nije potrebno.

Oprez sa kojim je Komisija pristupila ovom pitanju najbolje se vidi iz činjenice da države iz člana 48 nije kvalifikovala ni na koji način. Izraz “država koja ima interes u vezi sa protivpravnim aktom” iznedrila je doktrina međunarodnog prava u cilju jednostavnijeg razlikovanja ove grupe država od država koje su “povređene”.<sup>14</sup> Podložan je kritici stoga što ne uvodi pravu razliku između dve grupe država s obzirom na okolnost da povređene države iz člana 42 takođe imaju pravni interes.<sup>15</sup> Uostalom, indikativno je i to da je nekadašnji član 40 Nacrta pravila o odgovornosti države za protivpravni akt, koji je usvojen od strane Komisije za međunarodno pravo u prvom čitanju, pod pojam povređene države podvodio i kategorije koje se danas smatraju “državama koje imaju interes u vezi sa

---

<sup>13</sup> Pravila o odgovornosti države za protivpravni akt Komisije za međunarodno pravo, Rezolucija Generalne skupštine Ujedinjenih nacija 56/83 od 12. decembra 2001. godine, UN Doc. A/RES/56/83.

<sup>14</sup> Vermeer-Künzli, A., “A Matter of Interest: Diplomatic Protection and State Responsibility *Erga Omnes*”, *ICLQ*, vol. 56, July 2007, str. 573.

<sup>15</sup> Crawford, J., *op. cit.*, *supra* note 9, str. 330.

kršenjem međunarodne obaveze”.<sup>16</sup> Mada razlikovanje putem navedene kvalifikacije zaista nije pogodno za potrebe samog normiranja, izraz “država koja nije povređena ali ima pravni interes u vezi sa protivpravnim aktom” čini se prihvatljivim kada se radi o teorijskoj analizi ovog dela Pravila o odgovornosti.

Razlika između dve kategorije država iz člana 48 svodi se na različit interes koji se imao u vidu prilikom ustanovljenja sada već povređene obaveze, odnosno da li se radi o zaštiti zajedničkog interesa grupe država ili pak interesa čitave međunarodne zajednice. Oba slučaja su inherentna šteti pričinjenoj oblastima izvan nacionalnih jurisdikcija.

Sama Komisija za međunarodno pravo u komentaru uz član 48 (1, a) na prvom mestu navodi zaštitu životne sredine, čak ispred primera bezbednosti nekog regiona u vidu regionalnog ugovora o uspostavljanju denuklearizovane zone.<sup>17</sup> Bez intencije da iscrpno navede sve slučajeve zaštite zajedničkog interesa, Komisija samo insistira na opštoj formulaciji da se mora raditi o “obavezi čiji je osnovni cilj odbrana zajedničkog interesa, koji prevazilazi individualne interese konkretnih država”.<sup>18</sup> Član 48 (1, b) Pravila o odgovornosti za protivpravni akt predstavlja, za razliku od toga, reakciju na već davno ustanovljeni koncept obaveza *erga omnes* iz slučaja *Barcelona Traction* pred Međunarodnim sudom pravde.<sup>19</sup> Istina, Komisija ne upotrebljava termin “obaveze *erga omnes*” već izraz “obaveze koje postoje prema čitavoj međunarodnoj zajednici”. Za značenje ovog izraza i situacije koje bi se pod njega mogle podvesti, Komisija za međunarodno pravo upućuje na primere koje navodi Međunarodni sud pravde u pomenutom slučaju.<sup>20</sup> Zaštita životne sredine nije svrstana među obaveze koje postoje u interesu čitave među-

<sup>16</sup> Treći stav člana 40 je išao na ruku specifičnostima pozivanja na odgovornost države koja je pričinila značajnu štetu životnoj sredini. Naime, pojam povređene države navedeni stav člana 40 dovodi u vezu sa čuvenim članom 19 Nacrta koji je regulisao pojam međunarodnog zločina. Prema odredbi člana 40 (3) Nacrta, u slučaju da protivpravni akt predstavlja međunarodni zločin, svaka država se smatrala povređenom u smislu primene pravila o pozivanju države na odgovornost. Ako se u obzir uzme okolnost da je član 19 (3, d) pod međunarodne zločine podvodio i “ozbiljnu povredu međunarodne obaveze od suštinskog značaja za zaštitu i očuvanje čovekove sredine, poput onih koje zabranjuju značajno zagađenje atmosfere ili mora”, postaje jasno kakav bi bio značaj člana 19 po primenu pravila o odgovornosti države za ekološku štetu da je ostao sastavni deo aktuelnih Pravila usvojenih u drugom čitanju. Draft Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Act adopted by the International Law Commission on First Reading, *Yearbook of the International Law Commission*, 1996, vol. II, Part Two, str. 62.

<sup>17</sup> Crawford, J., *op. cit.*, *supra* note 9, str. 331.

<sup>18</sup> *Eod. loc.*

<sup>19</sup> *Barcelona Traction Light and Power Company Limited*, Second Phase, Judgment of 5 February 1970, *ICJ Reports 1970*, str. 32, para. 33.

<sup>20</sup> Crawford, J., *op. cit.*, *supra* note 9, str. 332.

narodne zajednice.<sup>21</sup> Ipak, evolutivni karakter samog pojma, u smislu da ga treba tumačiti u zavisnosti od razvoja samog međunarodnog prava, mogao bi ići na ruku grani prava koja se razvija izuzetnom brzinom kakvo je međunarodno ekološko pravo, što bi opet išlo na ruku pitanju pozivanja države na odgovornost za štetu pričinjenu oblastima izvan nacionalnih jurisdikcija.<sup>22</sup>

Specifičnost pravila koja za cilj imaju zaštitu prostora izvan nacionalnih jurisdikcija ogleđa se u tome što dolazi do svojevrstog kombinovanja dve situacije iz člana 48 Pravila o odgovornosti države za protivpravni akt. Ako za primer uzmemo multilateralni međunarodni ugovor zaključen u cilju očuvanja određenog prirodnog resursa, jasno je da obaveze iz ugovora postoje prema izvesnoj grupi država, tj. grupi ugovornica datog međunarodnog ugovora, ali da je cilj ugovora zaštita interesa čitave međunarodne zajednice. Konvencija o očuvanju biološke raznovrsnosti od 1992. godine ustanovljava obaveze koje formalno postoje između država ugovornica, mada se faktički radi o interesu koji nije ograničen samo na tu grupu država.

Još jedna specifičnost tiče se uslova da je obaveza ustanovljena u cilju zaštite zajedničkog interesa grupe. Naime, aktuleni član 48 (1, a) ovo izričito zahteva, što ostavlja otvorenim pitanje da li i u samoj obavezi treba eksplicitno naglasiti da se radi o zaštiti zajedničkog interesa ili se pak takav interes može pretpostaviti ili o njemu doneti zaključak na osnovu predmeta i sadržine samog ugovora. Činjenica da je Komisija za međunarodno pravo napustila formulaciju iz člana 40 (2,

---

<sup>21</sup> Ima mišljenja da se odredbe člana 48, i to kako stav 1 (a) tako i stav 1 (b), primenjuju isključivo na peremptorne norme međunarodnog prava. Čak ne na bilo koji oblik povrede već samo na ozbiljne povrede kogentnih normi. Vermeer-Künzli, A., *op. cit.*, str. 556. I dok je to nesporno kada se radi o članu 48 (1, b), odredba člana 48 (1, a) ne bi se mogla ograničiti isključivo na povrede imperativnih normi međunarodnog prava, što proizlazi i iz komentara Komisije za međunarodno pravo koja na prvo mesto stavlja obaveze iz ekološke sfere koje svakako na aktuelnom stupnju razvoja međunarodnog prava još uvek ne ulaze u kategoriju normi koje se duguju čitavoj međunarodnoj zajednici. Autorka neprimenljivost člana 48 na neperemptorne norme nadomešćuje ustanovom diplomatske zaštite koja bi u takvim situacijama bila primenljiva. Ipak, izvesne kategorije štete ostale bi time izvan domašaja budući da su pravila o diplomatskoj zaštiti neprimenljiva u ekološkoj sferi jer prirodna sredina ne poseduje državljanstvo.

<sup>22</sup> Braun Vajs smatra da će kategorija obaveza koje se duguju čitavoj međunarodnoj zajednici najbrže rasti upravo u oblasti zaštite životne sredine. Ona čak navodi primer obaveze zabrane odlaganja nuklearnog otpada u okeane kao obaveze koja je dosegla nivo obaveze koja postoji u odnosu prema čitavoj međunarodnoj zajednici, tačnije obaveze peremptornog karaktera. Brown Weiss, E., "Invoking State Responsibility in the Twenty-first Century", 96 *American Journal of International Law*, 2002, str. 804. U tom pogledu primetna je razlika u shvatanjima između autora koji se bave međunarodnim pravom zaštite životne sredine i autora koji ne gaje afinitete prema novijim oblastima međunarodnopravne zaštite. Dok prvi imaju možda i previše napredne poglede na pojedina pravila međunarodnog ekološkog prava smatrajući ih običajnim i čak kogentnim normama, drugi su krajnje skeptični u tom pogledu negirajući značaj ovih pravila ne samo u svojstvu običajnih već i ugovornih pravila međunarodnog prava.

f) Pravila usvojenih nakon prvog čitanja, a koja je insistirala na tome da se u samoj obavezi izričito pomene zajednički interes, dovoljno govori o njenoj nameri da polje primene člana 48 (1, a) bude znatno šire. Ovakvo tumačenje ide na ruku obavezama koje za cilj imaju zaštitu životne sredine jer je zajednički interes inherentna karakteristika obaveza u ovoj sferi, te se samim tim najčešće i ne naglašava.

S tim u vezi treba skrenuti pažnju na još jednu karakteristiku obaveza koje za cilj imaju zaštitu životne sredine. Radi se o obavezama koje, jasno, preuzimaju države, ali obično "žrtva" povrede nije država već neka biljna ili životinjska vrsta, more, reka, vazduh, ili, najšire rečeno – životna sredina. Drugim rečima, može li se iz karakteristika životne sredine u smislu međusobno povezanih ekosistema, izvesti zaključak da je svaka zaštita životne sredine zapravo zajednički interes svih država? Specijalni izvestilac Kraford (*Crawford*) kao da upravo to poručuje u svom Uvodu u Pravila o odgovornosti države za protivpravni akt. Tvrdi da u situacijama "kada glavna žrtva nije država, svaka država stranka kolektivne obaveze u pitanju ima pravo da pozove na odgovornost drugu državu".<sup>23</sup> Sasvim je drugo pitanje posledica pozivanja na odgovornost u jednom takvom slučaju.

Iz upravo iznetih razmatranja proizlazi da se problem u vezi sa primenom člana 48 Pravila o odgovornosti države za protivpravni akt u ekološkom kontekstu svodi na značenje pojmova "kolektivni interes" tj. "interes grupe" i "zajednički interes" tj. "interes čitave međunarodne zajednice". Kako ove izraze shvatiti kada se radi o zaštiti životne sredine prostora izvan nacionalnih jurisdikcija?

Činjenica da se Komisija za međunarodno pravo nije upustila u definisanje pravnog pojma "kolektivni" odnosno "zajednički" interes, s jedne strane ukazuje na komplikovanost tog pitanja, dok, na drugoj strani, otvara vrata različitim tumačenjima ovog pojma koja su, čini se, najmaštovitija upravo u oblasti zaštite životne sredine. Ideja zajedništva prožima čitavo međunarodno pravo. Predstavlja njegovu inherentnu karakteristiku. Izvestan stepen zajedničkog interesa nalazi se u pozadini svake norme međunarodnog javnog prava. Pitanje koje se s tim u vezi nameće tiče se potrebnog nivoa kolektivnosti interesa, odnosno koliko zajednički mora biti interes kako bi ispunjavao uslove za primenu člana 48. Gotovo svaki multilateralni ugovor koji za cilj ima zaštitu životne sredine mogao bi se smatrati ugovorom koji štiti nešto zajedničko. Zajedničko može biti dobro, zajednička može biti vrednost ali zajednički može biti i prostor.<sup>24</sup>

Okvirna konvencija Ujedinjenih nacija o klimatskim promenama od 1992. godine kao i Kjoto protokol od 1997. godine koji je uz nju zaključen, primer su međunarodnih ugovora koji za cilj imaju zaštitu dobra koje je zajedničko čitavom

<sup>23</sup> Crawford, J., *op. cit.*, *supra* note 9, str. 53.

<sup>24</sup> Feichtner, I., "Community Interest", in R. Wolfrum (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008, online edition, [www.mpepil.com], sajt posećen 17. oktobra 2009. godine, str. 3–5.

čovečanstvu. Okvirna konvencija o klimatskim promenama čak u preambuli naglašava da klimatske promene predstavljaju zajedničku brigu čovečanstva u celini. Još jedan primer ugovora koji štiti zajedničko dobro čini Konvencija o zaštiti ozonskog omotača od 1985. godine kao i Protokol o supstancama koje uništavaju ozonski omotač od 1987. godine usvojen u Montrealu. Iako regulišu aktivnosti koje se odigravaju na teritorijama država ugovornica, potrebu međunarodnog regulisanja opravdavaju njihovi štetni prekogranični efekti po zajedničko dobro čija je zaštita u interesu čitave međunarodne zajednice.

Zajedničke vrednosti, za razliku od zajedničkih dobara, podrazumevaju pojedinačna dobra koja nesporno pripadaju konkretnim državama, ali čije je očuvanje i zaštita u interesu svih, tačnije, čijim bi uništenjem bila pogođena čitava međunarodna zajednica.<sup>25</sup> Konvencija o biološkoj raznovrsnosti predstavljala bi primer jednog takvog međunarodnog ugovora. Obaveze koje ugovornica preuzima uglavnom se tiču zaštite izvesnih biljnih i životinjskih vrsta u okviru njene teritorije. Ipak, sama Konvencija u preambuli insistira na zajedničkim vrednostima i to "ekološkim, genetskim, društvenim, ekonomskim, naučnim, obrazovnim, kulturnim, rekreativnim i estetskim vrednostima biološke raznovrsnosti i njenih sastavnih delova". Kvalifikacija biološke raznovrsnosti kao zajedničke vrednosti zapravo predstavlja pokušaj da se pomiri suverena vlast države nad njenim prirodnim (biološkim) resursima sa potrebom njihovog održivog razvoja i činjenicom da treba da koriste i budućim generacijama. Iako ova i slične vrednosti mogu biti pogođene aktivnostima koje države preduzimaju na njihovim teritorijama, to ne mora biti u toj meri očigledno kao što je slučaj sa zaštitom zajedničkih dobara. Još jedan primer ugovora koji štiti zajedničku vrednost jeste Sporazum o migratornim vrstama riba od 1995. godine.

Treću vrstu zajedničkog interesa odslikava prostorna dimenzija. Radi se o međunarodnopravnoj regulativi prostora koji se nalaze izvan nacionalnih jurisdikcija država poput morskog dna i podmorja izvan nacionalnih jurisdikcija, otvorenog mora ili Antarktika i Arktika. Prostori koji se nalaze izvan nacionalnih jurisdikcija država potpadaju pod različite pravne režime (zajednička baština čovečanstva, *res communis omnium*, internacionalizovana teritorija). Njihova zajednička karakteristika ogleda se u tome što je zaštita ovih prostora u interesu čitave međunarodne zajednice bez obzira na pravnu kvalifikaciju konkretnog prostora.

Već dovoljno komplikovan slučaj štete pričinjene oblastima izvan nacionalnih jurisdikcija, još komplikovanijim čini činjenica da karakter zajedničkog inte-

---

<sup>25</sup> Ovdje bi na prvom mestu spadale takozvane ugrožene vrste. Ipak, stav da bi ugrožene biljne i životinjske vrste trebalo u pravnom smislu tretirati kao zajedničku baštinu čovečanstva čini se preteranim. Sand, P., "International Protection of Endangered Species", in R. Wolfrum (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008, online edition, [www.mpepil.com], sajt posećen 17. oktobra 2009. godine, str. 5.



resa često poprima kombinovane forme, usložnjavajući time pravna pitanja koja bi se mogla postaviti. Najjednostavniji slučaj predstavlja situacija u kojoj zajednički interes poprima isključivo prostornu dimenziju. Kombinovanjem prostorne dimenzije sa vrednosnom nastaje nešto komplikovanija situacija u kojoj ne samo da se određeni protivpravni akt preuzima izvan nacionalnih jurisdikcija država (ili se njegove posledice osećaju u oblastima izvan nacionalnih jurisdikcija) već se njima šteta nanosi nekoj zajedničkoj vrednosti (primera radi ugroženim vrstama koje nastanjuju zajedničke prostore ili koje pak migriraju u ili iz tih prostora).

Najsloženiji slučaj predstavlja kombinacija sva tri oblika ispoljavanja zajedničkog interesa – štetu pričinjenu životnoj sredini odlikuje kako prostorna i vrednosna dimenzija tako i okolnost da se time stvara zabrinutost u čitavoj međunarodnoj zajednici jer se posledice uništavanja zajedničkog dobra mogu osećati i na zajedničkom prostoru (primer bi bili protivpravni akti država kojima se nanosi šteta ozonskom omotaču ili se podstiče efekat klimatskih promena, što za rezultat ima i promenu u stanju životne sredine prostora izvan nacionalnih jurisdikcija).<sup>26</sup>

Geografska ili prostorna dimenzija zajedničkog interesa podstiče već dugo države da ulaze u izvesne ugovorne aranžmane kojima bi se rešila pojedina pitanja u vezi sa oblastima izvan njihovih nacionalnih jurisdikcija. U tom pogledu bi se mogle identifikovati tri grupe međunarodnih ugovora.

Prvu grupu čine ugovori koji uspostavljaju opšte pravne režime za pojedine oblasti.<sup>27</sup> Karakteristika ovih ugovora je da ili uopšte ne sadrže odredbe o zaštiti životne sredine, kao što je slučaj sa Ugovorom o Antarktiku od 1959. godine,<sup>28</sup> ili

<sup>26</sup> Uostalom, kada se govori o fenomenu klimatskih promena, kao prva na listi posledica figurira otapanje leda u polarnim oblastima i podizanje nivoa mora.

<sup>27</sup> Ugovor o Antarktiku od 1959. godine, Konvencija o otvorenom moru od 1958. godine, Konvencija o pravu mora od 1982. godine, Ugovor o načelima aktivnosti država u vezi sa istraživanjem i upotrebom kosmosa, uključujući Mesec i druga nebeska tela od 1967. godine.

<sup>28</sup> U slučaju Ugovora o Antarktiku, pravila o zaštiti životne sredine prepuštena su nekim kasnijim vremenima, što je dovelo do usvajanja Protokola uz Ugovor o Antarktiku o zaštiti životne sredine od 1991. godine. Protokol je stupio na snagu 1998. godine. Čitav režim zaštite životne sredine Antarktika detaljno je regulisan odgovarajućim ugovornim odredbama po čemu se i razlikuje od ostalih prostora izvan nacionalnih jurisdikcija država. Protokol iz Madrida od 1991. godine uvodi novu kvalifikaciju "rezervat prirode". To je prvi put da se ova kvalifikacija koristi u nekom međunarodnom ugovoru i pitanje je da li će biti od značaja za pojedina pravna pitanja koja se postavljaju u vezi sa odgovornošću za ekološku štetu. Uvođenje novih, nedovoljno utemeljenih koncepata u načelu nije dobra naročito u oblasti poput zaštite životne sredine prostora izvan nacionalnih jurisdikcija koja i sama pati od nedovoljnog pravnog utemeljenja. Veliku pažnju Protokol posvećuje principu procene uticaja na životnu sredinu što predstavlja preuslov za preduzimanje bilo koje aktivnosti na Antarktiku. Procedure se doduše razlikuju u zavisnosti od kategorije aktivnosti. Aktivnosti su prema uticaju koji mogu imati razvrstane u dve grupe: one koje imaju "mali i prolazni" uticaj i aktivnosti čiji je uticaj "veći od malog i prolaznog". Dobra zamisao ipak nije sprovedena do kraja iz razloga koji inače ne ide na ruku zaštiti životne sredine na globalnom planu a koji se ogleda u činjenici



predviđaju krajnje opšte norme o potrebi zaštite životne sredine u oblastima izvan nacionalnih jurisdikcija (Konvencija o pravu mora od 1982. godine, glave VII i XII, član IX Ugovora o načelima aktivnosti država u vezi sa istraživanjem i upotrebom kosmosa, uključujući Mesec i druga nebeska tela od 1967. godine).

Drugu grupu ugovora čine ugovori o razoružanju ili ustanovljenju odgovarajućih demilitarizovanih zona.<sup>29</sup> Ovi ugovori su u posrednoj vezi sa zaštitom životne sredine, utoliko što bi upotreba nuklearnog oružja ili drugih vrsta oružja za masovno uništenje dovela do nesagledivih štetnih posledica po životnu sredinu. Odredbe o demilitarizaciji zajedničkih prostora ne moraju čak biti sadržane u posebnom ugovoru, kao što je to slučaj sa predlogom Ugovora o sprečavanju smeštanja naoružanja u kosmički prostor,<sup>30</sup> već mogu biti sastavni deo opšteg režima (Ugovor o Antarktiku od 1959. godine, član I (1)).

U treću grupu ulaze ugovori koji za cilj imaju regulisanje izvesnih aktivnosti koje nose u sebi rizik od štete po životnu sredinu ili pak ustanovljavaju odgovarajuće režime odgovornosti za takve aktivnosti. Njihova odlika je da za predmet zaštite nemaju isključivo oblasti izvan nacionalnih jurisdikcija država. Naprotiv. Radi se o ugovorima koji pokrivaju aktivnosti koje se preduzimaju na teritorijama država ugovornica. Šteta koja bi takvim aktivnostima mogla nastati u oblastima izvan nacionalnih jurisdikcija ne samo da ne ulazi u polje primene ovih konvencija, već se i namerno izostavlja od strane država ugovornica. Primera radi,

---

da države ljubomorno čuvaju svoju suverenost. Tako je i u ovom slučaju nadležnost da se staraju o sprovođenju odgovarajućih procedura procene uticaja na životnu sredinu poverena državama ugovornicama a ne nekoj međunarodnoj instanci. Procena se vrši od strane Komiteta za zaštitu životne sredine i Saveta država sa konsultativnim statusom samo u slučaju da se radi o uticaju koji je veći od "malog i prolaznog". Problem može nastati u vezi sa pitanjem koja država ima pomenutu obavezu. Da li se radi o državi koja preduzima aktivnost na Antarktiku, državi u kojoj je registrovano pravno lice koje preduzima aktivnost ili država koja polaže izvesna prava na deo Antarktika na kome će aktivnost biti izvedena? Puissochet, J.-P., "Le Protocole au Traité sur l'Antarctique relatif à la protection de l'environnement", *Annuaire français de droit international*, vol. 37/1, 1991, str. 766. Što se tiče pravila o odgovornosti za štetu pričinjenu Antarktiku, Protokol samo u članu 16 predviđa da se ugovorne strane obavezuju da izrade pravila i postupke u vezi sa odgovornošću za štetu koja nastane usled aktivnosti koje se preduzimaju u zoni kao i da će to biti učinjeno kroz odgovarajući aneks uz Protokol. Nakon više godina rada na temi odgovornosti pod rukovodstvom Rudigera Volfruma (*Rüdiger Wolfrum*), usvojen je Aneks VI uz Protokol koji za predmet regulisanja ima odgovornost koja je posledica ekoloških nesreća. Ipak, radi se o odgovornosti *sine delicto*. O tome više kod Vöneky, S., "The Liability Annex to the Protocol Environmental Protection to the Antarctic Treaty", in König, D., Stoll, P.-T., Röben, V., Matz-Lück, N., (eds.), *International Law Today – New Challenges and the Need for Reform?*, Springer, 2008, str. 165–198.

<sup>29</sup> Ugovor o zabrani testiranja nuklearnog oružja u atmosferi, kosmosu i pod vodom od 1963. godine, Ugovor o zabrani smeštanja nuklearnog oružja i drugog oružja za masovno uništenje na morsko dno i dno okeana kao i u njihovo podmorje od 1971. godine.

<sup>30</sup> <http://www.reachingcriticalwill.org/legal/treaties.html>, sajt posećen 8. septembra 2011. g.

Međunarodna konvencija o šteti nastaloj zagađivanjem naftom od 1969. godine predviđa da se šteta pričinjena morskoj sredini ograničava na teritorijalne vode država ugovornica. Protokol od 1992. godine koji je zaključen uz ovu Konvenciju doduše proširuje polje njene primene tako što novi član II Konvencije predviđa da se "Konvencija primenjuje isključivo na: a) štetu usled zagađenja: i) na teritoriji, uključujući i teritorijalno more države ugovornice, i ii) isključivoj ekonomskoj zoni (...); b) preventivne mere, ma gde da su preduzete, u cilju sprečavanja ili umanjenja štete". Proizlazi da preventivne mere koje se preduzimaju u oblastima izvan nacionalnih jurisdikcija država ugovornica ulaze u polje primene Konvencije, mada cilj njihovog preduzimanja i dalje ostaje sprečavanje štete koja je nastala na teritoriji pod jurisdikcijom države ugovornice.

Kombinovanje prostorne dimenzije zajedničkog interesa čitave međunarodne zajednice sa njegovom vrednosnom dimenzijom, kao što je napomenuto, dodatno komplikuje primenu pravila o odgovornosti za protivpravni akt. Kako, drugim rečima, ustanoviti odgovornost neke države za štetu pričinjenu izvesnim životinjskim vrstama koje nastanjaju oblasti izvan nacionalnih jurisdikcija. Ova šteta može biti uzrokovana kako aktima koji se preduzimaju na teritoriji države s tim da se štetne posledice protežu i na oblasti izvan nacionalnih jurisdikcija, tako i aktima koji se preduzimaju direktno u oblastima izvan nacionalnih jurisdikcija. Može se reći da je u ovoj sferi ugovorna aktivnost država najizraženija, što bi trebalo da, bar donekle, pojednostavi eventualnu primenu pravila o odgovornosti za ekološku štetu.<sup>31</sup>

Izrazito komplikovanu situaciju kada se radi o primeni pravila o odgovornosti države za protivpravni akt čini slučaj kombinovanja sva tri oblika ispoljavanja zajedničkog interesa. Drugim rečima, gotovo je nemoguće, na aktuelnom stupnju razvoja međunarodnog prava, očekivati da država odgovara za štetu koja nastaje u vezi sa promenama na zajedničkim dobrima kao što je ozonski omotač, što za posledicu ima i izvesne negativne efekte po životnu sredinu prostora izvan nacionalnih jurisdikcija država. Iako fenomen klimatskih promena predstavlja zajedničku brigu čovečanstva<sup>32</sup> i mada se jedna od osnovnih posledica globalnog zagrevanja ogleda upravo u otapanju leda u polarnim oblastima, komplikovanost ustanovljenja uzročne veze između uzroka (konkretnog akta ili propuštanja države) i posledice (štete po životnu sredinu prostora izvan nacionalnih jurisdikcija) čini neprimenljivim pravila o odgovornosti države za protivpravni akt. Realnost odnosa u međunarodnoj zajednici uslovljava preduzimanje konkretnih akata

<sup>31</sup> Kao primer mogu poslužiti Konvencija o očuvanju foka na Antarktiku od 1972. godine, Konvencija o očuvanju živih bogatstava mora na Antarktiku od 1982. godine, Konvencija o očuvanju bioloških bogatstava otvorenog mora od 1958. godine.

<sup>32</sup> To je istaknuto već u prvoj rečenici Preambule Okvirne konvencije Ujedinjenih nacija o klimatskim promenama od 1992. godine.

sa ciljem zaštite životne sredine, u situacijama poput gore navedenih, dobrom voljom pojedinačnih država. Akti koje države preduzimaju a koji bi se u slučaju primene pravila o odgovornosti države kvalifikovali kao posledice ustanovljene odgovornosti, u ovim i sličnim situacijama ukazivali bi na gest dobre volje i stepen ekološke svesti države u pitanju. Činjenica da konkretna država preduzima određene radnje kako bi sanirala postojeće ili sprečila buduće štetne posledice klimatskih promena koje se osećaju u oblastima izvan nacionalnih jurisdikcija, ni u kom slučaju ne predstavlja rezultat primene sekundarnih pravila međunarodnog prava o odgovornosti za protivpravni akt i pored postojanja odgovarajućih odredaba međunarodnih ugovora u toj sferi.<sup>33</sup> Logika i način funkcionisanja tradicionalnih pravila međunarodnog prava o odgovornosti za protivpravni akt jednostavno se ne uklapaju u savremene izazove koje pred međunarodno pravo stavlja potreba zaštite životne sredine. Klimatske promene su odličan primer neprimenljivosti klasičnih pravila međunarodnog prava i pokazatelj postojanja izražene potrebe za uspostavljanjem alternativnih mehanizama kojima bi se došlo do istog cilja, a to je sprečavanje i naknada štete pričinjene životnoj sredini prostora izvan nacionalnih jurisdikcija država.

Kroz gotovo sve međunarodne ugovore koji, na jedan ili na drugi način, teže da zaštite životnu sredinu prostora izvan nacionalnih jurisdikcija država projevava jedna opšta, zajednička obaveza – obaveza da se očuva i zaštiti životna sredina na globalnom planu. Princip da države imaju obavezu da se staraju da radnje preduzete na njihovim teritorijama ne pričinjavaju štetu životnoj sredini drugih država i prostora izvan nacionalnih jurisdikcija, unet je u završne tekstove dve najznačajnije konferencije o životnoj sredini Ujedinjenih nacija. Iz ovog principa proizlazi da svaka država ima obavezu da očuva i zaštiti životnu sredinu planete kao i da to čini u interesu međunarodne zajednice kao celine. Ma kako to lepo zvučalo sa stanovišta primene pravila o pozivanju države na odgovornost, treba u vidu imati dve stvari. Prvo, najveći broj radnji ili propuštanja koje za rezultat imaju štetu po životnu sredinu prostora izvan nacionalnih jurisdikcija predstavljaju dozvoljene aktivnosti i deo su redovnih radnji nadležnih državnih organa ili osoba čije se radnje mogu pripisati državi. Šteta pričinjena životnoj sredini mogla bi, u takvim situacijama, eventualno dovesti do primene pravila o odgovornosti *sine delicto*, ali za tako nešto je potreban i odgovarajući ugovorni aranžman. Drugo, kako to zapaža sudija Međunarodnog suda pravde, Ksu Hankin, “jedno je reći da svaka država ima obavezu da zaštiti globalnu životnu sredinu, naročito zajedničke prostore, ali potpuno je drugo prihvatiti da svaka država ima pravo da na odgovornost pozove državu čija je aktivnost uzrokovala štetne posledice životnoj

---

<sup>33</sup> Okvirna konvencija Ujedinjenih nacija o klimatskim promenama od 1992. godine i Kjoto protokol od 1997. godine.

sredini zajedničkih prostora”<sup>34</sup> Problem leži kako u primarnim pravilima o zaštiti životne sredine prostora izvan nacionalnih jurisdikcija, tako i u sekundarnim normama o odgovornosti države za protivpravni akt, tačnije pravila o pozivanju države na odgovornost. Države se jesu u načelu saglasile da je njihova obaveza da očuvaju životnu sredinu planete, međutim ta obaveza zahteva konkretizaciju ukoliko one uopšte i imaju ambiciju da dođe do primene pravila o odgovornosti u slučaju štete pričinjene zajedničkim prostorima. U tom pogledu od pomoći mogu biti multilateralni međunarodni ugovori budući da inherentne karakteristike običajnih pravila međunarodnog prava samo rađaju dodatne nedoumice. Međunarodnim ugovorom se konkretizuje krug država koje imaju interes u vezi sa poštovanjem određenog pravila i donekle izbegavaju zloupotrebe jer bi “svaka država, u ime viših vrednosti kako ih sama odredi, mogla sebe imenovati osvetnikom međunarodne zajednice”.<sup>35</sup>

Značaj odredbe člana 48 Pravila o odgovornosti države za protivpravni akt ukazuje se kao krajnje ograničen kada se radi o prostorima izvan nacionalnih jurisdikcija država. Zajednički interes koji države imaju u pogledu očuvanja životne sredine ovih prostora očigledno nije onaj isti zajednički interes koji zahteva član 48. Ili bar to nije isti zajednički interes za sada, tj. sve do trenutka konstituisanja opšte obaveze očuvanja životne sredine kako prostora u okviru tako i prostora izvan nacionalnih jurisdikcija država.<sup>36</sup> Do tog trenutka praktični smisao odredba o pozivanju na odgovornost svodi se na širi krug posledica ustanovljenog protivpravnog akta. Naime, za razliku od odredbe člana 60 Konvencije o ugovornom pravu od 1969. godine u skladu sa kojom u slučaju povrede ugovorne odredbe koja suštinski menja poziciju ostalih ugovornih strana u pogledu daljeg izvršenja obaveza iz ugovora ostale ugovorne strane mogu okončati ili suspendovati izvršenje ugovora, odredbe o pozivanju države štetnika na odgovornost podrazumevaju dužu listu posledica koje mogu nastati kao rezultat protivpravnog akta, dok

<sup>34</sup> Hanqin, X., *op. cit.*, str. 246.

<sup>35</sup> Weil, P., “Towards Relative Normativity in International Law?”, *American Journal of International Law*, vol. 77, 1983, str. 433.

<sup>36</sup> Bojl smatra da već u ovom trenutku postoje pojedine obaveze u sferi međunarodnog prava zaštite životne sredine koje bi se mogle smatrati obavezama *erga omnes*. Boyle, A., “Environment and Development: Accountability Through International Law”, *Third World Legal Studies*, 1993, str. 101. Autor nije usamljen u takvom stavu. Međutim, ovaj i slični stavovi ne deluju naročito uverljivo. S jedne strane, ne navodi se koje konkretne obaveze bi se u oblasti zaštite životne sredine mogle podvesti pod kategoriju obaveza *erga omnes*, niti se to podupire odgovarajućom praksom. S druge strane, glavni argument koji potežu autori koji zastupaju ovaj stav oslanja se na odredbu nekadašnjeg člana 19 Pravila o odgovornosti za protivpravni akt koji je ozbiljno zagađenje atmosfere ili mora kvalifikovao kao međunarodni zločin. Činjenica da je tekst člana 19 izostavljen u aktuelnom izgledu Pravila o odgovornosti koje je usvojila Komisija za međunarodno pravo ozbiljno je poljuljala navedene stavove koji su ostali bez najznačajnijeg argumenta.

je krug država koje mogu pokrenuti odgovarajuće procedure praktično isti. Kada se radi o primeni odredbe člana 48 u oblasti zaštite životne sredine, njen značaj se svodi isključivo na preciziranje različitih posledica ustanovljenja protivpravnosti akta u zavisnosti od toga da li je država neposredno tim aktom povređena ili ne. Države koje nisu neposredno povređene aktom koji predstavlja kršenje nekog međunarodnog ugovora koji za cilj ima zaštitu životne sredine prostora izvan nacionalnih jurisdikcija mogle bi da zahtevaju isključivo njegov prestanak i garantije da neće biti ponovljen, dok je primena stava 2(b) člana 48 (naknada štete) u takvim situacijama praktično nemoguća jer ne postoji oštećena država a “korisnika povređene obaveze” bi predstavljala životna sredina *per se*.<sup>37</sup>

U tom smislu, čak i da se prebrodi problem pozivanja na odgovornost u slučaju štete pričinjene prostorima izvan nacionalnih jurisdikcija, javlja se potpuno novi problem – kome dosuditi naknadu štete u situacijama u kojima nema oštećene države ili pak postoji samo država kojoj je povređen izvestan interes. I u vezi sa ovim problemom javljale su se različite teorijske koncepcije poput one koju su zastupale Sjedinjene Američke Države prilikom redigovanja pravila o odgovornosti za štete nastale u vezi sa transportom štetnih i potencijalno opasnih materija morem. Sjedinjene Države su stajale na stanovištu da bi iznos naknade pričinjene štete trebalo poveriti nekoj vrsti starateljskog saveta koji bi bio sačinjen od različitih vladinih agencija a koji bi bio zadužen za saniranje pričinjene štete.<sup>38</sup> Pojedine evropske države poput Italije dale su predlog da se državi poveri iznos naknade štete mada se nije insistiralo na tome da se izričito predvidi obaveza da se taj iznos upotrebi za otklanjanje štetnih posledica po životnu sredinu.<sup>39</sup> Ova okol-

---

<sup>37</sup> Član 48 (2) predviđa da se od odgovorne države može tražiti prestanak vršenja protivpravnog akta i obezbeđenje i garantije da se akt neće ponoviti. Obaveza naknade štete takođe je moguća ali samo u interesu povređene države ili korisnika povređene obaveze. Komentar uz član 48 navodi, međutim, da Pravila o odgovornosti i ne treba da reše probleme koji će svakako nastati u vezi sa primenom stava 2(b), tj. kada ne postoji povređena država čija bi Vlada mogla da se izjasni o tome da li druga država štiti njene interese, već je protivpravnim aktom povređeno pravo nedržavnih entiteta, pojedinaca, pa zašto da ne, i životna sredina. Crawford, J., *op. cit.*, *supra note* 9, str. 334.

<sup>38</sup> Chao, W., “La convention internationale du 3 mai 1996 sur la responsabilité et l’indemnisation pour les dommages liés au transport par mer des substances nocives et potentiellement dangereuses”, *Annuaire français de droit international*, vol. 43/1, 1997, str. 735.

<sup>39</sup> Srodan predlog dat je i u kontekstu Sporazuma o očuvanju i upravljanju migratornim vrstama riba od 1995. godine kada se ministar inostranih poslova Čilea pozvao na teoriju o *dédoublement fonctionnel* Žorža Sela opravdavajući njome stav da bi obalna država trebalo da deluje u svojstvu mandataru međunarodne zajednice. Momtaz, D., “L’accord relatif à la conservation et à la gestion des stocks de poissons chevauchants et de grands migrants”, *Annuaire français de droit international*, vol. 41/1, 1995, str. 684. Pravo učešća obalne države opravdava se činjenicom da, po osnovu Sporazuma, jedan od elemenata koje treba uzeti u obzir prilikom usvajanja mera očuvanja ovih vrsta jeste biološko jedinstvo resursa. *Ibidem*, str. 686. Sličnog shvatanja je i Send koji koncept pak primenjuje na ugrožene vrste. Kvalifikujući ih kao zajedničku baštinu čovečanstva autor smatra da

nost daje za pravo da se postavi pitanje garantije da iznos u pitanju neće biti iskorišćen za druge namene koje uopšte i ne moraju biti u vezi sa očuvanjem životne sredine prostora izvan nacionalnih jurisdikcija.<sup>40</sup> Međutim, kada se upravo iznet problem dovede u vezu sa pojmom štete pričinjene životnoj sredini, dolazi se do zaključka da će iznos eventualno dosuđene naknade odgovarati troškovima koje je konkretna država imala u pogledu preduzimanja mera otklanjanja štetnih posledica po životnu sredinu prostora izvan nacionalnih jurisdikcija. Ovakav zaključak ne zvuči optimistično iz dva razloga. Kao prvo, podrazumeva da će određivanje naknade za štetu pričinjenu prostorima izvan nacionalnih jurisdikcija zapravo zavisiti o dobre volje pojedinih država da o sopstvenom trošku preuzmu mere otklanjanja štete. Teško je očekivati da će se države odlučivati na izuzetno skupe poduhvate saniranja štete pričinjene oblastima koje su izvan njihovih jurisdikcija a koje štaviše nisu same prouzrokovale.<sup>41</sup> Ovo naročito ako se u vidu imaju sve

usled postojanja zajedničkog interesa u pogledu njihovog dugoročnog očuvanja, država domaćin, tj. država na čijoj teritoriji se vrsta nalazi, ima posebnu odgovornost jer predstavlja javnog staratelja nad tim resursima u odnosu na krajnje korisnike – sadašnje i buduće čovečanstvo. Sand, P., "International Protection of Endangered Species", in R. Wolfrum (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008, online edition, [www.mpepil.com], sajt posećen 17. oktobra 2009. godine, str. 5.

<sup>40</sup> Na ovom mestu je primer Konvencije od 1996. godine o odgovornosti i naknadi štete nastale u vezi sa transportom štetnih i potencijalno opasnih supstanci morem dat samo u svrhu postavljanja problema i njegovih eventualnih rešenja. Iako se polje primene Konvencije ograničava na prostor teritorijalnog mora i isključive ekonomske zone, problem kome dodeliti iznos naknade štete se javlja već na tom nivou i pored činjenice da je nesporno da država treba da štiti opšte interese među koje ulazi i zaštita njene životne sredine. Do tog zaključka je došao i Apelacioni sud u Mesini u Italiji. U sporu koji se vodio između Ministarstva unutrašnjih poslova Italije i Patmos Shipping Corporation, postavilo se pitanje da li država uopšte može da tuži kompaniju čiji je brod izazvao štetne posledice po njenu životnu sredinu. Sud je stao na stanovište da "Pravo na pokretanje postupka za naknadu takve štete i ne može pripadati drugome, s obzirom na okolnost da država predstavlja čitavu nacionalnu zajednicu (i da štiti interese zajednice u vezi sa ekološkom, biološkom i društvenom ravnotežom teritorije, uključujući tu i teritorijalno more), pri čemu to ne zavisi od činjenice da je država snosila troškove saniranja štete nastale zagađenjem niti od činjenice da je pretrpela gubitak u ekonomskom smislu, već od njene funkcije da zaštiti zajednicu i napred navedene interese". Rivista Giuridica dell'Ambiente, 1989, Giurisprudenza e note: danno ambientale, Corte d'Appello di Messina, 30 Marzo 1989, No. 142, str. 527-538. Tekst presude na engleskom jeziku dostupan u Palmer, A., Cairo, R., *International Environmental Law in National Courts*, International Environmental Law Reports, volume 4, Cambridge University Press, 2004, str. 292. Problem je daleko složeniji kada se radi o šteti pričinjenoj oblastima izvan nacionalnih jurisdikcija država mada princip može ostati nepromenjen.

<sup>41</sup> Primera radi, ugovori iz oblasti nuklearnih aktivnosti ne regulišu pitanje štete po životnu sredinu prostora izvan nacionalnih jurisdikcija. Postavlja se pitanje zašto bi država čije je aktivnosti šteta posledica preduzela mere saniranja štete kada već na to nije obavezana pozitivnim pravom. Tim pre je teško očekivati da će mere saniranja štete preduzeti država koja nije ni u kakvoj vezi sa nuklearnom aktivnošću niti sa uzrokovanom štetom. Fric ispravno zaključuje da zaštita zajedničkih



napred navedene prepreke u vezi sa pozivanjem države na odgovornost za štetu koju je prouzrokovala zajedničkim prostorima i krajnja neizvesnost sudbine jednog takvog zahteva. Drugo, iznos eventualne naknade ni u kom slučaju ne bi odgovarao stvarno pričinjenoj šteti. I na ovom mestu dominira tradicionalna logika individualizacije kada se radi o primeni pravila o odgovornosti. Kada se ova dva principa dovedu u vezu na polju ekološke štete, dolazi do odstupanja u primeni opštih pravila o odgovornosti države za protivpravni akt. Činjenica da se šteta pričinjena životnoj sredini ograničava na troškove mera koje su preduzete ili treba da budu preduzete kako bi se ta šteta otklonila, sama po sebi implicira da iznos naknade ne mora nužno odgovarati stvarno pričinjenoj šteti. Wolfrum (*Wolfrum*) zapaža da “kod multilateralnih međunarodnih ugovora, države ugovornice tog ugovora stvaraju zajednicu sa namerom da zajedno postignu cilj kome se tim režimom teži. Nepoštovanje tih obaveza ugrožava sam opstanak zajednice. Država ugovornica koja pozove na odgovornost drugu članicu zajednice tako brani sopstvena prava u vezi sa očuvanjem zajednice a time i samu zajednicu.”<sup>42</sup> Međutim, dok bi primena člana 48 Pravila o odgovornosti bila od izuzetnog značaja u oblasti međunarodnog prava zaštite životne sredine, njena praktična vrednost je krajnje ograničena kako zbog činjenice da u ovom delu Komisija za međunarodno pravo progresivno razvija međunarodno pravo, tako i usled okolnosti da je veoma sporan običajni karakter pravila u pogledu kojih bi primena ove odredbe imala najviše smisla. Radi se o obavezama čiji je predmet zaštita prostora izvan nacionalnih jurisdikcija država. Čak i da se ovi problemi prevaziđu, rađaju se novi. Pitanje je, naime, šta bi država koja u kolektivnom ili opštem interesu poziva na odgovornost državu štetnika zaista i dobila pokretanjem odgovarajućih postupaka. Posledice bi se u najboljem slučaju mogle svesti na nametanje državi štetniku obaveze prestanka vršenja protivpravnog akta ili zabrane njegovog ponavljanja. Obaveza naknade štete kao posledica ustanovljene odgovornosti zahtevala bi prethodno premošćavanje izvesnih prepreka, a u najboljem slučaju bi se svela na iznos troškova koje je eventualno u vezi sa sanacijom štetnih posledica imala država koja je na odgovornost pozvala državu štetnika.

---

prostora zavisi od osećaja države o postojanju moralne obaveze da se očuvaju i zaštite oblasti izvan granica državnih teritorija. Fritz, K., “Civil and State Liability for Nuclear Accidents: A Proposal for Eastern Europe”, *International Legal Perspectives*, vol. 6/2, 1994, str. 45–46. Ima i ekstremnih stavova poput onog koji zastupa Kis a u skladu sa kojim povreda odredbe međunarodnog ugovora koji reguliše nuklearne aktivnosti sama po sebi daje za pravo drugoj državi ugovornici da pozove datu državu na odgovornost čak i u odsustvu štete. Kiss, A., “State Responsibility and Liability for Nuclear Damage”, *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 35, 2006–2007, str. 83.

<sup>42</sup> Wolfrum, R., “Means of Ensuring Compliance with and Enforcement of International Environmental Law”, *RCADI*, 1998, str. 99.



BOJANA ČUČKOVIĆ, LL.M.,  
Assistant, Faculty of Law University of Belgrade

INVOKING STATE RESPONSIBILITY FOR HARM CAUSED  
TO AREAS BEYOND NATIONAL JURISDICTION  
– Between law and morality –

Summary

Damage caused to areas beyond national jurisdiction raises numerous questions regarding the application of the rules on State responsibility for internationally wrongful acts. The article focuses on one among them – the question of invoking State responsibility. According to general rules on State responsibility, only States qualified as injured States may, in an appropriate procedure, invoke the responsibility of the State that caused the wrongful act. Difficulties arise when there is damage caused to areas beyond national jurisdiction without directly injuring any of the States. The International Law Commission's Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Act, adopted by the UN General Assembly in 2001, obviously had in mind this sort of situation and therefore included the provision of Article 48 according to which the State other than the injured State may invoke another State's responsibility if the obligation breached is owed to a group of States in their collective interest or to the international community as a whole. The application of these provisions, however, requires the existence of obligations with *erga omnes partes* or *erga omnes* character. While the application of Article 48 of the ILC rules on State responsibility would be of great importance when it comes to protection of areas beyond national jurisdiction, especially in the field of international environmental law, its practical value is quite limited.

**DOMAŠAJ KOAGENTNIH NORMI (*JUS COGENS*)  
U MEĐUNARODNOM PRAVU  
– Kako prevazići procesne prepreke –**

Kogentnim normama su određene moralne vrednosti inkorporirane u samo pravo i predstavljaju zahteve čije je poštovanje u savremenom periodu odvijanja i razvoja međunarodnih odnosa nužno. Kogentne/peremptorne norme (*jus cogens*) izražavaju suštinske interese međunarodne zajednice i njihovo poštovanje je imperativ suživota u toj zajednici<sup>1</sup>. To su pravila koja su obavezna u svim okolnostima<sup>2</sup>. Bečka konvencija o pravu ugovora<sup>3</sup> je dala prvu pozitivnopravnu definiciju kogentnih, odnosno peremptornih normi opšteg međunarodnog prava, koja je danas opšteprihvaćena, iako je data za potrebe Konvencije. Prema Konvenciji<sup>4</sup>, pe-

---

Jelena Stojšić-Dabetić, asistent Fakulteta za evropske pravno-političke studije Univerziteta Singidunum, Novi Sad.

<sup>1</sup> Kreća M., *Međunarodno javno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, JP "Službeni glasnik", Beograd, 2008, str. 467.

<sup>2</sup> Prema Fitzmaurice-u: "Međunarodno pravo sadrži dve vrste pravila- pravila koja su obavezna u svim okolnostima (*jus cogens*) i pravila od kojih se može odstupiti (*jus dispositivum*)", Third Report of the Special Rapportuer on the Law of Treaties, 1958, Yearbook of International Law Commission 40, UN Doc. A/CN.4/115, str. 40.

<sup>3</sup> Vienna Convention on the Law of Treaties, UN Treaty Series, vol. 1155, str. 331, sačinjena 23.05.1969, stupila na snagu 27.01.1980.

<sup>4</sup> Čl. 53, Ugovori suprotni peremptornim normama opšteg međunarodnog prava.

remptorna norma opšteg međunarodnog prava je norma prihvaćena i priznata od celokupne međunarodne zajednice država kao norma od koje nije dozvoljeno nikakvo odstupanje i koja može biti zamenjena samo novom normom opšteg međunarodnog prava istog karaktera.

Ovakvo određenje kogentnih normi je prihvaćeno i u Bečkoj konvenciji o pravu ugovora između država i međunarodnih organizacija ili između međunarodnih organizacija<sup>5</sup>, kao i u Članovima o međunarodnoj odgovornosti država<sup>6</sup> i Nacrtu članova o međunarodnoj odgovornosti međunarodnih organizacija<sup>7</sup>. Van terena prava ugovora i međunarodne odgovornosti, kogentne norme su potvrdu svoje pozicije u međunarodnom pravu našle i u oblasti regulisanja jednostranih akata država i rezervi na međunarodne ugovore.

Oko pravnog i etičkog statusa kogentnih normi u međunarodnom pravu nema nesaglasnosti, ali ono što unosi nedorečenost u ovaj institut međunarodnog prava jeste dejstvo kogentnih normi u vezi sa određenim običajnim pravilima, kao i metodologija njihovog nastanka<sup>8</sup>. Praksa je pokazala da se u slučaju kršenja kogentnih normi u odnosu na pojedince, u postupcima pred nacionalnim sudovima, ne može postići potpuno dejstvo kogentnih normi u odnosu na odgovorne države, zbog pravila o imunitetu država.

Polazeći od savremene, univerzalističke, koncepcije međunarodnog prava, u radu će se ovaj problem sagledati sa aspekta kogentnih normi kao viših etičkih normi međunarodnog prava i mogućnosti rešenja stvaranjem novog kogentnog pravila procesnog karaktera koje bi omogućilo punu primenu kogentnih normi i zaštitu vrednosti koje se kogentnim normama štite.

---

<sup>5</sup> Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations, Official Records of the UN Conference on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations, vol. II, sačinjena 21.03.1986, nije stupila na snagu.

<sup>6</sup> Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries, Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II, Part Two.

<sup>7</sup> Draft articles on the responsibility of international organizations, with commentaries, Yearbook of the International Law Commission, 2011, vol. II, Part Two.

<sup>8</sup> Komisija za međunarodno pravo je tokom rada na formulisanju pravila Bečke konvencije o pravu ugovora istakla da ne postoji metod utvrđivanja da li neka norma spada u kogentne. Prema Komisiji, ono što pravilu daje kogentni karakter nije forma već posebna priroda i značaj predmeta regulisanja pravila, koji su kao takvi prihvaćeni od strane celokupne međunarodne zajednice. Iako je članom 64, koji predviđa ništavost važećeg ugovora u slučaju stvaranja nove kogentne norme kojoj je suprotan, Komisija predvidela nastanak novih kogentnih normi u budućnosti, nije se bliže upustila u definisanje metodologije njihovog nastanka. To postavlja pitanje potpune primenjivosti čl. 44 i 64 Konvencije u praksi tj. ako nismo sigurni oko mehanizma nastanka pravila sa ovakvim dejstvom, kako možemo sa sigurnošću utvrditi od kada neka norma stiče kogentni karakter.

JUS COGENS KAO VIŠE I ETIČKE NORME  
U MEĐUNARODNOM PRAVU

U okviru međunarodnog prava nikada nije bilo sporno da su određene potrebe u međunarodnim odnosima važnije od drugih i da moraju biti pravno priznate kao takve, kroz zaštitu putem pravnih normi. Iako su od samih početaka formiranja međunarodnog prava kao kogentne označavane norme hijerarhijski više u odnosu na ostale i smatrane sastavnim delom pravnog sistema, u pozitivno pravo su ušle u okviru regulisanja prava ugovora<sup>9</sup>, da bi kasnije svoje mesto našle i u okviru pravila o međunarodnoj odgovornosti država i međunarodnih organizacija, o jednostranim akatima država, rezervama na međunarodne ugovore, ali i kao element procesa fragmentacije međunarodnog prava. Uporedo sa probijem u pravne dokumente, kogentnim normama se bavila i međunarodna sudska praksa, kao i doktrina. Dok Bečka konvencija o pravu ugovora daje opšteprihvaćenu pozitivnopravnu definiciju kogentnih normi opšteg međunarodnog prava, doktrina suštinu kogentnih normi vezuje za vrednosti i moral, iako sama Bečka konvencija ne upućuje na ove elemente u pojmu kogentnih normi. *Verdross* je još 1937. godine istakao da međunarodno pravo sadrži i nešto pored ugovornih pravila, jer svaki pravni poredak ima svoje korene u moralu zajednice i ne može se razumeti bez uzimanja u obzir te moralne osnove, a tu osnovu za međunarodno pravo čine, prema *Verdross-u*, kogentne norme<sup>10</sup>. *Mc Nair* kogentne norme ozna-

<sup>9</sup> Međunarodni sud pravde je od samog početka svog rada smatrao da je potrebno istaći postojanje posebno važnih normi u međunarodnom pravu. U slučaju Krfskog kanala istakao je da obaveze država ne moraju imati ugovorni karakter, već mogu proizilaziti iz opštih i priznatih principa, kao što su elementarni obziri čovečanstva, koji predstavljaju granicu suverenitetu države; Corfu Channel case (*the United Kingdom v. Albania*) I.C.J. Reports 1949, str. 22. U savetodavnom mišljenju po pitanju rezervi na Konvenciju o genocidu, isti Sud je istakao da su principi na kojima se zasniva Konvencija priznati od strane civilizovanih naroda kao obavezni za države, čak i bez postojanja ugovorne obaveze, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951 str. 24. Povelja Nirnberškog suda, i kasnije donete presude tog vojnog suda, se zasnivaju na ideji da su zločini protiv čovečnosti suštinski suprotni opštem dobru i nacionalno pravo koje ih ne poznaje kao krivična dela nema značaj, *Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis*, U.S.-Fr.-U.K.-U.S.S.R, 8 August 1945. Komisija za međunarodno pravo je, tokom rada na kodifikaciji prava ugovora, kao polaznu osnovu prihvatila da postoje pravila od kojih države ne mogu odstupati ugovorom odn. saglasnošću, i da su te norme još pre Konvencije bile priznate u međunarodnom javnom pravu, *Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries*, Yearbook of International Law Commission, 1966, vol. II, str. 62; *Draft Articles on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations with commentaries*, Yearbook of International Law Commission, 1982, vol. II, Part two.

<sup>10</sup> Verdross, A., *Forbidden Treaties in International Law*, 31 AJIL (1937), str. 576, navedeno prema Paulus A., *Jus Cogens in a Time of Hegemony and Fragmentation*, supra note 2, fn. 13.

čava kao nužne za zaštitu interesa država i očuvanje standarda morala koje su priznale<sup>11</sup>. Kogentne norme su kao više etičke norme u međunarodnom pravu prihvaćene od strane velikog broja autora<sup>12</sup>, i na taj način je stvorena platforma za etičku argumentaciju u međunarodnom pravu.

Ovakva mišljenja nisu bez uporišta u praksi, imajući u vidu da se od kraja Drugog svetskog rata u praksi država i međunarodnih sudova, kao i u okviru kodifikacije međunarodnog prava, navode primeri normi koje su prihvaćene kao kogentne, a koji obuhvataju gotovo isključivo etičke norme, odnosno norme kojima se pojedinci i zajednice štite od ozbiljnog nasilja i uništenja.

Komisija za međunarodno pravo se tokom rada na formulisanju pravila Bečke konvencije o pravu ugovora nije upustila u autoritativno navođenje primera, već je to prepustila praksi država i međunarodnih sudova, u skladu sa čl. 66 Konvencije<sup>13</sup>. Kao primeri, u okviru komentara na članove Konvencije, tokom rada Komisije su istaknute sledeće norme: zabrana upotrebe sile u skladu sa Poveljom Ujedinjenih nacija, trgovina robljem, piratstvo, zabrana genocida, jednakost država, pravo na samoopredeljenje, ljudska prava. Istaknuto je da su ovo pravila za koja se sa sigurnošću može tvrditi da ih je međunarodna zajednica prihvatila kao kogentna, imajući u vidu praksu međunarodnih sudova, pre svega Međunarodnog suda pravde, i ratifikovane konvencije. U okviru rada na temu fragmentacije međunarodnog prava, Komisija za međunarodno pravo je kao primere kogentnih normi navela zabranu agresije, zabranu ropstva i trgovine robljem, zabranu genocida, zabranu rasne diskriminacije i aparthejda, zabranu mučenja, osnovna pravila međunarodnog humanitarnog prava primenjiva u oružanim sukobima kojima se štite civili, pravo na samoopredeljenje<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> McNair A.D., *The Law of Treaties*, supra note 1, str. 215.

<sup>12</sup> Tomuschat C. and Thouvenin J-M. (eds), *The Fundamental Rules of the International Legal Order, Jus Cogens and Erga Omnes*, Boston, Martinus Nijhoff, 2006; prema Czaplinskom kogentne norme uvode moralni poredak u međunarodne odnose, Czaplinski W., *Jus Cogens and the Law of Treaties*, in *The Fundamental Rules of the International Legal Order*, str. 97; Ford, takođe, određuje kogentne norme kao viši moralni poredak u odnosu na koji se ocenjuju akti i pravna pravila, Ford C.A., *Adjudicating Jus Cogens*, 13(1) *Wis. Int'l L.J.*; O'Connell M. E., *Jus Cogens: International Law's Higher Ethical Norms* (April 19, 2011). The role of ethics in international law, Donald Earl Childress, III, ed., Cambridge University Press, 2012 ; Notre Dame Legal Studies Paper No. 11-19. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1815155>.

<sup>13</sup> Prema ovom članu, Međunarodni sud pravde je nadležan za sporove u vezi sa postojanjem kogentnih normi.

<sup>14</sup> Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law, Yearbook of the International Law Commission, 2006, vol. II, Part Two.

Kogentne norme u međunarodni pravni poredak uvode objektivnu nezakonitost na koju se države mogu pozvati, bez da su njome direktno pogođene<sup>15</sup>. Kogentne norme predstavljaju najsnažnije principe u međunarodnom pravu jer nijedan ugovor, statut ili akt države ili međunarodne organizacije ne može važiti ukoliko je u suprotnosti sa nekom od kogentnih normi – dakle kogentne norme mogu poništiti pravila proistekla iz pozitivnopravnih izvora, dok pozitivnopravna pravila ne mogu imati takvo dejstvo na kogentne norme<sup>16</sup>. U domenu ugovornog prava, kogentne norme postavljaju granice autonomiji volje država i međunarodnih organizacija, određujući dozvoljen predmet ugovora<sup>17</sup>. Rezerva na ugovornu odredbu koja sadrži kogentnu normu opšteg međunarodnog prava ne utiče na obavezujuću snagu te norme, koja će nastaviti da se primenjuje kao takva-kogentna, u odnosima između države i međunarodne organizacije koja je stavila rezervu i drugih država i/ili međunarodnih organizacija. Rezerva, takođe, ne može isključiti ili izmeniti pravno dejstvo ugovora tako da bude suprotno kogentnoj normi opšteg međunarodnog prava<sup>18</sup>. Obaveze država, i međunarodnih organi-

---

<sup>15</sup> Na ovom mestu bi trebalo ukazati na razliku između kogentnih normi i obaveza *erga omnes* u međunarodnom pravu, razlikovanje koje sama Komisija tokom rada na pravilima o međunarodnoj odgovornosti nije uvek dosledno sprovodila. *Erga omnes* obaveze su obaveze ustanovljene u korist svih država i svaka država ima pravo da subjekta koji je takvu obavezu prekršio pozove na odgovornost, bez obzira da li je pogođenja kršenjem. U tom smislu su sve kogentne norme istovremeno i *erga omnes*, ali nisu sve *erga omnes* norme i kogentne, jer nisu superiorne u odnosu na ostala pravila tj. nemaju primat nad njima i ne mogu ih poništiti, Krivični tribunal za bivšu Jugoslaviju je u slučaju *Furundžija* istakao da je zabrana mučenja i peremptorna norma i obaveza *erga omnes*, *Prosecutor v. Anto Furundžija*, Judgment of 10 December 1998, Case No. IT-95-17/1, Trial Chamber II, 121 ILR (2002) str. 260, par. 151; *Erga omnes* dejstvo kogentnih normi potvrdio je i Međunarodni sud pravde u *Barcelona Traction* slučaju, na primerima zabrane agresije, genocida, ropstva i rasne diskriminacije, *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Belgium v. Spain) (Second Phase) I.C.J. Reports 1970 str. 32.

<sup>16</sup> Krivični tribunal za bivšu Jugoslaviju je dao detaljno obrazloženje kogentnih normi na primeru zabrane mučenja: “Zbog značaja vrednosti koje zabrana torture štiti, ovaj princip je pre-rastao u peremptornu normu tj. normu koja zauzima viši položaj u međunarodnoj hijerarhiji od ugovornog prava i čak običajnih pravila. Najizraženija posledica ovakvog položaja jeste da od ovog principa države ne mogu odstupiti međunarodnim ugovornim niti lokalnim ili opštim običajnim pravilom koje nema istu normativnu snagu”, *Prosecutor v. Anto Furundžija*, supra note 15, str. 260, par. 151.

<sup>17</sup> U kontekstu prava ugovora, sukob sa kogentnom normom je osnov apsolutne ništavosti međunarodnog ugovora. Ugovor koji je u trenutku zaključenja suprotan kogentnoj normi je ništav, a ugovor tokom čijeg važenja se pojavi nova kogentna norma postaje ništav u celini ili delimično, zavisno od toga da li se odredba suprotna kogentnoj normi može poništiti ili izmeniti bez narušavanja suštine čitavog ugovora.

<sup>18</sup> Guide to practice on Reservation to Treaties, adopted by the International Law Commission at 63rd session, 2011, A/66/10/Add. I, str. 43. Takođe, analogno sa čl. 53 Bečke konvencije o pra-

zacija, ustanovljene peremptornim normama, u kontekstu međunarodne odgovornosti, mogu dovesti do strožeg režima odgovornosti u odnosu na režim koji se primenjuje u slučaju međunarodnog protivpravnog akta, jer su to obaveze koje utiču na vitalne interese celokupne međunarodne zajednice<sup>19</sup>.

Postojanje ovakvih pravila ukazuje na vertikalni aspekt sistema međunarodnog prava tj. postojanje hijerarhijski viših normi u odnosu na ostale međunarodnopravne norme<sup>20</sup>. Hijerarhijski viša pozicija se ogleda u činjenici da kogentna pravila poništavaju suprotna pravila<sup>21</sup>, bez obzira na poreklo (ugovorna, običajna, odluke međunarodnih organizacija<sup>22</sup>). Osnov ovakve pozicije jeste sadržina pravila i univerzalna prihvaćenost superiorne pozicije.

vu ugovora, jednostrane deklaracije koje su u suprotnosti sa kogentnom normom su ništave, Guiding Principles applicable to unilateral declarations of states capable of creating legal obligations, with commentaries thereto, 2006, Yearbook of International Law Commission, 2006, vol. II, Part two, str. 11.

<sup>19</sup> Takav, strožiji, režim je predviđen i Članovima o međunarodnoj odgovornosti država i Nacrtom pravila o međunarodnoj odgovornosti međunarodnih organizacija, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries, supra note 6; Draft articles on the responsibility of international organizations, with commentaries, supra note 7. Prema pravilima sadržanim u ovim dokumentima, okolnosti koje isključuju protivpravnost akta ne deluju u odnosu na kršenja kogentnih normi (Kršenje kogentne norme ne može nikada biti opravdano tj. uvek je protivpravno), međunarodni protivpravni akt koji sadrži kršenje kogentnih normi povlači dodatne posledice za odgovornu državu i druge države- države su obavezne da ne priznaju kao zakonito stanje nastalo kršenjem kogentnih normi niti da pružaju pomoć u održanju takvog stanja, i imaju obavezu da sarađuju u otklanjanju kršenja kogentnih normi, a protivmere, takođe, ne deluju u odnosu na obaveze ustanovljene kogentnim normama. Iste obaveze važe i za međunarodne organizacije.

<sup>20</sup> Iako pravila međunarodnog prava nisu u međusobnom hijerarhijskom odnosu, niti među izvorima međunarodnog prava (čl. 38 Statuta Međunarodnog suda pravde) postoji odnos prioriteta, nesporno je da postoje pravila koja su važnija u odnosu na ostala i uživaju posebnu poziciju u sistemu međunarodnog prava.

<sup>21</sup> U suprotnom, posledica bi bila neprimena, a to je posledica sukoba normi iste pravne snage.

<sup>22</sup> U okviru svog rada, Komisija za međunarodno pravo je posebnu pažnju posvetila odnosu obaveza ustanovljenih kogentnim normama sa čl. 103 Povelje Ujedinjenih Nacija koji predviđa primat obaveza proisteklih iz Povelje nad svim ostalim obavezama članica UN. Iako i iza kogentnih normi i iza Povelje stoji univerzalna prihvaćenost, ipak imaju drugačije dejstvo- posledica suprotnosti sa kogentnom normom je ništavost suprotnog pravila, a posledica suprotnosti sa čl. 103 Povelje je neprimena suprotnog pravila. Dakle, prednost koju obaveze proistekle iz rezolucija Saveta bezbednosti imaju nad ugovornim obavezama se ne odnosi na kogentne norme, ali i rezolucije Saveta bezbednosti koje su suprotne kogentnim normama ne obavezuju države. U ovom slučaju problem predstavlja mogućnost da rezolucije Saveta bezbednosti, nenamerno, dovedu do kršenja kogentnih normi, kao što je bio slučaj sa Bosnom i Hercegovinom, koja nije uspjela da poništi odluku Saveta bezbednosti o embargu na uvoz oružja koji je doprineo nemogućnosti odbrane za žrtve ka-



KOAGENTNE NORME U SUDSKOJ PRAKSI

– granica domašaja *jus cogens-a*

Bečka konvencija, koja daje opšteprihvaćeno određenje kogentnih normi u opštem međunarodnom pravu, takođe predviđa da je Međunarodni sud pravde nadležan da rešava sporove u vezi sa postojanjem kogentnih normi<sup>23</sup> odn. kogentnim karakterom određenog pravnog pravila. Ipak, do sada nijedan takav postupak nije pokrenut, niti je pozivanje jedne države na kogentni karakter nekog pravila naišlo u okviru sudskog postupka na osporavanje od druge strane<sup>24</sup>. S druge strane, određena pravila su u postupcima pred različitim sudskim telima, nacionalnim i međunarodnim, potvrđena kao kogentna. Sam Međunarodni sud pravde se u svojoj dosadašnjoj praksi pozivao na opšte i fundamentalne principe koji su izvan ugovornih odnosa<sup>25</sup>, a skorašnja presuda u sporu Nemačke i Italije rešava pitanje dejstva kogentnih pravila u odnosu na običajna pravila o imunitetu država.

Sa razvojem međunarodnog sudstva, posebno u oblasti ljudskih prava, postavljaju se zahtevi u odnosu na države u vezi sa kršenjem kogentnih normi. Nije sporno da sadržina određenih kogentnih normi štiti ljudska prava pojedinaca i grupa (zabrana genocida, zabrana rasne diskriminacije, obaveze iz korpusa međunarodnog humanitarnog prava koje se tiču postupanja sa civilima tokom oružanog sukoba), ali ekstenzivno pozivanje na kogentni karakter čitavog korpusa ljudskih prava u cilju uspostavljanja posebnih obaveza država ne odgovara prirodi kogentnih normi. Kogentne norme postavljaju granice delovanju države<sup>26</sup>, ne podrazumevaju pozitivnu akciju države. Predsednik Inter-američkog suda za ljudska prava je u odvojenom mišljenju tvrdio da je zaštita radnika migranata obaveza države uspostavljena kogentnim normama<sup>27</sup>. Postoje mišljenja u doktrini

---

snijeg genocida, Izdvojeno mišljenje sudije Lauterpacht-a, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, 8 April 1993, ICJ, Provisional Measures, I.C.J. Reports 1993, str. 440, par. 100.

<sup>23</sup> Čl. 66 Bečke konvencije u pravu ugovora, supra note 13.

<sup>24</sup> Cassese A., *International Law*, (Oxford: Oxford University Press, 2005), 2nd ed, str. 202.

<sup>25</sup> Slučaj Krfskog kanala, mišljenje o rezervama na Konvenciju o genocidu- supra note 9; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons case*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996 str. 257, par. 79, "postoje neizbežni principi međunarodnog običajnog prava".

<sup>26</sup> Prema *Byers-u*, kogentne norme služe kao konstitucionalna pravila koja ograničavaju mogućnost država da stvaraju i menjaju pravila međunarodnog prava i sprečavaju države da krše osnovna pravila međunarodnog pravnog poretka, kada bi takva kršenja ozbiljno ugrozila samu suštinu međunarodnog pravnog sistema, Byers M., *Conceptualising the Relationship Between Jus Cogens and Erga Omnes Rules*, 66(2-3) Nord. J. Int'l L. 211, (1997).

<sup>27</sup> A.C.H.R., *Legal Status and Rights of Undocumented Migrants*, Adv. Op. OC-18/03, 17 Sept. 2003, Series A, Vol. 18, §§ 97–101 and 110.

da su ljudska prava stekla peremptoran status u međunarodnom pravu, jer njihovo ostvarenje i zaštita nisu samo u korist pojedinaca već u cilju ostvarenja najviših interesa međunarodne zajednice<sup>28</sup>. Prema pristalicama ovog stava, obaveze država na poštovanje ljudskih prava postoje bez obzira na ratifikaciju međunarodnih ugovora, već izviru iz samog članstva u međunarodnoj zajednici<sup>29</sup>. Ovi stavovi, iako primamljivi, ne mogu se uzeti kao potpuno primenjivi u savremenoj međunarodnoj praksi iz više razloga. Kako tretirati ljudska prava koja je u vanrednim okolnostima moguće ograničiti? Da li tada postoji sukob dve kogentne norme, i kako se on rešava<sup>30</sup>? Neosnovanost ovako ekstremnog stava potvrđuje i praksa Međunarodnog suda pravde, koji je van domašaja kogentnih normi ostavio ekonomska, socijalna i kulturna prava, kao prava koja samom svojom prirodom zahtevaju pozitivno delovanje države, za razliku od građanskih i političkih, gde se od države primarno očekuje nemešanje<sup>31</sup>, i koja, kao takva, jesu predmet zaštite kogentnih normi.

Na talasu isticanja kogentnog karaktera normi kojima se štite ljudska prava, posebno zabrane mučenja, javljaju se zahtevi pred nacionalnim sudovima za utvrđivanje krivične odgovornosti pojedinaca za kršenja kogentnih normi. U *Pinochet* slučaju pred sudom Velike Britanije<sup>32</sup> postavljeno je pitanje da li imunitet

<sup>28</sup> Reiter-Korkmaz A., *Going Global: Individual Rights, Universal Norms and the Existence of an Overarching Normative Hierarchy in International Law*, European Journal of Legal Studies, Vol. 2, No. 1, 2008, str. 87–115.

<sup>29</sup> Dupuy P.-M., *Some Reflections on Contemporary International Law and the Appeal to Universal Values: A Response to Martti Koskeniemi*, European Journal of International Law, 2005, str. 131–137, 136. Sudija Tanaka je u izdvojenom mišljenju u slučaju Jugozapadne Afrike istakao da ljudska prava nisu proizvod jednog pravnog sistema, već moraju biti priznata, poštovana i zaštićena svuda gde čovek ide, jer postojanje ljudskih prava ne zavisi od volje država. Države ne mogu stvoriti ljudska prava, one mogu samo potvrditi njihovo postojanje i pružiti im zaštitu, Odvojeno mišljenje sudije Tanaka, *South West Africa*, 18 July 1966, I.C.J., str. 295–298.

<sup>30</sup> Isti problem se postavlja i van konteksta ljudskih prava, u odnosu zabrane upotrebe sile i prava na samoodbranu- budući da preventivna samoodbrana nije dopuštena, kako rešiti potencijalni sukob ove dve kogentne norme?

<sup>31</sup> *Corfu Channel*, str. 22, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, str. 23, supra note 9; *Barcelona Traction Light and Power Company Limited*, str. 32, supra note 15; I.C.J., *Namibia Advisory Opinion*, Adv. Op., 21 June 1971, str. 57; I.C.J., *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, Merits, 24 May 1980, str. 42–43; I.C.J., *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, Merits, 27 June 1986, str. 112–114, 128–130, 147; I.C.J., *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Request for the Indication of Provisional Measures, 8 Apr. 1993, str. 23; I.C.J., *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Adv. Op., 8 July 1996, par 79.

<sup>32</sup> *Regina v. Street Metropolitan Stipendiary Magistrate*, ex parte Pinochet Ugarte (No. 3), 24 March 1999, House of Lords, 119 ILR, p. 136.

bivšeg šefa države može biti upotrebljen u postupku po optužnici da je vršio torturu dok je bio na funkciji. Tužioci su tvrdili da kogentna priroda međunarodnog zločina mučenja opravdava države da uspostave univerzalnu nadležnost nad procesuiranjem ovih akata gde god su počinjeni. Britanski sud je odlučio da imunitet ne može važiti kada se pojedincu sudi za kršenja kogentnih normi, te se Pinochet nije mogao pozvati na imunitet i izbeći izručenje Španiji. Ovakvo delovanje kogentnih normi u odnosu na imunitet pojedinaca potvrdio je i Krivični tribunal za bivšu Jugoslaviju u slučaju *Furudžija*<sup>33</sup>.

Nakon ovakvih odluka, počeli su da se pred nacionalnim i međunarodnim sudovima postavljaju istovetni zahtevi, ali usmereni protiv država. Tužioci tvrde da se primenom *jus cogens* doktrine može otkloniti nacionalno pravo koje priznaje imunitet stranoj državi<sup>34</sup>. Kako će kasnija praksa pokazati, snaga kogentnih normi da mogu da poništavaju niže norme, ne znači da kršenje kogentne norme omogućava automatski pristup sudu bez obzira na proceduralne prepreke za procesuiranje pojedinaca i naknadu štete u građanskim postupcima<sup>35</sup>.

Kao primer se može navesti postupak pred Evropski sudom za ljudska prava u slučaju *Al-Adsani v the United Kingdom*<sup>36</sup> u kojem je tužilac tvrdio da je Velika Britanija prekršila Konvenciju jer su njeni sudovi priznali imunitet državi Kuvajt u građanskom postupku u vezi sa naknadom štete za pretpljeno mučenje, koje je tužilac pretrpeo na teritoriji Kuvajta od strane kuvajtskih državnih službenika – policije i vojske. Tužilac je tvrdio da kogentna norma zabrane mučenja treba da deluje tako da poništi pravilo, međunarodno običajno i nacionalno, kojim se priznaje imunitet strane države pred domaćim sudom, iako samo to procesno pravilo ne predstavlja kršenje kogentne norme. Sud je, iako veoma podeljen pri donošenju odluke, našao da kogentna norma ne može biti zamena pravilu međunarodnog prava i da priznavanjem imuniteta nije došlo do kršenja Konvencije. Za Sud, pravilo o imunitetu države ne ograničava pravo na pristup sudu na način suprotan Konvenciji, a istovremeno je istaknuto da pravilo o imunitetu države

---

<sup>33</sup> *Prosecutor v. Anto Furundžija*, supra note 15, str. 260, par. 153.

<sup>34</sup> U skladu sa retsriktivnom teorijom imuniteta, radi se o imunitetu za akte koje je država preduzela u okviru vršenja suverene vlasti, koji obuhvataju i akte koji se državi mogu pripisati prema prihvaćenim pravilima međunarodnog prava o pripisivanju akata državama, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries, supra note 6.

<sup>35</sup> Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law, Report of the Study Group of the International Law Commission, Fifty-eighth session, A/CN.4/L.682, 13 April 2006, par. 372.

<sup>36</sup> *Al-Adsani v. the United Kingdom*, Judgment of 21 November 2001, ECHR 2001-XI, str. 79.

nije supstantivno pravo već procesna prepreka postupanju domaćeg suda<sup>37</sup>. U kasnijem slučaju, britanski sud je, držeći se ovog stava, priznao imunitet Saudijske Arabije<sup>38</sup>. Sud Sjedinjenih Američkih Država je, takođe, u sličnom slučaju podržao imunitet Argentine, ističući da, iako je zabrana mučenja kogentna norma, ne može u konkretnom slučaju poništiti „ispravno“ pravo odnosno imunitet strane države pred domaćim sudom<sup>39</sup>. Kanada je u slučaju *Bouzari v Islamic Republic of Iran*, takođe, priznala imunitet Iranu<sup>40</sup>.

Od ove prakse su odstupili grčki i italijanski sudovi, prihvativši privatne tužbe protiv Nemačke u vezi sa naknadom štete nanete kršenjem kogentnih normi (prinudni rad tokom Drugog svetskog rata). Nemačka je, u vezi sa tim postupcima, pokrenula postupak pred Međunarodnim sudom pravde u kojem je odluka doneta februara 2012. godine<sup>41</sup>. Sud je odbio tvrdnje Grčke i Italije da se država ne može pozvati na imunitet u slučaju postupka protiv nje pred domaćim sudom povodom kršenja kogentnih normi tj. da kogentno pravilo u konkretnom slučaju poništava drugo, običajno ili ugovorno, pravilo koje otežava izvršenje kogentnog pravila. Za Sud, ne postoji sukob između kogentnog pravila i običajnog pravila o imunitetu država pred sudovima drugih država jer norme u pitanju imaju različite predmete regulisanja, u smislu da kogentna norma spada u supstantivnu, a pravilo o imunitetu države u proceduralnu<sup>42</sup>, odnosno pravila procesnog karaktera prema terminologiji Suda. Sud je u ovom slučaju primenio razlikovanje koje je postavio u svojoj ranijoj praksi<sup>43</sup>, a istovetno razlikovanje je pravio i Evropski

<sup>37</sup> Na ovo razlikovanje će se pozvati i Međunarodni sud pravde u sporu Italije i Grčke protiv Nemačke.

<sup>38</sup> *Jones v Saudi Arabia*, 2006, UKHL 26, 2007, navedeno prema O'Connell M. E., *Jus Cogens: International Law's Higher Ethical Norms* supra note 12, fn. 55.

<sup>39</sup> *Siderman de Blake v Argentina*, navedeno prema O'Connell M. E., *Jus Cogens: International Law's Higher Ethical Norms*, supra note 12.

<sup>40</sup> Novogrodsky B. N., *Immunity for Torture: Lessons from Bouzari v. Iran*, *The European Journal of International Law EJIL* (2007), Vol. 18 No. 5, 939–953.

<sup>41</sup> *Jurisdictional Immunities of the State* (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment of 3 February 2012.

<sup>42</sup> Prema Sudu, supstantivne norme utvrđuju da li je određeno postupanje (ne)zakonito, dok pravila procesnog karaktera obuhvataju pravila o nadležnosti, pravila postupka, pravila o dopuštenosti zahteva, implementaciji međunarodne odgovornosti.

<sup>43</sup> *Arrest Warrant of 11 April 2000* (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, ICJ Reports 2002, 3 par. 60- imunitet je proceduralno, a krivična odgovornost supstantivno pravilo; I u slučaju *Armed Activities on the Territory of the Congo* (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Jurisdiction and Admissibility, ICJ Reports 2006, 6 par. 34, Sud je odredbe o nadležnosti suda odredio kao proceduralne.

sud za ljudska prava u svojoj praksi<sup>44</sup>. Prema mišljenju Suda, primena pravila procesnog karaktera ne znači derogaciju supstantivnih kogentnih normi, iako može imati za posledicu ometanje primene ili izvršenja kogentne norme, a, takođe, ne znači ni priznanje kao zakonitog stanja nastalog kršenjem kogentne norme, niti pružanje pomoći u održanju stanja stvorenog kršenjem kogentne norme<sup>45</sup>.

Iako se ovakvom odlukom rešenje spora o kršenju kogentne norme usmerava na drugi metod rešenja spora<sup>46</sup>, a i sama presuda je pretrpela kritike doktrine<sup>47</sup>, ipak samo razlikovanje nije označeno kao sporno, već njegove praktične posledice- da omogućava da najteže povrede ljudskih prava zaštićenih kogentnim normama ostaju neprocesuirane, i, krajnje, nekažnjene. Dakle, u savremenom međunarodnom pravu postoje norme koje svi subjekti u međunarodnoj zajednici prihvataju kao imperativ u međusobnim odnosima i granicu svog delovanja. To, svakako, ne znači da su one imune na kršenja, naprotiv, kao i "obična" pravila međunarodnog prava, i kogentne norme se krše, i to uvek predstavlja ozbiljno ugrožavanje najviših vrednosti same međunarodne zajednice. Ipak, čini se da postojanje običajnih pravila o imunitetu države pred sudovima drugih država, u slučaju kršenja kogentnih normi, ograničava mogućnosti međunarodne zajednice da ta kršenja, i njihove posledice, otkloni. Ono što je sadašnje stanje, jeste da imunitet država predstavlja prepreku punoj primeni kogentnih normi kojima se štite pojedinci, jer državu koja im je nanela povredu ne mogu tužiti pred nacionalnim sudom. Šta im preostaje? Postupci pred regionalnim sudovima, čija nadležnost zavisi od ratifikacije određenih međunarodnih instrumenata, arbitraže koje su pojedincima često nedostupne iz praktičnih razloga, institut diplomatske zaštite koji države nisu uvek rade da aktiviraju zbog određenih međunarodnih interesa, tužbe protiv pojedinaca na čijem putu stoje brojne finansijske i praktične, kao i pravne prepreke.

---

<sup>44</sup> Videti Al-Adsani, supra note 36.

<sup>45</sup> U sporu *Congo v Rwanda*, supra note 43, Sud je našao da "činjenica da se spor tiče neispunjenja obaveze ustanovljene peremptornom normom opšteg međunarodnog prava (zabrana rasne diskriminacije) nije dovoljna da zasnuje nadležnost suda i ne postoji peremtrona norma koja zahteva da države pristanu na nadležnost da bi rešile spor u vezi sa Konvencijom o zabrani rasne diskriminacije".

<sup>46</sup> Caplan L.M., *State Immunity, Human Rights, and Jus Cogens: A Critique of the Normative Hierarchy Theory*, (2003) 97 AJIL 741–781, str. 771–772.

<sup>47</sup> McGregor L., *Torture and State Immunity: Deflecting Impunity, Distorting Sovereignty*, (2007) 18 EJIL 903-919, str. 911; Pavoni R., *Human Rights and the Immunities of Foreign States and International Organizations*, in E. de Wet and J. Vidma (eds.), *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights* (2012), 71–113, str. 75; Orakhelashvili A., *Peremptory Norms as an Aspect of Constitutionalisation in the International Legal System*, in M. Frishman and S. Muller (eds.), *The Dynamics of Constitutionalism in the Age of Globalisation* (2010), 153–180, str. 165.

## MOGUĆE REŠENJE I NJEGOVA (NE)IZVESNOST

Mogućnost da i procesna pravila mogu steći status kogentnih normi upućuje na potencijalno rešenje<sup>48</sup>. Ali, tu se nailazi na suštinski problem u konceptu kogentnih normi, a to je nesaglasnost i nepostojanje jasne metodologije nastanka kogentnih normi. Komisija za međunarodno pravo se ni u jednom dokumentu koji je sadržao upućivanje na kogentne norme nije bavila kriterijumima njihovog nastanka. To može da uzrokuje probleme u praksi, jer ukoliko jedna strana dokaže da je pravilo na koje se poziva pred sudom kogentno, spor se automatski rešava u njenu korist, ali kako dokazati od kog trenutka je određeno pravilo postalo kogentno. To pokazuje da nije dovoljno moći određeni institut egzemplificirati, potrebno ga je i definisati sa svih aspekata. Svakako da kao polaznu tačku treba uzeti čl. 53 Bečke konvencije koji daje opšteprihvaćeno određenje kogentnih normi. Prema slovu čl. 53, određeno pravilo postaje prvo opšte pravilo međunarodnog prava, u nekoj od formi navedenih u čl. 38 Statuta Međunarodnog suda pravde, a onda se, prihvatanjem i priznanjem od strane međunarodne zajednice, "diže" na nivo kogentnih normi. Ovakav nastanak kogentnih normi u doktrini se označava "ekstrapozitivizmom"<sup>49</sup>, tj. da su kogentne norme izvan i iznad pravila i principa izvedenih iz primarnih, pozitivnih, izvora međunarodnog prava.

Dakle, suštinski element nastanka kogentnih normi je saglasnost međunarodne zajednice, ali i to je prilično nejasan koncept – kakav bi uticaj imalo stalno protivljenje jedne ili više država kogentnoj prirodi određenog pravila, šta ako je dosledni prigovarač stalna članica Saveta bezbednosti? Ako odgovor potražimo u normama koje se danas smatraju opšteprihvaćenim korpusom kogentnih normi, videćemo da "saglasnost" možemo identifikovati u sudskim odlukama i međunarodnim konvencijama na snazi. Pravo na samoopredeljenje, zabrana agresije, pravo na samoodbranu su obuhvaćeni Poveljom Ujedinjenih Nacija, koja je univerzalno prihvaćen instrument, kao i brojnim konvencijama koje ne dopuštaju rezerve i koje su široko ratifikovane, u odnosu na koje možemo govoriti o tenden-

<sup>48</sup> Kogentno pravilo procesnog karaktera ne bi, u okviru postupka povodom kršenja kogentne supstantivne norme, uzrokovalo sukob dve kogentne norme, na čiju mogućnost je ukazano u fusnoti 30, jer bi se radilo o dve kogentne norme koje se primenjuju u različitim kontekstima i ne mogu doći u sukob, kao što bi bio slučaj sa zabranom sile i pravom na samoodbranu.

<sup>49</sup> O'Connell M. E., *Jus Cogens: International Law's Higher Ethical Norms*, supra note 12, str.83. Postoje autori koji zastupaju prirodnopravnu teoriju kada se radi o kogentnim normama, tj. da one imaju viši položaj ne zato što su tako odlučile države, već zato što su suštinski superiorne i ne mogu, kao takve, biti stavljene u stranu međudržavnim dogovorima, Orakhelashvili A., *Peremptory Norms in International Law*, Oxford, Oxford Press, 2006. Ipak, prirodnopravne teorije, u današnjem sekularizovanom svetu i sa visokim stepenom razvoja savremene nauke, ne mogu ponuditi zadovoljavajuće odgovore.



ciji univerzalnosti. Takođe, brojne sudske odluke su potvrdile status kogentnih normi za zabrane rasne diskriminacije, ropstva, za pravila humanitarnog prava koja se odnose na zaštitu civila u oružanim sukobima, zabranu genocida, kao i za norme navedene u Povelji<sup>50</sup>. Sama Komisija za međunarodno pravo je u okviru Bečkih konvencija istakla da detaljnije određenje koncepta kogentnih normi prepušta sudskoj praksi i praksi država.

Pravilo o imunitetu država pred sudovima drugih država je običajno pravno pravilo, koje je svoju potvrdu našlo i u međunarodnim ugovorima<sup>51</sup>, tako da je njegov status kao pravila opšteg međunarodnog prava nesporan, i prvi korak ka sticanju statusa kogentnog pravila je postignut. Za sada se, u postupcima pred međunarodnim i nacionalnim sudovima, nije našla čvrsta osnova, imajući u vidu međunarodne instrumente i sudsku praksu, za zaključak da država ne uživa imunitet u građanskom postupku pred sudom druge države, u vezi sa optužbom za mučenje. Ipak, izvesne promene se dešavaju u nacionalnim pravima. Amandmanima na kanadski Zakon o imunitetu država<sup>52</sup> omogućeno je žrtvama terorističkih napada, kanadskim državljanima ili rezidentima, da tuže počiniocima pred kanadskim sudovima, bez obzira gde se napad desio, uključujući i strane države koje se nalaze na listi kanadske vlade označene kao sponzori terorizma. Sjedinjene Američke Države, takođe, u svom Zakonu o imunitetu stranih država<sup>53</sup>, u okviru restriktivne teorije imuniteta država, kao izuzetak imunitetu stranih država predviđaju postupke protiv država označenih kao sponzori terorizma. Iako se ovi slučajevi ne odnose na kršenja kogentnih normi od strane stranih država, izvesno je da će biti podvrgnuti oceni međunarodnih sudova i time ukazati i na mogućnost promene dosadašnje prakse u vezi sa kršenjem kogentnih normi.

## ZAKLJUČAK

Ako prihvatimo da univerzalna prihvaćenost koja jedno pravilo diže na nivo kogentnog može biti postignuta sudskim odlukama i praksom država formulisanom u međunarodne ugovore, da li možemo očekivati da međunarodna zajednica prihvati da imunitet države ne može biti jači od kršenja kogentne nor-

---

<sup>50</sup> *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, supra note 31, par. 190; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures*, supra note 31, par. 79; *East Timor (Portugal v. Australia)*, I.C.J. Reports 1995, p. 90, par. 29.

<sup>51</sup> Evropska konvencija o imunitetu država, 1972, Nacrt pravila Komisije za međunarodno pravo o sudskom imunitetu država i njihove imovine, 1991.

<sup>52</sup> State Immunity Act, <http://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/S-18.pdf>.

<sup>53</sup> Foreign State Immunity Act, <http://www.state.gov/j/ct/c14151.htm>.



me, kao što to nije imunitet pojedinca. I da li bi to bilo korisno sa aspekta međunarodne saradnje? Komitet protiv torture<sup>54</sup> je Kanadi, nakon slučaja *Bouzari*<sup>55</sup>, uputio kritike i preporuku da preispita primenu čl. 14 Konvencije o zabrani mučenja kako bi omogućila naknadu štete u građanskom postupku za sve žrtve mučenja. Ipak, doktrina je ovu preporuku odbacila kao pravno neosnovanu i preuranjenu<sup>56</sup>. Značajna podeljenost Evropskog suda za ljudska prava pri odlučivanju u slučaju *Al-Adsani*<sup>57</sup> ukazuje da se ne slažu svi sa ovakvim ograničenjem domašaja kogentnih normi i da se mogu očekivati buduće kritike.

Ukoliko krenemo od univerzalističke koncepcije međunarodnog prava, koja je uvedena Poveljom Ujedinjenih Nacija i rečima “Mi narodi...” tj. ako na Povelju možemo da gledamo kao na svojevrsan društveni ugovor<sup>58</sup>, onda moramo prihvatiti da su u međunarodnom pravnom poretku interesi i zaštita pojedinca jednako važni kao i suverena prava država. Stoga, ukoliko se najviše moralne norme međunarodnog prava mogu nesmetano i u potpunosti izvršavati u odnosu na pojedince koji ih krše, onda bi isto moralo važiti i u odnosu na države. Ako je već kogentnim normama uveden moralni diskurs u međunarodno pravo, onda bi morao biti dosledno sproveden u odnosu na sve subjekte.

JELENA STOJŠIĆ-DABETIĆ, LL.M.,  
Assistant Lecturer, Faculty of European Legal  
and Political Studies, University Singidunum, Novi Sad

## THE REACH OF *JUS COGENS* IN INTERNATIONAL LAW

### Summary

Today, the existence and effects of *ius cogens*, as well as their moral character, are widely expected in international law. Peremptory norms are one of the fundamental elements in the system of

---

<sup>54</sup> “Concluding Observations”, UN Doc. CAT/C/CR/34/CAN (2005), par. 5(f).

<sup>55</sup> *Supra* note 40.

<sup>56</sup> Lord Bingham of Cornhill, Appellate Committee of the House of Lords (*Jones v. Saudi Arabia*, [2006] UKHL 26, par. 23), Lord Hoffman (*Jones v. Saudi Arabia*, [2006] UKHL 26, par. 57; par. 56–ž-58.).

<sup>57</sup> Presuda je doneta sa 9 prema 8 glasova da nije bilo kršenja prava na pravično suđenje, *supra* note 42.

<sup>58</sup> Detaljnije u Reiter-Korkmaz A., *Going Global: Individual Rights, Universal Norms and the Existence of an Overarching Normative Hierarchy in International Law*, *supra* note 28.

international law, that protect vital interests and values of international community. However, practice has shown that when an individual suffers damage as a consequence of jus cogens breach by foreign state, he is unable to seek protection and reparation before national courts. Is that acceptable in today's progressive international community, is there a tendency of change towards better protection of individual, how can we achieve full applicability of ius cogens- these are questions to which this paper will offer answers.



RADOVAN D. VUKADINović

## **OPCIONI INSTRUMENT KAO NOVI METOD HARMONIZACIJE PRAVA U EVROPSKOJ UNIJI**

**– Primer zajedničkih pravila o evropskoj prodaji –**

### U V O D

Polazeći od pretpostavke da razlike koje postoje u ugovornom pravu u državama članicama same po sebi predstavljaju prepreke nesmetanom funkcionisanju unutrašnjeg tržišta, Komisija Evropske unije je u sklopu projekta harmonizacije ugovornog prava, krajem 2011. godine objavila predlog Uredbe o zajedničkim evropskim pravilima o prodaji<sup>1</sup> (u daljem tekstu Predlog uredbe). Predlog uredbe sadrži pravila za regulisanje ugovora o prekograničnoj ili intrakomunitarnoj prodaji robe, prodaji digitalnog sadržaja i povezanih ugovora između trgovaca i između trgovaca i potrošača. Predviđeno je da u 2012. godini o predlogu raspravljaju Evropski parlament i Savet, kako bi se ceo postupak usvajanja uredbe okončao u 2013. godini.

Zajednička pravila o prodaji su usvojena u formi tzv. opcionog instrumenta harmonizacije. Na izbor opcionog instrumenta kao metoda harmonizacije, uticalo je prethodno iskustvo u harmonizaciji ugovornog prava i sugestije koje je Ko-

---

Dr Radovan D. Vukadinović, profesor Univerziteta u Kragujevcu; Direktor centra za pravo EU.

<sup>1</sup> European Commission, Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law, 11.10.2011, Com (2011) 635 final.

misija dobila u fazi koja je prethodila sastavljanju predloga. Međutim, u diskusijama koje su vođene nakon objavljivanja predloga uredbe<sup>2</sup> osim podrške, izražena su i različita mišljenja i sumnje o brojnim pitanjima, počev od polaznih pretpostavki koje su navedene kao razlozi za usvajanje uredbe i potrebe da pitanje prekogranične prodaje bude regulisano novim pravilima, do pravnog osnova i sadržine predloženih rešenja.

S obzirom da predlog novih pravila o evropskoj prodaji predstavlja nastavak rada na projektu Evropskog građanskog zakonika, čiji su rezultati harmonizacije u ovom momentu sadržani u Predlogu zajedničkog okvira za tumačenje (*Draft Common Frame of Reference*), u prvom delu rada će predlog Uredbe biti razmatran u okviru ideje o usvajanju Evropskog građanskog zakonika. U drugom delu rada će biti reči o pravnoj prirodi zajedničkih pravila o prodaji za regulisanje ugovora o evropskoj prodaji, pri čemu se polazi od teze da opcioni instrument zaista predstavlja novo sredstvo i metod harmonizacije, ali da njegova primena ne garantuje ostvarivanje postavljenih ciljeva, niti uspeh ili prednost u odnosu na korišćenje drugih sredstava.

*Predlog uredbe kao zakasneli potomak ideje  
o Evropskom građanskom zakoniku*

Vrlo brzo nakon što je sredinom 1969. godine uspostavljeno zajedničko tržište u okviru tadašnje Evropske ekonomske zajednice, na predlog danskog profesora Ole Landa (Ole Lando) osnovana je posebna komisija za harmonizaciju evropskog ugovornog prava.<sup>3</sup> Motivi za njeno osnivanje se mogu podjednako tra-

<sup>2</sup> Vid. Roundtable on the Proposal for a Common European Sales Law, održana 9. 12. 2011. godine na Maastricht European Private Law Institute (<http://conflictoflaws.net/2011/roundtable-on-the-proposal-for-a-common-european-sales-law>), konferencija održana 9. i 10. 02. 2012. na European Law Academy, Trier, Germany (<http://conflictoflaws.net/2012/era-conference-on-the-optional-european-sales-law/>) Conference on European Contract Law: A Law-and-Economics Perspective, održana 27–28. 04. 2012, na Pravnom fakultetu u Čikagu, dostupno na: <http://www.law.uchicago.edu/events/europeancontractlaw>; Vid. Raspravu na Max Planck Institute for Comparative and Private International Law, 'Policy Options for Progress Towards a European Contract Law, Comments on the issues raised in the Green Paper from the Commission of 1 July 2010', COM (2010) 348 final, objavljenu u 75 *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)* (2011). str. 371-438. i na [http://papers.ssrn.com/sol3/JELJOUR\\_Results.cfm?form\\_name=journalbrowse&journal\\_id=1562241](http://papers.ssrn.com/sol3/JELJOUR_Results.cfm?form_name=journalbrowse&journal_id=1562241).

<sup>3</sup> Ideju o osnivanju posebne komisije koja će se baviti ovim pitanjima je dao danski profesor Ole Lando, za vreme ručka u kafani Tivoli posle konferencije u Kopenhagenu, jednom od službenika Evropske komisije Vinfridu Haušildu. Van Zelst, u knjizi *The Politics of European Sales Law: A Legal-political Inquiry Into the Drafting of the Uniform Commercial Code, the Vienna Sales Convention, the Dutch Civil Code and the European Consumer Sales Directive in the Context of the Eu-*

žiti u pravnim i političkim razlozima. Kao najčešći pravni razlog, isticano je uverenje da tek uspostavljeno zajedničko tržište ne može nesmetano da funkcioniše ako nisu u dovoljnoj meri usklađeni (harmonizovani), a po pojedinim pitanjima i unifikovani propisi ugovornog prava.<sup>4</sup> Razlike koje su postojale u nacionalnim pravima, u to vreme u devet država članica, smatrane su preprekama koje ometaju slobodno kretanje robe, usluga, lica i kapitala, odnosno nesmetano funkcionisanje zajedničkog tržišta. I Sud pravde (Evropskih zajednica, u to vreme) je u više slučajeva različita rešenja u nacionalnim propisima, na primer u pogledu: izvoza, uvoza, pakovanja, stavljanja u promet, smatrao kvantitativnim ograničenjima koja ometaju slobodnu intrakomunitarnu trgovinu. Karakterističan je u tom smislu bio stav Suda pravde u slučaju *Dasonville*,<sup>5</sup> u kome je zauzeo vrlo širok stav da se, "sva trgovinska pravila doneta u državama članicama koja mogu direktno ili indirektno, stvarno ili potencijalno da ometaju trgovinu između i unutar Zajednice, smatraju merama istoga dejstva kao i kvantitativna ograničenja,"<sup>6</sup> a to znači i da ometaju slobodan promet robe. U ugovornom pravu se kao prepreke koje ometaju slobodnu trgovinu navode razlike u pogledu vrste odgovornosti i visine naknade štete, na primer, zbog skrivenih nedostataka isporučene robe, razlike u pogledu rokova zastarelosti, u pogledu rokova i obaveze obaveštavanja o postojanju mana na robi, sredstava obezbeđenja i načina njihove realizacije i slično.<sup>7</sup> Osim što na nesmetano odvijanje intrakomunitarne trgovine utiču razlike u materijalnim i kolizionim propisima, ispitivanja su pokazala da prepreke predstavljaju i različiti zahtevi i razlike u proceduralnim propisima u državama članicama.<sup>8</sup>

U političkom smislu, zalaganje za harmonizaciju i unifikaciju komunitarnog prava, a posebno ugovornog, je smatrano prirodnim nastavkom težnje da se odnosi između država članica što je moguće više federalizuju sa ciljem da se uspostavi politička unija. Otuda su paralelno sa uspostavljanjem zajedničkog tržišta, već 70-tih godina prošlog veka postojali planovi da se uspostavi politička unija (tzv. Fušeovi planovi)<sup>9</sup> koja je podrazumevala postojanje federalnog ili save-

---

*ropeanization of Contract Law*, Kluwer, 2008, str. 4, tač. 1.2. navodi da se početak rasprave o evropskom privatnom pravu može tražiti i ranije i pripisati prvom predsedniku Komisije V. Halštajnu kada je početkom 1964. godine pitanje evropskog privatnog prava stavio na evropsku agendu.

<sup>4</sup> Вид. J. Basedow, *A Common Contract Law for the Common Market*, 33 *CMLRev.*, (1996), str. 1169-1195.

<sup>5</sup> Predmet 8/74, *Procureur du Roi v. Benoît and Gustave Dassonville*, ECR 1974, str. 837.

<sup>6</sup> *Isto*, tač. 5.

<sup>7</sup> Vid. tač. 3.2. Akcionog plana za koherentnije evropsko ugovorno pravo. Communication from the Commission to the European Parliament and the Council - A more coherent European contract law - An action plan /COM/2003/0068 final/ OJ C 63, 15.3.2003, str. 1-44.

<sup>8</sup> Vid tač. 9, odluke u predmetu *Dassonville*.

<sup>9</sup> Vid. Draft Treaty Establishing the European Union, Adopted by the European Parliament on 14 February 1984, Coordinating rapporteur: Mr. A. Spinelli, in: R. Bieber, J-P. Jacqué, J. H.H. Wei-

znog prava<sup>10</sup> do koga se moglo doći ne samo kodifikacijom, već i harmonizacijom i unifikacijom postojećih propisa. Harmonizaciju i kodifikaciju propisa ugovornog prava su posebno podržavali Evropska komisija i Evropski parlament. Tako je Evropski parlament u više rezolucija u periodu od 1989. do 2008. godine, pozivao Evropsku komisiju da ubrza rad na donošenju evropskog zakonika o privatnom pravu ili građanskog zakonika.<sup>11</sup> Komisija je u tom cilju osnovala brojne radne grupe i komisije<sup>12</sup> koje su 2005. godine objedinjene u Zajedničku mrežu za

ler (eds.): *An Ever Closer Union. A Critical Analysis of the Draft Treaty Establishing the European Union* (Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 1985), str. 306-328

<sup>10</sup> H. Spamann, Choice of Law in a Federal System and an Internal Market, *Jean Monnet Working Paper* 8/01. dostupno na: [centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/archive/papers/01/012601.rtf](http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/archive/papers/01/012601.rtf)

<sup>11</sup> Resolution of 26 May 1989 on action to bring into line the private law of the Member States, OJ 1989 C 158, 26.6.1989, str. 400; Resolution of 6 May 1994 Concerning the codification of private law and the Commission on european contract law, OJ 1994 C 205, 25.7.1994, str. 518; Resolution on the harmonization of certain sectors of the private law of the Member States. 6 May 1994; Resolution of 15 November 2001, OJ 2001 C 140 E, 13.6.2002, str. 538; Resolution of 2 September 2003 OJ C 76 E, 25.3.2004, str. 95; Resolution of 23 March 2006 on European contract law and the revision of the *acquis*: the way forward, OJ C 292 E, 1.12.2006, p. 109; Resolution of 7 September 2006 on European contract law, OJ C 305 E, 14.12.2006, str. 247, [http://ec.europa.eu/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/fair\\_bus\\_pract/cont\\_law/ep\\_resolution\\_07092006\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/ep_resolution_07092006_en.pdf); Resolution of 12 December 2007 on European contract law; <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&language=EN&reference=P6-TA-2007-0615>; Resolution of 3 September 2008 on the common frame of reference for European contract law, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P6-TA-2008-0397&language=EN>.

<sup>12</sup> Radna grupa za izradu Projekta Evropskog zakonika o ugovorima, kojom je rukovodio profesor Duzeppe Gandolfi (Giuseppe Gandolfi), objavila je predlog Evropskog zakona o ugovorima, inspirisanog Italijanskim građanskim zakonikom i Predlog zakonika o ugovorima, koji je pripremila Engleske i Škotske, pod rukovodstvom Harveja Mek Gregorija (Harvey McGregor). Vid. G. Gandolfi and L. Gatt, eds., *Code européen des contrats: avant-projet*, Milano 2004. dostupno na: <http://www.academiaiugusprivatistieuropei.it>. Projekat zajedničkog jezgra evropskog privatnog prava, kojim je rukovodio Ugo Matei (Ugo Mettei) i Mauro Busani (Mauro Bussani) u okviru koga je napisano više komparativnih studija o evropskom privatnom pravu. Vid. [http://www.common-core.org/index.php?option=com\\_content&view=article&id=49&Itemid=56](http://www.common-core.org/index.php?option=com_content&view=article&id=49&Itemid=56). Studijska grupa za evropski građanski zakonik, pod rukovodstvom profesora Kristijana fon Bara (Christian von Bar) je pripremila šest tomova Principa evropskog ugovornog prava o: prodaji, lizingu, uslugama, trgovačkom zastupanju, franšizingu i distribuciji, sredstva obezbeđenja, nezvano vršenje poslova, koji preuzeti u Zajednička pravila tumačenja... Vid. C. V. Bar, *Benevolent intervention in another's affairs* (PEL Ben. Int.), Munich 2006; M. W. Hesselink et al., *Commercial agency, franchise and distribution contracts* (PEL CAFDC), Munich 2006; M. Barendrecht et al., *Service contracts* (PEL SC), Munich 2007; U. Drobniig, *Personal security* (PEL Pers. Sec.), Munich 2007; K. Lilleholt et al., *Lease of goods* (PEL LG), Munich 2008; E. Hondius, *Sales* (PEL S), Munich 2008; C. V. Bar, *Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another* (PEL Liab. Dam), Munich 2009; B. Lurger and W. FABER, *Acquisition and Loss of Ownership of Goods* (PEL Acq. Own.), Munich 2011; C. von Bar and S. Swann, *Unjustified enrichment* (PEL Unj. Enr.), Munich 2010. Više na: [www.sgecc.net](http://www.sgecc.net). *Acquis* grupa (*Acquis*



evropsko privatno pravo.<sup>13</sup> Međutim, nakon što su objavljena Načela evropskog ugovornog prava (*Principles of European Contract Law*)<sup>14</sup> i nakon saznanja da Evropska zajednica ne raspolaže potrebnim legislativnim ovlaštenjima da harmonizaciju izvrši u bilo kojoj obavezujućoj formi, kao i da postoje otpori ne samo u delu pravne teorije, već i u političkim stavovima pojedinih država članica, Komisija je u više saopštenja i akcionih planova<sup>15</sup> pokrenula postupak javne diskusije o metodu i pravnim sredstvima (formi) u kojima će se nastaviti rad na harmonizaciji u ostalim sektorima privatnog prava. U saopštenju Evropskom parlamentu od 2001. godine, Komisija je predložila četiri opcije, a u "Akcionom planu za jedin-

Group) zadužena za sistematizaciju postojećeg prava (pravnih tekovina – *acquis communautaire*), sa ciljem da predloži zajedničku strukturu komunitarnog privatnog prava. Rezultati su sadržani u: *Contract I: Pre-contractual obligations, conclusion of contract, unfair terms. Prepared by Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group)*, München 2007; *Contract II: General Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services. Prepared by Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group)*, Munich 2009. Vid. [www.acquis-group.org](http://www.acquis-group.org). Evropska grupa za deliktno pravo ili "Tilburg grupa" koja je radila na predlogu Principa evropskog deliktneog prava. Rezultati rada: *Principles of European tort law: text and commentary*, Wien 2005. Black letter rules na više jezika se mogu naći na [www.egtl.org](http://www.egtl.org). Komisija za evropsko porodično pravo sa zadatkom da istražuje harmonizaciju porodičnog prava. Rezultate videti na <http://www.ceflonline.net/>. Udruženje Henri Kapitan (Henri Capitant) i Društvo za uporedno pravo je objavilo svoj projekat zajedničkog okvira za upućivanje. B. Fauvarque Cosson and D. Mazeaud, eds., *Projet de cadre commune de référence. Principes contractuels communs*, Paris 2008; B. Fauvarque Cosson and D. Mazeaud, eds., *Projet de cadre commune de référence. Terminologie contractuelle commune*, Paris 2008; B. Fauvarque Cosson and D. Mazeaud, eds., *European Contract Law. Materials for a Common Frame of Reference. Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, Munich 2008; B. Fauvarque Cosson, "Les travaux du groupe Association H. Capitant des Amis de la Culture Juridique Française/Société de législation comparée: terminologie, principes directeurs et révision de Principes du droit européen du contrat", *Era Forum*, vol. 9 Supplement 1 2008, 51–64, D. Mazeaud, "La terminologie commune et les principes directeurs du droit des contrats", *Era Forum*, vol. 9 Supplement 1 2008, 39–49. Vid. E. Hondius, *Fifteen Years of European Private Law, At the occasion of the 15th birthday of the Trento&Torino Common Core of European Private Law project*, Op. J., Vol. 2/2009, Paper No. 5, pp. 1–20.

<sup>13</sup> Vid. <http://www.copecd.org/>.

<sup>14</sup> Prva knjiga u kojoj su sadržana pravila o ispunjenju i neispunjenju ugovora i sankcijama za povredu ugovora je objavljena 1995. godine. Druga knjiga u kojoj su bila sadržana pravila o nastanku, zastupanju, važenju, tumačenju, sadržini dejstvu ugovora, je objavljena 1999. godine, a treća knjiga o pravilima o množini subjekata u ugovornom odnosu, prenosu potraživanja, preuzimanju duga, ustupanju ugovora, poravnanju, zastarelosti potraživanja, zabranjenim ugovorima, pojmu uslova, kamatama, je objavljena 2003. godine. O Lando and H Beale (eds), *Principles of European Contract Law: Parts I and II, Combined and Revised. Prepared by the European Commission on Contract Law* (2000); O Lando et al (eds), *Principles of European Contract Law: Part III* (2003). [http://frontpage.cbs.dk/law/commission\\_on\\_european\\_contract\\_law](http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law).

<sup>15</sup> Prvi akcioni plan potiče iz 2001. godine. Vid. Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on European contract law of 11. 07. 2001. COM (2001) 398 final, OJ 2001 C 255/1.

stvenije evropsko ugovorno pravo” iz 2003. godine,<sup>16</sup> je pozvala sve zainteresovane da daju svoje komentare i da se izjasne i o tome kako povećati jedinstvo komunitarnih tekovina (*acquis communautaire*) u oblasti ugovornog prava i da li dalji rad na harmonizaciji nastaviti u formi posebnih instrumenata, kao što su opcioni instrumenti. U dotadašnjem radu Komisija je koristila tzv. “regulatorne i neregulatorne mere.” Regulatorne mere su obuhvatale oblike obavezujućeg komunitarnog zakonodavstva, kao što su uredbe, uputstva i odluke. Pod neregulatornim merama Komisija je u ranijoj praksi podrazumevala: samoregulisanje, dobrovoljne sektorske sporazume, metod otvorene koordinacije, finansijske intervencije i neformalne kampanje.<sup>17</sup>

Na osnovu dobijenih odgovora Komisija je predložila da se rezultati harmonizacije ugovornog prava sakupe i objave u formi tzv. “zajedničkih okvira za upućivanje”<sup>18</sup> (ili zajedničkih pravila za tumačenje – *common frame of reference*), kao svojevrsnog zbornika pravila ugovornog prava.<sup>19</sup> Prema pravnoj prirodi, zajednička pravila za tumačenje su zamišljena kao standardni uslovi ugovora čijom primenom se može obezbediti “veće jedinstvo postojećeg i budućeg *acquis* u oblasti evropskog ugovornog prava.”<sup>20</sup>

Rad na donošenju zajedničkih pravila tumačenja je završen 2008. godine, a rezultati su 2009. godine objavljeni u deset knjiga.<sup>21</sup> Prva knjiga je posvećena opštim pravilima, druga – ugovorima i drugim pravnim aktima, treća – obavezama i korelativnim pravima, četvrta – posebnim ugovorima i pravima i obavezama koja nastaju iz njih, peta – poslovodstvu bez naloga, šesta – vanugovornoj odgovornosti zbog štete nanete drugom licu, sedma – neosnovanom obogaćenju, osma – sticanju i gubitku svojine na robi, deveta – realnim sredstvima obezbeđenja na pokretnoj imovini, a deseta – trastu. Knjige prate definicije koje su date u anek-

<sup>16</sup> Communication from the Commission to the European Parliament and the Council — A more coherent European contract law — An action plan, COM (2003) final, OJ C 63/1.

<sup>17</sup> Vid. Communication from the Commission – Action plan “Simplifying and improving the regulatory environment”, 5.6.2002. COM (2002) 278 final, etr. 3.

<sup>18</sup> Tač. 53. Akcionog plana.

<sup>19</sup> A. Dudaš, Od načela Evropskog ugovornog prava do Nacrta okvirnih pravila, *Anali PF u Beogradu*, LX, 1/2012, str. 327.

<sup>20</sup> Communication from the Commission to the European Parliament and the Council – A more coherent European contract law – an Action Plan, COM (2003) 68 (12 February 2003), str. 16.

<sup>21</sup> Vid. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR) Outline Edition*, Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group) Based in part on a revised version of the Principles of European Contract Law Edited by Christian von Bar, Eric Clive and Hans Schulte-Nölke and Hugh Beale, Johnny Herre, Jérôme Huet, Matthias Storme, Stephen Swann, Paul Varul, Anna Veneziano and Fryderyk Zoll, Sellier, European Law Publishers, 2009.

su. Objavljivanjem navedenih knjiga, međutim, nije prestao i rad na harmonizaciji, već je 2011. godine poveren novoosnovanom Evropskom pravnom institutu,<sup>22</sup> u okviru koga će se dalja harmonizacija vršiti po pojedinim sektorima privatnog prava. Predlog zajedničkog okvira tumačenja je do daljeg ostao samo kao akademski projekat i sve do političke odluke o daljoj sudbini, služiće kao izvor inspiracije za teorijske poduhvate i kao model za preispitivanje i tumačenje postojećeg *acquis-a*, ali i za formulisanje novih propisa u državama članicama.<sup>23</sup> Evropski parlament je “zajednički okvir za tumačenje” video kao “opciono i direktno primenljivi instrument koji omogućava ugovornim stranama, između ostalih i, kompanijama i potrošačima, da slobodno izaberu evropsko ugovorno pravo kao merodavno pravo za njihov posao.”<sup>24</sup> Drugačije rečeno, pojedine delove zajedničkog okvira ugovorne strane mogu primeniti za regulisanje međusobnih odnosa kao ugovorena pravila, slično UNIDROIT principima.

*Predlog uredbe o zajedničkim pravilima  
za evropsku prodaju kao opciono instrument*

U okviru preispitivanja i konsolidacije komunitarnih tekovina u oblasti zaštite potrošača, tzv. potrošačkog akcija (*acquis*), u EU su u poslednje dve godine usvojena dva značajna izvora prava: Uputstvo o pravima potrošača<sup>25</sup> i predlog Uredbe o zajedničkim evropskim pravilima o prodaji.<sup>26</sup> Uputstvo o zaštiti prava potrošača ima za cilj da kao konsolidovani tekst objedini postojeća fragmentarna rešenja do 13. juna 2014. godine, dok se usvajanje Uredbe o zajedničkim pravilima za evropsku prodaju očekuje u 2013. godini.

Usvajanju predloga uredbe o zajedničkim evropskim pravilima o prodaji (u daljem tekstu Predlog uredbe) prethodilo je “Zelena knjiga Komisije” o pre-

---

<sup>22</sup> <http://www.europeanlawinstitute.eu/>

<sup>23</sup> Tačka 62. Akcionog plana.

<sup>24</sup> Vid. European Parliament resolution of 25 November 2009 on the Communication from the Commission to the European Parliament and the Council – An area of freedom, security and justice serving the citizen – Stockholm programme P7\_TA(2009)0090, posebno tač. 99, kao i tačke 90 i 91. Akcionog plana.

<sup>25</sup> Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council, OJ L 304/64, od 22.11.2011.

<sup>26</sup> Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law, Brussels, 11.10.2011, COM(2011) 635 final, 2011/0284 (COD)..

ispitivanju tekovina o zaštiti potrošača,<sup>27</sup> od 2007. godine, kao i “Zelena knjiga” o politici opcija za napredak prema evropskom ugovornom pravu za potrošače i trgovce (biznismene), od 2010. godine.<sup>28</sup> U ovoj poslednjoj su objavljena mišljenja ekspertske grupe u vezi sedam ponuđenih opcija u pogledu metoda i sredstava za dalju harmonizaciju ugovornog prava koje se odnosi na potrošače i trgovce.<sup>29</sup> U skladu sa ranijim opredeljenjem<sup>30</sup> da se rad na harmonizaciji ugovornog prava nastavi u formi zajedničkih pravila o tumačenju, kao svojevrsnih opcionih instrumenata,<sup>31</sup> kao i na osnovu dobijenih sugestija od zainteresovanih učesnika, Komisija je predložila da se i zajednička pravila o evropskoj prodaji donesu u formi opcionog instrumenta. Od opcionog instrumenta se očekuje da obezbedi bolju i ujednačeniju zaštitu potrošača, tako što će omogućiti primenu jedinstvenih pravila za ugovore o prodaji između trgovaca i između trgovaca i potrošača u intrakomunitarnoj trgovini. Ovakvoj nameri se ne bi moglo ništa prigovoriti da se pravila o prekograničnoj prodaji donose u pravnom vakuumu,<sup>32</sup> a ne u situaciji kada postoje brojna harmonizovana, pa čak i unifikovana pravila i na regionalnom i na međunarodnom nivou, kao i detaljni nacionalni propisi o prodaji. U takvom pravnom “haosu,”<sup>33</sup> kao osnovno, postavlja se pitanje odnosa predloga Uredbe o zajedničkim pravilima za evropsku prodaju prema postojećim izvorima prava, odnosno postojećem potrošačkom *acquisu*.

### *Potrošački acquis i Predlog uredbe*

Pod potrošačkim tekovinama ili *acquis* se u širem smislu podrazumevaju svi propisi kojima su regulisana prava i obaveze potrošača u različitim vrstama

<sup>27</sup> Green Paper on the Review of the Consumer *Acquis*, COM(2006) 744 final of 8 February 2007.

<sup>28</sup> Green Paper from the Commission on policy options for progress towards a European Contract Law for consumers and businesses, COM/2010/348 final.

<sup>29</sup> Vid. tač. 4. Zelene knjige.

<sup>30</sup> Commission Communication on “European Contract Law and the revision of the *acquis*: the way forward” - COM(2004) 651, 11.10.2004.

<sup>31</sup> Ideja o opcionim instrumentima je prvi put pomenuta u Saopštenju Komisije iz 2001. godine (COM (2000) 398 final, tač. 62-69, a jasnije su definisana u Akcionom planu iz 2003. godine COM(2003) final tač. 89-97. Komisija se za opcionu instrument izjasnila i u “Zelenoj knjizi” od 2010. godine, dajući prednost četvrtoj opciji.

<sup>32</sup> Vid. P. Huber, *European Private International Law, Uniform Law and the Optional Instrument*, Paper presented by the author at a conference organized by the Academy of European Law (ERA), Trier, Germany, in April 2003. ERA-Forum, Vol. 4, Nr. 2, 2003, str. 85-98.

<sup>33</sup> Cristina Amato, *The Europeanisation of Contract Law and the Role of Comparative Law: The Case of the Directive on Consumer Rights*, Op. J., Vol. 1/2012, Paper n. 1, str. 1-17, <http://liderlab.sssup.it/opinio>, online publication August 2012. str. 3..

ugovora o prodaji. Iako se izraz *acquis* tradicionalno vezuje za EZ/EU, da bi označio pravne tekovine EZ/EU, u ovom radu je njegovo značenje prošireno na sve pravne propise bez obzira ko ih je doneo, u kojima su regulisana prava i obaveze potrošača. Polazeći od ovog kriterijumu, može se konstatovati da u svim nacionalnima pravima postoje propisi o zaštiti potrošača, tj. potrošački *acquis*, bilo u propisima o klasičnim ugovorima o prodaji, bilo u propisima o potrošačkim ugovorima. Osim nacionalnog, postoji i međunarodni i regionalni *acquis*.

Na međunarodnom nivou brojne organizacije se neposredno ili posredno bave standardizacijom pravila o međunarodnoj ili prekograničnoj prodaji, od kojih su najpoznatije: Komisija UN za međunarodno trgovinsko pravo (UNCITRAL), Institut za unifikaciju međunarodnog privatnog prava iz Rima (UNIDROIT) i Međunarodna trgovinska komora iz Pariza (MTK).<sup>34</sup> Rezultati rada ovih organizacija su brojni, među kojima su od posebnog značaja: Konvencija UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe (u daljem tekstu Bečka konvencija), UNIDROIT principi za međunarodne trgovinske ugovore (UNIDROIT principi) i modeli ili standardni ugovori MTK o različitim vrstama prodaje. Na regionalnom nivou standardizacija prava prekogranične prodaje se odvija u okviru Evropske unije i Organizacije za harmonizaciju poslovnog prava u Africi (OHADA).<sup>35</sup> U Evropskoj uniji su rezultati rada ovih organizacija sadržani u Evropskim principima ugovornog prava (EPCL),<sup>36</sup> Predlogu zajedničkog okvira za tumačenje (DCFR),<sup>37</sup> brojnim sektorskim izvorima/uputstvima<sup>38</sup> i u objedinjenom Uputstvu o zaštiti prava potrošača.<sup>39</sup> U okviru Zajednice afričkih država

---

<sup>34</sup> Više vid. u R. Vukadinović, *Međunarodno poslovno pravo*, Kragujevac, 2012, str. 363–370.

<sup>35</sup> Vid. P. Meyer, *The Harmonisation of Contract Law within OHADA*, General Report on Colloquium 15-17. 11. 2007, objavljen u: *Unif. L. Rev.* 2008, 393-404.

<sup>36</sup> H. Beale and O. Lando (eds.), *Principles of European Contract Law*, Parts I and II, Prepared by The Commission on European Contract Law, Kluwer, 2000.

<sup>37</sup> Ch. von Bar i dr (eds), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law; Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Outline Edition, (Munich: Sellier, 2009).

<sup>38</sup> Doorstep Selling (85/577, repealed with the Consumer Rights directive), Package Travel (90/314), Unfair Contract Terms (93/13), Distance Selling (97/7, repealed with the Consumer Rights directive), Sale of Consumer Goods (99/44), Distance Selling of Financial Services (2002/65), Life Assurance (2002/83), Unfair Commercial Practices (2005/29), Consumer Credit (2008/48), Timeshare (2008/112); Consumer Rights (2011/83). Neka od navedenih upustava imaju tzv. vertikalnu primenu i regulišu samo određenu vrstu ugovora, dok se druga sadrže pravila koja su zajednička za više ili sve potrošačke ugovore (horizontalna primena ili pristup).

<sup>39</sup> Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council, OJ L 304/64.

usvojen je tekst Jednoobraznog zakona o opštem trgovačkom pravu.<sup>40</sup> Osim standardizacije materijalnih odredbi, u okviru EU su usvojene i dve uredbe o unifikaciji kolizionih pravila o pravu koje se primenjuje na ugovorne obaveze (Rim I)<sup>41</sup> i o vanugovornoj odgovornosti (Rim II),<sup>42</sup> što sve čini tzv. međunarodni *acquis* o prodaji.

Nacionalni *acquis* o zaštiti potrošača čine unutrašnji propisi država članica EU kojima su regulisana prava i obaveze potrošača bilo u klasičnim ugovorima o prodaji, bilo u potrošačkim ugovorima. Osim u građanskim i trgovačkim zakonima, koje karakteriše dispozitivnost, ovi propisi su sadržani i u administrativnim propisima imperativnog karaktera.

Imajući u vidu navedene propise, a posebno činjenicu da je Bečku konvenciju o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe prihvatilo 77 država, i da se smatra jednim od najuspešnijih poduhvata unifikacije, mogu se postaviti bar dva pitanja: da li je u takvoj situaciji bilo opravdano ili racionalno doneti još jedan instrument za zaštitu potrošača, o čemu je bilo reči u prethodnim radovima,<sup>43</sup> i kakav je odnos Predloga uredbe prema ostalim izvorima.

### *Pravna priroda Predloga uredbe kao opcionog instrumenta harmonizacije*

Zajednička evropska pravila o prodaji su, na osnovu člana 114. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije (UFEU), doneta u formi uredbe.<sup>44</sup> Međutim, nije reč o uredbi iz člana 288 (st. 2 i 3) UFEU, (eng. *Regulation*, nem. *Verordnung*), koja obavezuje sve subjekte bez obzira na njihovu volju slično zakonu, već o uredbi kao opcionom instrumentu harmonizacije.<sup>45</sup> Naime, klasične uredbe iz čla-

---

<sup>40</sup> Uniform Act Relating to General Commercial Law, dostupno na <http://www.jurisint.org/ohada/pres/pres.02.en.html>.

<sup>41</sup> Regulation 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations, OJ L 177. 4. 7. 2008, str. 6.

<sup>42</sup> Regulation EC No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations, OJ L 199, 31. 7. 2007, str. 40.

<sup>43</sup> Vid. R. Vukadinović, O opravdanosti zajedničkih evropskih pravila o prodaji, *Pravo i pravda*, 4-6/2012, str. 596-617.

<sup>44</sup> U jednom delu pravne teorije se navedeni član osporava kao valjani pravni osnov jer se zajedničkim pravilima ne menjaju (niti usklađuju) nacionalni propisi, već im se zajednička pravila pridodaju kao tzv. sekundarno pravo.

<sup>45</sup> O karakteristikama ovog metoda harmonizacije vid. S. Whittaker, *The Optional Instrument of European Contract Law and Freedom of Contract*, *European review of Contract Law* (ERCL) 7(2011) str. 371-388 i odgovor J. Basedow, *The Optional Instrument of European Contract Law: Opting-in through Standard Terms – A Reply to Simon Whittaker*, *ERCL* 8(2012) str. 82-87.



na 288. UFEU, karakteriše direktna primena i direktno dejstvo, što u praktičnom smislu znači da se u državama članicama primenjuju bez implementacije, kao nadnacionalni instrumenti. Predlogom uredbe o zajedničkim pravilima za evropsku prodaju predviđeno je da njena sadržina u nepromenjenom obliku bude uneta u unutrašnja prava država članica, kao što to čine “klasične” uredbe iz člana 288(3) UFEU, u skladu sa principom direktne primene. Međutim, nakon što stupanjem na snagu uredbe, zajednička pravila za evropsku prodaju postanu sastavni deo pravnog poretka država članica, funkcija uredbe kao sekundarnog izvora se potiskuje u drugi plan. Ovo zbog toga što ugovorne strane (trgovci i potrošači), ugovaraju primenu zajedničkih pravila o prodaji, a ne uredbu, jer bi njeno ugovaranje bilo suprotno nadnacionalnoj pravnoj prirodi. Uredba je kao pravno sredstvo poslužila da zajednička pravila u neizmenjenom i integralnom stanju budu “preneta” od Brisla do država članica i da postavi okvire pod kojima ugovorne strane mogu odabrati zajednička pravila za prekogranične ugovore o evropskoj prodaji. Međutim, ključna razlika između klasične uredbe i uredbe kao opcionog instrumenta harmonizacije se ogleda u direktnom dejstvu. Klasičnim uredbama iz člana 288(3) UFEU, samim Ugovorom o osnivanju je priznato direktno dejstvo, kao pravo pojedinca da se neposredno na pozovu na njene odredbe i da od sudova traže da im pruže zaštitu, bez bilo kakvog posebnog ugovaranja njene primene.<sup>46</sup> Međutim, uredbama kao opcionim instrumentima nije priznata automatska i *ipso iure* primena, već samo ako njihovu primenu ugovore zainteresovane strane, tj. ako za nju optiraju. U ovom slučaju ugovorne strane ugovaraju primenu zajedničkih pravila o prodaji, koja čine njenu osnovnu sadržinu. Način i granice izbora, odnosno optiranja su određene uredbom. U tom smislu primena uredbe zavisi od volje ugovornih strana kojima je ostavljena sloboda da *optiraju*, tj. da izaberu zajednička pravila (i uredbu) kao merodavno pravo (*opt in*), ili da odbiju njihovu primenu (*opt out*).<sup>47</sup> Tek ako strane ugovore primenu zajedničkih pravila, na način koji je određen u samoj uredbi (a ne prema pravilima međunarodnog privatnog prava), stvaraju se pravne pretpostavke za direktno dejstvo uredbe u značenju koje je poznato u komunitarnom pravu. Otuda je potrebno razliko-

---

Za ekonomsku analizu vid. F. Gomez and J. Ganuza, *An Economic Analysis of Harmonization Regimes: Full Harmonization, Minimum Harmonization or Optional Instrument*, ERCL 2011, str. 275-294, dostupno i na <http://www.law.uchicago.edu/events/europeancontractlaw>.

<sup>46</sup> Više R. Vukadinović, *Uvod u institucije i pravo Evropske unije*, Kragujevca, 2012; D. Chalmers, G. Davies & G. Monti, *European Union Law* (Cambridge: CUP, 2010), str. 98.

<sup>47</sup> O načinu optiranja vid. M. Hesselink, *How to Opt into the Common European Sales Law? Brief Comments on the Commissions Proposal for a Regulation Proposal for a Regulation* (October 26, 2011). *European Review of Private Law*, Vol. 1, pp. 195-212, 2012; dostupan i na SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1950107> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1950107..>



vati prirodu i dejstvo uredbe od zajedničkih pravila. Zajednička evropska pravila o prodaji, po svojoj sadržini predstavljaju standardne uslove poslovanja, a po pravnoj prirodi, ugovorna pravila. Ono što zajednička pravila o prodaji razlikuje od klasičnih ugovornih pravila i standardnih uslova poslovanja jeste status koji imaju u nacionalnim pravima država članica, a koji je označen kao “sekundarni režim” ili sekundarno pravo. Status sekundarnog režima se razlikuje od režima unutrašnjeg prava, pa stupanjem na snagu uredbe, zajednička pravila neće postati 28-osmi režim, već poseban “sekundarni režim”<sup>48</sup> ili “latentno pravo.” Posebnost se ogleda u tome što nakon optiranja zajednička pravila postaju prvi ili stvarni sistem pravila, nezavisan od nacionalnih prava, sa autonomnim pravilima tumačenja i popunjavanja pravnih praznina. Takav karakter im daje uredba čiju primenu države članice ne mogu isključiti niti ograničiti eventualnim rezervama, kao što je to moguće prilikom ratifikacije konvencija, niti ugovorne strane mogu isključiti ili ograničiti primenu zajedničkih pravila. Sa druge strane, Uredbom uneta zajednička pravila o prodaji ne zamenjuju, niti ukidaju postojeće nacionalne propise, već im se pridodaju i “koegzistiraju” zajedno i paralelno sa njima.

Zajednička pravila o prodaji se razlikuju od nacionalnih i međunarodnih propisa i po načinu “aktiviranja.” Pravila se aktiviraju isključivo voljom ugovornih strana i po tome podsećaju na dispozitivna pravila ugovorne prirode. Uredba u kojoj su doneta služi kao “trojanski konj” koga isključivo svojom voljom (izborem) mogu otvoriti samo ugovorne strane. Nakon aktiviranja, sekundarni režim se transformiše u normalni režim, a zajednička pravila o prodaji se transformišu od potencijalnog ili virtuelnog prava u pozitivno pravo. Po nekim karakteristikama zajedničkim pravilima je priznata veća pravna snaga nego ostalim domaćim propisima, na primer kada isključuju primenu domaćih imperativnih propisa o zaštiti potrošača i domaća koliziona pravila.

U odnosu na komunitarna uputstva (direktive) kojima se, po pravilu, postiže samo minimalna harmonizacija, opcionim instrumentima se postiže maksimalna ili potpuna harmonizacija, jer sadrže potpuni i samostalni sistem materijalno pravnih imperativnih i potpuno harmonizovanih pravila.<sup>49</sup> Na kraju, od korišćenja opcionih instrumenata se očekuje da svojim rešenjima podstaknu vertikalnu (sa pravom EU) i horizontalnu konkurenciju (sa propisima država članica),<sup>50</sup> a time i formalnu harmonizaciju nacionalnih propisa, ili da postojeću

<sup>48</sup> Vid. G. Rühl, *The Common European Sales Law: 28th Regime, 2nd Regime or 1st Regime?* Maastricht University, Faculty of Law, dostupno na <http://ssrn.com/abstract=2025879>.

<sup>49</sup> Vid. tač. 11. preambule Predloga uredbe.

<sup>50</sup> Vid. J. Smits, *Party Choice and the Common European Sales Law, ro: how to prevent the CESL coming a Lemon on the Law Market, M-EPLI, Maastricht European Private Law Institute, WP No 2012/13*, <http://ssrn.com/abstract=2060017>, posebno str. 4-7.

uredbu od opcionog instrumenta transformišu u neki pravno obavezujući izvor prava EU.

### *Sadržina Uredbe*

Predlog Uredbe se sastoji iz tri dela: teksta Uredbe, teksta zajedničkih pravila o prekograničnoj prodaji koji je dat u prilogu/aneksu I (u daljem tekstu zajednička pravila) i obrasca standardne izjave o obaveštavanju, koja je data u prilogu II.

*Uredbom* su regulisana sledeća pitanja: predmet regulisanja, oblast ili domašaj primene u objektivnom, subjektivnom i u teritorijalnom pogledu, definicije korišćenih pojmova, objašnjena je opcione priroda pravila, isključenje mešovitih ugovora i ugovora sa obrocima od primene, sporazum o primeni zajedničkih pravila, informacioni zahtevi, sankcije, posledice valjanog izbora zajedničkih pravila, mogućnosti da države članice usvoje domaće propise o primeni zajedničkih pravila i na domaće ugovore o prodaji, obaveze država članica da dostave obaveštenja o konačnim odlukama svojih sudova u materiji primene zajedničkih pravila.

*U zajedničkim evropskim pravilima* o prodaji su regulisana sledeća pitanja: opšti principi i primena (autonomija volje, savesnosti i poštenja - dobre vere, fer poslovanja i obaveza saradnje); činjenje ugovora obavezujućim (predugovorne informacije koje mora dati trgovac, ugovori zaključeni elektronskim putem, zaključivanje ugovora, pravo na opoziv, mane u saglasnosti); tumačenje ugovora (sadržina i dejstvo, nepravične ugovorne klauzule); obaveze i pravna sredstva koja stoje na raspolaganje stranama (obaveze prodavca, šteta i kamata, restitucija i zastarelost, pravna sredstva kupca, pravna sredstva prodavca, obaveze kupca, prelaz rizika); obaveze i pravna sredstva strana u ugovoru o povezanim uslugama; restitucija i zastarelost.

### *Način izbora zajedničkih pravila*

Domašaj primene Uredbe je određen prema predmetu, subjektima i teritoriji.

Prema predmetu (*ratione materiae*), pravila Uredbe se primenjuju na ugovore o prodaji robe, ugovore o isporuci digitalnog sadržaja i na povezane usluge. Pod robom se podrazumevaju telesne pokretne stvari, izuzev električne energije, prirodnog gasa, vode i druge vrste gasa, osim ako nisu u prometu u ograničenom obimu ili količinama. Digitalna sadržina obuhvata podatke koji su proizvedeni i isporučeni u digitalnoj formi, uključujući video, audio, slikovne ili pisane sadržaje, digitalne igre, softvere i digitalne sadržaje koji omogućavaju da ovi sadržaji budu personalizovani u hardverima. Povezane ili odnosne usluge obuhva-

taju usluge koje se odnose na robu ili digitalne sadržaje, kao što su usluge instalacije, održavanja, popravke koje prodavac isporučuje kupcu digitalnog sadržaja po osnovu ugovora o prodaji.<sup>51</sup> Pravila Uredbe se, međutim, ne mogu primeniti na ugovore sa mešovitom sadržinom, odnosno na ugovore o prodaji robe koja može biti korišćena za mešovite svrhe.

*U personalnom smislu*, Uredba se primenjuje na ugovore o prodaji zaključene između trgovaca (B2B) i između trgovaca i potrošača (potrošački ugovori, B2C). Pod trgovcima se podrazumevaju fizička i pravna lica koja obavljaju profesionalnu aktivnost, a pod potrošačem, fizičko lice koje posluje izvan delatnosti kojima se bave trgovci. Kod ugovora između trgovaca (B2B), jedna od njih mora biti u kategoriji malih i srednjih preduzeća. Uslov za primenu zajedničkih pravila je postojanje saglasnosti ugovornih strana. Kod ugovora između trgovaca, osim izričitog, dozvoljen je i prećutan izbor ili prećutno ugovaranje primene zajedničkih pravila i ugovaranje delimične primene. Kod potrošačkih ugovora dozvoljen je samo izričit izbor u formi posebnog sporazuma, različitog od ugovora o prodaji, koji mora biti punovažan prema relevantnim odredbama uredbe i zajedničkih pravila. Pre zaključivanja takvog sporazuma trgovac mora upozoriti potrošača na nameravanu primenu zajedničkih pravila, o tome ga obavestiti i dostaviti mu o svom trošku tekst pravila, ili mu omogućiti slobodan pristup njima, na primer preko hiperlinka.<sup>52</sup> Sporazumom se može optirati samo za primenu pravila u potpunosti, ali ne i delimično. Kao ugovorna pravila, zajednička pravila o prodaji će se primeniti samo ako ugovorne strane ugovore njihovu primenu na način kako je napred objašnjeno. Sporazum o izboru zajedničkih pravila proizvodi dejstvo u okviru merodavnog nacionalnog prava, koje je određeno u skladu sa evropskim i nacionalnim pravilima međunarodnog privatnog prava.<sup>53</sup> To praktično znači da zajednička pravila, budući da predstavljaju samo "sekundarni režim prava," mogu biti izabrana jedino u okviru merodavnog nacionalnog pravnog sistema.<sup>54</sup> Drugačije rečeno, unutrašnje nacionalno pravo svojim materijalnim odredbama, a ne međunarodno privatno pravo, otvara prostor za primenu (korišćenje) zajedničkih pravila koje može zameniti ne samo nacionalno pravo već i njegove imperativne odredbe. U tom slučaju klasično nacionalno pravo ima ulogu da popuni pravne praznine u slučaju kad neko pitanje nije regulisano u zajedničkim pravilima.<sup>55</sup>

<sup>51</sup> Detaljnije vid. čl. 2 (m) Uredbe.

<sup>52</sup> Čl. 9(2) Uredbe.

<sup>53</sup> Navod 10. Uredbe.

<sup>54</sup> M. Piers and C. Vanleenhove, Another Step towards Harmonization in EU Contract Law: The Common European Sales Law, dostupno na <http://ssrn.com/abstract=2151256>, str. 13.

<sup>55</sup> Navod 27. Uredbe. M. Piers and C. Vanleenhove, *isto*.

*U teritorijalnom smislu, Uredba se primenjuje na poslove (ugovore) o prekograničnoj trgovini koji, u slučaju B2B, postoje ako se sedišta ili mesta poslovanja jednog od trgovaca nalazi na teritorijama država članica EU. Kod potrošačkih ugovora potrebno je da se: adresa koju je naznačio potrošač, adresa isporuke robe ili adresa plaćanja nalaze u državi različitoj od one u kojoj se nalazi trgovac i da je najmanje jedna od ovih država – država članica EU.*

RADOVAN VUKADINOVIĆ, Ph.D.,  
University of Kragujevac, Director of the Center for EU Law

OPTION INSTRUMENT AS A NEW METHOD  
OF HARMONIZATION IN EU LAW IN CASE  
OF COMMON EUROPEAN SALES LAW

Summary

Using of EU regulation as an optional instrument for the harmonization of contract law is a new and sui generis method. However, the only fact that this is a new instrument, which is different from the currently used, such as EU directives and regulations, does not automatically mean its advantage or superiority. About its practical value can be judged only after the application and the level of achieved goals that were set before it: the smooth functioning of the internal market, more protection for consumers and greater user-friendliness of EU law. In theory, it is a complex institution whose understanding, especially the relationship with the rules of private international law, requires specific knowledge can not be expected from all businessman and consumers as the main subjects of cross-border sales. Hence remain as an open, question whether the optional use of common rules actually increase consumer protection, and will serve as an excuse for yet another delayed academic project within a large but still just ideas about the codification of private law and civil law in the European Union.



## ODLIKE PRAVNOG SISTEMA EVROPSKE UNIJE

### U V O D

Pravo Evropske unije (dalje: EU) predstavlja poseban pravni sistem koji se razlikuje od svega što je do sada bilo poznato na međunarodnom planu. Nastalo u matici međunarodnog javnog prava i zasnovano na međunarodnim ugovorima, ono se tokom vremena osamostalilo i preraslo u osoben pravni sistem. Kao što je sada već davne 1963. godine u jednoj od svojih najpoznatijih presuda Sud pravde rekao, to pravo "predstavlja novi pravni poredak međunarodnog prava u čiju su korist države ograničile... svoja suverena prava", dok ugovori o osnivanju Zajednica predstavljaju "nešto više od ugovora koji samo stvara uzajamne obaveze država ugovornica"<sup>1</sup>. Međutim, u kasnijim sudskim odlukama pretače pozivanje na međunarodno pravo, čime će ovaj pravni poredak steći nezavisnu egzistenciju uz priznanje tesne povezanosti sa međunarodnim pravom. Tom prilikom Sud je istakao da, uprkos tome što je zaključen u formi međunarodnog sporazuma, ugovor o osnivanju Zajednice predstavlja ustavnu povelju zajednice zasnovanu na vladavini prava, a pravila koja iz njega proizilaze stvaraju unutrašnje pravo Zajednice<sup>2</sup>.

---

Dr Zoran Radivojević, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu.

<sup>1</sup> Slučaj 26/62, Van Gend en Loos v. Nedherlands Inland Revenue Administration, European Court Reports (dalje: ECR) 1, 1963, p. 12.

<sup>2</sup> Videti slučajeve: 6/64, Flaminio Costa v. ENEL, ECR, 1964, p. 585; 294/83, Partije ecologiste Les Verts v. European Parliament, ECR, 1986, p. 1139 i mišljenje 1/91, EEA Draft Agreement, ECR I, 1991, p. 6102.

Iako potekao iz međunarodnog prava, pravni sistem EU nadilazi neka njegova tradicionalna obeležja. Umesto poznatih pravila o primeni međunarodnog prava, koja su zasnovana na dualističkoj ili monističkoj orijentaciji država i zavisne u krajnjoj liniji od ustavnih rešenja i prakse njegovog uvođenja u domaći pravni sistem, pravo EU odlikuje neposredna primenljivost. Za primenu ovog prava, dakle, nije potrebna ni legislativna intervencija (akt ratifikacije ili prihvatanja) niti posebne mere implementacije (postupak transformacije u unutrašnji pravni akt) u nacionalnim pravnim sistemima država članica. S druge strane, za razliku od normi međunarodnog prava koje su upućene samo državama i međunarodnim organizacijama, subjekti pravnog sistema EU su pored država članica i pojedinci (fizička i pravna lica)<sup>3</sup>. Ovi individualni subjekti se mogu pred domaćim organima neposredno pozivati na odredbe tog prava i tražiti zaštitu svojih subjektivnih prava koja iz njih proizilaze, što je u međunarodnom pravu po pravilu isključeno<sup>4</sup>. Iz toga proizilazi da su neposredna primena i/ili neposredno dejstvo bitne odlike pravnog sistema EU.

Kad je u pitanju odnos sa nacionalnim pravnim sistemima, primat međunarodnog prava u državama koje su prihvatile monistički pristup predstavlja još uvek samo načelan stav koji se koriguje kroz poseban postupak recipiranja međunarodnih pravila ili pak donošenjem domaćih propisa kojima se ona uključuju u unutrašnji pravni poredak. Otuda njegov primat ne podrazumeva apsolutnu prednost niti automatsku obaveznost i primenljivost međunarodnih pravila<sup>5</sup>. Nasuprot tome, pravni sistem EU je nadređen nacionalnim pravima država članica, te u slučaju sukoba ima jaču snagu od domaćeg prava. Praktično to znači da domaći organ države članice, suočen sa suprotnim odredbama koje različito uređuju isto pitanje, ima obavezu da odbije primenu nacionalne norme i da umesto nje primeni odgovarajuću odredbu prava EU<sup>6</sup>.

Sistem pravosudne kontrole poštovanja prava EU od strane država članica predstavlja još jedno bitno obeležje koje taj pravni sistem deli od međunarodnog prava. U njegovom središtu nalazi se Sud pravde EU koji, za razliku od međunarodnih sudova i arbitraža, u sporovima iz domena poštovanja prava EU raspolaže obaveznom nadležnošću. Pravosudna kontrola ponašanja država u primeni prava EU vrši se na dva načina: po direktnim tužbama zbog navodnog neispunjenja obaveza od strane država članica i traženjem, odnosno pribavljanjem odluke

<sup>3</sup> Slučaj 26/62, Van Gend en Loos, ECR I, 1963, p. 12.

<sup>4</sup> O. Račić, Pravni sistem Evropske unije, Pravo Evropske unije, Zbornik radova, Beograd, 1996, str. 113.

<sup>5</sup> B. Janković, Z. Radivojević, Međunarodno javno pravo, Niš, 2011, str. 23.

<sup>6</sup> Slučaj 106/77, Simmenthal, ECR, 1978, pp. 643–644.



o prethodnim pitanjima. U prvom slučaju ceo postupak kontrole vodi se pred Sudom pravde i završava njegovom presudom o tome da li je država prekršila pravo EU. Drugi oblik kontrole zasniva se na dijalogu i komunikaciji Suda pravde sa nacionalnim sudovima u obezbeđenju poštovanja prava EU<sup>7</sup>. Sudovi država članica rešavaju konkretne sporove primenom prava EU, dok Sud pravde ima zadatak da na njihovo traženje svojim odlukama o prethodnim pitanjima tumači ovo pravo.

#### NEPOSREDNA PRIMENA I/ILI NEPOSREDNO DEJSTVO

Neposredna primena i neposredno dejstvo kao obeležja pravnog sistema EU različito se shvataju i tumače u doktrini i sudskoj praksi. Jedan broj pravnih pisaca poistovećuje ove pojmove ili ih koristi kao sinonime<sup>8</sup>. Drugi su, pak, mišljenja da izrazi “neposredna primena” i “neposredno dejstvo” imaju različito značenje. Prema tom pristupu, neposredna primena označava način unošenja normi prava EU u nacionalne pravne poretke država članica, dok se neposredno dejstvo vezuje za njegove odredbe koje stvaraju prava i obaveze za pojedince ostvarive (utužive) pred nacionalnim sudovima<sup>9</sup>.

Nedoslednost u korišćenju ovih izraza opstaje delom zahvaljujući samim osnivačkim ugovorima. Ovi akti ne poznaju pojam neposrednog dejstva, već se u njima govori samo o neposrednoj primeni koja je izričito vezana za regulative kao poseban tip pravnih akata institucija EU<sup>10</sup>. Sa svoje strane ni Sud pravde nije bio dosledan pri upotrebi pojmova “neposredna primena” i “neposredno dejstvo”, koristeći ih u obrazloženju nekih odluka kao sinonime<sup>11</sup>.

Iako se radi o sličnim i međusobno povezanim pojmovima, razlikovanje između neposredne primene i neposrednog dejstva u pravu EU ima svoje teorijsko i praktično opravdanje. Oba pojma vezana su za odnos prava EU sa nacionalnim pravima država članica, te se neretko poklapaju. Međutim, nije isključena mogućnost da odredba prava EU koja je neposredno primenjiva u pravu država članica

---

<sup>7</sup> A. Rosas, *The European Court of Justice in Context: Forms and Partners of Judicial Dialogue*, EJLS, 2007, , no 12, p. 22.

<sup>8</sup> J. Rideau, *Droit institutionnel de l' Union et des Communautés européennes*, Paris, 2002, p. 827; za kritiku: D. Simon, *Les système juridique communautaire*, Paris, 2001, p. 387.

<sup>9</sup> J.A. Winter, *Direct Applicability and Direct Effect: Two distinct and different Concepts in Community Law*, *Common Market Law Review*, 1972, no 9, p. 425; J. Steiner, L. Woods, *Textbook on European Community Law*, Oxford, 2003, p. 89.

<sup>10</sup> Čl. 288 Ugovora o funkcionisanju EU.

<sup>11</sup> Videti slučajeve: 2/74, *Reyners*, ECR, 1974, p. 631; 17/81, *Pabst*, ECR, 1982, p. 1331; 104/81, *Kupferberg*, ECR, 1982, p. 3641.

nema neposredno dejstvo, budući da ne stvara prava i obaveze za pojedince koja su ostvarljiva prinudnim putem pred domaćim sudovima<sup>12</sup>. Praksa pokazuje da sve neposredno primenjive odredbe prava EU nisu podobne za direktna pravna dejstva. Neke su formulisane kao nepotpune pravne norme, dok je sadržina drugih takva da zahteva dodatne mere implementacije<sup>13</sup>. U tom smislu neposrednu primenu i neposredno dejstvo treba posmatrati kao dva srodna, ali ipak različita obeležja pravnog sistema EU.

Neposredna primenjivost prava EU tiče se prvenstveno država članica i njihovih nacionalnih pravnih sistema. Ona je vezana za implementaciju, tj. način sprovođenja ovog prava u unutrašnje pravo članica. Suštinu neposredne primene možda je najbolje izrazio Sud pravde u slučaju Simenthal: "Neposredna primenjivost ... znači da pravila komunitarnog prava moraju biti u potpunosti i jedoobrazno primenjena u svim državama članicama od dana njihovog stupanja na snagu i sve dok su na snazi. Ta pravila su zbog toga neposredan izvor prava i obaveza za sve na koje se odnose, bilo da su države članice ili pojedinci, koji su strane u pravnom odnosu po komunitarnom pravu"<sup>14</sup>.

Iz ovoga proizilazi da za primenu prava EU nije potrebno donošenje nikakvih mera prihvatanja ili uvođenja u nacionalni pravni poredak. Njegove odredbe postaju deo nacionalnog prava danom stupanja na snagu i važe toliko dugo dok su na snazi. Za to vreme države članice ne smeju da na bilo koji način sprečavaju njihovu primenu u celosti niti da prenošenjem u nacionalno pravo menjaju njihov domašaj. Kao što je istakao Sud pravde "Zakonska odredba nacionalnog prava koja ponavlja sadržinu neposredno primenjivog pravila komunitarnog prava ne može ni na koji način uticati na neposredno dejstvo niti nadležnost Suda propisanu Ugovorom"<sup>15</sup>. S druge strane, suština neposredne primenjivosti podrazumeva jedinstvenu i jednobraznu primenu pravila prava EU u svim državama članicama. Bez priznavanja neposredne primenjivosti, države članice bi mogle da isto pravilo različito primenjuju u suštinski sličnim ili istovetnim situacijama, što bi ugrozilo jedinstvo prava EU.

Iako je po slovu osnivačkih ugovora neposredna primena rezervisana samo za regulative, Sud pravde je to svojsto priznao i drugim izvorima prava EU, uključujući direktive, odluke i odredbe međunarodnih ugovora koje je EU zaključila.

<sup>12</sup> Videti mišljenje opšteg pravobranioca Wenera u slučajevima 31/74, Galli, ECR, 1975, p. 47 i 78/76, Steinike und Weinling, ECR, 1977, p. 595.

<sup>13</sup> Više o tome: R. Vukadinović, Uvod u institucije i pravo Evropske unije, Kragujevac, 2012, str. 143.

<sup>14</sup> Slučaj 106/77, ECR, 1978, p. 643.

<sup>15</sup> Slučaj 34/73, Variola, ECR, 1973, p. 981, tačka 3.

Priznanje neposredne primenjivosti ostalim pravilima prava EU Sud je objasnio na sledeći način: "Na osnovu obaveza koje proizilaze iz Ugovora o osnivanju...države članice ne smeju da ometaju neposrednu primenu koja je svojstvena regulativama i drugim pravilima komunitarnog prava"<sup>16</sup>.

Za razliku od neposredne primene, pojam neposrednog destva prvenstveno je vezan za pojedince i njihov položaj na osnovu odredaba prava EU pred nacionalnim pravosudnim organima. Ovde se zapravo radi o mogućnosti da pravo EU neposredno stvara prava i obaveze za individualne subjekte na čitavom području Unije, a na koje se oni mogu direktno pozivati pred nadležnim nacionalnim sudovima. Međutim, i kod ovog obeležja pravnog sistema EU ne postoji potpuna saglasnost u pogledu njegovog tačnog značenja i domašaja.

Kako u osnivačkim ugovorima o neporednom dejstvu nema ni pomena, definisanje ovog pojma, kao uostalom i njegov nastanak, delo je Suda pravde. Analiza prakse ovog organa ukazuje najmanje na dva osnovna shvatanja neposrednog dejstva prava EU. Prema prvom, užem gledištu, neposredno dejstvo znači obavezu nacionalnog suda da primeni normu ovog prava na koju se pred njim pozove individualni subjekt u zaštiti svog prava. Šire shvatanje, međutim, značenje neposrednog dejstva ne ograničava na zaštitu subjektivnih prava pojedinaca. Prema tom gledištu, odredba prava EU daje aktivnu legitimaciju individualnim subjektima u postupcima pred nacionalnim pravosudnim organima u zaštiti nekog javnog interesa, a može predstavljati pravni osnov za preduzimanje određenih mera od strane javnih vlasti, kojima one inače ne mogle pribеći<sup>17</sup>.

Neposredno dejstvo Sud pravde prvi put je priznao jednoj odredbi osnivačkog ugovora u sada već čuvenom slučaju Van Gend en Loos. U pitanju je bila norma koja utvrđuje zabranu, tj negativnu obavezu države članice, a koju je Sud protumačio tako da proizvodi neposredna dejstva i stvara prava individualnih subjekata koja nacionalna država mora štiti<sup>18</sup>. U kasnijoj sudskoj praksi koncept neposrednog delovanja ugovornih odredaba evoluirao u nekoliko pravaca.

Prvi je širenje domena njegove primene. Naime, u narednim decenijama povećavao se broj odredaba osnivačkih ugovora za koje će Sud utvrditi da proizvode neposredno dejstvo, čime se proširuje lista prava individualnih subjekata kojima nacionalni sudovi moraju pružiti zaštitu. Pored normi koje sadrže zabra-

---

<sup>16</sup> Ibid, tačka 10.

<sup>17</sup> V. Knežević-Predić, Z.Radivojević, Kako nastaje i deluje pravo Evropske unije, Beograd, 2009, str. 139. Neposredno delujuća norma, dakle, predstavlja osnov procesnog prava pojedinca na tužbu i onda kada je tužba usmerena na zaštitu javnog interesa. Isto tako, ona je valjani pravni osnov za delovanje organa javne vlasti koji, inače, ne bi postojao (videti slučaj 72/95, Kraaijeveld, ECR I, 1996, p. 5403).

<sup>18</sup> Slučaj 26/62, ECR I, 1963, p. 13.

ne, direktno dejstvo priznato je odredbama ugovora koje nameću državama pozitivne obaveze<sup>19</sup>. S druge strane, ugovorne odredbe čije je neposredno dejstvo potvrđeno u početku su se ticale ekonomskih aspekata zajedničkog tržišta u najužem smislu, da bi se zatim proširile na druge oblasti delovanja u kojima su države bile mnogo više osetljive na mešanje Unije<sup>20</sup>.

Nadalje, kroz sudsku praksu počele su se razlikovati dve vrste pravnih odnosa koji nastaju povodom neposrednog dejstva odredaba osnivačkih ugovora. Sud pravde je prvobitno priznavao da se individualni subjekti mogu pozivati na subjektivna prava ustanovljena ovim odredbama samo u odnosu na državu članicu. U pitanju je tzv. vertikalno neposredno dejstvo kod koga se nasuprot pojedincu pojavljuju organi državne vlasti. Počevši od slučaja Defrenne Sud pravde prihvaćić i tzv. horizontalno neposredno dejstvo ugovornih odredaba, što će reći mogućnost da se pojedinac pred nacionalnim sudom pozove na ugovorom predviđenu obavezu drugog individualnog subjekta u zaštiti svojih subjektivnih prava<sup>21</sup>.

I konačno, neposredno dejstvo biće priznato normama koje su sadržane u drugim međunarodnim ugovorima koji ulaze u korpus prava EU. Ovde se radi o međunarodnim sporazumima koje je Unija na osnovu svog ugovornog kapaciteta zaključila sa trećim državama ili međunarodnim organizacijama. U nizu sporova koji su se ticali sporazuma o pridruživanju ili saradnji sa trećim državama Sud je presudio da su njihove odredbe neposredno dejstvjuće, te da se na njih mogu pozivati pojedinci pred nacionalnim sudovima radi zaštite svojih subjektivnih prava<sup>22</sup>.

Uparedo sa širenjem odredaba ugovora koje proizvode neposredno dejstvo, kasnija sudska praksa potvrdila je da i druge norme prava EU mogu imati neposredno dejstvo. Tako je u red pravila koja proizvode neposredno dejstvo Sud pravde uvrstio norme sadržane u tzv. sekundarnoj legislativi, odnosno odredbe regulativa, odluka i direktiva koje donose institucije Unije.

<sup>19</sup> Videti slučajeve: 57/65, Lütticke, ECR, 1966, p. 205; 27/67, Fink Frucht, ECR, 1968, p. 232; 13/68, Salgoil, ECR, 1968, pp. 460–461; 2 I 3/69, Diamantarbeiders, ECR, 1969, p. 211; 18/71, Eunomia, ECR, 1971, p. 816; 78/70, Grammophon, ECR, 1971, p. 487; 77/72, Capolongo, ECR, 1973, p. 623; 41/74, Van Duyn, ECR, 1974, p. 1346; 2/74, Reyners, ECR, 1974, p. 652; 33/74, Van Binsbergen, ECR, 1974, p. 1312; 127/73, BRT-Sabam, ECR, 1974, p. 62; 155/73, Sacchi, ECR, 1974, p. 430; 59/75, Manghera, ECR, 1976, p. 460.

<sup>20</sup> Slučaj 43/75, Defrenne, ECR, 1976, p. 474.

<sup>21</sup> Ibid., pp. 475–476.

<sup>22</sup> Videti slučajeve: 12/86, Demirel, ECR, 1987, p. 3719; 162/96, Racke, ECR I, 1998, p. 3655; 18/90, Onem v. Kziber, ECR I, 1991, p. 199; 58/93, Yousfi v. Belgium, ECR I, 1994, p. 1353; 126/95, Hallouzi-Choho v. Bestuur van Sociale, ECR I, 1996, p. 4807; 416/96, El-Yassini v. Home Secretary, ECR I, 1996, p. 1209; 179/98, Belgium v. Mesbah, ECR I, 1999, p. 7955.

Kad je reč o regulativama, Sud pravde, oslanjajući se na njihovu neposrednu primenljivost, koja je izričito propisana osnivačkim ugovorima, nije imao većih problema sa priznanjem neposrednog dejstva, bez obzira na to što je uglavnom izbegavao da povuče i pojasni razliku između ovih pojmova. Ograničavao se na konstataciju da je pravna priroda i mesto regulative u pravnom sistemu EU takva da njene odredbe u načelu proizvode neposredno dejstvo, odnosno per se stvaraju prava individualnih subjekata koje su nacionalni sudovi u obavezi da zaštite<sup>23</sup>. Pored toga, a zbog opšte primenljivosti regulative, prihvaćen je stav da se pojedinci na njene odredbe mogu pozivati pošto ona stupa na snagu, kako protiv države, tako i protiv drugog individualnog subjekta. Drugim rečima, Sud pravde potvrdio je da odredbe regulative proizvode kako vertikalno, tako i horizontalno neposredno dejstvo<sup>24</sup>.

Za razliku od regulative, odluke prema slovu osnivačkih ugovora obavezuju subjekte kojima su upućene, bilo da su to države članice, fizička i pravna lica. Otuda one stvaraju prava i obaveze samo za neposredne adresate koji se na njih mogu pozivati i tražiti zaštitu pred nacionalnim sudovima. Ovde je reč o tzv. integralnom neposrednom dejstvu odluke prema onima kojima su upućene<sup>25</sup>. Prihvatajući da odluke imaju neposredno dejstvo, Sud pravde je stao na stanovište da one mogu nametnuti obavezu koja proizvodi neposredno dejstvo samo subjektu kome je upućena. Međutim, odluka upućena državi članici ne može proizvoditi horizontalno neposredno dejstvo<sup>26</sup>.

Priznanje mogućnosti da direktive imaju neposredno dejstvo predstavljalo je mnogo veći izazov za Sud pravde, pošto su one osnivačkim aktima definisane kao pravni akti obavezni za države članice samo u pogledu rezultata koji treba da budu postignuti, dok se izbor oblika i načina njihovog ostvarivanja prepušta nacionalnim vlastima<sup>27</sup>. Zbog takve prirode i mesta u pravnom sistemu EU direktiva ne stvara neposredno prava i obaveze za individualne subjekte, već isključivo za države članice kojima je upućena. Prava i obaveze pojedinaca proističu, dakle, iz nacionalnih mera implementacije direktive. Problem, međutim, nastaje kada država, kršeći svoju obavezu, propusti da sprovede direktivu ili usvoji neodgovarajuće mere implementacije u propisanom roku.

Suočen sa ovakvom situacijom, Sud pravde stao je na stanovište da se pojedinci mogu pred nacionalnim sudom direktno pozvati na odredbe direktive, a da

---

<sup>23</sup> Slučaj 43/71, Politi, ECR, 1971, p. 1039.

<sup>24</sup> Slučaj 93/71, Leonasio, ECR, 1972, p. 287.

<sup>25</sup> D. Simon, op. cit., p. 354.

<sup>26</sup> T.C. Hartley, Osnovi prava Evropske zajednice (prevod), Beograd, 1998, str. 208.

<sup>27</sup> Čl. 288 Ugovora o funkcionisanju EU.

je nacionalni sud u obavezi da im zaštiti prava koja za njih proističu iz tih odredaba. Obrazloženje za taj stav Sud je našao u tome da se državi članici koja nije usvojila mere implementacije direktive ne može dozvoliti da se pred sudom u postupku protiv pojedinca poziva na sopstveni propust da izvrši obavezu sprovođenja direktive<sup>28</sup>. Time se država sprečava da izvuče korist iz propuštanja obaveza koje nameće direktiva, odnosno da na štetu pojedinca primeni sopstveno zakonodavstvo neusklađeno sa direktivom<sup>29</sup>.

Otvorivši na ovaj način mogućnost pojedincima da ostvaruju svoja prava iz direktiva pred sudovima država članica, Sud pravde je istovremeno uveo bitno ograničenje neposrednog delovanja njenih odredaba. Individualni subjekti se mogu pozvati na direktivu i nacionalni sud će biti u obavezi da je primeni samo u postupku protiv države. Priznanje isključivo vertikalnog neposrednog dejstva direktive Sud je opravdao stavom da direktive neposredno obavezuju samo države članice kojima su upućene.

Nasuprot tome, individualni subjekti se ne mogu pozvati na odredbe direktive u postupku protiv drugog individualnog subjekta, jer ona, sama po sebi, ne nameće obaveze pojedincima, pa stoga iz nje ne može nastati subjektivno pravo za druge pojedince. Kako je to objasnio Sud, priznati horizontalno neposredno dejstvo direktive značilo bi ovlastiti institucije Unije da neposredno nameću obaveze individualnim subjektima ne samo regulativom, kao što propisuju osnivački ugovori, već i direktivom<sup>30</sup>. Time bi se narušila suštinska razlika između ova dva tipa pravnih akata utvrđena osnivačkim ugovorima, a samim tim i raspodela nadležnosti između Unije i država članica.

Iako je sve do današnjih dana istrajao na neprihvatanju horizontalnog neposrednog dejstva direktive, Sud je ostavio mogućnost da se njima posrednim putem prizna takvo dejstvo u sprovima između pojedinaca. U pitanju je tzv. posredno ili interpretativno dejstvo direktive koje znači obavezu nacionalnog suda da nacionalno pravo tumači u svetlu slova i cilja direktive kako bi se postigao rezultat koji direktiva treba da proizvede u skladu sa osnivačkim ugovorom. Ta obaveza odnosi se ne samo na pravo koje je doneto radi sprovođenja direktive, već i ono koje je usvojeno pre i posle direktive<sup>31</sup>. Međutim, tumačenje nacionalnog prava u skladu sa direktivom ima svoje granice, a one su određene načelima pravne sigurnosti i zabrane retroaktivnosti<sup>32</sup>.

<sup>28</sup> Slučaj 148/78, Ratti, ECR, 1979, 1629.

<sup>29</sup> Slučajevi 8/81, Becker, ECR, 1982, p. 53 i 152/84, Marshall, ECR, 1986, p. 723.

<sup>30</sup> Slučaj 91/92, Faccini Dori, ECR I, 1994, p. 3325.

<sup>31</sup> Slučajevi 14/83, Von Colson and Kamann, ECR, 1984, p. 1891 i 106/89, Marleasing, ECR I, 1990, p. 4135.

<sup>32</sup> Predmet Joined Cases C-74/95 I C-129/95, Criminal proceedings against X, ECR I, 1996, p. 6609.

Drugi sporedni put koji je Sud koristio da bi premostio jaz između priznatog vertikalnog i neprihvaćenog horizontalnog neposrednog dejstva direktive jeste mogućnost da se na njene odredbe pozivaju pojedinci pred sudom protiv drugog pojedinca, ali ne radi zaštite svoj subjektivnog prava, već u cilju otklanjanja primene norme nacionalnog prava koja je suprotna direktivi. Ovde se radi o tzv. incidentnom ili sporednom dejstvu direktive koje podrazumeva pravo pojedinca da se pozove na direktivu radi isključenja neusklađene nacionalne norme<sup>33</sup>.

Prihvatajući da odredbe sadržane u različitim izvorima prava EU mogu proizvoditi neposredno dejstvo, Sud pravde je istovremeno odredio uslove koje konkretna norma mora ispuniti da bi imala takvo dejstvo. U početku oni su bili strožiji i brojniji<sup>34</sup>, da bi se kasnija praksa kretala u pravcu liberalizacije testa neposrednog dejstva. Sud je, naime, nastojao da smanji broj uslova, kao i da ih šire tumači. Tako se kroz sudsku praksu iskristalisao danas važeći tročlani test neposrednog dejstva koji odredba mora da zadovolji. Ti standardni uslovi su da je ona dovoljno jasna i precizna, da je bezuslovna, te da njeno ispunjenje ne zavisi od implementacionih mera države ili institucija Unije<sup>35</sup>.

#### NADREĐENOST U ODNOSU NA NACIONALNA PRAVA DRŽAVA ČLANICA

Osnivački ugovori ne sadrže odredbu koja bi izričito predviđala nadređenost pravnog sistema EU u slučaju sukoba sa nacionalnim pravom država članica. Od posrednog značaja za razmatranje ovog pitanja može da bude opšte načelo lojalnosti i saradnje proklamovano u čl. 4 (3) Ugovora o EU. Prema ovoj odredbi, države članice moraju da preduzimaju sve opšte i posebne mere potrebne radi ispunjenja obaveza koji proizilaze iz osnivačkog ugovora i delatnosti Unije. One su posebno dužne da pomognu ostvarenje zadataka Unije, kao i da se utrdže od onih mera koje bi mogle ugroziti ostvarivanje cilja ugovora.

Kao i kod neposrednog dejstva, “ćutanje” osnivačkih ugovora otvorilo je prostor da Sud pravde, pribegavši teleološkom tumačenju, iz cilja i duha osnivačkog ugovora izvede nadređenost pravnog sistema EU u odnosu na nacionalna prava kao njegovo bitno obeležje. Prvi nagoveštaj u tom pravcu predstavljala je više

---

<sup>33</sup> Slučajevi C-194/94, *CIA Security*, ECR I, 1996, p.2201 I C-443/98, *Unilever*, ECR I, 2000, p. 7535.

<sup>34</sup> To su sledeći uslovi: odredba mora sadržati jasnu obavezu države; obaveza države mora biti negativna i bezuslovna; obaveza ne sme biti ograničena rezervom; ispunjenje obaveze ne sme zavisiti od implementacionih mera države; videti: slučaj 26/62, *Van Gent en Loos*, ECR I, 1963, p. 12.

<sup>35</sup> Slučaj 2/74, *Reyners v. Belgium*, ECR, 1974, p. 631.



puta pomenuta presuda u slučaju Van Gent en Loos, da bi samo godinu dana kasnije odlukom u slučaju ENEL usledilo nedvosmisleno priznanje supremacije ovog prava nad pravom država članica<sup>36</sup>. Na shvatanju da je pravo EU zbog svoje posebne prirode nadređeno nacionalnom pravu Sud će istrajati sve do današnjih dana, uprkos otporu nekih država članica i njihovih najviših sudova. U više navrata on će ponoviti da bilo kakvo pozivanje na odredbe unutrašnjeg prava, kakve god prirode te odredbe bile, ne može nadvladati komunitarno pravo. Slično tome, Sud je insistirao na stavu da se država članica ne može pozivati na unutrašnje odredbe kako bi opravdala neizvršenje ili nepoštovanje obaveza koje iz prava EU za nju proizilaze<sup>37</sup>.

Oslanjajući se na ove načelne stavove, Sud je bliže pojasnio šta znači nadređenost prava EU u slučaju konflikta sa normom domaćeg prava. U situaciji kada se suoči sa odredbama internog i prava EU koje različito uređuju isto pitanje, nacionalni organ dužan je da primeni normu prava EU. Ova obaveza u prvom redu postoji za nacionalne sudove, ali je isto tako nametnuta nacionalnim upravnim organima<sup>38</sup>. Kad su u pitanju zakonodavni organi, nadređenost podrazumeva njihovu dužnost da izmene ili stave van snage postojeće propise suprotne pravu EU, kao i da ubuduće ne donose propise koji nisu usklađeni sa tim pravom.

S druge strane, obezbeđujući supremaciju i puno dejstvo pravu EU, nacionalni sud ima obavezu da odbije primenu suprotne norme domaćeg prava. Praktično to znači da će nacionalno pravo u slučaju sukoba sa pravom EU ostati neprimenjivo<sup>39</sup>. Takva norma ostaje na snazi i važi dalje u okviru nacionalnog prava, pa je ostali nacionalni sudovi mogu primenjivati prilikom rešavanja drugih sporova van konteksta prava EU. Odredbe domaćeg prava suprotne pravu EU ne mogu se primeniti samo u konkretnom slučaju. Nacionalni sud, dakle, donosi odluku o neprimenjivosti nacionalne odredbe bez obzira na prirodu njenog formalnog izvora i vreme kada je usvojena i umesto nje primenjuje odgovarajuću odredbu prava EU, ostavljajući da se o formalnom ukidanju ili poništenju nacionalnog propisa odluči po proceduri koja je propisana unutrašnjim pravom.

Povukavši granicu između obaveze nacionalnog suda da ne primeni domaću normu nesaglasnu pravu EU i nevaljanosti takve odluke na internom planu, odnosno ograničavajući dejstvo nadređenosti ovog prava samo na obavezu neprimenjivanja nacionalne odredbe, Sud je ukazao na još dva ograničenja koja po-

<sup>36</sup> Slučaj 6764, ECR, 1964, p. 585.

<sup>37</sup> Slučajevi: 77/69, *Commission v. Belgium*, ECR, 1970, p. 237; 254/83, *Commission v. Italy*, ECR, 1984, p. 3395; C-303/92, *Commission v. Netherlands*, ECR I, 1993, p. 4739; C-298/97, *Commission v. Spain*, ECR I, 1998, p. 33011.

<sup>38</sup> Slučaj 103/88, *Fratelli Costanzo*, ECR, 1989, p. 1839.

<sup>39</sup> Slučaj 106/77, *Simmenthal*, ECR, 1978, p. 383.

tiču iz bitno različitih izvora: prava EU i ustavnog prava pojedinih država članica. Samo pravo EU postavlja izvesne uslove za sopstvenu nadređenost u odnosu na nacionalna prava država članica. Konkretno, zahteva da neprimenjivanje normi domaćeg prava koje su u nesaglasnosti sa normama prava EU ne zadire u neke osnovne principe ovog pravnog sistema, kao što je načelo pravne sigurnosti i princip legitimnih očekivanja. Tako je Sud stao na stanovište da princip pravne sigurnosti kao jedno od opštih načela prava EU podrazumeva da se od nacionalnih upravnih tela ne može zahtevati da ponovo razmatraju odluke koje su postale konačne posle proteka razumnog roka ili pošto su iscrpljena sva raspoloživa pravna sredstva, čak i kada su one nesaglasne sa pojedinim normama prava EU<sup>40</sup>.

Kad je u pitanju ustavni okvir, obaveza da ne primene normu domaćeg prava nesaglasnu sa pravom EU predstavljala je problem za nacionalne sudove u onim državama čiji pravni sistem predviđa da odluku o neprimenjivanju zakona u slučaju sumnje u njihovu ustavnost može da donese samo Ustavni sud. Međutim, Sud pravde je već krajem sedamdesetih godina prošlog veka zauzeo jasan stav da nacionalni sud “ odbijajući da primeni suprotnu normu svog zakonodavstva i po sopstvenoj inicijativi...nije obavezan da traži ili da čeka da se suprotan nacionalni propis prethodno učini neprimenjivim zakonodavnim putem ili drugim ustavnim procedurama”<sup>41</sup>. Od tada nacionalni sudovi u svim državama samostalno izuzimaju iz primene norme nacionalnog prava koje su suprotne pravu EU, uprkos sporadičnim pokušajima da se uvođenjem novih postupaka kontrole ustavnosti ta mogućnost ograniči ili bar oteža<sup>42</sup>.

S druge strane, praksa pokazuje da su države članice i njihovi visoki pravosudni organi relativno lako prihvatili nadređenost prava EU u odnosu na nacionalne zakonske i podzakonske akte. Otpor država, pak, mnogo je veći kad se radi o tzv. apsolutnoj supremaciji, tj nadređenosti prava EU nad nacionalnim ustavnim pravom. U tom pogledu posebno se istakao Savezni ustavni sud Nemačke koji je u nekoliko prilika stao na stanovište da se nadređenost prava EU ne odnosi na nacionalne ustave<sup>43</sup>. Tek u novije vreme postignut je praktični kompromis po kome države članice zadržavaju marginu diskrecije u uređenju najvažnijih ustavnih pitanja, ali je to regulisanje podložno kontroli Suda pravde EU<sup>44</sup>.

---

<sup>40</sup> Slučajevi: C-453/00, *Kuhne & Heitz*, ECR I, 2004, p. 837; C-108/01, *Asda Stores*, ECR I, 2003, p. 5121; C-188/95, *Fantask*, ECR I, 1997, p. 6783.

<sup>41</sup> Slučaj C-184/89, *Nimz v. City of Hamburg*, ECR I, 1991, p. 321.

<sup>42</sup> Videti objedinjene slučajeve C-188/10 i C-189/10 *Aziz Melki and Selim Abdeli*. Više o tome: T. Čapeta, S. Rodin, *Osnove prava Evropske unije*, Zagreb, 2011, str. 66–67.

<sup>43</sup> Za dalju analizu: V.Knežević-Predić, Z. Radivojević, op. cit., str. 157–158.

<sup>44</sup> Slučaj C-36/02, *Omega Spielhallen und Automatenaufstellungs-GmbH v. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, ECR, 2004, p. 9609; navedeno prema: T. Čapeta, S. Rodin, op. cit., str. 64.

PRAVOSUDNA KONTROLA I DIJALOG  
SUDSKIH VLASTI

Pravni sistem EU poznaje dva oblika kontrole ponašanja država članica u izvršenju obaveza koje za njih proizilaze iz ovog prava. Prvi je klasičan sudski mehanizam kontrole koji se pokreće tužbom zbog navodnog kršenja obaveza od strane države članice. Drugi oblik kontrole predstavlja postupak pribavljanja odluke o prethodnom pitanju koji se zasniva na dijalogu između nacionalnih sudova država članica i Suda pravde EU.

Povod za pokretanje sudskog mehanizma kontrole je neispunjenje obaveze iz prava EU od strane države članice. Postupak se pokreće sa ciljem da Sud utvrdi propust države u ispunjavanju obaveze i da se ona obaveže da prekine sa neizvršenjem. Pravo na tužbu imaju Komisija i druge država članice, ali ne i individualni subjekti, tj. fizička i pravna lica nacionalnog prava. U praksi se kao tužilac skoro uvek pojavljuje Komisija u skladu sa svojom ulogom "čuvara ugovora". Naprotiv, države članice su u inače izuzetno bogatoj jurisprudenciji Suda retko podnosile tužbe jedna protiv druge<sup>45</sup>. Iz toga se može zaključiti da su one sklone da neprijatnu ulogu tužioca prepuste Komisiji, a da za eventualne međusobne sporove potraže druga, politička rešenja. Kao tužena strana u ovom postupku kontrole pojavljuje se država članica koja navodno nije ispunila neku obavezu iz prava EU, pri čemu pojam tužene države obuhvata sve nacionalne organe iz zakonodavne, sudske i izvršne grane vlasti.

Obaveze zbog čijeg se neispunjenja pokreće sudski mehanizam kontrole mogu da potiču iz različitih formalnih izvora prava EU. Prvenstveno u pitanju su obaveze koje proističu iz osnivačkih ugovora i ugovora koji ih menjaju i dopunjavaju, ali u taj krug ulazi i sekundarna legislativa, tj. akti koje donose institucije EU na osnovu ovih ugovora. Isti je slučaj sa ugovornim obavezama proisteklim iz sporazuma koje Unija zaključuje sa trećim državama ili međunarodnim organizacijama<sup>46</sup>.

Sudski mehanizam kontrole osoben je po tome što njegovom pokretanju prethodi postupak administrativne prirode koji se odvija u okviru ili pred Komisijom i sastoji iz neformalnog i formalnog dela. U prvoj fazi Komisija i država članica vode neformalne pregovore sa ciljem da postignu saglasnost o navodnom kršenju obaveze i merama za njeno otklanjanje. Ukoliko pregovori ne dovedu do uspeha, Komisija zvanično obaveštava državu o navodnoj povredi obaveze koja joj se pripisuje i poziva je da se o tim navodima izjasni. Kada pregovori ni u ovoj

---

<sup>45</sup> Videti, na primer, slučaj 388/95, *Belgium v. Spain*, ECR I, 2000, p. 3132.

<sup>46</sup> Z. Radivojević, V. Knežević-Predić, *Institucije Evropske unije*, Niš, 2008, str. 153.

fazi ne dovedu do zadovoljavajućeg rezultata Komisija usvaja obrazloženo mišljenje koje obavezuje državu. Tek ako država ne postupi u skladu s njim u roku koji je određen, Komisija može pokrenuti sudski postupak kontrole. Ona, dakle, nije obavezna da to učini, već joj je ostavljeno diskreciono pravo da odluči da li će postupak kontrole okončati u administrativnoj fazi ili će pribeći sudskom mehanizmu kontrole.<sup>47</sup>

Sličan postupak predviđen je u slučaju kada država članica smatra da druga država nije ispunila neku obavezu nametnutu pravom EU. Pre nego što pokrene postupak pred Sudom pravde ona je dužna da se obrati Komisiji koja, ponovo, prvo poziva državu da iznese svoje viđenje slučaja. Pošto je dala priliku zainteresovanoj strani da se izjasni, Komisija donosi obrazloženo mišljenje, pa ukoliko država u pitanju ne postupi u skladu s njim, država koja je postupak pokrenula stiče pravo na tužbu Sudu. Međutim, izostanak obrazloženog mišljenja Komisije ne predstavlja prepreku ovoj državi za pokretanje sudskog mehanizma kontrole<sup>48</sup>.

Posle sprovedenog postupka Sud svojom presudom utvrđuje da li postoji povreda obaveze od strane države. Reč je o presudi deklarativne prirode kojom se konstatuje da je država u pitanju propustila da ispuní svoje obaveze iz prava EU, i eventualno određuje u čemu se povreda sastoji. Sud nije nadležan da poništava nacionalne propise kojima se krše obaveze koje proizilaze iz prava EU niti ovlašćen da državi naredi da nešto učini ili ne učini<sup>49</sup>. Međutim, država za koju se utvrdi da nije ispunila neku svoju obavezu dužna je da preduzme sve potrebne mere kojima će izvršiti presudu. Neizvršenje presude smatra se povredom obaveze i predstavlja osnov za pokretanje novog sudskog postupka od strane Komisije. U tom se slučaju od Suda može tražiti da državi koja nije izvršila presudu naloži plaćanje paušalnog iznosa ili kazne.<sup>50</sup>

Za razliku od klasičnog mehanizma pravosudne kontrole izvršenja obaveza koje proističu iz prava EU, kod postupka pribavljanja odluke o prethodnom pitanju Sud pravde pojavljuje se u naizgled ograničenoj ulozi, pošto se spor ne okončava njegovom presudom. Obraćanje Sudu radi pribavljanja odluke o prethodnom pitanju predstavlja samo poseban stadijum ili međufazu u postupku koji

---

<sup>47</sup> Slučaj 7/71, *Commission v. France*, ECR, 1971, p. 1003.

<sup>48</sup> U ovom smislu: V. Knežević-Predić, *Ogled o suverenosti: suverenost i Evropska unija*, Beograd, 2001, str. 245.

<sup>49</sup> Sudska presuda ipak nije bez ikakvog pravnog dejstva u pogledu individualnih subjekata. Od nacionalnog suda oni mogu tražiti da ne primeni nezakonitu nacionalnu meru ili zahtevati naknadu štete od države zbog povrede njene obaveze. Videti slučaj 48/71, *Commission v. Italy*, ECR, 1971, p. 529.

<sup>50</sup> Čl. 260 Ugovora o funkcionisanju EU.

započinje i vodi se pred nacionalnim sudom. U ovom slučaju nacionalni sud zastaje sa postupkom i pitanje vezano za tumačenje ili valjanost normi prava EU koje je neophodno za donošenje presude u predmetu koji rešava upućuje Sudu pravde. Tumačenje Suda, koje se daje u formi presude, zatim se vraća nacionalnom sudu koji primenjuje pravo na konkretne okolnosti slučaja i donosi presudu.

Kod ovog mehanizma kontrole Sud pravde, dakle, nije ovlašćen da razmatra konkretni spor i da na njega primeni pravo EU. Međutim, on je jedini i u krajnjoj liniji isključivo ovlašćen da utvrdi i presudi šta jeste pravo EU. Presuda Suda o prethodnom pitanju je konačna i obavezujuća za nacionalni sud. Protiv nje ne postoji pravo žalbe niti bilo koje drugo pravno sredstvo. Na ovaj način Sudu pravde obezbeđena je uloga vrhovnog tumača prava EU

Kroz postupak pribavljanja odluke o prethodnom pitanju odvija se svojevrstni sudski dijalog u EU. Tačnije rečeno, uspostavlja se direktan i stalno otvoreni kanal komunikacije između pravosudnih organa država članica i Suda pravde. U toj komunikaciji pravu EU i njegovom vrhovnom tumaču obezbeđen je primat u odnosu na nacionalne pravosudne organe. Iako formalno ne postoji odnos nadređenosti i podređenosti između Suda pravde i nacionalnih pravosudnih organa, donošenje odluke o prethodnom pitanju faktički stavlja Sud u položaj meritornog odlučioca kada je o pravu EU reč.

Kao drugi mehanizam kontrole izvršenja obaveza država članica, postupak odlučivanja o prethodnom pitanju ima višestruki značaj za razvoj pravnog sistema EU. Njime se pre svega obezbeđuje jednoobraznost u primeni i tumačenju ovog prava od strane nacionalnih sudova u svim državama članicama Unije. Po rečima samog Suda, postupak prethodnog odlučivanja od suštinskog je značaja za očuvanje uniformnog karaktera prava Unije i njegov je cilj da obezbedi da to pravo bude uvek isto u svim državama članicama<sup>51</sup>. Pored toga, ovaj postupak treba da olakša primenu prava EU, s obzirom da se od nacionalnih sudova očekuje da primenjuju pravo koje dovoljno ne poznaju.

Navedeni ciljevi postupka prethodnog odlučivanja ostvaruju se kroz dijalog između Suda pravde i sudova država članica i pomoć koju im tom prilikom on pruža u rešavanju konkretnih sporova primenom prava EU. U ovom dijalogu postoji jasna podela nadležnosti u okviru koje svaki sud daje svoj doprinos jednoobraznoj primeni prava EU. Sudovi država članica nadležni su da primenjuju pravo EU u okviru nacionalnih pravnih poredaka<sup>52</sup>. Sud pravde, pak, ima zadatak da odlukama o prethodnim pitanjima tumači pravo EU. Tom prilikom svojim uput-

<sup>51</sup> Slučaj 166/73, Rheinmühlen-Düsseldorf, ECR, 1974, p. 33.

<sup>52</sup> Slučajevi: C-221/88, Busseni, ECR, 1990, p. 495; 16/65, Schwarze, ECR, 1965, p. 877; C-454/98, Schmeink & Cofreth and Strobel, ECR I, 2000, p. 6973.

stvima on nacionalnim pravosudnim vlastima pomaže da reše eventualne nedoumice u vezi sa značenjem i valjanošću prava EU.

Imajući u sve ovo u vidu, nimalo ne iznenađuje podatak da se najveći broj predmeta koje Sud pravde svake godine rešava odnosi na predloge za odlučivanje o prethodnom pitanju. Drugi važan pokazatelj značaja je činjenica da broj postupaka pribavljanja odluke o prethodnom pitanju predstavlja gotovo polovinu od ukupno do sada pokrenutih sporova pred ovim organom<sup>53</sup>. U praksi se postupak prethodnog odlučivanja pokazao kao najpropulsivniji i najvažniji mehanizam kontrole izvršenja obaveza država članica. Kvalitativno posmatrano, skoro sve najznačajnije presude Suda pravde donete su upravo na osnovu nadležnosti za odlučivanje o prethodnom pitanju. Stoga je postupak zasnovan na dijalogu sudskih vlasti poslužio kao glavni instrument iz koga su se iznedrila osnovna obeležja pravnog sistema EU koja ga razlikuju od međunarodnog prava i ujedno definišu njegov odnos sa nacionalnim pravom država članica.

ZORAN RADIVOJEVIĆ, LL.D.,  
Professor, Faculty of Law, Niš

## CHARACTERISTICS OF THE EUROPEAN UNION LEGAL SYSTEM

### Summary

EU law is a specific and independent legal system which is unprecedented at the international level. Although it is originally derived from Public International Law, the EU legal system has some specific features which distinguish it from International Law. The application of EU law does not require legislative intervention or specific measures for its implementation in national legal systems of the Member States. In addition to the Member States, subjects of the EU legal system are also individuals who are entitled to directly invoke the provisions of EU law before domestic authorities and seek protection of their individual rights. Thus, the direct application and/or the direct effect are main characteristics of the EU legal system.

---

<sup>53</sup> U prvoj deceniji ovog veka oni čine nešto manje od polovine ukupno pokrenutih postupaka pred Sudom, ali uz konstantan godišnji rast nihovog broja. Videti: Annual Report, 2011, Tables and statistics, Completed cases, pp. 88 and seq.

On the other hand, the EU legal system has supremacy over the national laws of the Member States, which implies that in the event of conflict of laws it will prevail over the domestic law. Therefore, when national authorities are faced with various contradictory provisions governing the same issue, they are bound to refuse the application of a national rule and apply the appropriate EU law norm instead.

The system of judicial control of the Member States' compliance with the EU law is another important feature which distinguishes this system from Public International Law. The pivotal point of this legal system is the EU Court of Justice which, unlike other international courts and arbitrations, has compulsory jurisdiction in disputes concerning the compliance with the EU law. The judicial control pertaining to the execution of state obligations may be carried out in two ways. The first form of judicial control includes the classic mechanism of judicial control which is set in motion by filing an action against a Member State for an alleged breach of its obligations. Another form of judicial control is the procedure for obtaining a preliminary ruling which is based on a dialogue between the Member States' national courts and the EU Court of Justice.



VLADIMIR ČOLOVIĆ

**REGULISANJE PREDMETA VEZANIH  
ZA OBAVEZE IZDRŽAVANJA U PRAVU EU**  
– Značaj tih pravila za Srbiju i druge države nečlanice –

U V O D

Donošenje odluka u predmetima koji se odnose na obaveze izdržavanje predstavlja jedno od najvažnijih pitanja, obzirom da se ti predmeti tiču odnosa između roditelja i dece, zatim bračnih drugova, kao i drugih članova porodice. No, donošenje odluka u ovim predmetima predstavlja samo jedan element vezan za ostvarivanje obaveza izdržavanja, imajući u vidu da se, kod prisustva elementa inostranosti, usložnjava izvršenje zahteva vezanih za izdržavanje, a što je vezano za priznanje i izvršenje navedenih odluka u drugim državama. To znači da izvršenje obaveza izdržavanja, kad je prisutan element inostranosti, zahteva međunarodnu saradnju i koordinaciju država u ovoj oblasti.

Ovo pitanje se tiče i naše zemlje. Broj zahteva koji se tiču ispunjenja obaveza izdržavanja koji dolaze iz drugih zemalja u Srbiju je veliki. Naša zemlja je potpisnica Njujorške konvencije o ostvarivanju alimentacionih zahteva u inostranstvu, koja je doneta 20. juna 1956. godine, a iz drugih zemalja, koje su takođe ratifikovale nave-

---

Prof. dr Vladimir Čolović, naučni savetnik Instituta za uporedno pravo, Beograd.

deni Konvenciju je, u protekle dve godine, stiglo preko 100 zahteva, dok je iz Srbije poslato u druge zemlje potpisnice preko 550 zahteva<sup>1</sup>.

Navedena Njujorška konvencija je jedini akt u ovoj oblasti, koji je Republika Srbija ratifikovala. Mora se reći da bivša Jugoslavija (SFRJ) nije ratifikovala ranije akte koji su doneti u okviru Haške konferencije za međunarodno privatno pravo, a koji se odnose na izdržavanje, a to su: Haška konvencija o merodavnom pravu koje se primenjuje na neke slučajeve izdržavanja od 2. oktobra 1973. godine i Haška konvencija o priznanju i izvršenju odluka koje se odnose na izdržavanje, takođe, od 2. oktobra 1973. godine. Osim navedenih međunarodnih izvora, dva akta, koja su doneta u okviru Evropske unije i Haške konferencije za međunarodno privatno pravo i kojima će, biti posvećena pažnja u ovom radu, su Uredba EU br. 4/2009 o nadležnosti, merodavnom pravu, priznavanju i izvršenju odluka i saradnji u stvarima koje se odnose na obaveze izdržavanja (dalje: Uredba 4/2009)<sup>2</sup> i Haška konvencija o međunarodnoj nadoknadi izdržavanja dece i drugih članova porodice od 23. novembra 2007.godine (dalje: Haška konvencija)<sup>3</sup>.

Značaj Uredbe 4/2009 je veliki i za Srbiju, iako ona nije članica EU. Naime, u EU su doneseni akti koji definišu uslove, pod kojima države članice mogu, ali, samo izuzetno, pregovarati i u sopstveno ime zaključivati međunarodne ugovore sa trećim državama – državama nečlanicama. Iako se može zaključiti da se radi o spoljnoj nadležnosti EU, ipak se radi o samostalnom aktu država članica.

#### UREDBA 4/2009

#### *Uopšte o Uredbi 4/2009*

Uredba 4/2009 je doneta 18. decembra 2008. godine i povezana je sa Haškom konvencijom, naročito, preko Haškog protokola o određivanju merodavnog prava u oblasti izdržavanja. Naime, davalac izdržavanja bi trebalo da bez problema dobije odluku u zemlji članici, koja se može automatski izvršiti u drugoj zemlji članici, bez daljih formalnosti. Da bi se postigao ovaj cilj, preporučuje se stvaranje instrumenta EU za stvari koje se odnose na obaveze izdržavanja u kojem će

---

<sup>1</sup> Čolović V., Saradnja država u oblasti ostvarivanja alimentacionih zahteva, Zbornik radova "Evropske integracije i međunarodna krivičnopravna saradnja", Institut za uporedno pravo Beograd, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd 2011–2012, str. 229.

<sup>2</sup> Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations (Official Journal of the European Communities L 7, 10.1.2009, p. 1–79).

<sup>3</sup> Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance, [http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=conventions.text&cid=131](http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=131).

biti udružene odredbe o nadležnosti, sukobu zakona, priznavanju i izvršnosti, izvršenju, pravnoj pomoći i saradnji između Centralnih organa<sup>4</sup>.

Delokrug ove Uredbe obuhvata sve obaveze izdržavanja koje proističu iz porodičnih odnosa, roditeljstva, braka ili srodstva, kako bi se garantovalo jednako postupanje prema svim davaocima izdržavanja. U smislu ove Uredbe, pojam "obaveze izdržavanja" treba da se tumači autonomno.

#### *Osnov za donošenje Uredbe 4/2009*

Reći ćemo nešto i o onome što je prethodilo donošenju Uredbe 4/2009. Naime, 30. novembra 2000.godine, usvojen je Program mera za izvršenje principa uzajamnog priznavanja odluka u građanskim i trgovačkim stvarima, koji je zajednički za Evropsku Komisiju i Savet. Tim programom se, između ostalog, predviđa i ukidanje postupka egzekviture za sporove u vezi sa izdržavanjem. Obzirom da se Uredba 4/2009 poziva i na Hašku konvenciju, moramo, na ovom mestu, pomenuti i pristupanje EU Haškoj konferenciji za međunarodno privatno pravo. Naime, svrha pristupanja EU Haškoj konferenciji za međunarodno privatno pravo je što EU ima novu ulogu međunarodnog aktera u oblasti sudske saradnje u građanskim stvarima, kao i u oblasti donošenja akata u oblasti sukoba zakona, građanskog sudskog postupka, međunarodne pravne pomoći i dr. Zbog toga je 05.10.2006. godine doneta Odluka Saveta o pristupanju EU Haškoj konferenciji<sup>5</sup>. Tom Odlukom je definisana neophodnost izmena osnovnog akta Haške konferencije – Statuta. Izmenama Statuta Haške konferencije, odnosno unošenjem člana 2a u njegov sadržaj, stvoreni su uslovi za pristupanje Zajednice Haškoj konferenciji. Taj član se odnosi na prijem regionalnih privrednih organizacija. EU ima unutrašnju kompetentnost za usvajanje opštih i posebnih mera u vezi sa Međunarodnim privatnim pravom. U skladu sa tim, Evropska unija je kompetentna za usvajanje mera u oblasti sudske saradnje u građanskim stvarima sa prekograničnim posledicama, koliko je potrebno za funkcionisanje unutrašnjeg tržišta. Te mere uključuju:

a) poboljšanje i pojednostavljenje sistema za prekogranično dostavljanje sudskih i vansudskih dokumenata, saradnju kod izvođenja dokaza, priznanje i izvršenje odluka u građanskim i trgovačkim stvarima, uključujući i odluke u vansudskim predmetima;

---

<sup>4</sup> Hodson D., Maintenance within the EU: The New Regulation, <http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed31854> (pristup: 17.07.2012).

<sup>5</sup> Čolović V., Pristupanje Evropske unije Haškoj konferenciji za međunarodno privatno pravo, časopis Evropsko zakonodavstvo br. 27.28/09, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd 2009, str. 35.

b) unapređivanje usaglašavanja pravila koje se primenjuju u državama članicama, a u vezi sukoba zakona i nadležnosti;

c) eliminisanje prepreka za neometano funkcionisanje građanskih sudskih postupaka, po potrebi sa unapređivanjem usaglašavanja pravila o građanskom sudskom postupku u državama članicama<sup>6</sup>.

### *Regulisanje nadležnosti po odredbama Uredbe 4/2009*

Kad je u pitanju nadležnost, Uredba 4/2009 je vezuje za status lica koje je povezano sa obavezom izdržavanja<sup>7</sup>. Takođe, nadležnost se vezuje i za vršenje roditeljske odgovornosti. Naime, u stvarima koje se odnose na obaveze izdržavanja u zemljama članicama, nadležnost ima: a) Sud u mestu gde se nalazi uobičajeno boravište tuženog, ili b) Sud u mestu gde se nalazi uobičajeno boravište davaoca izdržavanja, ili c) Sud koji je, shodno svojim zakonima, nadležan za vođenje postupaka u vezi sa statusom lica ako je pravna stvar u vezi sa izdržavanjem povezana sa tim postupkom, osim ukoliko se ta nadležnost ne zasniva isključivo na državljanstvu jedne od strana, ili d) Sud koji je, shodno svojim zakonima, nadležan za rešavanje postupaka u vezi sa roditeljskom odgovornošću, ukoliko je pravna stvar u vezi sa izdržavanjem povezana sa tim postupkom, osim ukoliko se ta nadležnost ne zasniva isključivo na državljanstvu jedne od strana<sup>8</sup>.

Osim toga, strane mogu izabrati sud pod odgovarajućim uslovima u pismenoj formi. Mogu izabrati da se zasnjuje nadležnost suda po jednom od sledećih kriterijuma: a) sud državljanstva ili uobičajenog mesta stanovanja jedne od strana (uobičajeno boravište); b) zajedničko uobičajeno boravište; c) sud koji će rešavati njihov bračni spor<sup>9</sup>. Nije rečeno koji bračni spor, ali se radi o imovinskim sporovima; d) ako tuženi ne osporava nadležnost, taj sud će rešavati predmet<sup>10</sup>. Znači, ako tuženi prihvati nadležnost, smatraće se da se radi o dogovoru stranaka.

Međutim, Uredba 4/2009 reguliše i poseban slučaj zasnivanja nadležnosti, kada tuženi prihvata nadležnost. Uredba 4/2009 definiše ovu vrstu nadležnosti kao

---

<sup>6</sup> Čolović V., nav.delo, str. 40–41; “Hague Conference on Private International Law and EU accession”, EU Law Blog, [http://eulaw.typepad.com/eulawblog/2006/10/hague\\_conferenc.html](http://eulaw.typepad.com/eulawblog/2006/10/hague_conferenc.html) (pristup: 17.07.2012).

<sup>7</sup> Hodson D., Maintenance within the EU: The New Regulation, op.cit.

<sup>8</sup> Čl. 3. Uredbe 4/2009; Župan M., Europska pravosudna suradnja u prekograničnim obiteljskim predmetima, Zbornik radova “Pravni aspekti prekogranične suradnje i EU integracija: Mađarska – Hrvatska” (ur. Doc.dr Mirela Župan), Pečuh–Osijek 2011, str. 615; Jones E., The New Maintenance Regulation: A Guide for Family Lawyers, <http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed83909> (pristup: 17.07.2012).

<sup>9</sup> Čl. 4. Uredbe 4/2009.

<sup>10</sup> Čl. 6. Uredbe 4/2009.

nadležnost na osnovu pojavljivanja. Ako tuženi ne osporava nadležnost suda, tada će se zasnovati nadležnost na osnovu pojavljivanja i taj sud će rešavati predmet<sup>11</sup>.

### *Pravna pomoć*

Jedan od osnovnih uslova za funkcionisanje pravosuđa u sporovima sa elementom inostranosti jeste i mogućnost da strani državljani, bilo da su fizička ili pravna lica, mogu učestvovati u postupcima pred sudom i drugim organima u drugim državama. Zakonodavstvo EU je donelo akt koji na celishodan i jasan način reguliše ovu oblast i koji predviđa obrazac koji se koristi u komunikaciji nadležnih organa različitih država članica u priznanju zahteva za pravnu pomoć. To je Direktiva Saveta EU o poboljšanju pristupa sudu u prekograničnim sporovima uspostavljanjem minimuma zajedničkih pravila koja se odnose na pravnu pomoć za takve sporove br. 8/2003 od 27. januara 2003. godine (dalje: Direktiva 8/2003)<sup>12</sup>. Što se tiče Uredbe 4/2009, ona definiše da strane, koje su uključene u spor, koji potpada pod delokrug ove Uredbe, imaju delotvoran pristup pravdi u drugoj zemlji članici, uključujući izvršenje i žalbu ili postupak revizije, u skladu sa uslovima utvrđenim odredbama Uredbe 4/2009.

U slučajevima koje određuje Uredba 4/2009, zemlja članica obezbeđuje delotvoran pristup pravdi svakom podnosiocu zahteva koji je rezident zemlje članice koja dostavlja zahtev. Nije potrebno nikakvo obezbeđenje, obveznica ili depozit, kako bi se garantovalo plaćanje troškova i izdataka tokom postupka u vezi sa obavezama izdržavanja<sup>13</sup>.

### *Centralni organi – organi saradnje; imenovanje i opšte funkcije*

Svaka zemlja članica je dužna da odredi Centralni organ koji će vršiti obaveze koje za taj organ proističu iz Uredbe 4/2009. Federalne zemlje članice, zemlje članice sa više pravnih sistema ili zemlje članice koje imaju autonomne teritorijalne jedinice, mogu slobodno da imenuju više Centralnih organa a dužne su da naznače teritorijalni ili lični delokrug njihovih funkcija<sup>14</sup>. Centralni organi su dužni da vrše sledeće: da sarađuju jedni sa drugima, uključujući i razmenu informacija,

---

<sup>11</sup> Čl. 5 Uredbe 4/2009.

<sup>12</sup> Council Directive 2003/8/EC of 27 January 2003 to improve access to justice in cross-border disputes by establishing minimum common rules relating to legal aid for such disputes (obj. u *Official Journal L* 026, 31/01/2003 p. 0041–0047).

<sup>13</sup> Čl. 44. Uredbe 4/2009.

<sup>14</sup> Čl. 49. Uredbe 4/2009.

kao i da unapređuju saradnju među nadležnim organima u svojim zemljama članicama da bi se postigli ciljevi ove Uredbe; da u najvećoj mogućoj mjeri traže rešenja za teškoće koje proističu iz primene ove Uredbe. Centralni organi su dužni da preduzimaju mere za olakšanje primene ove Uredbe i u cilju jačanja njihove saradnje. U ovom smislu, primenjuje se Evropska pravosudna mreža u građanskim i trgovinskim stvarima koja je osnovana Odlukom 2001/470/EC<sup>15</sup>.

*Opšte pravilo o merodavnom pravu  
po Haškom protokolu iz 2007.*<sup>16</sup>

Pomenućemo i odredbe Uredbe 4/2009 koje se odnose na primenu Haškog protokola. Naime, obaveze izdržavanja su regulisane zakonom zemlje gde se nalazi uobičajeno boravište davaoca izdržavanja, izuzev slučajeva kada se ovim Protokolom predviđa drugačije<sup>17</sup>. U slučaju promene uobičajenog prebivališta davaoca izdržavanja, merodavno je pravo zemlje gde se nalazi novo uobičajeno prebivalište, od trenutka kada dođe do te promene<sup>18</sup>.

Davalac izdržavanja i izdržavano lice mogu bilo kada odrediti jedan od sledećih zakona kao merodavan za obaveze izdržavanja: zakon bilo koje zemlje čiji je državljanin bilo koja od strana u trenutku određivanja zakona; zakon zemlje uobičajenog mesta stanovanja bilo koje od strana u trenutku određivanja zakona; zakon koji odrede strane onako kako je primenljivo, ili zakon koji se faktički primenjuje na njihov imovinski režim; zakon koji odrede strane onako kako je primenljivo, ili zakon koji se faktički primenjuje na njihov razvod ili zakonsku rastavu<sup>19</sup>.

*Priznanje i izvršenje stranih odluka; Haški protokol*

Odluka doneta u zemlji članici koja nije obavezana Haškim protokolom iz 2007. godine, priznaje se u drugoj zemlji članici bez ikakve posebne procedure. Svako zainteresovano lice koje postavi pitanje priznavanja odluke kao glavno pitanje u sporu, može, u skladu sa postupcima utvrđenim u Uredbi 4/2009, zahtevati da se odluka prizna. Ako ishod postupka na sudu neke zemlje članice zavisi od rešavanja nepredviđenog pitanja priznavanja, taj sud je nadležan za to pitanje.

---

<sup>15</sup> Čl. 50. Uredbe 4/2009.

<sup>16</sup> Protocol on the law applicable to maintenance obligations (2007).

<sup>17</sup> Jones E., *The New Maintenance Regulation: A Guide for Family Lawyers*, op. cit.

<sup>18</sup> Čl. 3. Haškog protokola.

<sup>19</sup> Čl. 8. Haškog protokola.

### *Razlozi za odbijanje priznavanja*

Razlozi za odbijanje priznanja su razlozi, koji se, u stvari, odnose na opšta pravila, odnosno, opšte pretpostavke za priznanje i izvršenje stranih odluka. Odluka neće biti priznata:

a) ako je priznavanje odluke očito suprotno javnom poretku u zemlji članici u kojoj se priznavanje traži. Test u vezi sa javnim poretkom ne može se primenjivati na pravila koja se odnose na nadležnost;

b) ukoliko je doneta kao odluka kontumacijom, tj. ako tuženom nije dostavljen dokument kojim se pokreće sudski postupak ili ekvivalentan dokument na vreme i na takav način da mu se omogući da organizuje svoju odbranu, sem ukoliko tuženi nije propustio da pokrene postupak radi osporavanja te odluke, onda kada je to mogao da učini;

c) ako je neusaglasiva sa nekom odlukom donetom u sporu između istih strana u zemlji članici, u kojoj se traži priznavanje;

d) ako ne može da se usaglasi sa nekom ranijom odlukom donetom u nekoj drugoj zemlji članici, ili u nekoj trećoj zemlji u sporu u vezi sa istim predmetom tužbe i između istih strana, pod uslovom da su u ranijoj odluci ispunjeni uslovi potrebni za njeno priznavanje u zemlji članici gde se traži priznavanje<sup>20</sup>.

Na ovom mestu, pomenućemo Njujoršku konvenciju, obzirom na navedene razloge za odbijanje priznanja. Naime, Njujorška konvencija, u svojim odredbama, nije definisala obaveze zainteresovane strane za priznanje, kao i lica koje se protivi priznanju. To kažemo, s obzirom da ta lica moraju, da dostave sudu određenu dokumentaciju, kojom će dokazati neke od navedenih razloga za odbijanje priznanja, a što se, naročito, odnosi na nemogućnost organizovanja odbrane od strane tuženog i ranije donetu odluku. No, to ne čini ni većina drugih međunarodnih ili unutrašnjih akata koji regulišu ovu materiju, tako da se primenjuju opšta pravila u postupku priznanja. Inače, Njujorška konvencija ne sadrži kolizionu normu. Ona reguliše samo saradnju država u ovoj oblasti. Osim toga, Njujorška konvencija postavlja višestrani mehanizam međunarodne pravne pomoći<sup>21</sup>.

### *Ostale odredbe Uredbe 4/2009*

Spomenućemo i druge odredbe Uredbe 4/2009, koje smatramo važne i koje su interesantne sa stanovišta regulisanja ove oblasti na jedan kompletniji način.

---

<sup>20</sup> Čl. 24. Uredbe 4/2009, Župan M., nav. delo, str. 616.

<sup>21</sup> Varadi T, Bordaš B., Knežević G., *Međunarodno privatno pravo*, Novi Sad 2001, str. 316–317.



Uredba 4/2009 uređuje i privremene, kao i zaštitne mere. Naime, kada odluka mora biti priznata u skladu sa ovim odredbama Uredbe 4/2009, tada predlagač može da predloži i iskoristi privremene i zaštitne mere u skladu sa zakonom zemlje članice izvršenja, bez izjave o pravosnažnosti. Predlagač navedeno može predložiti bez bojazni da će ga neko, podnošenjem nekog akta, predloga ili sl., sprečiti u tome. No, sama izjava o pravosnažnosti sadrži ovlašćenje po sili zakonu da se preduzmu bilo koje zaštitne mere. Na kraju, u okviru ovih odredaba, predviđa se da se u vremenu, koje je određeno za žalbu na izjavu o pravosnažnosti, kao i dok žalba ne bude rešena, ne mogu preduzeti nikakve mere izvršenja, osim zaštitnih mera, u odnosu na imovinu strane, protiv koje se traži izvršenje.<sup>22</sup>

Zatim, pravo na podnošenje zahteva za reviziju odluke regulisano je kao pravo tuženog. Naime, tuženi, koji se nije pojavio u zemlji članici porekla, ima pravo da zahteva reviziju odluke pred nadležnim sudom te zemlje članice u slučaju: a) kada mu nije izvršeno dostavljanje dokumenta o pokretanju postupka ili ekvivalentnog dokumenta, na vreme i na takav način da mu se omogućava da organizuje svoju odbranu; ili b) kada je sprečen da ospori zahtev za izdržavanje zbog više sile ili zbog vanrednih okolnosti bez svoje krivice, osim, ukoliko nije propustio da ospori odluku, kada je to mogao da uradi<sup>23</sup>.

### *Haška konvencija*

Kao što je rečeno, Haška konvencija je usvojena 23. novembra 2007. godine i njen osnovni cilj je obezbeđenje izvršavanja zahteva za izdržavanje dece i ostalih srodnika. U tom aktu se, naročito, obraća pažnja na uspostavljanje sveobuhvatnog sistema saradnje između država u ovoj oblasti, zatim obezbeđenje priznanja i izvršenja odluka koje se odnose na izdržavanje, kao i sprovođenje efikasnih mera kod izvršavanja tih odluka<sup>24</sup>. Inače, Haška konvencija se odnosi na odnose između roditelja i dece do njihove 21. godine.

Po odredbama Haške konvencije, svaka strana ugovornica će biti dužna da imenuje centralni ovlašćeni organ, čija će dužnost biti da izvršava obaveze u vezi zahteva za izdržavanje koje su definisane Haškom konvencijom<sup>25</sup>. Osnovni zadatak centralnog organa strane ugovornice će biti da saraduje sa centralnim organima drugih strana ugovornice, kao i da rešavaju probleme koji se postave kod primene Haške konvencije<sup>26</sup>.

<sup>22</sup> Čl. 36 Uredbe 4/2009.

<sup>23</sup> Čl. 19 Uredbe 4/2009.

<sup>24</sup> Čl. 1. Haške konvencije.

<sup>25</sup> Čl. 4.1 Haške konvencije.

<sup>26</sup> Čl. 5. Haške konvencije.

Haška konvencija određuje da poveriocu izdržavanja stoje na raspolaganju u državi molilji sledeći načini ostvarenja zahteva, kako bi mogao da ostvari izdržavanje. To su: priznanje ili priznanje i izvršenje odluke; izvršenje odluke ili priznanje u zamoljenoj državi; donošenje odluke u zamoljenoj državi, u kojoj priznanje i izvršenje odluke nije moguće, odnosno, ako je ono odbijeno zbog razloga navedenih u Haškoj konvenciji, modifikacija odluke u zamoljenoj državi; itd. Isto tako, Haška konvencija reguliše i koji zahtevi će biti dostupni dužniku: priznanje odluke ili pokretanje postupka koji će dovesti do suspenzije ili ograničenja primene prethodne odluke u zamoljenoj državi; modifikacija odluke donesene u zamoljenoj državi; i modifikacija odluke donesene i u drugoj državi, osim u zamoljenoj državi<sup>27</sup>. Značaj Haške konvencije je veliki. O tome govori i činjenica da su i SAD ratifikovale ovaj akt.

#### PRIMENA UREDBE 4/2009 U DRŽAVAMA NEČLANICAMA

Rekli smo, na početku rada, da je Uredba 4/2009 značajna za Srbiju, iako ona nije članica EU. Naime, u EU je doneta Uredba Saveta br. 664/2009 od 7. jula 2009. godine o uvođenju postupka za pregovore i sklapanje ugovora između država članica i trećih država koji se odnose na nadležnost i priznanje, kao i na izvršenje sudskih odluka u bračnim predmetima, predmetima roditeljske odgovornosti, zatim na predmete koji se odnose na izdržavanje, kao i na određivanje merodavnog prava u predmetima izdržavanja (dalje: Uredba 664/2009)<sup>28</sup>.

Kod zaključenja sporazuma između država članica i trećih država – država nečlanica (dalje ćemo koristiti termin: države nečlanice) postavlja se pitanje kompatibilnosti tih sporazuma sa sporazumima koje Zajednica zaključuje sa državama nečlanicama, kao i sa međunarodnim organizacijama, a, u vezi sa tim, i pitanje spoljne nadležnosti Zajednice.

---

<sup>27</sup> Čl. 10.1,2 Haške konvencije.

<sup>28</sup> Council Regulation (EC) No 664/2009 of 7 July 2009 establishing a procedure for the negotiation and conclusion of agreements between Member States and third countries concerning jurisdiction, recognition and enforcement of judgments and decisions in matrimonial matters, matters of parental responsibility and matters relating to maintenance obligations, and the law applicable to matters relating to maintenance obligations (*Official Journal of the European Communities*, L 200, 31.7.2009, 46–51). Uredba 664/2009 je doneta 7. jula 2009. god. i objavljena je istog dana u Službenom listu Evropske unije, što znači da je stupila na snagu 20. avgusta 2009. g., odnosno, dvadesetog dana od dana objavljivanja. Ona je obavezujuća u celini i direktno će se primenjivati u državama članicama u skladu sa Ugovorom o osnivanju Evropske zajednice (čl. 15 Uredbe 664/2009).

Regulisanje odnosa između EU i drugih zemalja – država nečlanica je jedno od važnijih pitanja u funkcionisanju ove organizacije i njenih članica. No, veoma važno je i pitanje da li države članice mogu zaključivati sporazume sa državama nečlanicama i da li je takva mogućnost u suprotnosti sa ovlašćenjima koja ima EU, kao organizacija prema drugim državama i međunarodnim organizacijama. U okviru EU su donete dve Uredbe 2009.godine, koja regulišu ova pitanja u oblasti braka, roditeljske odgovornosti, izdržavanja, ugovornih odnosa, kao i vanugovorne odgovornosti. One su otvorile dalje mogućnosti za zaključenje međunarodnih ugovora kao izvora, pre svega, evropskog Međunarodnog privatnog prava, koje će se primenjivati i van područja EU<sup>29</sup>.

Spoljna nadležnost EU u odnosu na stupanje u određene pravne odnose sa jednom ili više država, kao i međunarodnih organizacija je regulisana članom 47. Ugovora o osnivanju Zajednice, koji potvrđuje njen pravni subjektivitet. Ali i druge odredbe regulišu postojanje spoljne nadležnosti EU, pa je, samim tim, potrebno odrediti njenu nadležnost i kod regulisanja Međunarodnog privatnog prava EU. Treba odgovoriti na pitanje da li je EU isključivo nadležna da stupa u pravne odnose sa državama nečlanicama i međunarodnim organizacijama u domenu regulisanja Međunarodnog privatnog prava? Mišljenje Evropskog suda pravde, u vezi sa tim, odnosi se na činjenicu da Zajednica želi da sprovede zajedničku politiku, koja je predviđena Ugovorom o osnivanju Zajednice, kada ona usvaja odredbe kojima se ustanovljavaju zajednička pravila, bez obzira na to kakav je oblik ona imala. Tada države članice nemaju pravo da postupaju na individualan ili kolektivan način, kako bi preuzimale obaveze prema državama nečlanicama. Isključiva spoljna nadležnost postoji, ako je EU harmonizovala određeno područje prava, odnosno, ako je uredila to područje u skladu sa svojom unutrašnjom nadležnošću, na taj način, da te odredbe obuhvataju i pravila koja se odnose na državljane država nečlanica<sup>30</sup>.

Preambula Uredbe 664/2009 se odnosi na pitanja koja se tiču, pre svega, mogućnosti zaključenja sporazuma u tim oblastima između država nečlanica i država članica, kao i na odnos tih sporazuma i sporazuma koje zaključuje Zajednica. Ugovor o osnivanju Zajednice, u svom članu 307, određuje da države članice mogu da preduzmu sve korake kako bi se uklonile sve inkompatibilnosti između pravnih tekovina Zajednice (acquis) i međunarodnih sporazuma zaključenih između država članica i država nečlanica.<sup>31</sup>

<sup>29</sup> Bouček V., "Međunarodni ugovori – izvori Međunarodnog privatnog prava na području Evropske unije", Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 61, br. 6, godina 2011, str. 1818.

<sup>30</sup> Alihodžić J., "Uticaj vanjske nadležnosti Evropske unije na sklapanje međunarodnih ugovora država članica u oblasti Međunarodnog privatnog prava – osvrt na Uredbu EZ br. 664/2009 i njen značaj za BiH", Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici br. 6, god. 3, str. 77.

<sup>31</sup> T. 3 Preambule Uredbe 664/2009.

### *Sadržaj Uredbe 664/2009*

Uredba 664/2009 reguliše postupak u kome država članica ima ovlašćenja da izmeni već zaključeni ugovor, kao i da pregovara i zaključi novi sporazum sa trećim zemljama (državama nečlanicama), pod uslovima koje ona određuje. Uredba 664/2009 se ne primenjuje, ako Zajednica ima zaključen sporazum sa državama nečlanicama po ovim pitanjima<sup>32</sup>.

Kada država članica namerava da započne pregovore o izmeni postojećeg sporazuma ili o zaključenju novog, a što je regulisano Uredbom 664/2009, ona mora da obavesti Komisiju o svojoj nameri. To obaveštenje mora biti dostavljeno Komisiji, pre dana, kada su zakazani formalni pregovori između država u vezi ovog pitanja. Nije navedeno koji je to rok. Obaveštenje mora da sadrži kopiju sporazuma ili njegovog nacрта, tj. predlog sporazuma, kao i drugu relevantnu dokumentaciju, ako je to potrebno. Država članica mora da opiše tok pregovora, kao i da definiše sva pitanja koja treba rešiti navedenim sporazumom, bez obzira na to, da li se radi o zaključenju novog sporazuma ili izmenama postojećeg<sup>33</sup>. Po prijemu navedenog obaveštenja, Komisija će proceniti da li država članica može da pokrene formalne pregovore sa državom nečlanicom. U toj proceni, Komisija će prvo proveriti, da li se u naredna 24 meseca, planiraju pregovori zajednice sa državom nečlanicom u vezi definisanja sporazuma o odnosnim pitanjima. U suprotnom, Komisija će proceniti da li su ispunjeni sledeći uslovi:

– da li je država članica obezbedila informacije o posebnom interesu za zaključenje sporazuma o ekonomskim, geografskim, kulturnim, istorijskim, socijalnim ili političkim vezama između države članice i države nečlanice;

– da li su obezbeđene informacije koje dokazuju da država članica neće, navedenim zaključenjem ili izmenom ugovora, ugroziti efikasnost ove Uredbe i da neće ugroziti pravilno funkcionisanje sistema utvrđenog ovom Uredbom; i

– da predloženi sporazum (ili njegova izmena) neće ugroziti ciljeve i svrhu spoljne politike Zajednice, kao što je to utvrđeno od strane Zajednice<sup>34</sup>.

Ako predloženi sporazum ispunjava sve navedene uslove, Komisija u roku od 90 dana od dana prijema obaveštenja o nameri početka formalnih pregovora, dostavlja obrazloženu odluku državi članici, uz davanje ovlašćenja za početak formalnih pregovora o ovom sporazumu. Ako je neophodno, Komisija može predložiti određene smernice za tok pregovora. To se odnosi na sledeće: mora se potpuno ili delimično raskinuti ugovor između države članice i države nečlanice, ako, kasnije, bude zaključen sporazum između Zajednice i države nečlanice, po istim

---

<sup>32</sup> Čl. 1.1 Uredbe 664/2009.

<sup>33</sup> Čl. 3 Uredbe 664/2009; Requejo M., "Two new IPL regulations", Conflict of Laws.net, <http://conflictoflaws.net/2009/two-new-ipl-regulations/> (pristup: 16.07.2012).

<sup>34</sup> Čl. 4 Uredbe 664/2009.

pitanjima; i mora doći do direktne zamene odgovarajućih odredaba sporazuma sa odredbama sporazuma koji je, naknadno, zaključen između EU i njenih članica, s jedne strane, i država nečlanica, s druge strane, koji će regulisati ista pitanja. Konkretno, te klauzule treba da imaju sledeću sadržinu. Prva, navedena, klauzula, mora da izgleda na sledeći način:

“Imena države članice i države nečlanice, moraju da, u celini ili delimično, raskinu ovaj Sporazum, ako Evropska zajednica i njene Države članice zaključe sporazum sa (ime jedne ili više država nečlanica) o istim pitanjima civilnog pravosuđa, kao i o drugim pitanjima, koja su regulisana tim Sporazumom”.

Druga, navedena, klauzula mora da izgleda na sledeći način:

“Ovaj Sporazum ili njegove pojedine odredbe prestaju da važe od dana zaključenja sporazuma između Evropske zajednice i njenih država članica, s jedne strane, i (ime jedne ili više država nečlanica), s druge strane, u oblasti koja je regulisana novim sporazumom”<sup>35</sup>.

Ako Komisija, na osnovu svoje ocene i elemenata, koji su definisani u članu 4. Uredbe 664/2009, ne namerava da odobri početak formalnih pregovora o zaključenju novog sporazuma ili izmeni postojećeg, ona će mišljenje o tome dostaviti državi članici, u roku od 90 dana, od dana prijema obaveštenja o nameri započinjanja pregovora od strane države članice. Nakon toga, država članica, u roku od 30 dana od dana prijema mišljenja Komisije, može da pokrene postupak za razgovor sa Komisijom u vezi pronalaženja rešenja oko navedenog. Ako država članica ne zatraži razgovor sa Komisijom u roku koji je naveden, tada će Komisija doneti i dostaviti obrazloženu odluku državi članici, u roku od 130 dana, od dana prijema obaveštenja. Međutim, u slučaju da je došlo do razgovora između Komisije i države članice, tada će Komisija doneti obrazloženu odluku i dostaviti je državi članici u roku od 30 dana od dana završetka rasprave<sup>36</sup>.

Komisija može da učestvuje u tim pregovorima, ali u statusu posmatrača. Ako to nije slučaj, tada Komisija ima pravo da bude obaveštavana o napretku u različitim fazama pregovora<sup>37</sup>. Pre potpisivanja sporazuma sa državom nečlanicom, država članica će obavestiti Komisiju o ishodu pregovora i dostaviće joj tekst tog sporazuma. Nakon prijema tog obaveštenja, Komisija će proceniti da li taj sporazum ispunjava uslove koji su definisani u Uredbi 664/2009. Ako taj sporazum ispunjava uslove, tada će Komisija, u roku od 90 dana, od dana prijema obaveštenja o ishodu pregovora, doneti obrazloženu odluku o tome da država članica može zaključiti sporazum sa državom nečlanicom<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> Čl. 5 Uredbe 664/2009.

<sup>36</sup> Čl. 6 Uredbe 664/2009.

<sup>37</sup> Čl. 7 Uredbe 664/2009; Requejo M., “Two new IPL regulations”, op. cit.

<sup>38</sup> Čl. 8 Uredbe 664/2009.

Međutim, u slučaju da Komisija, na osnovu svoje ocene, ne donese pozitivnu odluku o zaključenju ovog sporazuma, ona će o tome da obavesti državu članicu u pitanju, kao i Evropski parlament i Savet, u roku od 90 dana, od dana prijema obaveštenja o ishodu pregovora i zaključenju sporazuma. Država članica, tada, u roku od 30 dana od dana prijema mišljenja Komisije, može da zahteva da pokrene raspravu sa Komisijom u cilju pronalaženja rešenja u ovakvoj situaciji. Ako to država članica ne učini ili ne učini, u roku koji je određen, tada će Komisija doneti obrazloženu odluku i dostaviti je državi članici, u roku od 130 dana, od dana prijema obaveštenja o ishodu pregovora i zaključenju sporazuma od strane države članice. No, u slučaju rasprave, Komisija će dostaviti državi članici obrazloženu odluku u roku od 30 dana od dana završetka rasprave<sup>39</sup>.

#### BILATERALNI UGOVORI KOJE JE SRBIJA ZAKLJUČILA U OVOJ OBLASTI SA SADAŠNJIM ČLANICAMA EU

Pomenućemo neke od bilateralnih sporazuma koji su na snazi između Srbije i sadašnjih članica EU, a koji su zaključivani u vreme, kada je Srbija egzistirala u okviru Kraljevine Jugoslavije, odnosno, u okviru FNRJ i SFRJ. Ti sporazumi su zaključivani, najčešće, u oblasti međunarodne pravne pomoći i priznanja i izvršenja stranih odluka. Izdvojili smo sledeće bilateralne sporazume:

1) *Austrija*. – Sporazum o uzajamnom priznavanju i izvršenju odluka o izdržavanju između FNRJ i Republike Austrije od 10. oktobra 1961. godine – stupio na snagu 25. decembra 1962.<sup>40</sup>; Sporazum o uzajamnom priznavanju i izvršenju odluka izabranih sudova i poravnanja zaključenih pred izbranim sudovima u trgovačkim stvarima između FNRJ i Republike Austrije od 18. marta 1960. – stupio na snagu 17. maja 1961. godine<sup>41</sup>.

2) *Bugarska*. – Ugovor o uzajamnoj pravnoj pomoći između FNRJ i Narodne Republike Bugarske od 23. marta 1956. – stupio na snagu 17. januara 1957. godine<sup>42</sup>.

3) *Republika Češka*. – Ugovor o regulisanju pravnih odnosa u građanskim, porodičnim i krivičnim stvarima između SFRJ i Češke Socijalističke Republike od 20. januara 1964. – stupio na snagu 2. avgusta 1964. godine<sup>43</sup>.

4) *Francuska*. – Sporazum o olakšanju primene Haške konvencije o građanskom postupku od 1. marta 1954. godine između SFRJ i Francuske republike od 29.

---

<sup>39</sup> Čl. 9 Uredbe 664/2009.

<sup>40</sup> Sl. list SFRJ – dodatak, br. 2/1963.

<sup>41</sup> Sl. list FNRJ – dodatak, br. 5/1961.

<sup>42</sup> Sl. list FNRJ – dodatak, br. 1/1957.

<sup>43</sup> Sl. list SFRJ – dodatak, br. 13/1964.

oktobra 1969. godine – stupio na snagu 1. januara 1971.<sup>44</sup>; – Konvencija o nadležnosti i o zakonu koji se primenjuje u oblasti ličnog i porodičnog prava između SFRJ i Francuske Republike od 18. maja 1971. godine – stupila na snagu 1. decembra 1972<sup>45</sup>; Konvencija o priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima između Vlade SFRJ i Vlade Francuske Republike od 18. maja 1971. – stupila na snagu 1. februara 1972. godine<sup>46</sup>.

5) *Grčka*. – Konvencija o uzajamnim pravnim odnosima između FNRJ i Kraljevine Grčke od 18. juna 1959. godine - stupila na snagu 31. marta 1960<sup>47</sup>; – Sporazum o uzajamnom priznavanju i izvršenju sudskih odluka između FNRJ i Kraljevine Grčke od 18. juna 1959. – stupio na snagu 31. marta 1960. godine<sup>48</sup>.

### ZAKLJUČAK

Efikasna međunarodna pravna pomoć u oblasti ostvarivanja obaveza izdržavanja, imperativ je koji se nameće i državama članicama EU, kao i drugim državama, koje to, još nisu, postale. U Srbiji mora doći do promena u ovoj oblasti. Imajući u vidu status Uredbe 4/2009, neophodno je odrediti najvažnije njene elemente, s obzirom da se i u drugim aktima sreću slične odredbe. Međutim, Uredba 4/2009 je kompletnija od ostalih akata, odnosno, ona je regulisala veliki broj pitanja u ovoj oblasti. Mi smo i napred izdvojili najvažnija pravila Uredbe 4/2009, a ovde ćemo odrediti ono što je najvažnije za našeg zakonodavca, napominjući da je Srbija članica Haške konferencije za međunarodno privatno pravo. Samim tim, potrebno je da Srbija ratifikuje Hašku konvenciju.

Kad je u pitanju značaj Uredbe 4/2009 za Srbiju, kao i za druge zemlje nečlanice, mora se reći da je EU shvatila značaj saradnje pojedinih zemalja članica EU sa trećim državama u pojedinim oblastima koji se vezuju za odnose između bračnih drugova, roditelja i dece, kao i za izdržavanje. To nisu jedine oblasti, koje se smatraju važnim, odnosno, regulisana je mogućnost da se ovakvi sporazumi mogu zaključivati i u oblastima vezanim za određivanje merodavnog prava za ugovorne i vanugovorne obaveze. Mogućnost da države članice i države nečlanice mogu da zaključe neki od sporazuma koji bi se odnosili na navedene oblasti, nikako ne ugrožava nadležnost EU. Naime, time se definiše dužnost lojalne saradnje, koja je opšteg značaja. U vezi sa tim, treba uspostaviti jedan koherentan i transparentan postupak, kako bi se ovlastile države članice da izmene postoje-

<sup>44</sup> Sl. list SFRJ – dodatak, br. 21/1971.

<sup>45</sup> Sl. list SFRJ – dodatak, br.5/1972.

<sup>46</sup> Sl. list SFRJ – dodatak, br. 7/1972.

<sup>47</sup> Sl. list FNRJ – dodatak, br. 7/1960.

<sup>48</sup> Sl. list FNRJ – dodatak, br. 6/1960.



ći sporazum ili da zakluče novi, posebno u slučajevima, u kojima Zajednica nije pokazala nameru da vrši svoju nadležnost<sup>49</sup>.

VLADIMIR ČOLOVIĆ, Ph.D.,  
Principal Research Fellow, Institute  
of Comparative Law, Belgrade

REGULATION OF THE MATTERS RELATING TO THE MAINTENANCE OBLI-  
GATIONS IN EU LAW AND IMPORTANCE OF THESE RULES FOR SERBIA AND  
OTHER NON-MEMBER STATES

Summary

The subjects related to the implementation of requirements relating to maintenance obligations are regulated in EU by the Council Regulation No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations. The paper pays attention also to the Convention of 23 November 2007. on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance and to the Hague Protocol on the law applicable to maintenance obligations from the same year. The abovementioned EU Regulation applies some provisions of these acts. The republic of Serbia has not signed these documents, although these acts are very important for Serbia and other countries that are not EU members. But, Serbia is member of the Hague Conference on Private International Law. The EU has adopted Regulation 664/2009 from 2009, which allows the conclusion of agreements between EU Member States and third countries (non-members) in this area. On the other side, since Serbia is a member of the Hague Conference, it is necessary to introduce some provisions of the Hague Convention. This paper discusses about the most important provisions of Regulation 4/2009 and Regulation 664/2009. Also, attention is paid to the issue of the conclusion of agreements between Member States and non-member states, with reference to the external jurisdiction of EU. Finally, the author pays attention to the regulation of this area in Serbia and bilateral treaties concluded by Serbia with the EU members relating to maintenance obligations.

---

<sup>49</sup> T. 8 Preamble Uredbe 4/2009.



## AGENCIJE U EVROPSKOJ UNIJI

### U V O D

Pod pojmom evropeizacije u najopštijem smislu podrazumijevamo uticaj evropskih integracija na strukture, procese i javne politike u nacionalnim državama. Međutim, proces evropske integracije dovodi i do institucionilazacije struktura, praksi i stila ponašanja u samoj EU, i usmjerava istraživački i teorijski interes na evropski nivo i sa njime na niže nivoe upravljanja, pa se evropeizacija odozdo prema gore (bottum-up) povezuje sa samim izučavanjem evropske integracije i novih teorijskih i analitičkih pravaca, kao što su evropsko upravljanje, višeslojno upravljanje ili nadnacionalno upravljanje (bottum-up perspektiva). U tom cilju se u EU stvaraju upravne strukture i postupci koji omogućavaju sprovođenje evropskog projekta i funkcionisanje EU kao političke zajednice sui generis. U pitanju je poseban evropski model posebnog evropskog upravljanja, koji imaju implikacije na karakter EU, predmet su istraživanja i analize kao poseban fenomen i s aspekta uticaja na nacionalne države i njihove upravne sisteme.

Stvaranje posebnih evropskih upravnih struktura i procesa upućuje na stvaranje posebnog upravnog sistema koji se nadovezuje na nacionalne javne uprave i kroz više nivoa omogućuje sprovođenje evropskih politika kroz primjenu evropskog prava i poseban sistem za formulisanje evropskih politika koji je podijeljen između više nivoa, primarno evropske i nacionalne, uz uključivanje drugih inte-

---

Mr Hamdija Šarkinović, savjetnik ministra unutrašnjih poslova, Podgorica.

resa, kao što su privatni i subnacionalni. Pored toga, evropski proces upravljanja djeluje na nacionalne uprave često sa konvergirajućim učinkom, kako u organizacionom smislu, osnivanje agencija, koordinirajući mehanizmi ili u funkcionalnom smislu, uvođenjem posebnih praksi, kao što su otvorenost prema javnosti kroz pravo na pristup informacijama i dr.

Uticao evropskih integracija na javne uprave je različit i filtriran kroz domaće političko-upravne institucije, procese i odnose, pri čemu se državne uprave nazivaju tvrdavama nacionalizma.<sup>1</sup> Jedan od razloga je što EU nema ovlaštenja u području funkcionisanja i organizacije javne uprave – kako će organizovati implementaciju evropskih politika stvar je svake države posebno, jer Komisija samo nadzire implementaciju prava i “čuva Ugovore”.

Praktičan problem evropskog upravljanja (*European governance*) aktuelizovan je kroz procese produbljavanja i proširenja evropskih integracija. Proces produbljavanja (*deepening*) odnosi se na sve veći prenos ovlaštenja za odlučivanje u brojnim područjima i donošenje pravne regulative s nacionalne na evropski nivo.

Agencifikacija je globalni proces koji nije zaobišao ni Evropsku uniju, pa su agencije postale jedan od osnovnih elemenata evropskog upravnog prostora. Prve agencije u EU su osnovane u drugoj polovini XX vijeka, a razdoblje njihovog narastanja nastupa krajem XX vijeka, i početkom XXI vijeka. U Evropskoj uniji ima više od 35 agencija, a samo u agencijama I stuba i egzekutivnim agencijama zaposleno je 3 800 zaposlenih, s godišnjim budžetom od 1.1 milijardi eura. Agencije se bave gotovo svim područjima evropske nadležnosti, od politika kao što su zdravlje, zaštita na radu, željeznice, do edukacije policije, istraživanja svemira, zaštite životne sredine i dr. Nedovoljna demokratičnost EU potencira se delegacijom već delegiranih poslova<sup>2</sup> specijalizovanim agencijama koje produbljuju tehnokratiju i udaljenost od građana, ali se istovremeno nameću kao jedino rješenje za očuvanje institucionalne ravnoteže i nadoknadu slabog kapaciteta institucija, posebno Evropskog parlamenta i Evropske komisije.<sup>3</sup>

Razlozi delegacije ovlaštenja agencijama u EU velikim su dijelom isti kao i u nacionalnim državama, podstaknuti konceptima regulacije, menadžerske ideologije i opšteg trenda specijalizacije – potreba za visokostručnim i tehničkim znanjem i većom fleksibilnošću u pogledu personalnih pitanja, izdvojenim od političkih pritisaka i promjena, bujanje potrebe za regulacijom koju redovni legislativni proces ne može apsorbovati, oslobađanje izvršne vlasti za policy poslo-

<sup>1</sup> Nizzo, Carlo (2000) National Public Administrations and European Integration. SIGMA material. <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/nispacee/unpan007286.pdf>.

<sup>2</sup> Coen, David i Mark Thatcher (2006) Network Governance and Delegation: European Networks Of Regulatory Agencies. Conference paper; Towards A European Administrative Space, 16–18 November 2006, London.

<sup>3</sup> Moravcsik, Andrew (2002) In the Defence of the ‘Democratic Deficit’: Assessing the Legitimacy in the European Union, *Journal Of Common Market Studies* 40:4, 603–624.

ve i kombinovanje poslova donošenja propisa i nadzora njihove primjene u jednom tijelu i sl. Međutim, uz uobičajene motive, evropski kontekst pruža dodatne podsticaje nastanku agencija – implementacijski deficit, interesi pojedinih aktera i konkretne potrebe sektorskih politika u određenom trenutku.<sup>4</sup> Teorijski, oni se svode na funkcionalna objašnjenja prema kojem su u osnovi transakcijski troškovi; kontekstualne faktore, koji razloge nalaze u posebnim okolnostima, kao što su nastanak EFSA, čije je stvaranje uslijedilo nakon krize s BSE, ili EMSA, koja je osnovana nakon teških pomorskih nesreća; treći način objašnjenja je izomorfizam – agencije su jednostavno trend, racionalni mit, u skladu s kulturnim normama, pa tako retorika NJM pomaže širenju mita.<sup>5</sup> Istovremeno, kao i na nacionalnom nivou, bez obzira na razlog nastanka pojedine agencije, njihov je dizajn uslovljen tradicijom agencija i postojećim pravnim okvirom.

Jedan od pokretača agencifikacije je specifična institucionalna struktura evropskog upravljanja – velikim brojem agencija, odbora i drugih organizacija i tijela kojima se nastoji nadomjestiti tzv. implementacijski deficit, tj. činjenica da EU ipak nije država i nema klasični upravni aparat sprovođenje svojih politika. Agencije se tako mogu smatrati pokušajem rješenja za problem institucionalnog deficita u EU, tj. zavisnost EU o implementaciji na nacionalnom nivou<sup>6</sup>. Umjesto da se implementacija neke evropske politike ili njenog segmenta u cjelini prepusti nacionalnim državama, evropska agencija ujednačava implementaciju tako što osigurava koordinaciju, pruža podršku i informativnu osnovu, ili samostalno implementira. Istovremeno, izdvajanjem visoko specijalizovanih poslova u agencije oslobađa Komisiju od tereta kojeg nosi njen ionako slab tehnički kapacitet i njeni se resursi mogu preusmjeriti na policy funkcije, posebno u smislu inicijative i evaluacije i nadzora, uz podlogu koju osiguravaju stručne i nezavisne agencije.<sup>7</sup> Razlog stvaranja agencija je jačanje potencijala za uniformnu implementaciju evropskih politika – agencije su u funkciji ostvarenja ciljeva EU, a glavni akter je Komisija. Tako su objektivne okolnosti u smislu tehničke kompleksnosti i nužnosti specijalizacije zajedno sa slabim implementacijskim kapacitetom Evropske komisije jedan od motiva agencifikacije u EU.

Međutim, razlozi evro-agencifikacije mogu se naći i u specifičnim interesima evropskih institucija, jer je posebnost institucionalne strukture EU u smi-

---

<sup>4</sup> Szapiro, Manuel (2005) *The Framework for European Regulatory Agencies: A Balance between Accountability and Autonomy*. 3rd ECPR Conference, Budapest, September 8–11, 2005.

<sup>5</sup> Knill, Christoph i Andrea Lenschow (2005) *Compliance, Competition and Communication: Different Approaches Of European Governance And Their Impact On National Institutions*. *Journal of Common Market Studies*, 43:3, 583–606.

<sup>6</sup> Baldwin, Robert i Martin Cave (1999) *Understanding Regulation*. Oxford: Oxford University Press.

<sup>7</sup> Majone, Giandomenico (2003) *The Politics of Regulation and European Union Institutions*. U Hayward i Menon (ur.) *Governing Europe*.

slu postojanja višestrukih principala i napetosti među njima pogodovala stvaranju agencija. Savjet nije sklon jačanju Komisije pa osnivanjem agencije zadržava svoj uticaj (posebno putem upravnog vijeća agencije) i tako i nacionalne države zadržavaju posredan nadzor. No, Komisija, iako ne želi delegirati, ne zazire prebaciti poslove tehničke prirode na agencije i tako se koncentrisati na političke funkcije u skladu s njenom težnjom da postane klasični tip političke egzekutive.<sup>8</sup> Komisija podstiče delegiranje poslova agencijama na evropskoj ravni i stvaranje mreže nacionalnih regulatora u pojedinom području kako bi njene odluke dobile legitimitet ekspertize, kako bi osigurala implementaciju i ispunila institucionalni vakuum, a pri tome izbjegla saradnju s nacionalnim ministarstvima.<sup>9</sup> Komisija u agencifikaciji vidi alternativu procesu stvaranja odbora (komitologija) koji se smatra izrazito netransparentnim i jednim od glavnih aspekata demokratskog deficita u EU. Takođe i Evropski parlament podstiče osnivanje agencija jer to znači veći uticaj na osnivanje u proceduri saodlučivanja i izbjegavanje koncentrisanja ovlašćenja u drugim institucijama. Regulatorni karakter EU je posljedica depolitizacije zajedničkog tržišta – u nastojanju da ostvare glavni cilj udruživanja, a to je zajedničko tržište, članice napuštaju javnu svojinu i planiranje i okreću se regulaciji nad privatizovanim monopolima od strane eksperata u agencijama. Porast statutarne regulacije u Evropi, tj. regulacije putem nezavisnih regulatornih tijela u EU je posljedica strane strategije privatizacije i deregulacije, podstaknutih regulatornom reformom i vezan je za zakon o davnu aktivnost EU.<sup>10</sup>

Brojne agencije osnovane u okviru Evropske unije razlikuju se u pogledu naziva, veličine, formalne strukture, finansiranja, imenovanja upravljačkih struktura i obima funkcija. Osnovna podjela agencija polazi od pravne osnove za njihovo osnivanje u osnivačkim ugovorima, pa se tako razlikuju agencije u I stubu, II stubu, agencije u III stubu i ostale agencije. Unutar prve kategorije agencija, odvojeno se razmatraju podtipovi – agencije osnovane u okviru EUROATOM-a i egzekutivne agencije. Različita pravna osnova za osnivanje agencija ima implikacije na mnoge modalitete funkcionisanja i strukture, od procedure osnivanja, tipa zadataka koje obavljaju, sastava tijela koje upravlja agencijom ili vremena na koje se osniva, dok se određene karakteristike i specifičnosti u odnosu na nacionalne agencije upućuju na poseban, evropski tip agencije.<sup>11</sup>

<sup>8</sup> Curtin, Deirdre (2007) Holding (Quasi-) Autonomous EU Administrative Actors to Public Account. *European Law Journal*, 13:4, 523–541.

<sup>9</sup> Egeberg, Morten, ur. (2006) *Multilevel Union Administration. The Transformation of Executive Politics in Europe*. Palgrave Macmillan

<sup>10</sup> Majone (1996) *Regulating Europe*. Routledge

<sup>11</sup> Barbieri, Dario i Edoardo Ongaro (2008) EU Agencies: What Is Common And What Is Distinctive Compared To National Level Public Agencies. *International Review Of Administrative Sciences*, 74:3, 395–420.

Pravni osnov za osnivanje agencija u svim stubovima nalazi se u osnivačkim ugovorima, ali su pravni instrumenti različiti – u prvom stubu su uredbe Savjeta, u drugom stubu zajedničke akcije Savjeta, a u trećem stubu odluke Savjeta ili akt Savjeta (u slučaju EUROPOL-a), dok se izvršne agencije osnivaju se odlukom Komisije. Agencije-tijela Euratoma su međunarodnopravnog karaktera – osnovane su Odlukom Savjeta kao međunarodna organizacija odnosno samim Ugovorom, pa se ne mogu smatrati pravim agencijama.

#### AGENCIJE U I. STUBU

Agencije I. stuba se u terminologiji EU obično nazivaju “regulatornim” agencijama, i u tom smislu razlikuju od egzekutivnih agencija koje sprovode programe Zajednice. Naime, osnovno razlikovanje agencija u EU, saglasno dokumentima njenih institucija, prema kriterijumu funkcije, posebno Komisije, je podjela na regulatorne i egzekutivne agencije, mada postoje agencije koje ne spadaju niti u jednu od kategorija. Egzekutivne agencije su odgovorne samo za menadžerske zadatke, tj. pomažu Komisiji u implementaciji programa finansijske potpore i osniva ih Komisija na određeno vrijeme za programe za koje je sama nadležna.

Prve agencije su osnovane 1970, radi razvoja tržišta rada (EUROFOUND i CEDEFOP), čija se djelatnost sastojala u prikupljanju podataka i stručnim analizama u navedenim područjima, a od 1990. do 1994. osnovano je osam novih agencija Zajednice (za ljekove, za zaštitu životne sredine, za harmonizaciju tržišta, zaštitu raznolikosti bilja, dvije u području ljudskih prava i pomoći), a u vrijeme od 2002.-2009. osnovano je 9 agencija, u području saobraćaja, sigurnosti podataka, ribarstva, zaštite sigurnosti prehrambenih proizvoda, zaštite i kontrole raznih bolesti, hemikalija i električne energije. Agencije prvog stuba razlikuju se prema načinu i vremenu osnivanja, nazivu,<sup>12</sup> prema funkcijama i zadacima i obilježjima strukture.

Pravni osnov za osnivanje agencija u I. Stubu je sadržan u čl. 308 EZ, dok je za treći talas agencija pravni osnov sadržan u Ugovorima za pojedinu sektorsku politiku. Promjena pravnog osnova za agencije trećeg talasa imale su važnu implikaciju na odnos institucionalnih snaga jer su obilježene značajnijom ulogom Evropskog parlamenta, koji učestvuje u donošenju uredbe o osnivanju u proceduri suodlučivanja, potvrđuje godišnje izvještaje i ima važnu ulogu pri imenovanju tijela agencije.

---

<sup>12</sup> Agencije se uglavnom osnivaju pod nazivom agencije (agency), ali ima i drugih naziva – vlast (authority) – 2, centar (centre) – 2, ured (office) – 2, fondacija (foundation) – 2, institut (institute) – 1. U drugom i trećem stubu nazivi pokazuju još veću različitost – agencija, centar, institut, odnosno u trećem – ured, koledž, tijelo. Izvršne agencije osnivaju se pod nazivom agencije.



Sve su agencije osnovane aktom sekundarnog prava Unije – uredbom, s tim da je u prva dva slučaja uredbe donosio Savjet shodno odredbama čl. 308, a u trećem uredbe je donosio Savjet i EP u proceduri saodlučivanja. Sve agencije imaju pravnu sposobnost, što implicira odgovarajući stepen autonomije, ali i njihovu odgovornost u skladu s odredbama privatnog prava i materijalnu odgovornost u skladu s čl. 288(2) EZ – agencija nadoknađuje štetu koju počinii ona ili njeni zaposleni u obavljanju funkcija.

Evropske agencije u I stubu su nezavsna tijela koja se osnivaju da bi pomogla u regulaciji određenog sektora na evropskom nivou i implementaciji određene javne politike Zajednice, odnosno, agencija ima zadatak da poboljša način implementacije prava Unije. Radi se o specijalizovanim tijelima s pravnom sposobnošću kojima upravljaju upravna vijeća-odbori, sastavljena od predstavnika država članica i Komisije koja djeluju izvan nadnacionalnih institucija. Evropske agencije u I stubu se mogu načelno prema funkcijama podijeliti u dvije osnovne vrste. Prve su one koje se uglavnom bave prikupljanjem, analizom i diseminacijom informacija u određenom policy području (Cedefop, EU-OSHA, EMCDDA), i druge koje obavljaju neko javno ovlašćenje (OHIM, CPVO; EASA), implementiraju politiku odlučivanjem u pojedinačnim slučajevima, sprovode postupak registracije i sl. Unutar same kategorije regulatornih postoje one koje imaju karakter agencija koje donose odluke (*decision-making*) i izvršnih (*executive*).<sup>13</sup>

Regulatorne agencije u EU regulišu ponašanja u pojedinačnim slučajevima, odnosno daju *inpute* Evropskoj komisiji izradom tehničkih i naučnih podloga za usvajanje legislativnih mjera. Nadalje, regulatornim agencijama se smatraju i agencije koje drugim oblicima i instrumentima obavljaju upravne funkcije, prikupljanje informacija, davanje stručnih mišljenja, pružanjem određenih tehničkih usluga i slično. Regulatorne agencije se mogu podjeliti u četiri grupe. Prvoj grupi regulatornih agencija pripadaju one koje s pozicije javne vlasti uređuju odnose opštom regulativom, pojedinačnim odlukama, nadzorom ili njihova mišljenja, prijedlozi ili podloge predstavljaju obavezujuće akte u odnosu na tijelo koje konačno odlučuje, koje se nazivaju “odlučujućim” ili “kvaziregulatornim”.

Agencije u I stubu EU mogu se podijeliti na osnovu navedenih svojstava na: 1) regulatorne (odlučujuće i kvazi-regulatorne); 2) stručne agencije za policy podršku (analitičko-istraživački poslovi, informaciono-koordinacijski poslovi, monitoring javne politike) i 3) izvršne agencije (menadžersko-servisne agencije) s time da agencije ne ulaze isključivo u jednu kategoriju, već obično uključuju više različitih zadataka. Agencija koja ima regulatorne zadatke u smislu autoritativnog

<sup>13</sup> Craig, Paul (2006) *EU Administrative Law*. Oxford: Oxford University Press.

odlučivanja ima četiri inputa, za konačno donošenje odluka pet,<sup>14</sup> sa izvršnim ovlaštenjima četiri.<sup>15</sup> Upravljačka struktura agencija ima sličnu osnovu i utvrđuje se uredbom kojom se agencija osniva – upravni odbor i direktora kao osnovne organe, a u nekim slučajevima i stručni odbor, savjetodavni odbor, žalbeni odbor, naučne panele ili drugo tijelo. *Upravni odbor*<sup>16</sup> čine po pravilu predstavnici država članica i predstavnika Komisije a u nekim slučajevima predstavnika određenih interesnih grupa.<sup>17</sup> U agencijama novije generacije, traži da članovi vijeća budu stručnjaci iz konkretnog područja (EMEA, EFSA, ERA, ENISA, ERA, CFCA). Broj članova Upravnog odbora varira, ali je vezan za broj država članica,<sup>18</sup> ali, pravilo je, posebno u novijim agencijama da UV čini po jedan predstavnik svake države članice, između jednog i četiri predstavnika Komisije, predstavnici struke koji često nemaju pravo glasa (v. EMSA, ENISA, EASA, EECDC).<sup>19</sup> Veličina upravnog odbora varira od 28 (po jedan član iz države članice i 1 predstavnik EK; npr. EASA, GSA) pa sve do 83, odnosno 84 kod agencija s tripartitnom strukturom (Cedefop, Eurofound, EU-OSHA).<sup>20</sup> Mandat članova UO traje 5 godina uz mogućnost novog izbora.<sup>21</sup> UO ima po pravilu predsjednika i zamjenika koji se biraju na kraće vrijeme, obično na 3 godine. Upravni odbor po pravilu imenuje direktora agencije, usvaja godišnji program rada koje predlaže direktor, osigurava obavljanje zadataka agencije, utiče na definisanje strategije i usvaja godišnji izvještaj agencije, obično dvotrećinskom većinom, osim u izuzetnim sluča-

---

<sup>14</sup> CPVO, OHIM, EASA, ECHA u prvoj i EFSA, EMEA, EMSA, ERA, FRA u drugoj grupi.

<sup>15</sup> CDT, ETF, GSA, CFCA.

<sup>16</sup> Pod različitim nazivima - management board, administrative board, governing board, administrative council (npr. CPVO).

<sup>17</sup> Tako npr. ERA ima Upravni odbor koje se sastoji od predstavnika svih država članica, četiri predstavnika Komisije i 6 predstavnika interesnih grupa upravnika željezničke infrastrukture, željezničkih preduzeća, sindikata, željezničkih putnika i korisnika usluga prevoza. Svaka država članica i Komisija imenuje svoje predstavnike i njihove zamjenike (v. čl. 26, Uredba 881/2004/EC).

<sup>18</sup> EK je nastojala povećati svoj uticaj na imenovanje članova vijeća, te je čak u Radnom okviru (2002) te NMS (2005) predložila da vijeća imaju jednak broj članova imenovanih od Savjeta, odnosno Komisije (po 6, kao dva egzekutivna tijela) i tri predstavnika interesnih grupa bez prava glasa.

<sup>19</sup> U nekim agencijama u UO se imenuju i druge kategorije, kao što su npr. predstavnici udruženja poslodavaca i sindikata (npr. Cedefop, Eurofound) ili međunarodnih organizacija, korisnika (npr. udruge pacijenata, EMEA ili putnika, ERA), eksperata (npr. Udruženja ljekara EMEA). Predstavnici država kandidata za članstvo često se pozivaju kao posmatrači.

<sup>20</sup> Posebnost predstavlja EIGE čije UV broji 19 članova – 18 na prijedlog država članica imenuje Savjet EU, a jednog EK.

<sup>21</sup> Pravilo je 5 godina, a neke agencije imaju i kraće mandate za članove UV – 3 godine (Cedefop, Eurofound, EEA, EMEA, CDT, EIGE) ili 4 godine (ECDC, ECHA).

jevima.<sup>22</sup> Izvršnog direktora<sup>23</sup> po pravilu imenuje Upravni odbor,<sup>24</sup> na osnovu liste kandidata koju sastavlja Komisija ili njenog predloga na osnovu sprovedenog javnog konkursa.<sup>25</sup> Mandat izvršnom direktoru je po pravilu kraći ili duži od mandata članova UO, obično 3 ili 5 godina, uz mogućnost reizbora. Izvršni direktor je odgovoran za funkcionisanje agencije, izrađuje program rada, osigurava njegovu primjenu, odgovara za finansijske aktivnosti, priprema godišnji izvještaj.

*Nezavisnost(independence)*, kao jedno od osnovnih načela funkcionisanja agencija naglašena je u uredbama o osnivanju, gdje pored generalnog definisanja agencije kao nezavisne, postoje i drugi mehanizmi da se pokuša osigurati nezavisnost članova upravljačkih struktura. Primjera radi, čl. 37. EFSA određuje da su članovi Upravnog odbora, Savjetodavnog foruma i izvršni direktor dužni postupiti nezavisno, u javnom interesu, i u tom smislu postoji godišnja obaveza izrade pisane deklaracije o obavezivanju (*declaration of commitment*) i deklarisanje interesa (*declaration of interest*) koje potvrđuju odsustvo bilo kojeg interesa koji bi se mogao smatrati da utiče na nezavisnost. Uredbom se propisuju pitanja statusa zaposlenih, napredovanja, plate, beneficija, uslovarada, disciplinskemjere,<sup>26</sup> I zahtijeva se primjena evropskih standarda u pogledu jednake zastupljenosti muškaraca i žena.<sup>27</sup>

Pravna, finansijska i politička kontrola nad radom agencija sprovodi se preko različitih mehanizama, a ključni akteri su institucije Unije – Savjet, Komisija i Evropski sud i drugi organi – Evropski revizijski sud, Evropski ombudsman, Evropski nadzornik za zaštitu podataka i Evropski ured za borbu protiv prevara.

<sup>22</sup> Odredba čl. 15 Uredbe o ECDC glasi “Upravni odbor donosi odluke većinom glasova svih članova. Dvotrećinskom većinom svih članova donosi odluke kojima usvaja Pravila postupanja, unutrašnja pravila rada, predračun, godišnji program rada i imenuje i razrješava direktora.” Drugi primjer je. EASA – čl. 28 predviđa da svaki član UO ima po jedan glas i da se odluke donose 2/3 većinom osim u slučaju iz čl. 24(2)k tj. kada odlučuje o jezičnim aranžmanima u Agenciji.

<sup>23</sup> Pod nazivom director, executive director, a u dva ureda (office; OHIM i CPVO) radi se o predsjedniku (president).

<sup>24</sup> Po pravilu dvotrećinskom većinom članova koji imaju pravo glasa (npr. ENISA 20/30), ali u nekim slučajevima i strožom, kao npr. u slučaju EMSA – 4/5 svih članova UV s pravom glasa (25/31). Ista većina traži se i za razrješenje.

<sup>25</sup> Neke agencije starije generacije imaju obrnutu proceduru – direktora imenuje Komisija, na osnovu liste koju izrađuje Upravno vijeće (npr. Cedefop, Eurofound, EMCDDA).

<sup>26</sup> U agencijama II i III stuba svi zaposleni su ugovorni radnici. Tako čl. 7. akta o osnivanju ISS određuje da zaposleni Instituta (naučnici, administrativno osoblje) imaju status ‘ugovornog osoblja’ i regrutuju se iz država članica, uz kriterijume stručnosti i sposobnosti te putem fair i transparentnog oglasnog postupka.

<sup>27</sup> Na primjer, Uredba ERA predviđa tri kategorije zaposlenih – ugovorne radnike, sekundarne službenike (iz tijela EU ili država članica) te druge zaposlene.

### EGZEKUTIVNE AGENCIJE (EA)

Egzekutivne agencije, kao poseban tip izdvojenih tijela u EU osniva Komisija za implementaciju programa Zajednice i radi se po praviluo dodjeli finansijske podrške različitim projektima na osnovu javnog konkursa. Ove agencije su pomoćna tijela Komisije koje isključivo “administriraju” specifični program ili politiku pod okvirom Komisije, koje olakšavaju Komisiji koncentraciju na policy funkcije.

Pravni osnov za osnivanje ovih agencija je sadržan u *Uredbi kojom se povjeravaju određeni zadaci u upravljanju programima Zajednice, koja je usvojena 2002. i objavljena u februaru 2003. (Uredba 58/2003).*<sup>28</sup> Na ovaj način Komisija se rješava suvišnih operativnih poslova i usmjerava resurse na svoje ključne funkcije. Uredbom se reguliše struktura, poslovi, djelovanja, finansiranja, personalna pitanja, nadzor i odgovornost. *‘Intelligent Energy – Europe’*<sup>29</sup> je prva egzekutivna agencija osnovana 2003. godine, a ima ukupno šest agencija i bave se uglavnom područjima razvoja, istraživanja, preduzetništva i inovacije, zaštite potrošača i zdravlja i podsticanja kulturnih djelatnosti.

Egzekutivne agencije se saglasno odredbama čl. 308. Ugovora osnivaju odlukom Komisije kao tijela Zajednice s karakterom javne službe koja imaju pravnu samostalnost (čl. 4), na određeno vrijeme, koje se može produžiti. One imaju niži stepen autonomije nego što je imaju regulatorne agencije i imaju sjedište saglasno odredbama čl. 5. gdje su smještene Komisija i njene jedinice (Bruxelles ili Luxembourg).<sup>30</sup> Poslovi EA koje joj Komisija može povjeriti su bilo koji poslovi potrebni za sprovođenje programa, osim zadataka koji traže diskreciono odlučivanje o sprovođenju političkih odluka u djelovanje (čl. 6). Agencija ne može donositi političke odluke, niti imati mogućnost diskrecionog odlučivanja u pogledu implementacije tih političkih odluka u djelovanje, što dodatno ograničava djelovanje EA.<sup>31</sup> Poslovi koji se mogu povjeriti EA su: upravljanje jednom ili više faza nekog projekta, uključujući donošenje odgovarajućih odluka; usvajanje instrumenta za sprovođenje budžeta, posebno aktivnosti dodjele sredstava i ugovaranja;

---

<sup>28</sup> Council Regulation (EC) 58/2003 (OJ 2003 L11/1).

<sup>29</sup> Agencija je bila osnovana Odlukom 1230/2003/EC Evropskog Parlamenta i Savjeta kojom je usvojen Višegodišnji program za djelovanje u području energije ‘Inteligentna energija – Evropa’ (OJ 2003 L176/29. i to na razdoblje 1.1.2004-31.12.2008. a zatim je obuhvaćena novim programom – CIP Competitiveness and Innovation Programme 2007-2013 (Commission Decision 2007/372/EC). U okviru IEE programa i njegovog prethodnika SAVEII osnovan je veliki broj agencija u državama članicama (oko 260) koje se bave problematikom inteligentne energije tako da se može reći da je sama EA bila mehanizam ‘agencifikacije’ u nacionalnim državama.

<sup>30</sup> Egeberg, Morten, ur. (2006) *Multilevel Union Administration. The Transformation of Executive Politics in Europe*. Palgrave Macmillan.

<sup>31</sup> Craig, Paul (2006) *EU Administrative Law*. Oxford: Oxford University Press.

prikupljanje, analiza i dostavljanje Komisiji svih informacija potrebnih za implementaciju programa.

*Struktura* EA određena je kombinacijom monokratskog i kolegijalnog načela – EA ima Upravni odbor i direktora. Upravni odbor (čl. 8 i 9) sastoji se od 5 članova koje imenuje Komisija, po pravilu na 2 godine, s mogućnošću ponovnog izbora. Upravni odbor se sastaje najmanje 2 puta godišnje, usvaja godišnji program rada, budžet i ima organizacijsko-menadžerske funkcije – odlučuje o organizaciji agencije, donosi plan o broju osoblja, podnosi godišnji izvještaj Komisiji. Direktora EA imenuje Komisija u skladu s Uredbom kojom se uređuje zapošljavanje i status zaposlenih Komisije na vrijeme od 4 godine, uz mogućnost obnove mandata, s time da ga može razriješiti dužnosti i prije isteka mandata (čl. 10). U skladu sa čl. 11, direktor ima zadatak upravljanja agencijom, priprema godišnji plan rada i osigurava njegovu primjenu, priprema rad Upravnog odbora i učestvuje u njegovom radu. Priprema i objavljuje izvještaje koje podnosi EA. U svrhu osiguranja fleksibilnosti i olakšavanja funkcionisanja, o personalnim pitanjima (čl. 7/2) odlučuje direktor, a zaposleni EA obuhvataju službenike Komisije, koji su razmješteni u agenciju i zaposlene na ugovornoj osnovi. Direktor priprema prijedlog budžeta kao i završni račun za prethodnu godinu kojeg zatim Upravni odbor podnosi Komisiji i Revizijskom sudu. Budžet odobrava EP, na prijedlog Vijeća.

*Nadzor nad radom* EA u smislu nadzora zakonitosti obavlja Komisija i Evropski sud (čl. 230 EZ). Na akt EA koji sadrži povredu prava treće osobe može uložiti žalbu Komisiji svatko ko ima pravni interes ili sama država članica. EA je podložna i nadzoru od strane kontrolnih tijela koja vrše nadzor nad Komisijom – OLAF, Evropski ombudsman te Revizijski sud.

Egzekutivne agencije su izvršne agencije Komisije, koja ih osniva odlukom i odlučuje o njihovom prestanku, o njihovim poslovima, imenuje direktora i članove upravnog odbora, nadzire njihov rad, uključujući razmatranje žalbi, finansira njihove unutrašnje funkcije, sprovodi evaluaciju. Kontrola Komisije je izrazita, dok je autonomija agencije minimalna – radi se samo o određenom stepenu personalne autonomije, dok su EA bitno ograničene u pogledu odlučivanja o samoj politici ili finansiranja.

#### AGENCIJE U OKVIRU EURATOM-a

Pravni osnov za osnivanje agencije EURATOM-a sadržano u odredbama čl. 54. Ugovora u Evropskoj zajednici za atomsku energiju, kojim je 1956. g. uspostavljena jedna od tri evropske zajednice.<sup>32</sup> Radi se o dvije specifične organizacije

<sup>32</sup> Ugovor u EURATOM-u (European Atomic Energy Community Treaty) potpisan je u Rimu 25.3.1957. g. i stupio na snagu 1.1.1958.

– Fuzija za energiju (*Fusion for Energy*), osnovana odlukom Savjeta 2007. g.,<sup>33</sup> dok je Agencija za sigurnost EURATOM-a (*Euratom Supply Agency*) osnovana 1957. Ugovorom o EURATOM-u, obje agencije imaju svrhu da podupru ciljeve EURATOM-a u smislu koordinacije istraživačkih programa država članica u pogledu sigurne upotrebe nuklearne energije i pružanje informacione baze, infrastrukture i finansiranje nuklearne energije u svrhu ostvarivanja sigurnosti i dovoljne sigurnosti nuklearnom energijom.

*Fuzija za energiju* je osnovana Odlukom Savjeta na period od 35 godina, početkom 2007., čime su objedinjeni različiti programi u području nuklearne energije koji su osnivani od kraja 70-ih godina. Agenciju nadilazi članstvo u EU – učesnici zajedničkog poduhvata su ne samo države članice Euratoma, nego i sama organizacija Euratom-a, treće zemlje na osnovu sklopljenih ugovora (Švajcarska), pa se stoga i u čl. 1, st. 4. Odluke Savjeta definiše kao međunarodno tijelo odnosno međunarodna organizacija, koja osigurava saradnju s industrijom i istraživačkim sektorom u pogledu razvoja ITER projekta tako što pruža pomoć, koordinira, povezuje i priprema programe.

Agencija za sigurnost EURATOM djeluje od 1960. g., sa svrhom da osigurava redovno snabdijevanje nuklearnim gorivima, pruža savjete i podršku, nadzire tržište snabdijevanja nuklearnim gorivima. Agencija ima posebnu organizacionu strukturu, kroz različit broj članova koji predstavljaju svaku od država u Savjetodavnom odboru. Objе organizacije osnovane pod EURATOM-om se razlikuju od ostalih agencija s obzirom na pravni oblik, pravni osnov i način osnivanja – Fuzija za energiju je zajednički pothvat, preduzeće, i predstavlja međunarodnu organizaciju, dok je Agencija za snabdijevanje osnovana osnivačkim ugovorom.

#### AGENCIJE U II I III STUBU

Ugovorom iz Maastrichta osnovane su agencije II i III stuba EU – Zajedničke spoljne i sigurnosne politike odnosno saradnje u pravosuđu i unutrašnjim poslovima.

U drugom stubu su osnovane tri agencije: 1. Evropski institut za sigurnosne studije (ISS, 2001), 2. Satelitski centar EU (EUSC, 2001) i 3. Evropska odbrambena agencija (EDA, 2004).

U trećem stubu su osnovane tri agencije: 1. Evropski policijski ured (EUROPOL; 1995), 2. Evropski policijski koledž (CEPOL; 2000) i 3. Evropsko tijelo za jačanje saradnje u pravosuđu (EUROJUST; 2002).

Agencije obavljaju usko specijalizovane tehničke, naučne ili upravljačke zadatke u okviru spoljne i sigurnosne politike i kao pomoć uspostavljanju saradnje

---

<sup>33</sup> European Joint Undertaking for ITER and the Development of Fusion Energy ('Fusion for Energy'), osnovana je Odlukom Vijeća (Euroatom) 198/2007 (OJ L 90/58/2007).

članica u području borbe protiv organizovanog kriminala. Zajedničko im je da se osnivaju aktima sekundarnog evropskog prava koje donosi i inicira Savjet.

Agencije u II stubu osnovane zajedničkom akcijom Savjeta (*joint action*), a agencije u III stubu osnovane odlukom Savjeta (*decision*) odnosno njegovim aktom, na osnovu Konvencije u slučaju Europol.<sup>34</sup> Agencije II i III stuba imaju sličnu organizacionu strukturu. Upravni odbor čine predstavnici država članica, i po jedan predstavnik EK koji zastupa evropski interes, a kod agencija II stuba ulogu u UO ima i glavni sekretar Zajedničke spoljne i sigurnosne politike.

Direktora agencija u II. stubu imenuje Savjet EU na 3 godine na predlog država članica, bez sprovođenja javnog konkursa, s mogućnošću obnove mandata za još dvije godine. Direktora agencija u III stubu imenuje Savjet EU na osnovu liste koju priprema odbor za selekciju na 4 godine, s time da je kod Eurojusta procedura nešto drugačija.<sup>35</sup> Agencije II stuba su podvrgnute posebnom političkom nadzoru preko Političkog i sigurnosnog odbora Evropskog savjeta odnosno Savjeta EU, dok Europol i Eurojust imaju uspostavljena posebna nadzorna tijela za zaštitu ličnih podataka.

Za razliku od agencija u I stubu, agencije u II i III stubu u znatnoj mjeri odražavaju nacionalni karakter oba stuba, posebno kroz značajnu ulogu Savjeta EU u imenovanju i nadzoru, odsustvo EP i slabiju ulogu EK), politički nadzor, zastupljenost država članica.

## EVROPEIZACIJA I AGENCIFIKACIJA

Proces agencifikacije, kako u državama članicama EU, tako i kandidatima za članstvo je pod uticajem evropeizacije, jer zahtjevi formalne prirode u okviru sektorskih politika predstavljaju direktan pritisak na javne uprave nacionalnih država u smislu uvođenja promjena u organizaciji i funkcionisanju uprave, uključujući i osnivanje agencija. Evropska Zajednica u početku nije intervenisala u unutrašnju upravnu organizaciju članica jer je to bilo tradicionalno rezervisano za nacionalne zakonodavce, ali je sa jačanjem sektorske regulacije evropsko pravo počelo zahtijevati osnivanje posebnih nacionalnih regulatornih agencija. EU je istovremeno osnivala sopstvene institucije, agencije ili upravne mreže, koje bi u svrhu harmonizacije politika trebale povezati velik broj nacionalnih agencija u pojedinim sektorima, kao što su zaštita životne sredine, telekomunikacije, ener-

<sup>34</sup> European Police Office (EUROPOL) osnovan je na osnovu Europol Konvencije koja je usvojena na osnovu čl. K3 TEU. Međutim, EUROPOL od 2010.g. postaje agencija odlukom Vijeća 2009/371/JHA.

<sup>35</sup> Kod Eurojusta direktora imenuje Kolegijum s predložene liste na period od 5 godina.



gija, ili sigurnost hrane.<sup>36</sup> U tom je smislu evropeizacija nacionalnih agencija je proces koji je povezan sa učestvovanjem svake zemlje u evropskim integracijama i uključivanjem nacionalnih agencija u evropski agencijski sistem. EU daje podsticaj svim institucijama da promovišu stvaranje agencija, a posebno Komisija, koja uz pomoć agencija jača svoj položaj u odnosu na ostale evropske institucije, koja podstiče formiranje i na taj način ima direktan uticaj na agencije, informacionu prednost u odnosu na ostale institucije. Prema tome, agencije i mreže padaju na plodno tlo u okviru sistema evropskog upravljanja.

Druga veza između evropeizacije i agencifikacije vidljiva je iz razvoja sektorskih politika. Naime, evropeizacija nacionalnih agencija najčešće se i posmatra kroz prizmu liberalizacije i privatizacije tržišta u okviru EU i to posebno tzv. mrežnih industrija, odnosno službi (promet, telekomunikacije, energija), pa se tako ističe da je taj proces u punom zamahu od kraja 90-ih godina, glavni pokretač stvaranja nacionalnih regulatora.<sup>37</sup> Liberalizacija javnih službi zahtijeva uklanjanje monopola, specijalnih ili isključivih prava i usvajanje skupa pravila koja olakšavaju tržišno nadmetanje. Implementacija tih pravila i nadzor primjene pri tome se trebala izolovati od svakodnevnih političkih uticaja, s obzirom da je država u mnogim slučajevima ostala uključena u svojinsku strukturu ranijih monopola. Stoga se kao logičan korak za ostvarenje nezavisne regulacije sektora, odnosno osiguranje implementacije primjene pravila nametnula delegacija agencijama, nezavisnim regulatorima, ali je konkretna primjena tog pravila ostavljena državama na volju.<sup>38</sup> Evropska regulatorna država tako sa svojom tehnokratskom legitimacijom stimuliše regulatorni zaokret u mnogim područjima – od saobraćaja, telekomunikacija, energije, finansija, pa do segmenta socijalnih politika, kao što su zdravstvo, zaštita životne sredine, ravnopravnost i ljudska prava. Iako neki autori odriču evropeizaciji samostalni potencijal smatrajući da je u pozadini regulatorne promjene i agencijskog modela globalna promjena, veza između upravnih promjena na evropskom nivou i nacionalne javne uprave odvija se u okviru kombinovanog uticaja evropeizacije i generalnog zaokreta prema regulatornoj državi, odraženog upravo u sistemu evropskog upravljanja.<sup>39</sup>

Agencije su protivteža nacionalnim upravnim tradicijama i element evropeizacije javnih politika i institucija na nacionalnom nivou. Naime, da bi novi na-

---

<sup>36</sup> Napolitano, Giulio (2005) Towards a European Legal Order for Services of General Economic Interest. *European Public Law*, 11:4, 565–581.

<sup>37</sup> Geradin, Damien (2005) The Development of European Regulatory Agencies: What the EU Should Learn from American Perspective. *Columbia Journal of European Law*, 11:1, 1–75.

<sup>38</sup> Geradin, Damien i Nicolas Petit (2004) The Development of Agencies at EU and National Levels: Conceptual Analysis and Proposals for Reform. *Jean Monnet Working Paper 01/04*.

<sup>39</sup> Fleischer Julia (2005) European Agencies as Engines of Regulation? On Different Architectural Strategies of The Regulatory State. Paper Presented at the 3rd ECPR General Conference Budapest, 07-09 September 2005.

čin regulacije uobličen u evropsku politiku bilo moguće realizovati u nacionalnim državama, otpornost upravnih tradicija treba na neki način neutralizovati, a raniji regulatorni režim, i njegove strukturne komponente razgraditi.<sup>40</sup> U tom se smislu agencije unutar evropske mreže pojavljuju kao pogodan mehanizam evropeizacije.<sup>41</sup> Osnivanje nezavisnih regulatornih tijela u državama članicama propisuje se direktivama ili indirektno potiče kroz institucionalni dizajn na evropskom nivou, često omogućujući proces učenja. Osim toga, ideja agencije odnosno nezavisnih regulatornih tijela postaje svojevrsni obrazac u rješavanju pitanja regulacije pojedinih sektora.<sup>42</sup> Agencije ostaju podijeljene između evropskih i nacionalnih principa, ponašajući se kao dvostruki agenti, obilježeni nacionalnim tradicijama i lojalnostima prema zakonodavcu i ministarstvima i pripadanjem evropskoj višerazrednoj upravi s Komisijom kao posebnim oblikom izvršnog centra.<sup>43</sup>

Uticaj EU na stvaranje i funkcionisanje agencija u zemljama u tranziciji (CEE), kao i "istočna" evropeizacija generalno, pokazuje drugačiju dinamiku nego u EU, koje obilježava otpornost upravnih tradicija i sektorski pristup. U istočnoevropskim zemljama se uticaj EU na osnivanje agencija generalno smatra većim, u okviru evropeizacije novih načine regulacije i upravljanja.<sup>44</sup> Naime, te zemlje napuštaju stare načine upravljanja i traže nove, što stvara otvoren prostor za prihvatanje modela iz EU i u tom smislu recepcija je lakša i nailazi na manje prepreka i posredovanja ranijih praksi, a uvođenje novih organizacijskih oblika formalizovano je i postavljeno kao uslov za napredovanje u predpristupnim pregovorima.<sup>45</sup>

Fokusiranje Komisije na agencije i nametanje organizacijskih standarda i smjernica, što se može odvijati kroz mreže ili direktno, kako bi se osigurala implementacija *acquisa*,<sup>46</sup> često bez obzira na lokalne potrebe, dovodi do toga da agencije iskorištavaju evropski predznak, mrežu i sredstva i jačaju svoj kapacitet

<sup>40</sup> Thatcher, Mark (2003) From Industrial Policy to a Regulatory State: Contrasting Institutional Change in Britain and France. U Hayward i Menon, (ur.) *Governing Europe*.

<sup>41</sup> Feick, Jürgen (2006) Regulatory Europeanization, National Autonomy And Regulatory Effectiveness: Marketing Authorization For Pharmaceuticals. Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung Discussion Paper 02/6.

<sup>42</sup> Pedersen, Lene Holm (2006) Transfer And Transformation In Processes Of Europeanization, *European Journal of Political Research* 45: 985–1021.

<sup>43</sup> Egeberg, Morten, ur. (2006) *Multilevel Union Administration. The Transformation of Executive Politics in Europe*. Palgrave Macmillan.

<sup>44</sup> Grosse, Thomas (2006) Agencies and Agency Systems. Background paper to Phase Two of the IPA study. New Modes of Governance Project.

<sup>45</sup> V. npr. Nacionalne programe za pristupanje Crne Gore Evropskoj uniji 2008–2012.

<sup>46</sup> Koutalakis, Charalampos (2004) Smoothing Eastern Enlargement through New Modes of Governance. Conceptualising the Role of Independent Regulatory Agencies and Non-Hierarchical Steering in Pre-accession Negotiations. New Modes of Governance Integrated Project.

i položaj u odnosu na ministarstva. Legitimitet agencija i uprave generalno je uzdrman uslijed oslabljene sposobnosti države da formuliše javne politike i odgovori na potrebe društva, što dovodi do mogućnosti da regulatorne funkcije i agencije budu stvorene na štetu ključnih segmenata javne politike, kao što je zdravstvo, obrazovanje.

HAMDIJA ŠARKINOVIĆ

Advisor of The Minister of Interior, Podgorica

## AGENCIES IN THE EUROPEAN UNION

### Summary

Agencyfication in the EU is reflected in the allocation of administrative affairs of regulatory and executive character of the central authority and entrusting their specialized professional organizations set up to carry out specific tasks, protected from direct political influence, but with a certain degree of autonomy and control systems. Agencyfication is a global trend that has been developing since the 1980s, with no exception in the EU, where agencies are becoming key elements of the European governing. First two agencies were established in the EU 1975 (Cedefop and Eurofound), then, ten agencies in 1990s, and in the last decade – 25 agencies in various areas. Now, EU has 43 agencies working in all areas of EU competence of politics, trade, education, police, space exploration and technological research. The reasons for the establishment of agencies in the EU are in the concept of regulation, managerial ideology and the general trend of specialization, the need for highly skilled and technical knowledge, flexibility in personnel matters and the need to perform certain tasks done without political pressure. This means that it is a functional approach to problems that is based on specialization, expertise, credibility, independence and transparency of public action, as opposed to centralized, cumbersome and politicized bodies. EU agencies are independent bodies established by the regulation of Council or the EU Parliament, in order to help regulate a particular sector at European level. Until entry into force of the Treaty of Lisbon 2009<sup>th</sup>, agencies have been classified into the agencies in the first, second and third pillars, Euratom agencies and executive agencies. Agencies can be classified, according to the type of regulatory affairs, into real support to public policy agencies, coordination and information agencies and executive agencies. European agencies are not classic regulatory agencies because they usually do not pass regulations, but only decide in individual cases or supervise the application of rules and sanctions. The legal basis for the establishment of the agency is in the founding treaties, but with various legal instruments, because most of the agencies are established by decree of the Council, which regulates scope and powers of the agency, management structure, financial aspects and other administrative aspects. Agencies are subject to the multiple supervision of the administrative control of the Commission, the political control of the ex ante and ex post judicial and financial supervision of the European Court and the European Court of Auditors.



*JELENA ČERANIĆ*

**PRAVNI ASPEKAT UGOVORA O STABILNOSTI,  
KOORDINACIJI I UPRAVLJANJU U EKONOMSKOJ  
I MONETARNOJ UNIJI**

U V O D

Kriza kroz koju prolazi Ekonomska i monetarna unija (EMU) poslednjih četiri godine predstavlja jedan od najvećih problema sa kojim se Evropska unija suočava tokom više od pedeset godina postojanja. Ekonomska i monetarna unija je, kao najmlađi integracioni proces, izuzetno osetljiva oblast jer se tiče svakodnevnog života građana Unije. Stoga i najmanji poremećaji u tom sistemu izazivaju reakcije velikih razmera i imaju dalekosežne posledice.

Prvi znaci krize, koja se manifestuje kao dužnička kriza većeg broja zemalja, pojavili su se već sredinom 2008. godine. Naravno, postoji više uzroka koji su doveli do izbijanja krize, ali neposredni povod bio je svakako priznanje Grčke krajem 2009. godine o razmerama njenog deficita koji je krila godinama. Pošto je zahvatila i druge zemlje, poput Irske i Portugalije, kriza se tokom leta 2010. godine proširila i na banke koje su otkupile obveznice zaduženih država.

Dve godine nakon izbijanja krize, osnovan je Evropski fond za finansijsku stabilizaciju. Njegov zadatak je bio da pruža pomoć državama sa dužničkim i budžetskim teškoćama, tako što će im uz određene uslove biti dodeljivana finan-

---

Dr Jelena Čeranić, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Banja Luci; Institut za uporedno pravo u Beogradu.

sijaska pomoć. Međutim, ispostavilo se da ovaj mehanizam nije dao očekivane rezultate, a kriza je nastavila da se produbljuje.

Evropska unija se našla na raskršću, drugim rečima pred njom su bile dve mogućnosti. S jedne strane, da u slučaju neuspeha u rešavanju krize, krene putem postepene dezintegracije i s druge strane, da pokuša da pribegne efikasnijem mehanizmu za borbu protiv nagomilanih privrednih problema i obnovi stremljenja ka dubljoj integraciji. Lideri evrozone, izloženi pritiscima iz celog sveta, opredelili su se za drugi put, pokušavši da iznađu što adekvatnije rešenje za prevazilaženje krize. Tokom jeseni 2011. godine, vodili su se intenzivni razgovori o tome kako pomoći državama članicama u nevolji, ali i sprečiti da se neka država i Unija kao celina ponovo nađu u takvoj situaciji. Međutim, od samog početka bilo je neslaganja među zemljama u vezi sa planom za suzbijanje krize i spasavanje zajedničke valute.

Prevladao je stav Nemačke da bi krizu trebalo suzbijati tako što će se uspostaviti veća budžetska disciplina za države članice. Dakle, trebalo je uvesti novi mehanizam na osnovu koga će institucije EU kontrolisati javne finansije država članica Ekonomske i monetarne unije. S tim u vezi, nametnulo se pitanje na koji način uvesti ovu jaču budžetsku disciplinu za države članice, drugim rečima, kojim pravnim instrumentima pribeći kako bi se sprovele nove budžetske mere.

S obzirom na razmere krize, bilo je očigledno da samo dublja intervencija u ekonomsku i monetarnu politiku može da dovede do pozitivnih rezultata. Međutim, takva intervencija podrazumevala je promene u samom načinu vođenja ekonomskih politika država članica. Problem je bio u tome što za razliku od monetarnih politika EU koje su komunitarizovane, vođene ekonomskih politika bilo je i dalje u nadležnosti država članica. Dakle, od samog početka je postojala asimetrija unutar EMU između ekonomskog i monetarnog aspekta.

Dve najveće ekonomije EU, Francuska i Nemačka, uspele su da postignu dogovor o osnovnim elementima novog koncepta upravljanja zonom evra kako bi se suzbila dužnička kriza. Predviđene su automatske kazne za zemlje čiji deficiti prekorače tri odsto DBP-a ("zlatno budžetsko pravilo"). Na samitu u Briselu u decembru 2011. godine, svi lideri evrozone saglasili su se sa obavezujućim pooštavanjem budžetske discipline.

Nemačka i Francuska su se posebno zalagale da se novi propisi unesu u Osnivačke ugovore EU kako bi se tržišta uverila da će sve države članice moći da otplaćuju svoje dugove i da se slična kriza neće ponoviti. Naravno, za izmene i dopune Osnivačkih ugovora potrebna je saglasnost svih dvadeset sedam država članica EU. Međutim, Ujedinjeno Kraljevstvo se nije složilo sa predloženim merama i zatražilo je da mu se garantuje zaštita interesa, tačnije da se londonski Siti (finansijsko središte) izuzme, ako bude potrebno, od nadzora finansijskog sekto-

ra koji bi se sprovodio na nivou EU. Ukoliko se to ne obezbedi, Ujedinjeno Kraljevstvo je najavilo veto na izmene i dopune Osnivačkih ugovora. Inače, iz istorije evropskih integracija, poznato je da Ujedinjeno Kraljevstvo tradicionalno ne prihvata rado odluke koje dovode do produblivanja integracija, u smislu prenošenja novih ovlašćenja na Uniju. Ovoga puta, Ujedinjeno Kraljevstvo nije dobilo podršku svojih kontinentalnih partnera. Kako bi izbegle britanski veto, države članice evrozone krenule drugim putem, tj. pribegle su sasvim drugačijem instrumentu za uvođenje budžetske discipline, a to je sklapanje posebnog ugovora, nezavisno od Osnivačkih ugovora EU.

Na samitu u marta 2012. godine, dvadeset pet država članica EU je usvojilo Ugovor o stabilnosti, koordinaciji i upravljanju u Ekonomskoj i monetarnoj uniji, dok su dve države članice EU, Ujedinjeno Kraljevstvo i Republika Češka, kao što je i bilo najavljivano, odbile da potpišu ugovor, s tim što je ova druga ostavila mogućnost da ga potpiše kasnije.

Imajući u vidu višeslojnost Ugovora o stabilnosti, koordinaciji i upravljanju, on se može sagledati, tj. analizirati iz različitih uglova : ekonomije, prava, finansija, itd. U ovom radu, autor se ograničava samo na pravni aspekt, pokušavajući da rasvetli neke specifičnosti ugovora kao instrumenta međunarodnog prava u kontekstu prava EU. U prvom delu rada biće razmotren odnos Ugovora o stabilnosti, koordinaciji i upravljanju i prava EU. U okviru drugog dela rada biće ispitane neke pravne karakteristike ugovora. Posebna pažnja biće posvećena pravnoj prirodi ovog ugovora, koji objedinjuje elemente međunarodnog i komunitarnog prava. U trećem delu rada biće predstavljena uloga institucija EU na osnovu Ugovora o stabilnosti, koordinaciji i upravljanju, pre svega uloga Suda pravde EU i Evropske komisije.

#### ODNOS UGOVORA O STABILNOSTI, KOORDINACIJI I UPRAVLJANJU I PRAVA EU

Kada je reč o odnosu između Ugovora o stabilnosti, koordinaciji i upravljanju i prava EU, ovaj odnos je samim ugovorom veoma detaljno određen. Ugovorom o stabilnosti, koordinaciji i upravljanju se ne mogu menjati i dopunjavati Osnivački ugovori, kao ni protokoli koji su priključeni Ugovorima. Isto važi i za obaveze koje su preuzele države članica EU i funkcionisanje institucija EU na osnovu Osnivačkih ugovora EU i prava EU. Ugovorom o stabilnosti, koordinaciji i upravljanju na više mesta je naglašena suprematija Osnivačkih ugovora. Predviđeno je da će ugovorne strane ugovor primenjivati i tumačiti u skladu sa Ugo-



vorima na kojima počiva EU, posebno članom 4, stav 3 Ugovora o EU, uključujući i procesno zakonodavstvo kada god je potrebno da se donosi sekundarno zakonodavstvo.<sup>1</sup> Takođe je predviđeno da će se odredbe ovog ugovora primenjivati u onoj meri u kojoj su u skladu sa Ugovorima na kojima je Unija počiva i sa pravom EU. Ugovor neće zadirati u ovlašćenja Unije u oblasti ekonomske unije.<sup>2</sup> Dakle, reč je o veoma elastičnom propisu kojim se elegantno izbegava svaki mogući sukob između ugovora i prava EU, tako što je ugovorom priznata suprematija prava EU kakvo je ono danas, ali i suprematija prava EU kakvo bi ono moglo biti u budućnosti. Drugim rečima, ukoliko odredbe sekundarnog prava EU, usvojene nakon stupanja na snagu Ugovora o stabilnosti, koordinaciji i upravljanju, budu suprotnosti sa ovim ugovorom, odredbe ovog ugovora će automatski prestati da se primenjuju.

Odredbe ovog ugovora neće uticati na obaveze Unije da deluje u oblasti ekonomske unije. Ugovorom o stabilnosti, koordinaciji i upravljanju je predviđeno da će se fiskalni sporazum primenjivati tako da se ne dovode u pitanje obaveze koje proizilaze iz prava EU.<sup>3</sup> Kada je reč o sankcijama za države sa prekomernim deficitom, one će se primenjivati poštujući proceduralne zahteve Ugovora EU.<sup>4</sup> Takođe odredbe o bližoj saradnji će se primenjivati u skladu sa uslovima predviđenim Osnivačkim ugovorima EU.<sup>5</sup>

Uprkos svim ovim odredbama u prilog suprematije Osnivačkih ugovora, činjenica je da je grupa država članica odlučila da uspostavi poseban pravni okvir koji se odnosi na monetarnu uniju osnovanu Ugovorima EU i koji između ostalog uključuje odredbe o bližoj koordinaciji ekonomskih politika.<sup>6</sup>

Ugovorom o stabilnosti, koordinaciji i upravljanju je predviđeno da radeći na koordinaciji ekonomskih politika, kao što je definisano u Ugovoru o funkcionisanju EU, ugovorne strane preuzimaju obavezu da zajednički rade na ekonomskoj politici podstičući nesmetano funkcionisanje EMU i ekonomski rast kroz pojačanu konvergentnost i konkurentnost.<sup>7</sup>

<sup>1</sup> Čl. 2, st. 1 Ugovora o stabilnosti, koordinaciji i upravljanju u EMU.

<sup>2</sup> Čl. 2, st. 2 Ugovora o stabilnosti, koordinaciji i upravljanju u EMU.

<sup>3</sup> Čl. 3 Ugovora o stabilnosti, koordinaciji i upravljanju u EMU.

<sup>4</sup> Čl. 7 Ugovora o stabilnosti, koordinaciji i upravljanju u EMU.

<sup>5</sup> Čl. 10 Ugovora o stabilnosti, koordinaciji i upravljanju u EMU.

<sup>6</sup> "The Euro Area Crisis", House of Lords, European Union Committee, 25<sup>th</sup> Report of the Session 2010-2012, str. 29, Dostupno na internet stranici. <http://www.publications.parliament.uk/ld201012/ldselect/ldecom/260/260.pdf>, 17.08.2012.

<sup>7</sup> Čl. 9 Ugovora o stabilnosti, koordinaciji i upravljanju u EMU.

Takođe je predviđeno da se šefovi država ili vlada ugovornih strana čija je valuta evro neformalno sastaju na sastancima evro samita, zajedno sa predsednikom Evropske komisije. Predsednik Evropske centralne banke će takođe učestvovati na ovim sastancima.<sup>8</sup> Predsednika evro samita biraju šefovi država ili vlada ugovornih strana čija je valuta evro prostom većinom u isto vreme kada Evropski savet bira svog predsednika i na isti vremenski period.<sup>9</sup> Sastanci evro samita se održavaju po potrebi, ali najmanje dva puta godišnje i na njima se diskutuje o pitanjima u vezi sa specifičnim obavezama ugovornih strana čija je valuta evro, a odnose se na jedinstvenu valutu, drugim pitanjima u vezi sa upravljanjem zonom evra i propisima koji se primenjuju na nju, i strateškim orijentacijama za vođenje ekonomskih politika u cilju povećanja konvergentnosti u zoni evra.<sup>10</sup>

Inače, u vreme rada na tekstu Ugovora o stabilnosti, koordinaciji i upravljanju, pitanje učešća onih zemalja koje nisu članice EMU na evro samitima izazvalo je ozbiljnu raspravu. Naročito oštre stavove zauzele su Poljska i Francuska. S jedne strane, Poljska, koja nije članica evrozona, je zapretila da neće prihvatiti ugovor ukoliko joj ne bude omogućeno da prisustvuje sastancima predsednika država evrozona. S druge strane, Francuska je insistirala na tome da samo sedamnaest država članica koje koriste zajedničku valutu mogu da razmatraju pitanja koja se tiču evra. Na kraju je ipak postignuto kompromisno rešenje. Ugovorom je predviđeno da će ugovorne strane čija valuta nije evro, a koje su ratifikovale ugovor, prisustvovati sastancima evro samita na kojima se diskutuje o konkurentnosti ugovornih strana, izmenama globalne arhitekture evrozona i osnovnim pravilima koja će se primenjivati u budućnosti, kao i, kada je pogodno, a najmanje jednom godišnje, raspravama o specifičnim pitanjima koja se tiču primene Ugovora o stabilnosti, koordinaciji i upravljanju u EMU.<sup>11</sup>

Bez obzira na brojne garancije da postojanje ovog ugovora neće uticati na normalno funkcionisanje EU, neka pitanja ostavljaju prostor za zabrinutost. Pre svega, postoji opasnost da odredbe o koordinaciji ekonomskih politika i upravljanju mogu zadirati u oblasti koje se odnose na unutrašnje tržište, što spada u nadležnost svih država članica, tj. cele Unije.

Zatim, postoji mogućnost da na sastancima država članica evrozona, predstavnici ovih zemalja neformalno postignu saglasnost o pitanjima o kojima zapravo odlučuje Evropski savet u punom sastavu. Ovo pitanje tzv. glasačkog sindikata / konzorcijuma (eng. *voting syndicate*), veoma je zanimljivo i kontraverzno.

---

<sup>8</sup> Čl. 12, st. 1, tač. 1 Ugovora o stabilnosti, koordinaciji i upravljanju.

<sup>9</sup> Čl. 12, st. 1, tač. 2 Ugovora o stabilnosti, koordinaciji i upravljanju.

<sup>10</sup> Čl. 12, st. 2 Ugovora o stabilnosti, koordinaciji i upravljanju.

<sup>11</sup> Čl. 12, st. 3 Ugovora o stabilnosti, koordinaciji i upravljanju.

Da li je to u skladu sa pravom EU? Da li to utiče na prava ostalih država članica EU? Činjenica da su se potpisnice Ugovora o stabilnosti, koordinaciji i upravljanju dogovorile da glasaju na određeni način u okviru Saveta će uticati na rad te institucije EU. Međutim, ne postoji li već godinama ista situacija među državama evrozone? Sastanci Saveta zemalja Ekofina obično prethode sastanci ministara finansija zemalja evrozone na kojima se oni dogovore o određenim stavovima, i nakon toga u Savetu glasaju u skladu sa time. Dakle, već postoji tzv. glasački sindikat zemalja evrozone. Iako jedan deo doktrine izražava ozbiljne sumnje u vezi sa legalnošću ovog mehanizma,<sup>12</sup> na osnovu iskustava iz prakse, proizilazi da ovakvi dogovori zapravo olakšavaju donošenje odluka u Savetu. Stoga se oni ne moraju posmatrati kao povreda obaveze saradnje. Shodno tome, i eventualno uspostavljanje glasačkog sindikata u slučaju Ugovora o stabilnosti, koordinaciji i upravljanju, može se tumačiti na isti način.<sup>13</sup>

Jedno od spornih pitanja koje se često pominje jeste iz kojih zemalja će biti ličnosti koje obavljaju ključne pozicije u EU. Naime, u ovom trenutku, sve tri ključne pozicije u Uniji, a to su funkcije predsednika Evropskog saveta, predsednika Evropske komisije i predsednika Evropskog parlamenta, zauzimaju predstavnici zemalja evrozone. Da li to zapravo znači da u budućnosti teško da će na bilo koju od ove tri pozicije doći predstavnik neke od zemalja koja je izvan zone evra?<sup>14</sup> Kako o tome nema eksplicitnih odredbi, ostaje da se vidi kako će se u budućnosti raspodeljivati ove funkcije.

#### PRAVNE KARAKTERISTIKE UGOVORA O STABILNOSTI, KOORDINACIJI U EMU

Budući da nije bila postignuta saglasnost među državama članicama EU, odredbe o budžetskoj disciplini nisu unete u Osnivačke ugovore EU, već je sklopljen poseban ugovor. Činjenica da se ovaj novi ugovor nalazi izvan ugovorne arhitekture EU, otvara niz ozbiljnih pravnih i praktičnih pitanja, kao što su pravna priroda ovog ugovora, diferencirana integracija, stupanje na snagu ugovora, itd.

<sup>12</sup> M. Maduro, "Another Legal Monster", *EUI Working Papers*, str. 3–4, Dostupno na internet stranici : [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2068674](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2068674), 16.08.2012.

<sup>13</sup> B. De Witte, "Another Legal Monster", *EUI Working Papers*, str. 7, Dostupno na internet stranici : [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2068674](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2068674), 16.08.2012.

<sup>14</sup> "The Euro Area Crisis", House of Lords, European Union Committee, 25<sup>th</sup> Report of the Session 2010–2012, str. 30, Dostupno na internet stranici. <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld201012/ldselect/ldeucom/260/260.pdf>, 17.08.2012.

Pravna priroda Ugovora o stabilnosti, koordinaciji  
i upravljanju u EMU

Kako bi se razmotrila pravna priroda Ugovora o stabilnosti, koordinaciji i upravljanju, možda je najjednostavnije poći od toga šta ovaj ugovor nije. Ovaj ugovor definitivno ne spada u Osnivačke ugovore EU, ni sa stanovišta procedure, ni sa stanovišta sadržine. Ovo je ugovor koji su države članice zaključile između sebe (*inter se*). Konstatacija da je reč o ugovoru *sui generis* jeste tačna, ali time i dalje nije rasvetljena njegova pravna priroda.

Celokupna naučna i stručna javnost je saglasna da Ugovor o stabilnosti, koordinaciji i upravljanju predstavlja međunarodni ugovor, zaključen između određenog broja država članica EU. Međutim, ovaj ugovor nije samo međunarodni ugovor. Stoga je najprikladnije reći da je ovo ugovor posebne prirode, jer dovodi do mešanja elemenata međunarodnog i komunitarnog prava. U čemu se ogleda ta njegova posebnost u odnosu na međunarodno pravo i komunitarno pravo? Nesporno je da je to ugovor međunarodnog prava, ali on nije samo to. Ono što bi moglo biti sporno jeste da sam ugovor sadrži odredbu da će biti tumačen u skladu sa pravom EU. Reč je o metodi usklađenog tumačenja, čime se otvara pitanje tendencije ka internacionalizaciji evropskog prava.<sup>15</sup>

Budući da u ovom ugovoru gotovo da nema značajnih novina u odnosu na postojeće Ugovore, čini se da nije bilo ni pravne ni političke potrebe za donošenjem jednog ovakvog međunarodnog ugovora. Ipak, mišljenja su podeljena kada je reč o tome da li postojanje ovog ugovora stvara probleme posmatrano u kontekstu prava EU.

Analizirajući Ugovor o stabilnosti, koordinaciji i upravljanju, jedan broj autora je citirao profesora Stiva Pirsu (*Steve Peers*) koji je svojevremeno, govoreći o Ugovoru iz Maastrichta, upotrebio, sada već čuveni izraz "pravni monstrum". Dakle, deo doktrine smatra da je i ovoga puta reč o pravnom monstrumu kojim se ne rešava gotovo ni jedan problem.<sup>16</sup> Međutim, postavlja se pitanje da li ovaj ugovor "minimalističkih namera"<sup>17</sup> zaslužuje takvu kvalifikaciju? Drugi deo doktrine smatra da ne zaslužuje jer je zapravo u pitanju manje originalan akt. Možda bi se ovaj ugovor i mogao nazvati monstrumom, ako se posmatra njegova sadržina, ali

---

<sup>15</sup> R. Vukadinović, "Ugovor o stabilnosti : antikrizne šanse i ustavne posledice", *Naučni skup FPN*, Dostupno na Internet stranici: <http://www.fpn.bg.ac.rs/2012/06/21/ugovor-o-stabilnosti-antikrizne-sanse-i-ustavne-posledice/>, 15.08. 2012.

<sup>16</sup> Među nima su: L. Azpuli, M. Maduro, "Another Legal Monster", *EUI Working Papers*, str. 3–5, Dostupno na internet stranici: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2068674](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2068674), 16.08.2012.

<sup>17</sup> S. Samardžić, "Ugovor o stabilnosti: antikrizne šanse i ustavne posledice", *Naučni skup FPN*, Dostupno na Internet stranici : <http://www.fpn.bg.ac.rs/2012/06/21/ugovor-o-stabilnosti-antikrizne-sanse-i-ustavne-posledice/>, 15.08. 2012.

sam instrument, tj. sporazum između određenog broja država članica EU, je nešto što postoji od samog osnivanja Evropskih zajednica.

U istoriji evropskih integracija bilo je dosta slučajeva onoga što bi se moglo nazvati posebni sporazumi, a to su ugovori između nekih, ali ne svih država članica. Jedan takav sporazum stupio je na snagu skoro u isto vreme kada su uspostavljene Evropske zajednice. To je Ugovor kojim se uspostavlja Ekonomska unija između zemalja Beneluksa. Naime, sam Ugovor o Evropskoj ekonomskoj zajednici sadržao je odredbu kojom se odobrava ovaj ugovor, čija se sadržina u značajnom delu preklapala sa sadržinom EEZ Ugovora, ukoliko on ide dalje od prava EEZ i nijedan od pravnih propisa nije u suprotnosti sa pravom EEZ. Ova eksplicitna odredba i dalje postoji u Ugovorima.<sup>18</sup> U godinama koje su usledile, sklopljen je veliki broj sličnih ugovora, među kojima su najpoznatiji Sporazum o socijalnoj politici i Šengenski sporazum.

Između Sporazuma o socijalnoj politici i Ugovora o stabilnosti, koordinaciji i upravljanju, formalno postoji bar jedna sličnost, a to je da je reč o ugovorima koji su zaključeni između skoro svih država članica EU. Naime Sporazum o socijalnoj politici potpisalo je jedanaest od tada dvanaest država članica (Ujedinjeno Kraljevstvo je bila ona jedna zemlja koja se protivila sporazumu). Ovaj sporazum je priključen Ugovoru iz Maastrichta na osnovu posebnog Protokola o socijalnoj politici kojim je omogućeno grupi od jedanaest država članica EU da, u oblasti socijalne politike, koriste instrumente Unije.

Takođe, Šengenski sporazum i Šengenska konvencija inicijalno su zaključeni između ograničenog broja država i nezavisno od Osnivačkih ugovora. Kasnije se u ovu saradnju uključio veliki broj zemalja EU. Odredbe o saradnji država članica u zoni Šengena unete su u Ugovor iz Amsterdama 1997. godine i tako je ova saradnja postala deo pravnog poretka EU. Međutim, i danas pojedine zemlje EU ne učestvuju u Šengenskoj saradnji.

Ukoliko se detaljnije pogledaju ovi posebni sporazumi, mogu se uočiti dve kategorije. U prvoj kategoriji su specijalni interesni sporazumi, kada neke države članice imaju specijalne interese u nekoj oblasti, koje drugi nemaju, npr. zaštita životne sredine na Alpima. Dakle, samo one države članice čija teritorija je deo Alpa imaju interesa da zakluče takav sporazum. Drugoj kategoriji pripadaju sporazumi kojima se pokreće unapred agenda evropskih integracija u onim situacijama kada za to nisu spremne sve države članice. Ovoj drugoj kategoriji pripadaju Sporazum u oblasti socijalne politike i Šengenski sporazum, kao i Ugovor o stabilnosti, koordinaciji i upravljanju.<sup>19</sup>

<sup>18</sup> Čl. 350 Ugovora FEU.

<sup>19</sup> B. De Witte, "Another Legal Monster", *EUI Working Papers*, str. 6, Dostupno na internet stranici : [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2068674](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2068674), 16.08.2012.

Dakle, deo naučne misli smatra da, iako nije bilo ni pravne ni političke potrebe za ovim međunarodnim ugovorom, on ne stvara velike probleme iz perspektive prava EU.<sup>20</sup>

### *Diferencirana integracija*

S obzirom na to da Ugovor o stabilnosti, koordinaciji i upravljanju nije potpisalo svih dvadeset sedam država članica EU, već njih dvadeset pet, ovaj ugovor predstavlja oblik diferencirane integracije. Pod diferenciranošću (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 posebnim ritmom.<sup>21</sup>

Iako je diferencirana integracija, kao tehnika za uspostavljanje saradnje između određenog broja država članica, korišćena od samog osnivanja Evropskih zajednica, ovaj koncept je prvi put institucionalizovan 1997. godine Ugovorom iz Amsterdama. U Osnivačke ugovore unete su odredbe o bližoj saradnji kao mehanizmu koji omogućava da se određeni broj država članica EU povezuje između sebe i unapređuje saradnju u okviru neke od politika Unije.

Danas tehnika diferencirane integracije često predstavlja put za izbegavanje drugih, komplikovanijih načina za postizanje određenih ciljeva. U konkretnim slučajevima, odredbe o budžetskoj disciplini trebalo je da budu predmet izmena i dopuna Osnivačkih ugovora. Budući da se pokazalo da to nije izvodljivo, zainteresovane države i dalje su imale mogućnost da pokrenu mehanizam bliže saradnje predviđen Osnivačkim ugovorima.<sup>22</sup> Kako pokretanje ovog mehanizma podrazumeva ispunjenje velikog broja kako formalnopravnih, tako i materijalopravnih uslova, države članice su se opredelile za jednostavnije rešenje, a to je međunarodni ugovor. Interesantno je da se države članice, kada su u krizi i ne znaju šta da rade, vraćaju na ono što znaju, a to je sklapanje tradicionalnih međunarodnih sporazuma.<sup>23</sup>

Inače, sama tehnika diferencirane integracije i mehanizam bliže saradnje kao institucionalizovani oblik ovog koncepta, imaju dva različita obrazloženja

---

<sup>20</sup> B. De Witte, "Another Legal Monster", *EUI Working Papers*, Dostupno na interne stranici : [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2068674](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2068674), 16.08.2012.

<sup>21</sup> J. Čeranić, *Oblici povezivanja država članica u Evropskoj uniji*, Službeni glasnik, Beograd, 2011, str. 22.

<sup>22</sup> Čl. 20 Ugovora EU.

<sup>23</sup> M. Cremona, "Another Legal Monster", *EUI Working Papers*, str. 9–10, Dostupno na interne stranici : [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2068674](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2068674), 16.08.2012.

koja su ponekad u suprotnosti jedno sa drugim. Prvo je da se diferenciranost (bliža saradnja) posmatra kao avan-gardni instrument, u smislu učesnici koji idu napred, da produbljuju integracije, u očekivanju da će se i ostale zemlje pridružiti kasnije. Drugo je da se diferenciranost (bliža saradnja) posmatra kao način za de-blokadu, tj. prevazilaženje protivljenja pojedinih država prilikom donošenja odluka, tako što će te države izostati iz saradnje. Zanimljivo je da sam Ugovor o stabilnosti, koordinaciji i upravljanju ima karakteristike oba aspekta bliže saradnje. S jedne strane, ugovorom je predviđena mogućnost da države potpisnice ugovora između sebe otpočinjū bližu saradnju,<sup>24</sup> što znači da će nastaviti sa diferenciranošću u okviru Ugovora EU. Države potpisnice Ugovora o stabilnosti, koordinaciji i upravljanju će moći da koriste pomenuti mehanizam u oblastima koje su od ključne važnosti za nesmetano funkcionisanje zone evra.<sup>25</sup> Precizirano je da se to mora raditi bez podrivanja unutrašnjeg tržišta. S druge strane, samim ugovorom je predviđeno da je cilj ovog ugovora da postane deo pravnog poretka EU, tj. da se u roku od pet godina od njegovog stupanja na snagu, odredbe ovog ugovora unesu u Osnivačke ugovore.<sup>26</sup> Dakle, ugovor sam sebe predstavlja prelazni period integracije.<sup>27</sup>

*Stupanje na snagu Ugovora o stabilnosti,  
koordinaciji i upravljanju u EMU*

Jedno od zanimljivih i neuobičajenih rešenja predviđenih Ugovorom o stabilnosti, koordinaciji i upravljanju tiče se njegovog stupanja na snagu i početka primene.

Samim ugovorom je predviđeno da će ugovorne strane ratifikovati ugovor u skladu sa svojim unutrašnjim, ustavnim propisima.<sup>28</sup> Ovaj ugovor će stupiti na snagu 1. januara 2013, ukoliko dvanest ugovornih strana čija je valuta evro depopnuju ratifikacione instrumente, ili prvog dana u mesecu nakon deponovanja dvanaestog ratifikacionog instrumenta ugovorne strane čija je valuta evro.<sup>29</sup> Ugovor će se primenjivati od datuma stupanja na snagu među ugovornima stranama čija je valuta evro koje su ga ratifikovale. Na ostale ugovorne strane čija je valuta evro

<sup>24</sup> Čl. 10 Ugovora o stabilnosti, koordinaciji i upravljanju.

<sup>25</sup> Čl. 10 Ugovora o stabilnosti, koordinaciji i upravljanju u EMU.

<sup>26</sup> Čl. 16 Ugovora o stabilnosti, koordinaciji i upravljanju.

<sup>27</sup> M. Cremona, "Another Legal Monster", *EUI Working Papers*, str. 9–10, Dostupno na interne stranici : [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2068674](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2068674), 16.08.2012.

<sup>28</sup> Čl. 14, st. 1 Ugovora o stabilnosti, koordinaciji i upravljanju.

<sup>29</sup> Čl. 14, st. 2 Ugovora o stabilnosti, koordinaciji i upravljanju.



ugovor će se primenjivati od prvog dana u mesecu nakon deponovanja njihovih ratifikacionih instrumenata.

Dakle, postupak stupanja na snagu ugovora razlikuje se od uobičajenog i omogućava manjim državama članicama da koriste nove mehanizme.<sup>30</sup> Ugovorom o stabilnosti, koordinaciji i upravljanju je predviđeno da će stupiti na snagu ukoliko ga samo dvanaest od dvadeset pet potpisnica ratifikuje. Ovo nije nevažan detalj, naravno, zato što se mogu očekivati veliki problemi u fazi ratifikacije (npr. u Irskoj gde će tim povodom biti održan referendum).

Činjenica da se sklapanjem međunarodnog ugovora mogu usvojiti posebni propisi za njegovo stupanje na snagu, predstavlja veliku prednost ovog instrumenta u odnosu na izmene i dopune Osnivačkih ugovora. Pre svega, za izmene i dopune Ugovora potrebna je saglasnost svih država članica EU (što ostavlja mogućnost upotrebe veta). Osim toga, da bi izmene i dopune Ugovora stupile na snagu potrebno je da ih ratifikuju sve države članice. Svaka država članica EU, u skladu sa svojim unutrašnjim, ustavnim propisima, odlučuje kom načinu ratifikacije će pribeći. U većini slučajeva izmene i dopune Ugovora ratifikuju nacionalni parlamenti država članica. Međutim, ponekad se države članice opredeljuju za ratifikaciju putem referenduma, a u određenim slučajevima je referendum obavezan. Upravo zbog ovakvog načina ratifikacije Unija je, poslednjih deset godina, imala velikih problema.<sup>31</sup> Stoga se, u slučaju krize Ekonomske i monetarne unije, pribeglo fleksibilnijem načinu usvajanja predloženih rešenja: posebnom ugovoru. Ovaj ugovor uopšte ne moraju da potpišu sve države članice EU. Štaviše da bi stupio na snagu ne moraju ga ni ratifikovati sve države potpisnice ugovora.

#### ULOGA INSTITUCIJA EU NA OSNOVU UGOVORA O STABILNOSTI, KOORDINACIJI I UPRAVLJANJU

Svakako jedno od najspornijih, ali i najzanimljivijih pitanja koje se postavlja kod Ugovora o stabilnosti, koordinaciji i upravljanju jeste uloga koja je ovim ugovorom dodeljena institucijama EU. Budući da je reč o međunarodnom ugovoru koji je sklopljen izvan pravnog poretka EU i nezavisno od Osnivačkih ugovora,

---

<sup>30</sup> A. Čavoški, "Ugovor o stabilnosti: antikrizne šanse i ustavne posledice", *Naučni skup FPN*, Dostupno na Internet stranici : <http://www.fpn.bg.ac.rs/2012/06/21/ugovor-o-stabilnosti-antikrizne-sanse-i-ustavne-posledice/>, 15.08. 2012.

<sup>31</sup> Najpre je propao projekat Ugovora o Ustavu EU jer su ga odbile Francuska i Holandija na referedumu. Nakon toga je došlo do velikih problema u vezi sa ratifikacijom Ugovora iz Lisabona, pre svega u Irskoj, a zatim i u Poljskoj i Češkoj.

možemo govoriti o, uslovno rečeno, pozajmljivanju institucija.<sup>32</sup> Na ovom mestu, trebalo bi napraviti razliku između nadležnosti koje su ovim ugovorom dodeljene, s jedne strane, Evropskom sudu pravde i s druge strane, ostalim institucijama EU.

### *Evropski sud pravde*

Ugovorom o stabilnosti, koordinaciji i upravljanju je predviđeno da će Komisija predstaviti ugovornim stranama izveštaj o tome dokle je stigla svaka od njih sa usvajanjem odredbi u skladu sa članom 3, stav 2 ovog ugovora. Ukoliko Evropska komisija, nakon što je ugovornim stranama dala mogućnost da dostave svoja zapažanja, zaključiti u izveštaju da neka ugovorna strana nije ispunila obaveze u skladu sa članom 3, stav 2, jedna od ugovornih strana može podneti tužbu Sudu pravde EU. Kada neka ugovorna strana smatra, nezavisno od izveštaja Komisije, da neka druga ugovorna strana ne ispunjava obaveze u skladu sa članom 3, stav 2 ovog ugovora, takođe može podneti tužbu Sudu pravde. U oba slučaja, presuda Suda pravde će biti obavezujuća za strane u sporu, koje će preduzeti neophodne mere kako bi postupile u skladu sa presudom u vremenskom roku koji odredi Sud pravde.<sup>33</sup>

Od samog osnivanja Evropskih zajednica, Ugovorima je predviđeno da države članice mogu da odrede nadležnost Suda pravde EU na osnovu specijalnog sporazuma među stranama, za svaki spor između država članica koji se tiče materije Ugovora.<sup>34</sup> Materija Ugovora o stabilnosti, koordinaciji i upravljanju je blisko povezana sa Ugovorom EU i Ugovorom o funkcionisanju EU. Takođe, u samom Ugovoru o stabilnosti, koordinaciji i upravljanju stoji da ovaj ugovor predstavlja poseban sporazum između ugovornih strana u smislu člana 273 Ugovora FEU.<sup>35</sup>

Ova mogućnost dodeljivanja dodatnih nadležnosti Sudu pravde je više puta korišćena u prošlosti, a najpoznatiji slučaj je Briselska konvencija o određivanju nadležnosti suda i priznanju presuda (sada je zamenjena Uredbom Brisel I). Reč je o konvenciji zaključenoj između država članica EZ kojim su one uspostavile prethodni postupak koji je uključivao i Sud pravde, sličan ali ne identičan sa prethodnim (prejudicijalnim) postupkom predviđenim Ugovorom EZ.

<sup>32</sup> B. De Witte, "Another Legal Monster", *EUI Working Papers*, str. 6–7, Dostupno na internet stranici : [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2068674](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2068674), 16.08.2012.

<sup>33</sup> Čl. 8, st. 1 Ugovora o stabilnosti, koordinaciji i upravljanju.

<sup>34</sup> Čl. 273 Ugovora FEU.

<sup>35</sup> Čl. 8, st. 3 Ugovora o stabilnosti, koordinaciji i upravljanju.

Bilo je nekih pitanja da li ovaj ugovor potpada u polje nadležnosti ugovora, kao što je to predviđeno članom 273 Ugovora o funkcionisanju EU. S tim u vezi profesor Pirs je izneo veoma dobar argument rekavši da je članom 344 Ugovora o funkcionisanju EU već dodeljena ekskluzivna nadležnost Sudu pravde kada god su Ugovori u pitanju, tako da član 273 Ugovora o funkcionisanju EU i treba da upućuje na nešto van aktuelnog sadržaja Ugovora EU, ali da se tiče materije Ugovora.<sup>36</sup>

Pitanje koje se postavlja kod Suda pravde, a nameće se i kada je reč o drugim institucijama, jeste da li se ova ovlašćenja mogu dodeliti Sudu pravde većinom, a ne jednoglasno (saglasnošću svih država članica), i da li se to može učiniti jednim međunarodnim sporazumom između nekih, ali ne svih država članica. Što se tiče prvog dela pitanja, pojedini autori ističu da je ovo ugovor u okviru člana 273 Ugovora o funkcionisanju EU, a ne izvršenje ovlašćenja na osnovu ovog člana. Članom 273 se ne dodeljuje ovlašćenje Uniji, već se omogućava instituciji Unije da prihvati nadležnost ukoliko je odlučeno da se njoj poveri slučaj. Na osnovu teksta se ne zahteva jednoglasnost, već samo da postoji specijalan sporazum među stranama u sporu. Što se tiče drugog pitanja, postoje precedenti kada je reč o dodeli nadležnosti Sudu pravde u situacijama kada sve države članice nisu potpisnice ugovora. U slučaju Rimske konvencije iz 1980. godine, nadležnost Suda pravde je ustanovljena na osnovu dva protokola i države članice koje su usvojile ova dva protokola donele su Deklaraciju kojim je predviđeno da svaka država koja postane članica Evropskih zajednica treba da pristupi ovom protokolu. Dakle, može se zaključiti da se na osnovu člana 273 Ugovora o funkcionisanju EU ne traži ni jednoglasnost ni učešće svih država članica.<sup>37</sup>

### *Ostale institucije*

Osnivačkim ugovorima je predviđeno da će institucije EU delovati u okvirima ovlašćenja koja su im dodeljena Ugovorima (pod Ugovorima se podrazumevaju Ugovor EU, Ugovor o funkcionisanju EU i nijedan drugi ugovor). Ova odredba bi mogla biti jak tekstualni argument za stanovište da se međunarodnim ugovorima, kao što je ovaj, ne mogu dodeljivati nikakve nove nadležnosti Komisiji, Parlamentu i Savetu. Iako su ovlašćenja koji su Ugovorom o stabilnosti, koordi-

---

<sup>36</sup> "The Euro Area Crisis", House of Lords, European Union Committee, 25<sup>th</sup> Report of the Session 2010-2012, str. 30-32, Dostupno na internet stranici. <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld201012/ldselect/lducom/260/260.pdf>, 17.08.2012.

<sup>37</sup> M. Cremona, "Another Legal Monster", *EUI Working Papers*, str. 9-10, Dostupno na interne stranici : [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2068674](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2068674), 16.08.2012.

naciji i upravljanju dodeljena institucijama EU dosta skromna, činjenica je da su neka ovlašćenja ipak dodeljena ovim trima institucijama.

Jedan od načina da se objasne ovakve odredbe Ugovora o stabilnosti, koordinaciji i upravljanju je da se napravi razlika između ovlašćenja i zadataka. Naime, Ugovorima je predviđeno da su nadležnosti institucija EU određene samim Ugovorima. Međutim, to ne isključuje mogućnost da se ovim institucijama dodele dodatni zadaci / zaduženja, sve dok su oni u skladu sa njihovim nadležnostima. Kako bi se objasnila ova razlika, može se napraviti paralela sa sekundarnim zakonodavstvom EU, na osnovu koga se novi zadaci često dodeljuju Komisiji i Savetu, npr. kako bi dalje sprovodili neki zakonodavni akt. Ovi zadaci su u skladu sa opštim ugovornim ovlašćenjima ovih institucija, ali oni su dodatni zadaci, u smislu da nisu detaljno određeni u Ugovorima, već se postepeno uspostavljaju, u skladu sa razvojem prava EU. U konkretnom slučaju (Ugovor o stabilnosti, koordinaciji i upravljanju), do uspostavljanja novih zadataka ne dolazi na osnovu sekundarnog zakonodavstva EU, već na osnovu posebnog međunarodnog ugovora. Osnovna razlika u odnosu na sekundarno zakonodavstvo se ogleda u tome da Komisija i Savet nemaju obavezu da ispunjavaju ove zadatke, već su slobodni da odluče da li će ih prihvatiti ili ne (iako će ih naravno prihvatiti).

Nakon što je napravljena razlika između nadležnosti i zadataka na ovaj način, postavlja se pitanje da li se ovi dodatni zadaci određeni Ugovorom o stabilnosti, koordinaciji i upravljanju uklapaju sa njihovim ustavnim nadležnostima, definisanim Ugovorom EU i Ugovorom o funkcionisanju EU? Kada se stvari ovako postave, čini se da se uklapaju: u kontekstu njihovih nadležnosti u oblasti Ekonomske unije, koja je skorije vreme razrađena zakonodavstvom *Six-pack*, institucije će takođe izvršavati zadatke koji su im dodeljeni na osnovu Ugovora o stabilnosti, koordinaciji i upravljanju.<sup>38</sup>

Jedna od pitanja koje je izazvalo najviše pažnje tiče se nemogućnosti da Evropska komisija podnese tužbu Sudu pravde. Naime, ugovorom je predviđeno da Komisija sastavlja izveštaj, a da su ugovorne strane te koje mogu podneti tužbu, tj. da sama Komisija nema aktivnu legitimaciju. Ukoliko se pogledaju ranije verzije ovog ugovora, uočava se da se uloga Komisije menjala. Naime, u jednom momentu bilo je predloženo da Komisija može da podnese tužbu Sudu pravde u slučaju da neka ugovorna strana ne primenjuje član 3, stav 2 Ugovora. Međutim, u kasnijim verzijama se ova odredba izgubila. Iako deo doktrine smatra da se iza nestanka ove odredbe kriju neki drugi, dublji razlozi (npr. da se umanjí uloga i time oslabi značaj Komisije), za brisanje ove odredbe postoji pravno obrazloženje.

<sup>38</sup> B. De Witte, "Another Legal Monster", *EUI Working Papers*, str. 6–7, Dostupno na internet stranici: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2068674](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2068674), 16.08.2012.

Naime, sam član 273 Ugovora o funkcionisanju EU, kojim je predviđena mogućnost dodele nadležnosti Sudu pravde, odnosi na sporove između država članica.<sup>39</sup> Ipak, ostaje nejasno kako će se odlučivati koja države ili države će otpočinjati postupak pred Sudom pravde EU i da li će države članice uopšte biti zainteresovane za pokretanje postupaka pred Sudom pravde EU.<sup>40</sup>

## ZAKLJUČAK

Ugovor o stabilnosti, koordinaciji i upravljanju u EMU predstavlja pokušaj država članica EU da prevaziđu najveću krizu kroz koju Unija prolazi od vremena kada je osnovana. Reč je o ugovoru, potpisanom između dvadeset pet država članica EU, izvan pravnog poretka EU i nezavisno od Osnivačkih ugovora. Ipak, samim ugovorom je predviđeno da će se odredbe ovog ugovora tumačiti u skladu sa pravom EU. Osim toga, iako se nalazi izvan institucionalne arhitekture EU, ovim ugovorom poverene su određene nadležnosti institucijama Unije. Dakle, reč je o jednom specifičnom ugovoru koji objedinjuje elemente međunarodnog i komunitarnog prava.

Mišljenja o tome da li postojanje ovog ugovora, posmatrano kroz prizmu prava EU, otvara velike probleme, veoma su različita. Jedan deo doktrine tvrdi da je reč o pravnom monstrumu, kako u pogledu načina donošenja, tako i u pogledu sadržine. Drugi, pak, smatraju da sam dokument uopšte nije toliko originalan, da su slični međunarodni ugovori postojali i ranije i da on ne stvara bitne probleme u kontekstu prava EU. Ono oko čega su svi saglasni jeste da je reč o ugovoru minimalističkih namera koji nema velikih mogućnosti i za koji postoji ozbiljna bojazan da će uveliko biti prevaziđen, dok se ispune uslovi za početak njegove primene.

Budući da ugovor nisu potpisale sve države članice EU, ovaj ugovor predstavlja primer diferencirane integracije. Iako većina evropskih lidera ne prihvata konstataciju da se novim Ugovorom uspostavlja podeljena Evropa, insistirajući na činjenici da su Ujedinjeno Kraljevstvo i Republika Češka samo van ovog procesa odlučivanja, a da je Evropa i dalje ujedinjena, nema sumnje da se ovakvim ugovorom uvodi Evropa u (najmanje) dve brzine. Naravno, ovaj ugovor samo oslika-

---

<sup>39</sup> M. Cremona, "Another Legal Monster", EUI Working Papers, str. 9–10, Dostupno na internetnoj stranici : [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2068674](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2068674), 16.08.2012.

<sup>40</sup> "The Euro Area Crisis", House of Lords, European Union Committee, 25<sup>th</sup> Report of the Session 2010-2012, str. 30–32, Dostupno na internetnoj stranici. <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld201012/ldselect/ldeucom/260/260.pdf>, 17.08.2012.

va opšte stanje u Evropskoj uniji, a to je da se ona polako, ali sigurno, kreće putem diferencijacije. Iako zvuči pomalo paradoksalno, čini se da upravo diferencirana integracija predstavlja formulu za prevazilaženje ne samo ekonomske, već sveopšte krize, i opstanak EU.

JELENA ČERANIĆ, Ph.D.,  
Assistant professor, Faculty of Law  
University of Banja Luka  
Research associate at the Institute  
of Comparative Law in Belgrade

THE LEGAL ASPECTS OF THE TREATY ON STABILITY,  
COORDINATION AND GOVERNANCE IN THE ECONOMIC  
AND MONETARY UNION

Summary

The paper deals with the legal aspects of the Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union (known as a Fiscal Compact Treaty) formally agreed and signed by twenty five EU Member States at the European Council on 1-2 March 2012. The United Kingdom and the Czech Republic declined to participate in the treaty, although the second one held open the possibility of signing the treaty at the later date. After introductory notes with regard to the euro crisis and the circumstances under which the treaty was signed, the first part of the article is dedicated to the relationship between the treaty and EU law. In the second part different legal issues are discussed: the legal nature of the treaty (whether this treaty is a legal monster), the flexibility and differentiation which result from this text and the ratification of the treaty. In the third part of the article, the author examines whether it is lawful to attribute the new tasks to EU institutions by the treaty. The special attention is paid to the role of the EU Court of Justice and European Commission under the Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union.

*BILJANA CHAVKOSKA*

**EUROPEAN CITIZENSHIP – INCLUDING  
OR EXCLUDING CONCEPT  
FOR THE THIRD COUNTRY NATIONALS**

INTRODUCTION

This article aims to analyze the importance of introducing the European citizenship for the EU nationals such as the European Union directives regulating the movement rights. European citizenship was regulated with the Treaty of Maastricht thus giving new rights for the citizens of the Member States. Recently, European Union adopted several important directives for regulating the freedom of movement of the EU nationals and third country nationals. The article analyses the EU Directive 2004/38/EC for the rights of the European Union and the members of the family to move and reside freely on the territory of the Member States such as the EU Blue Card Directive and the Directive providing for minimum standards on sanctions and measures against employers of illegally staying third country nationals. The last two directives regulate the immigration policy of the Union especially the status of the highly qualified third country workers. The status of the third country nationals is non consistent with the goals of the Internal Market and creating the area of freedom, security and justice. The third country nationals legally residing on the territory of the Union and working in one of the

---

Biljana Chavkoska, Ph.D., Assistant Professor, FON University, Skopje.



Member State are important part for fulfilling the employment gap and raising the GDP of the country. This article argues the including or excluding concept of the European citizenship for the third country nationals such as the benefit of the adopting of the EU directives.

*What does the European citizenship means?*

Establishing the European citizenship was seen as step forward closer integration of the European Union and creating new entity on the international scene. European citizenship was a condition sine qua non for approximating the Union to the real state functioning.<sup>1</sup>

The European citizenship was formally regulated with the Treaty of Maastricht which entered into force in November 2003. European citizenship means that every citizen holding a national citizenship of the Member State posses the European citizenship of the European Union. European citizenship is relation between the citizens of the Member States and the Union thus completing but not replacing the national citizenship. The European citizenship was created for increasing the protection of the rights and interest of the citizens of the Member States.

What was the practical meaning of the European citizenship for the citizens of the Union vis a vis the third country nationals legally residing in the Member States of the Union? The citizens holding European citizenship enjoy certain rights and obligation such as: the right to live and work (article 18 TEU); the right to vote and stand in the elections (article 19 TEU); the right to diplomatic or consular protection, even of the authorities of other Member States when the citizens are not in a EU Member State (article 20 TEU); the right of petition to the European Parliament and the right to appeal to the European Ombudsman (article 21 TEU).

European Court of Justice interpreted the above stipulated rights in compliance with article 12 of the TEU regulating the nondiscrimination based on nationality. The case *Maria Sala*<sup>2</sup> was the first case interpreting the meaning of the European Citizenship on the fundamental status of the nationals of Member States. The Court ruled that nationals of a Member State can rely on the European citizenship for protection against discrimination on grounds of nationality.

---

<sup>1</sup> L. Frchkoski, V. Tupurkovski, V. Ortakovski, *International Public Law*, Tabernakul, 1995, p. 54–58.

<sup>2</sup> Case C-85/96, *Maria Sala v. Freistaat Bayern* (1998) ECR I-2691.

A residence permit can only have a declaratory and probative force with regard to the recognition of the right of residence. The possession of a permit may not be a requirement for the right to a benefit, if it is not required that own nationals produce any document of that kind. This would be unequal treatment.<sup>3</sup> The principle of equality and nondiscrimination was high on the European Union agenda. The major improvements were made with the adoption of the Treaty of Amsterdam.<sup>4</sup> The Amsterdam Treaty entered into force on 1 May 1999, thus broadening the rights and obligations of the citizens with special clause giving power to the institutions to take measures for forbidding discrimination based on sex, race or ethnic ground, religion or belief, disability, age or sexual orientation (antidiscrimination clause). The Member States stated that the equal treatment and respecting the differences of the citizens is the core basis for functioning of the European societies. The primary goal of the Amsterdam Treaty was to bring Europe closer to the citizens through adopting legal instruments such as the antidiscrimination clause, the horizontal clause for gender equality, fight against racism and respecting social rights stipulated in the European Social Charter of the Council of Europe.<sup>5</sup>

The constitutions of the Member States regulate the basic rights for all citizens in their territory no matter the nationality of the citizen. In Great Britain for example there is no formal difference in the status of the nationals and non nationals because Great Britain has no written constitution and human rights catalogue so every citizen enjoys equal protection of the rights and obligation. Human rights are regulated and protected by the Constitution of the Member States in the three categories:

a) Civil rights- generally the citizen rights are based on the territory principle opposite the personal principle thus every citizen can enjoy this category of rights. Still, the Member States can limit the civil rights for the third country nationals.

b) Political rights-this category of rights are only enjoyable by the national citizens and almost in every Member State are forbidden for the third country nationals. But when the Maastricht treaty entered into force the European citi-

---

<sup>3</sup> Para 62.

<sup>4</sup> Treaty of Amsterdam amending the Treaty of the European Union, the Treaties establishing the European Communities and certain related acts, was signed on 2 October 1997, and entered into force on 1 May 1999.

<sup>5</sup> The European Social Charter is a Council of Europe treaty which guarantees social and economic human rights. It was adopted in 1961 and revised in 1996. The European Committee of Social Rights rules on the conformity of the situation in States with the European Social Charter, the 1988 Additional Protocol and the Revised Social Charter.

zens holding European citizenship enjoy active and passive election rights in the Member States of the Union.

c) Social rights- regulating social rights depends more from the right of residence than from holding the citizenship of the Member State. The basic social rights like health and social insurance generally are available for immigrant workers and foreign citizens.

Comparative studies analysis showed that the rights of free movement are the basic of the citizenship. The right of free movement is limited on the territory of the country vis a vis the right to move freely on the territory of the Member States of the European Union.<sup>6</sup> The freedom of movement in compliance with the non discrimination principle based on the nationality of the citizens are regulated since the beginning of the integrative process. The European Court of Justice through the case law uses the concept of freedom of movement of workers as directions for further development of immigration policy rather than the hard law.<sup>7</sup>

Recently, the Directive 2004/38/EC for the rights of the European Union and the members of the family to move and reside freely on the territory of the Member States was adopted.<sup>8</sup> The Directives aims to amend the current EU legislation in this area, to give a right to move and reside freely for the EU citizens without categorizing the citizens to workers, students, self-employed. The Directive is simplifying the conditions and administrative procedures for the right of the free movement in the Member States. If the citizen is moving for the period of 3 months the requirement for holding a residence permit is abolished and replaced with the registration procedure in the Member States. The Directive unifies the right of the permanent residence in the Member States after five years of residence. This right could not be a subject of additional conditions by the Member States. The Directives also aims to facilitate the movement of the family members making no difference if they are European citizens or coming from the third countries. The definition of the family members for the first time include registered partners in compliance with the legislation of the Member State, if the legislation of the Member States equalizes the registered partners with the marriage partners. The other not registered partners would not enjoy the right of entrance

---

<sup>6</sup> William Maas, *Fifteen years of European union citizenship*, p. 6, available at <http://www.yorku.ca/maas>.

<sup>7</sup> B. Chavkoska, Is there a free movement of Turkish and Macedonian workers into the European Union, p. 89-113 in the Code Turkish Albanian Macedonian Relations, Past, Present and Future, ADAM-ACTOR 2012

<sup>8</sup> Council Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States, OJ L 158 of 30.04.2004

and residence in the domestic Member State. Still, the Member State will facilitate the entrance and residence of the partners who have long and stable relation. The members of the family who are third country citizens enjoy legal protection. The Directives specify the limitations of the right of residence based on public order, public health and public security thus insuring that the citizens of the European Union enjoy better administrative and law protection. The Directive merely defines the movement rights of the citizens of the European economic area thus including European Union and the members of the European association for free trade Ireland, Norway and Liechtenstein.

Directive 2004/38/EC on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States defines the terms citizen of European Union and family members. The Directives regulates the right of entrance, right of temporary residence, right of long term residence, such as the limitations of the movement rights based on public order, public security and public health. According to the Directive, the European citizens have a right enter the territory of the Member States of the Union with a valid passport or ID such as the family members who are not EU citizens. The family members who are not EU citizens must possess visas in compliance with Regulation 539/2001. The Member State in this case is obligated to cooperate with the third country citizen to obtain all necessary documents.<sup>9</sup>

The Member States had problems in the implementation of the EU Directive on the free movement especially in the requirement on registration procedure. For example, Slovakia and Czech Republic don't have a special system for registration but the EU citizens are obligated to register in the police offices. Part of the Member States had a problem in issuing the residence permit for the family members.<sup>10</sup> The citizens enjoy the right on permanent residence after 5 years of permanent residence. It is necessary for the national institutions to issue documents for confirming the permanent residence in the Member State. The Member States must issue permits for permanent residence in the period of 6 months after the requirement is submitted. The permanent residence permit must be renewed every 10 years. The requirement for permanent residence was regulated different from one to other Member State until the Directive was adopted. For example, in France "carte de resident" was issued after 3 years of residence. The new Immigration law introduces new condition for obtaining permit for permanent residence after 5 years.<sup>11</sup> In Republic of Germany the legal residence of third country nati-

---

<sup>9</sup> Ibid art. 5.

<sup>10</sup> European Commission Report COM (2008) 840.

<sup>11</sup> Oger H., Residence as the new additional inclusive criterion for citizenship, (2003) 5 Web JCLI.

onals was regulated with the Law on traveling and residence of foreigners in the federal regions (Ausländergesetz-AuslG). The foreigners who enter and reside in Germany must possess residence permit in compliance with the federal law ((§ 3 Abs. 1 AuslG). The new Immigration law entered in force in 1 January 2005 and regulates the right to enter, reside and the right of asylum of the foreigners in the Federal Republic of Germany. The amendments of the law entered in force on 28 August 2007. Thus, the law was approximated with eleven directives giving rules for legal residence, right of asylum, forced marriages, improving the internal security, simplifying the integration of the legal immigrants in the country. The new Immigration law prescribes the permit for permanent residence in the European Community or the so called EC long term residence permit.

*European citizenship vis a vis the rights of the third country  
nationals legally residing on the territory  
of the EU Member States*

Establishing the European citizenship practically means realization of the historical development of the rights, starting from the civil, political rights and the social rights including the rights of health protection, such as insurance in the case of unemployment.<sup>12</sup> In the case P v. S Cornwall County Council, the general lawyer Tesauro gave opinion that the Court should interpret extensively the principle of nondiscrimination legislate in the judicial systems of the Member States.<sup>13</sup>

Still, the European citizenship in its essential meaning did not include the past or future migration of the third country nationals. The European citizenship did not regulate the status of the third country nationals legally residing on the territory of the Member States especially the status of long term third country nationals. The fact that national citizenship of the Member State is a condition for obtaining European citizenship means that third country nationals are exclude from this rights. Thus, the European citizenship could be seen as including concept but only for European citizens and excluding for third country nationals who are legally resident in the Member States.

If the European Union gives this rights to the third country nationals the integration of the migrants would democratize the European societies. European Union since the enlargement from the 2004 and 2007 include 27 different sta-

---

<sup>12</sup> C. Barnard, *Article 13: Through the Looking Glass of Union Citizenship*, 375-394, p. 379 in David O'Keeffe, Patrick Twomey, *Legal Issues of the Amsterdam Treat*, Oxford-Portland Oregon, 1999.

<sup>13</sup> Case P v. S and Cornwall County Council C-13/94 1996 IRLR 374.

tes with different languages, economies and political cultures. Next year, second country from the Western Balkan region would also become a Member State of the European Union. European Commission in the Action plan in 1998 stated that the European societies are multicultural and multiethnic and that this is seen as positive and important postulate for creating Europe based on the principle of equality and respecting the differences.<sup>14</sup> European Union has made important achievements in economic harmonization through the free movement of goods, services and capital in the Internal Market of the Union. In the area of the free movement of people and especially free movement of workers the Union created special rules for moving for the European citizens and different rules for the third country nationals/workers. Member States have different immigration politics and national rules for citizenship so it is a topic that still is specific for the Member States because it raises the question of sovereignty.

In the Germany, the national law on citizenship was changed in 2000 thus raising the number of the third country nationals who obtained German citizenship especially the Turkish nationals. The amendments of the Citizenship Law regulated that the third country nationals who are long term residents in Germany for at least 8 years can obtain the German citizenship by the naturalization rules. Additional rules are the knowledge of the German language and the financial sources of the applier for the German citizenship. After the 2000 new 186.688 third country nationals gained the German citizenship mostly the Turkish nationals and the nationals from the Iran, Serbia, Montenegro, Afghanistan and Morocco.<sup>15</sup> In order to obtain the German citizenship the applier must give up the current citizenship. The exemption from this rule is only approved for the refugees who could not easy give up from the national citizenship. The refugees and the stateless citizens could obtain German citizenship after 6 years on permanent residence in the Republic of Germany. After the French law was amended, the third country nationals could obtain French citizenship after 5 years of permanent residence in the country and in Italy after the 10 years of permanent residence. Thus, this confirms the fact that even in the Member States the question for obtaining the national citizenship is not unified and depends from the national legislator.

Immigration to Germany as a non-EU-citizen is still limited to skilled workers (individuals with either a university or polytechnic degree or at least 3 years of training together with job experience), students and their immediate family

---

<sup>14</sup> Council and Commission Action Plan of 3 December 1998 on how best to implement the provisions of the Treaty of Amsterdam on the creation of an area of freedom, security and justice, [http://europa.eu/legislation\\_summaries/other/l33080\\_en.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/other/l33080_en.htm).

<sup>15</sup> [http://en.wikipedia.org/wiki/German\\_nationality\\_law#Naturalization\\_statistics](http://en.wikipedia.org/wiki/German_nationality_law#Naturalization_statistics).

members. Germany knows 3 types of immigration titles: Visa (validity of up to 90 days), residence permit and settlement permit (permanent residence). Work permits are no longer issued independently but included within the immigration title and are available for foreigners that either fall into one of the several available permit categories (IT specialists, company trained specialist within a group of companies, managing personnel, scientists, highly skilled workers with exceptional income, etc.) or can prove a public interest in the employment.

EU blue card directive for qualified workers from third country workers 2009/50/EC was adopted in 25 May 2009 also known as Blue Card Directive.<sup>16</sup> This Directive is in compliance with the Legal migration plan as a result of the interest of the Member States for improving the economic growth and development. The Commission proposes a series of legislative and operational initiatives on legal migration, in four complementary policy areas. Most notably, it recommends drawing up a framework directive to safeguard the rights of all third-country nationals in legal employment. It also plans four complementary directives to cover the entry and residence of certain categories of third-country nationals, namely highly qualified workers, seasonal workers, intra-corporate transferees and remunerated trainees.<sup>17</sup>

Adopting the directives was in compliance with the Lisbon strategy for growth and development and for reducing the big rate of unemployment in the years of economic crises. Article 1 of the Directive regulates the conditions of entrance and residence of the third country nationals for a period of 3 months for qualified workers who grant Blue Card. The Blue Card is issued for a period from one to four years and can be renewed.

According to the Directive, the holders of the Blue Card enjoy equal treatment with the national citizens of the Member State that issued the Blue Card to the: working conditions, salary; freedom of association; education, training and recognition of qualifications; social and pension system; access to services and goods, including procedures for housing, information a consultative legal help; free access on the territory of the Member State with certain limitation according to the national law.

Article 5 of the EU Blue Card Directive regulates that in the first 2 years of legal residence the third country workers may only perform the work primarily employed. After the first two years of legal residence, the Member States may

---

<sup>16</sup> Council Directive 209/50/EC of 25 maj 2009 on the conditions of entry and residence of third country nationals for the purposes of highly qualified employment, OJ L 155/17.

<sup>17</sup> Communication from the Commission on a policy plan on legal migration [COM (2005) 669 final - not published in the Official Journal].



allow equal treatment to the workers in approach to highly qualified work. The Member State have discretion right to determine whether to give this right to the third country workers. Thus, practicing this article from the Directive will differ from one to other Member States which is not the basic idea of the legislator. The Directive forbids the illegal residence of third country nationals and provides for the sanctions of the employees who would not implement the Directive. This rules aim to eliminate the abuses of the employees hiring third country nationals for low salary and working conditions.

The Blue Card is the first step in the creating unified immigration policy in the Member States of the Union. This is in interest of the country of origin and country of transit in common fight of the illegal immigration.<sup>18</sup> The EU Blue Card Directive was adopted in the same period with the Directive 2009/52/EC of the EP and of the Council providing for minimum standards on sanctions and measures against employers of illegally staying third country nationals<sup>19</sup>. The Directives were incorporated into the national laws of the Member States by the end of the 2011. Starting from 2013, the Commission annually collects statistics from the Member States on the number of third-country nationals to whom an EU Blue Card has been issued, renewed, withdrawn or refused, on their nationalities and occupations, and on their families. Starting from 2014, it reports on the application of the directive to the European Parliament and the Council every three years and proposes any changes it deems necessary.<sup>20</sup>

The status of the third country nationals is non consistent with the goals of the Internal Market and creating the area of freedom, security and justice. The third country nationals legally residing on the territory of the Union and working in one of the Member State are important part for fulfilling the employment gape and raising the GDP of the country. European citizenship should include the third country nationals who are legally residing in one of the Member State of the Union without applying for the national citizenship. If the third country nationals who are legally residing in one of the Member States of the Union enjoy the rights under the European citizenship this would unify the current difference between the national policies for citizenship.

The third country nationals legally residing in one of the Member States of the Union enjoy the right for petition to the European Parliament and the right to appeal to the European Ombudsman. Thus, excluding the third country nationals

---

<sup>18</sup> [www.europeanunionbluecard.com](http://www.europeanunionbluecard.com).

<sup>19</sup> OJ L 168/24.

<sup>20</sup> Ina Dimireva, Entry and residence of highly qualified workers- EU Blue Card Directive, available at <http://www.eubusiness.com/topics/living-in-eu/eu-blue-card/>.

from the European citizenship means that they are marginalized in the society especially the third country workers who are very important for the economic development of the Member States. If the migrant workers are useful for the economic benefit of the Member State then the question is how come they are not part of the decision making bodies.<sup>21</sup>

The third country nationals who are legally resident in the Union, have no rights to move freely only in case of family reunification or if they are citizens of EFTA, citizens of the European economic area or their family members or citizens of the states that have signed Association Agreements. If the European Union has created the important legal mechanism for forbidding the discrimination among its citizens the important question to be raised is the status of the third country nationals legally residing in the European Union. So the European citizenship form one side brings the people of Europe in a closer community with common values and beliefs but from the other side leaves the third country nationals aside.<sup>22</sup>

The legal articles from the Maastricht Treaty regulating the European citizenship aim to bring the Union closer to the citizens thus gaining new rights and obligations. Still, there is part of the European citizens who are not so enthusiastic about integrative processes in the European Union and are not concerned for what next happens in Brussels. This can not be said about third country nationals who still face discrimination based on nationality especially after establishing the European citizenship.

## CONCLUSIONS

Even though the European Union has one of the best developed legal model for protecting the citizens from any form of discrimination, the European citizenship deepens the difference in status with the third country nationals. European citizenship is obtained only if the citizen holds national citizenship of one of the Member State of the Union, thus providing rights and obligation. This practically means that besides the integrative process of the Union, the third country nationals who are long term resident in EU are discriminated based on nationality. The Member States have different legal rules for regulating the national citi-

---

<sup>21</sup> J. E. Beenen , *Citizenship, Nationality and Access to Public Service Employment*, Europa Law Publishing, 2001, p. 63.

<sup>22</sup> European Parliament Resolution on Migrant workers from third countries, OJ 1990, C 175/180.

zenship and different rules for immigration policies. This situation is due to the fact that immigration policies are closely connected to the question of state sovereignty so the Member States have no unified rules. The major improvement in this direction was unifying the period for obtaining the permanent residence for third country nationals after 5 years of legal residence in the Member State. The third country nationals who are long term resident enjoy almost equal status with the national citizens but the third country nationals only enjoy two rights gained with the European citizenship, the right for petition to the European Parliament and the right to appeal to the European Ombudsman.

The entrance of the third country nationals into the European Union Member States was simplified for the highly qualified workers with the EU Blue Card Directive. EU Blue Card Directive regulates that in the first 2 years of legal residence the third country workers may only perform the work primarily employed.

After the first two years of legal residence, the Member States may allow equal treatment to the workers in approach to highly qualified work. In this period the Directive providing for minimum standards on sanctions and measures against employers of illegally staying third country nationals was adopted.

The Directives were adopted in compliance with the EU Legal migration plan for regulating the status of third country nationals. Adopting this directives just partly improved the legal status of the third country nationals residing in the EU and decrease the excluding concept of the European citizenship. But still there is more to be done. European Union should take additional measures and legislative changes to unify the citizenship laws of the Member States such as to implement the recent EU directives. In this direction, European Commission will play important role in controlling the implementation of the EU Directives, registering the key problems and suggesting new amendments to equalize the status of the third country nationals with the nationals of the Member States. This is in line with the Lisbon Strategy for growth and development and non discrimination principle which the European Union is based on.

Dr BILJANA CHAVKOSKA  
Asistent FON Univeziteta u Skoplju

EVROPSKO DRŽAVLJANSTVO – UKLUČUJUĆI,  
ISKLUČUJUĆI NEDISKRIMINACIONO PRAVO TREĆIH ZEMALJA

Rezime

Ovaj članak ima za cilj da analizira prava i obaveza za evropske građane koji poseduju evropsko državljanstvo *vis a vis* statusu državljana trećih zemalja. Broj državljana trećih zemalja koji legalno borave u državama članicama Unije tokom godine se povećava, pa autor traga za dubljim odnosima i smislu Evropskog državljanstva za ovu kategoriju građana. Evropska Unija ima jedan od najrazvijenijih antidiskriminacionih zakona u svetu pa zato je od ključnog značaja da se analizira kakav je status trećih zemalja u kontekstu evropskog državljanstva.

Članak analizira upravo prihvaćene EU Direktive za poboljšanje statusa visoko kvalifikovanih radnika iz trećih zemalja. Status državljana trećih zemalja nije u skladu sa ciljevima unutrašnjeg tržišta i stvaranje područja slobode, bezbednosti i pravde. Državljeni trećih zemalja koji legalno borave na teritoriji Unije i rade u jednoj od država članica su važan dio za ispunjavanje Lisabonske Strategije o rastu i razvoju i podizanju BDP zemalja pa je izuzetno bitno da se EU Direktive implementiraju.

SLAVOLJUB VUKIĆEVIĆ,  
SOFIJA VUKIĆEVIĆ

## ODNOS DRŽAVE PREMA JAVNIM PREDUZEĆIMA U PRAVU EU

– Moralna dimenzija ravnopravnosti sa drugim privrednim subjektima –

### U V O D

U savremenim uslovima poslovanja aktuelizuje se pitanje rada i položaja javnih preduzeća u okviru konkretnih privrednih sistema i širih ekonomskih integracija kakva je Evropska unija. Ovim povodom stručna pažnja je posebno fokusirana na intervencije države za stvaranje uslova za njihov rad, a naročito na finansijske podrške ovom tipu preduzeća, jer u ovoj oblasti potencijalno mogu nastati najveće devijacije koje bi dovele u neravnoprvan položaj ostale subjekte na tržištu i uslovile povredu prava konkurencije, što je pored ostalogi pitanje koje ima svoju moralnu dimenziju. U teoriji je izražen stav da je državna intervencija u javnom sektoru posebno naglašena “...kada se raspravlja o karakteru, strukturi i kvalitetu organizacije i upravljanja javnim sektorom...i vrši procena vrednosti, efektivnosti/efikasnosti i ekonomičnosti javnih usluga (public services) nezavisno od toga ko ih pruža, javna, javnopravna ili privatna preduzeća, na kom vlasništvu su zasnovana i koja ih motivacija karakteriše (sharks ili fat cats).”<sup>1</sup>

---

Dr Slavoljub J. Vukićević, profesor Univerziteta Sinergija, Pravni fakultet, Bijeljina.

Mr Sofija Vukićević, saradnik u nastavi, Univerzitet Singidunum.

<sup>1</sup> Damjanović, M., “Demokratija (epizodna misterija)”, Službeni glasnik, Beograd, 2011, str. 364.

*Javna preduzeća kao subjekti kompanijskog prava*

Javna preduzeća<sup>2</sup> kao organizovani privredni subjekti prisutni su u svim ekonomski razvijenim zemljama duže od sto godina. Razlozi za nastanak javnih preduzeća su brojni i njihov zajednički imenitelj jeste da su u pitanju delatnosti, odnosno proizvodi i usluge od suštinskog značaja za državu i stanovništvo. Ovaj tip preduzeća postoji u onim delatnostima koje zahtevaju angažovanje velikih materijalnih sredstava tako da privatni kapital najčešće ili nije bio zainteresovan (mali profit ili poslovanje bez profita) ili nije bio u mogućnosti da obezbedi potrebna sredstva. Takođe, država je zbog značaja ovih sistema i mogućnosti zloupotrebe monopolskog položaja, bila rezervisana u pogledu angažovanja privatnih investitora. Ovo zbog toga, jer javna preduzeća obavljaju delatnosti od opšteg interesa i u kontinuitetu, te i najmanji prekid može imati velike ekonomske posledice za privredu i građane. Ovi i drugi razlozi su bili opredeljujući za državnu intervenciju u ovoj oblasti i država je, formiranjem javnih preduzeća, ostvarivala lepezu funkcija, koje su poznate pod nazivom socijalne funkcije države.

Posmatrano istorijski javna preduzeća su od svog nastanka izražavala organizovan način angažovanja države u obavljanju važnih ekonomskih aktivnosti i obezbeđivanju nadličnih interesa, tj. tzv. javnih interesa za različite kategorije građana.<sup>3</sup> Tradicionalna neefikasnost javnog sektora, koja se u teoriji objašnjava karakterom delatnosti i sadržajem ciljeva koji se ostvaruju u ovoj privrednoj sferi, stvorila je potrebu da se gubici socijalizuju prebacivanjem na budžet-pokri vanjem gubitaka ex post ili davanjem posebnih olakšica (poreske, carinske i dr) unapred, kako preduzeća iz ove oblasti (javna preduzeća) ne bi formalno iskazivala gubitke.

U savremenoj literaturi<sup>4</sup> postoji mnoštvo definicija i termina kojima se označavaju sadržaji pojma javnog preduzeća. Svi oni ukazuju da postoje brojne razlike u pojmovnom određenju ovog tipa preduzeća zavisno koji se njegov ele-

<sup>2</sup> Naziv javno preduzeće nema striktno pravnu sadržinu, ali izražava inicijativu države u vršenju ekonomske aktivnosti, profesionalnu instituciju koja istovremeno dobija ekonomsku i socijalnu ulogu, čije poreklo i status čine tesnu i stalnu vezu sa državnim vlašću. Opširnije videti, Pannetier, A.M. "Elements d'analyse comparative des établissements publics en droit Francais et en droit Anglais, Libraire generale de droit de jurisprudence", Paris, 1966.

<sup>3</sup> Posmatrano na jednom širem istorijskom planu uočljivo je da je uloga države u formiranju javnih preduzeća posebno intezivirana u periodu od 1929. godine (Velika ekonomska kriza), do početka 80-ih godina XX veka, kada države razvijenih privreda počinju da rizik i gubitke poslovanja javnih preduzeća prebacuju na privatni sektor, prema Interregional Network for Privatisation, Guidelines on Privatisation, UNPD, 1991.

<sup>4</sup> Jelić, R., "Javna preduzeća i ustanove kao subjekti pravne svojine", Pravo i prireda, 5-8, Beograd, 1998, str. 113, Vasiljević, M., "Privredna društva-domaće i uporedno pravo" udruženje

ment ili karakteristika (svojina, organizacija, upravljanje, društvenoekonomski status, ustavnopravne i druge specifičnosti i dr) uzimaju kao primarne kod definisanja.<sup>5</sup>

U terminološkom smislu, ovaj tip preduzeća razlikuje se od drugih tipova preduzeća upravo po odrednici javno. Razlikovanje ovih privrednih subjekata je mnogo veće i dublje od terminološkog određenja što potvrđuje i pravna regulativa koja posebnim zakonima uređuje poslovanje ovih preduzeća.

Javno preduzeće je ekonomska celina, jer predstavlja koordiniranu delatnost ljudskih i matrijalnih resursa (u cilju osiguravanja dobara i pružanja usluga) i pravna celina jer ima svojstvo pravnog lica što mu omogućuje učestvovanje u pravnom prometu. Najznačajnija specifičnost javnih preduzeća ogleda se u predmetu njihove delatnosti-obezbeđenje proizvoda i usluga koji su neophodni za život i rad stanovništva, drugih preduzeća i pojedinih državnih organa.

Iako su javna preduzeća pod značajnom kontrolom države njihova delatnost nije akt vršenja vlasti već pravna obaveza da se ove delatnosti zbog svoje izuzetne važnosti vrše na zakonom predviđen način. Karakter interesa koji se njihovim radom ostvaruje – opšti (javni) interes je centralni element materijalnog pojma ovog tipa preduzeća, što istovremeno opredeljuje potrebu da država utiče na njihov rad. Ekonomska rentabilnost javnih preduzeća je u dugom vremenskom intervalu bila u drugom planu u odnosu na javno-ciljnu usmerenost njihove delatnosti i tek savremeno poslovanje ovih privrednih subjekata ističe i ovaj momenat u njihovom radu. U tom smislu, ovaj tip preduzeća ostvarujući javne interese i ekonomsku rentabilnost predstavlja kontraverznu kategoriju jer u sebi “pomiruje” više zahteva<sup>6</sup>.

Kada je reč o osnivačima javnog preduzeća i njegovom pravnom obliku, takođe se uočavaju određene specifičnosti. Naime, kao osnivači javnog preduzeća isključivo (naročito u ranijem periodu, pre uvođenja javno-privatnog partnerstva (JPP) su se pojavljivale država i jedinica lokalne samouprave i razumljivo da su sredstva koja su služila za njihovo osnivanje i rad bila u državnoj svojini. Na ovaj način se ovi subjekti favorizuju u odnosu na ostale subjekte kao potencijalne osnivače javnih preduzeća, odnosno državna svojina u odnosu na druge obli-

---

pravnika u privredi SRJ, Beograd, 1999, str. 417. Šogorov, S., “Položaj subjekata javnog sektora privrede u pravu konkurencije”, Privreda i pravo, 3–6. Beograd, 1995, str. 158.

<sup>5</sup> Jedna od obuhvatnijih definicija javnog preduzeća jeste da je reč o “... preduzeću čije se osnivanje i funkcionisanje može dovesti u vezu sa javnim (opštim) interesom i u kome javna vlast (država ili lokalna zajednica) u potpunosti ili delimično obavlja ulogu preduzetnika” Ekonomska i poslovna enciklopedija, Savremena administracija, Beograd, 1994, str. 554.

<sup>6</sup> Colliard, C.A., “Javna preduzeća u Francuskoj i nacionalizacija iz 1982. godine”, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, Beograd 1983, str. 85.



ke svojine. Ovo je suprotno ustavnom određenju o ravnopravnosti svih subjekata i tipova svojine u privrednom sistemu<sup>7</sup>. Ova vrsta ekskluzivnosti u pogledu javnih preduzeća postepeno se napušta stvaranjem pravnih pretpostavki u konkretnim pravnim sistemima (pa i u pravnom sistemu Republike Srbije) za udruživanje javne i privatne svojine u sferi javnog sektora (public private partnership)<sup>8</sup>.

Javna preduzeća, u svom poslovanju, funkcionišu u skladu sa propisima opšteg građanskog i trgovinskog (kompanijskog) prava odnosno postupaju po pravilima privatnog prava, a pri obavljanju svojih profesionalnih delatnosti javno preduzeće se ponaša kao pravi trgovac<sup>9</sup>. U pitanju je pravni oblik koji ima karakteristike "opšteg" tipa preduzeća ali i specifičnosti koje čine da je "...javno preduzeće složen pravni oblik koji ima elemente privatnog (građanskog) i javnog (upravnog) prava... stiče pravni subjektivitet upisom u registar. Ima svoj naziv (firma), sedište, delatnost kao i imovinu. U pravnim odnosima sa trećim lica javno preduzeće se javlja kao subjekt privatnog prava, sklapa ugovore i preduzima druge pravne radnje, a u slučaju sporova nadležni su privredni sudovi"<sup>10</sup>.

Javno preduzeće sa svim svojim specifičnostima predstavlja poseban entitet u okviru kompanijskog prava sa samostalnošću u finansijskom i svakom drugom smislu i ravnopravno je sa drugim preduzećima (društvima) u okviru istog privrednog, odnosno pravnog sistema.<sup>11</sup>

*Javna preduzeća u pravu Evropske unije  
– jedan od ravnopravnih partnera na tržištu*

Evropska unija kao nadnacionalna organizacija (nastala prenošenjem dela suvereniteta njenih članica sa nacionalnog na nadnacionalni nivo)<sup>12</sup> još osnivač-

<sup>7</sup> Ustav RS, Sl. glasnik RS, br. 98/06, čl. 86.

<sup>8</sup> Zakon o javnim preduzećima i delatnostima od opšteg interesa, Sl.glasnik br. 25/00, Zakon o koncesijama, Sl.glasnik br. 5/03 (kojim je posebno obuhvaćen BOT sistem, Built, Operate, Transfer tj. izgradi, koristi, prenesi).

<sup>9</sup> Dufau, J., "Les entreprises publiques", Paris, 1973.

<sup>10</sup> Jelić, R., "Javna preduzeća i ustanove kao subjekti pravne svojine", Pravo i privreda, 5–8, Beograd, 1998, str. 113. Aktuelno stanje zakonodavstava pokazuje da se upis javnog preduzeća, kao i ostalih privrednih subjekata ne vrši u sudski registar već u registar privrednih subjekata koji se vodi kod Agencije za privredne registre, Zakon o Agenciji za privredne registre, Sl. glasnik RS, 55/04 i 111/09.

<sup>11</sup> Videti bliže Vasiljević, M., "Privredna društva- domaće i uporedno pravo", Udruženje pravnika u privredi SRJ, Beograd, 1999, str. 417.

<sup>12</sup> Vukadinović, R., "Uvod u institucije i pravo EU", Kragujevac, 2011. godina.

kim aktima (Rimski ugovor) utvrdila je kao svoje zadatke sledeće ciljeve: uspostavljanje zajedničke trgovinske, ekonomske i monetarne unije putem zajedničke politike i aktivnosti u ovim oblastima; harmoničan i ravnomeran razvoj; visok stepen usklađenosti ekonomija, zaposlenosti i socijalne zaštite; porast standarda i kvaliteta života; ekonomsko i socijalno jedinstvo; solidarnost između država članica.<sup>13</sup>

Ostvarivanje pomenutih ciljeva je moguće putem odgovarajućih instrumenata koji su takođe predviđeni osnivačkim aktima EU, a reč je o: ukidanju carina i kvantitativnih ograničenja uvoza ili izvoza; formiranju zajedničke trgovinske politike; unutrašnjoj trgovini koju karakteriše uklanjanje prepreka slobodnom protoku robe, lica, kapitala i usluga; zajedničkoj politici u oblasti poljoprivrede, ribolova, transporta i životne sredine; ujednačavanju pravnih sistema; ostvarivanju visokog stepena zdravstvene zaštite, zaštite potrošača i građana.

Iz navedenih uslova se može videti da je značajnu ulogu i mesto u ostvarivanju ciljeva zbog kojih je osnovana Evropska unija imao i javni sektor. Jer, u razvijenim tržišnim privredama "...prisustvo javnog sektora (je) zakonomernost bez obzira na često nametljivi ideološki koncept o slobodi privatnog preduzetništva. Koncept javnog sektora je logično polazište za analizu javnih preduzeća jer se do njihove pojave i došlo putem širenja funkcija javnog sektora".<sup>14</sup>

Razlozi za regulaciju javnih preduzeća sadržani su u ciljevima koje postavlja Evropska unija, a pre svega ostvarivanju četiri "velike slobode", kako ne bi došlo do narušavanja pravila konkurencije na tržištu EU.

Regulisanje pravnog položaja i statusa javnih preduzeća na tržištu EU vrši se aktima donetim na različitim nivoima i to: aktima Unije i njenih organa (EZ/EU); propisima nacionalnog zakonodavstva njenih članica.

Osnivačkim aktima EU zauzet je neutralan stav u pogledu postojanja i poslovanja preduzeća na tržištu EU, a državama članicama je prepušteno da svoj ekonomski sistem zasnivaju kako na privatnim tako i na javnim preduzećima ili preduzećima u mešovitoj svojini. U skladu sa ovakvim načelnim opredeljenjem u EU je predviđeno postojanje javnih preduzeća, preduzeća kojima su države članice dale posebna ili isključiva prava, kao i preduzeća kojima je povereno vršenje usluga od posebnog interesa<sup>15</sup>. Kada je reč o oblastima u kojima države EU ima-

---

<sup>13</sup> Rimski Ugovor o osnivanju EEZ, čl. 2.

<sup>14</sup> Tabaroši, S., "Naš i uporedni koncept i praksa javnih preduzeća", Pravo i privreda, 3-6, Beograd, Udruženje pravnika u privredi, SRJ, Beograd, 1995, str. 391.

<sup>15</sup> Public Undertakings and Public Services Activities in the European Union, Working document W-21, 1997, 2, European parliament, p. 7, isto Vukadinović, D., R., "Uvod u institucije i pr EU", str. 426.

ju poseban interes za formiranje javnih preduzeća, da bi se ostvarili različiti ekonomski, socijalni i razvojni ciljevi onda je to moguće:

1. osnivanjem preduzeća od strane države i to putem zakona (železnica, elektroprivreda, pošta itd.) kada se država pojavljuje kao jedini vlasnik;
2. osnivanjem preduzeća odlukama opština ili regija (komunalne delatnosti, održavanje ulica, javni prevoz putnika);
3. direktnim obavljanjem delatnosti (privredne, trgovinske) javne službe od strane države, opštine ili regije (čime ovi subjekti ne stiču svojstvo trgovca);
4. osnivanjem subjekata industrijskog ili trgovačkog karaktera, najčešće u akcionarskoj formi ( npr. Electricite de Franze et Gaz de France);
5. zaključenjem ugovora o koncesiji od strane države sa nekim pravnim ili fizičkim licem kojim koncedent ustupa koncesionaru da za određeno vreme upravlja i vrši neku javnu službu, na svoj rizik ("isključivo pravo korišćenja"), uz obavezu zaštite javnog interesa i plaćanja ugovorene naknade korišćenja;
6. nacionalizacijom određenih privatnih preduzeća (banaka, osiguravajućih organizacija) uz plaćanje naknade u novcu ili obaveznice ili uz očuvanje forme trgovačkog društva (i trgovinskog karaktera njihovih operacija) nacionalizovanog preduzeća čiji je jedini akcionar država;
7. osnivanjem mešovitih društava (sa državnim ili privatnim kapitalom) ili transformacijom osnovanih društava od strane države ili nacionalizovanih društava od strane države u mešovita društva (najčešće uz tzv "akcije radnika", npr. Air France).<sup>16</sup>

Analizom Ugovora o osnivanju Zajednice ( kao i analizom kasnijih izmena i dopuna) zaključuje se da nije dat ni opšti pojam preduzeća ni pojam javnog preduzeća<sup>17</sup>, ali se u pojedinim odredbama kaže da se " u odnosu na ...preduzeća kojima države članice daju posebna ili isključiva prava neće donositi ili održavati na snazi bilo kakve mere koje su suprotne odredbama ovog Ugovora, a naročito odredbama čl. 12 (ukinut Lisabonskim sporazumom) i čl. 81–89"<sup>18</sup>. U istom aktu,

---

<sup>16</sup> Vasiljević, M., " Privredna društva-domaće i uporedno pravo", Beograd, Udruženje pravnika u privredi SRJ, 1999, str. 165.

<sup>17</sup> U čl. 54 (2) UFEU određen je samo pojm kompanije ili firme koji je poslužio Sudu pravde da u kasnijoj praksi izgradi širi pojam preduzeća u smislu prava konkurencije i koi nije izveden isključivo iz preciznih pravnih karakteristika, opširnije videti Vukadinović, D, R., "Uvod u institucije i pravo EU", Kragujevac, 2011, str. 362 i dalje.

<sup>18</sup> Rimski ugovor o osnivanju EEZ, čl. 86. Inače, čl. 12 ovog ugovora zabranjuje se svaka diskriminacija po osnovu državljanstva, a članovima 81–89 zabranjuju se sporazumi između preduzeća koji mogu da nanese štetu trgovini između država članica i čiji su cilj ili posledica sprečavanje, ograničavanje i narušavanje konkurencije unutar zajedničkog tržišta, te zloupotreba dominantnog položaja na zajedničkom tržištu i dozvoljenim i nedozvoljenim oblicima državne pomoći.

posredno, na javno preduzeće se primenjuju i odredbe koje se odnose na usklađivanje delatnosti državnih monopola komercijalnog karaktera kako bi se uklonila diskriminacija u pogledu trgovine između država članica. Ove odredbe primenjuju se i na monopole koje je država prenela na druge pravne subjekte<sup>19</sup>.

Kada je reč o preduzećima koja uživaju poseban položaj u državama članicama, prema osnivačkom aktu moguće je razlikovati njihove dve vrste: javna preduzeća i preduzeća kojima su države članice dale posebna ili isključiva prava.

Preduzeća kojima su data posebna ili isključiva prava predstavljaju ona preduzeća kojima su javne vlasti javnopravnim aktom dodelile određene privilegije čime im je omogućen poseban položaj u privređivanju. Isključiva prava su prava na obavljanje određene privredne aktivnosti na određenoj teritoriji data samo jednom preduzeću, te je reč o monopolskim pravima. Posebna prava su prava na obavljanje određene privredne aktivnosti data ograničenom broju preduzeća. I jedna i druga kategorija prava (isključiva i posebna), odnosno preduzeća kojima su ta prava data ne moraju se poklopiti sa pojmom javnog preduzeća.

Zajednički imenitelj obe vrste preduzeća koja uživaju poseban položaj u pravu EU, ili ono što ih čini javnim jeste "dominantan uticaj" državnih vlasti na njihovo poslovanje. Ta preduzeća su "...kompanije ili kvazi kompanije koje su pod kontrolom vladinih tela"<sup>20</sup>

S obzirom da u pravu EU, a posebno u Rimskim ugovorima kao osnivačkim aktima i primarnim izvorima prava, ne postoji jedinstven pojam javnih preduzeća, za njihov pravni status značajni su sekundarni izvori – uputstva i odluke Evropske komisije (EK). Posebno je važno Uputstvo Komisije o transparentnosti finansijskih odnosa između država članica i javnih preduzeća<sup>21</sup>, kasnije menjano (1985. i 1993. godine) u kome se navodi da se pod javnim preduzećem podrazumeva svako preduzeće nad kojima javne vlasti imaju direktno ili indirektno dominantan uticaj po osnovu: svojine, finansijskog učešća ili pravnih pravila koja se na njega primenjuju.

---

<sup>19</sup> Videti bliže Rimski ugovor, čl. 31.

<sup>20</sup> United Nations System of National Accounts (SNA): United Nations, A System of national accounts, Studies in Methods, Series VNE2 rev 3 1986, prema Vukadinović, R., "Položaj javnih preduzeća i preduzeća sa posebnim i isključivim pravima u pravu EU", Pravo i privreda, Beograd, 2004, str. 312 i dalje.

<sup>21</sup> Evropska Komisija, Uputstvo o transparentnosti finansijskih odnosa između država članica i javnih preduzeća br. 80/723. (85/413/EEC od 24. juna 1985. godine, OJ NoL 229, od 28.08.1985, str. 20–21, stupilo na snagu 01.01.1996 godine, menjano 1985. i 1993. godine (93/84/EEC od 30.09.1993. godine, OJ NoL 254 od 12.10.1993, str. 16–18, stupilo na snagu 09.11.1993 – prema Vukadinović, D., R., "Uvod u institucije i pravo EU", Kragujevac, 2011. godina).

Dva pojma su značajna za razumevanje pomenute definicije javnog preduzeća: javna vlast (public authorities) i dominantan uticaj. Pod pojmom javnih vlasti podrazumeva se država ili regionalne ili lokalne vlasti (organi lokalne samouprave). Dominantan uticaj pomenutih oblika vlasti u pojedinom tipu javnog preduzeća ostvaruje se na više načina i to: držanjem većine upisanog kapitala; kontrolom većine glasova po osnovu akcija izdatih od strane preduzeća; postavljanjem više od polovine članova upravnog ili nadzornog odbora.

Prilikom određenja pojma javnog preduzeća neophodno je uzeti u obzir komunitarne ili EU ciljeve postavljene u Ugovoru o osnivanju i njihovo ostvarenje<sup>22</sup>. Pravni status javnog preduzeća kao jednog od oblika opšteg pojma preduzeća različito je rešen u pravnim sistemima država članica. U najopštijem smislu, ispoljene razlike u definisanju preduzeća mogu se svrstati u dve grupe i to uže i šire shvatanje.

U okviru užeg shvatanja preduzeće karakteriše određena stalnost, mogućnost ostvarivanja profita, ekonomska aktivnost (proizvodnja, razmena i raspodela robe ili usluga), postojanje određene pravne forme, autonomno upravljanje, odvojen račun i sl. Prema širem shvatanju (zastupljeno u teoriji i praksi Suda pravde) pomenute ekonomske aktivnosti mogu obavljati i entiteti kojima prema nacionalnom pravu nije priznato svojstvo pravnog lica (npr filijale bez svojstva pravnog lica, udruženja, profesionalne organizacije, državne upravne službe i sl.). Dakle, "...pod pojmom preduzeća u pravnoj teoriji u najširem smislu podrazumeva se svako pravno ili fizičko lice koje obavlja lukarativnu delatnost".<sup>23</sup> Iz ovakvog pojma preduzeća izveden je i "...široki pojam javnog preduzeća kao entiteta koji je sposoban da preduzima ekonomske aktivnosti, na koga javne vlasti mogu vršiti pravni ili faktički uticaj"<sup>24</sup>. Ovo je precizirano u Uputstvu o transparentnosti (80/723), gde je u čl. 2 definisano da se pod "javnim preduzećima podrazumeva svako preduzeće nad kojim javne vlasti imaju direktno ili indirektno dominantan uticaj po osnovu svojine, finansjskog učešća ili pravnih pravila koja se na njega primenjuju."<sup>25</sup>

Očigledno je da na osnovu pomenutog uputstva sledi zaključak da karakter javnog preduzeća jedan subjekt ne stiče po osnovu prirode ili cilja svoje delat-

<sup>22</sup> Videti opširnije Vukadinović, D., R., "Uvod u institucije i pravo EU", Kragujaevac, 2011, str. 426.

<sup>23</sup> Isto ako pod 23, str. 427.

<sup>24</sup> Isto kao pod 23, str. 427.

<sup>25</sup> Videti Papaconstainou, H., "Free Trade and Competition in the EEC, Law, Policy and Practise, London New York, 1988, str.80, prema Vukadinović, D.R., isto kao pod 164.

nosti – vršenjem delatnosti u opštem ili javnom interesu<sup>26</sup>, već na osnovu stepena uticaja javnih vlasti. Uticaj javnih vlasti može se ispoljavati, kako je već rečeno, direktno i indirektno i predstavlja određeni stepen njihove kontrole nad javnim preduzećima. Konačno, javne vlasti mogu osim pravnog uticaja vršiti i faktički uticaj, tj faktički kontrolisati donošenje odluka u javnom preduzeću.

Pored pomenutog tipa javnih preduzeća postoje još dva oblika preduzeća na koji se primenjuju odredbe člana 106 UFE EU: preduzeća kojima su države članice dala posebna ili isključiva ovlašćenja (stav 1); preduzeća kojima je povereno vršenje usluga od opšteg ekonomskog interesa ili koja imaju karakter finansijskog monopola (stav. 2).

Preduzeća kojima su data posebna ili isključiva ovlašćenja mogu biti organizovana i kao privatna i kao javna preduzeća – za njih nije značajno ko ima dominantan uticaj prilikom odlučivanja (javne vlasti, vlasnici ili zaposleni) već da li je takvom subjektu država dodelila posebno ili isključivo ovlašćenje (npr. emitovanje televizijskog programa i sl.).

Kada je reč o ovoj kategoriji preduzeća, kada im je povreno vršenje usluga od opšteg ekonomskog interesa u izvesnom smislu dozvoljen je izuzetak od primene propisa o konkurenciji “...ako primena tih pravila pravno ili faktički ne sprečava izvršavanje zadataka koji su im povereni i pod uslovom da “...razvoj trgovinskog prometa ne bude ugrožen u meri koja bi bila protivna interesima Unije”.<sup>27</sup>

Pojam javnog preduzeća u pravu EU se može posredno odrediti preko četiri suštinska elementa i to: različiti subjekti regulisani opštim ili posebnim propisima: osnivaju ih javne vlasti koje imaju dominantan uticaj nad njihovim poslovanjem; subjekti koji uživaju suštinsku autonomiju u odnosu na javne vlasti i imaju sopstveni pravni subjektivitet; proizvode, prodaju robu i usluge u cilju koji određuju javne vlasti, ali ne vrše nužno i poslove javnog servisa.<sup>28</sup>

### *Normativna izjednačenost različitih oblika preduzeća preduslov faktičke ravnopravnosti na tržištu*

Već je objašnjeno da se na unutrašnjem tržištu EU mora obezbediti ravnopravnost i fer konkurencija za sve učesnike, pa se otuda u odnosu na javna predu-

---

<sup>26</sup> O sadržini pojma javnog interesa videti opširnije Vukićević S. “Kontrola ostvarivanja javnog interesa u preduzećima-neka normativna i praktična rešenja”, Pravo i privreda 1/1994, str. 118–129.

<sup>27</sup> Vukadinović, R., “Uvod u instituciji i pravo EU”, Kragujevac, 2011, str. 429.

<sup>28</sup> Public Undertakings and Public Services Activities in the European Union, Working document W-21, 1997, 2, European Parliament, p.7. prema, prema Vukadinović, R., “Položaj javnih preduzeća i preduzeća sa posebnim i isključivim pravima u pravu EU”, Pravo i privreda, Beograd, 2004.

zeća mora voditi računa da ne budu privilegovana u odnosu na ostala preduzeća i druge tržišne subjekte. Zbog toga je u članu 106. UFEU konstituisana obaveza država članicama da prema ovim preduzećima neće donositi ili održavati na snazi bilo kakve mere koje su suprotne odredbama ovog ugovora (UFEU)<sup>29</sup>.

Javna preduzeća su u opštem smislu izjednačena sa ostalim privrednim subjektima (privatnim preduzećima i dr) i na taj način se poštuje pravo konkurencije i stvaraju pretpostavke integracije nacionalnih tržišta u jedinstveno tržište Evropske unije, ravnopravnost tržišnih subjekata i zaštita malih i srednjih preduzeća. Normama prava EU (čl. 82 Ugovora o osnivanju EZ) zabranjuju se ponašanja učesnika na tržištu koja se mogu okvalifikovati kao zloupotreba dominantnog položaja (zabrana radnji monopolisanja). Posmatrano istorijski, ovakva ponašanja su veoma rano (SAD-Šermanov zakon, čl. 2) sankcionisana kao nedozvoljena i krivično kažnjiva<sup>30</sup>. Od svog donošenja Šermanov zakon je primenjivan i kao krivični zakon (1938–1943. godina), a od 2004. godine predviđa visoke novčane kazne u iznosu čak i do 100 miliona dolara.<sup>31</sup>

Takođe, prilikom finansijske pomoći javnim preduzećima, Uputstvom o transparentnosti predviđeno je da ova preduzeća mogu koristiti finansijsku pomoć, ali se mora poštovati princip transparentnosti. Poštovanje ovog principa izražava obavezu države članice da obavesti Komisiju o svojim finansijskim odnosima sa javnim preduzećima i da joj dostavi sve potrebne informacije. Posebna vrsta obaveze država članica odnosi se na obaveštavanje Komisije o onim finansijskim transakcijama koje se u smislu Uputstva ne mogu tretirati kao oblici državnih subvencija<sup>32</sup> (npr naknade poslovnih gubitaka javnih preduzeća, davanje kapitala, bespovratne pomoći ili zajmovi pod privilegovanih uslovima, naknade dugova javnih preduzeća i sl.). Reč je o državnim subvencijama u javnim preduzećima koje obuhvataju aktivne i pasivne transfere javnih fondova.

Uputstvo o transparentnosti se prema načelu de minimis ne primenjuje na finansijske odnose organa vlasti i javnih preduzeća čije vršenje usluga ne pogađa trgovinu među državama članicama u značajnoj meri kao ni na preduzeća čiji je godišnji obrt kapitala manji od 40 miliona evra u prethodne dve finansijske godine<sup>33</sup>.

<sup>29</sup> Videti bliže Buendia Sierra, L.J., "Exclusive rights and state monopolies under EC law", Oxford University Press, 1999, str. 3–70.

<sup>30</sup> Krajem XIX u SAD je donet poseban zakon – Šermanov zakon koji je bio usmeren protiv najvećih američkih kompanija (Standard Oil, metalska industrija) koji su imali dominaciju na tržištu.

<sup>31</sup> Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act 2004.

<sup>32</sup> Videti više Vukadinović, D. R., "Pojam i značaj državnih subvencija u pravu Evropske unije", Pravni život, 1998.

<sup>33</sup> Vukadinović, D. R., "Uvod u institucije i pravo EU", Kragujevac, 2011, str. 429.



Kada je reč o odnosu javnih vlasti i javnih preduzeća značajno je i poštovanje principa kompatibilnosti. Naime, državne subvencije javnim preduzećima moraju biti kompatibilne sa unutrašnjim tržištem EU, tj. ova sredstva treba da su u funkciji ostvarivanja komunitarnih (evropskih) ciljeva čime se opravdava izuzetak od opšte zabrane odobravanja državnih subvencija propisanih odredbama člana 107. UFEU. Ovaj član predviđa dve vrste izuzetaka, od zabrane dodeljivanja državnih subvencija, u pitanju su: zakonske, i – diskrecione subvencije.

Kada je reč o zakonskim subvencijama (čl. 107, st. 2. UFEU) njihova predviđenost proizlazi iz samog Ugovora, i to su: pomoć socijalnog karaktera data individualnim potrošačima, ako se pri tome ne pravi diskriminacija zasnovana na poreklu robe; pomoć koja se daje za naknadu šteta nastalih usled prirodnih nepogoda ili drugih izuzetnih događaja; pomoć data privredi određenih područja SR Nemačke pogođenoj podelom Nemačke u meri u kojoj su potrebne da bi se nadoknadile ekonomske posledice prouzrokovane podelom.

Ipak, države članice su dužne da i u ovoj vrsti subvencija obaveste Komisiju, koja ne donosi posebnu odluku "o izuzeću", ali je ovlašćena da proverava da li ove subvencije odgovaraju navedenim kriterijumima.

Diskrecione subvencije podrazumevaju da Komisija može, ceneći ekonomske i socijalne efekte u kontekstu komunitarnih ciljeva doneti odluku kojom dozvoljava i druge vrste državne pomoći i to:

- pomoć za unapređenje ekonomskog razvoja područja na kojima je životni standard izuzetno nizak ili u kojima postoji znatna nezaposlenost;
- pomoć za unapređenje važnih projekata od zajedničkog evropskog interesa ili za otklanjanje znatnog poremećaja u privrednom životu jedne države članice;
- pomoć za unapređivanje razvoja određenih privrednih delatnosti ili određenih privrednih grana, ako se time ne menjaju uslovi poslovanja u meri u kojoj je to suprotno zajedničkim interesima. Međutim, subvencije brodogradnji koje su postojale prvog januara 1957. godine biće, u meri u kojoj same nadoknađuju nepostojanje carinske zaštite, postepeno smanjivane pod istim uslovima koji se primenjuju na ukidanje carina, u skladu sa odredbama ovog Ugovora koje se odnose na zajedničku trgovinsku politiku prema trećim zemljama;
- pomoć namenjena unapređenju kulture i očuvanje baštine, kada ona ne utiče na uslove razmene i konkurencije u Zajednici u meri koja ne bi bila suprotna zajedničkom interesu;
- ostale vrste subvencija koje određuje Savet odlukom koju donosi kvalifikvanom većinom na predlog Komisije.

Odluka Komisije o odobrenju subvencija za pobrojane namene zavisi od njenog "ubeđenja" da se ovim sredstvima mogu ostvariti neki od pobrojanih ciljeva, tj. da se ti ciljevi ne bi mogli ostvariti bez državne pomoći.

### ZAKLJUČAK

Kada je reč o odnosu države i javnih preduzeća, očigledno je da su ti odnosi veoma složeni i da pokazuju tendenciju osavremenjavanja u smislu prilagođavanja ovog tipa preduzeća tržišnim uslovima poslovanja. Javna preduzeća postaju, umesto rigidnih i tromih poslovnih sistema pod patronatom države fleksibilni tržišni subjekti. Javna preduzeća sve više se osposobljavaju za ravnopravnu tržišnu utakmicu nudeći svoje usluge pod uslovima koje diktira tržište. U normativnom smislu u okviru Evropske unije je postavljen jedan opšti okvir u kome posluje i radi ovaj tip preduzeća, ali javni sektor još uvek nije lišen mogućnosti za preterano uplitanje države u rad javnih preduzeća, te pojave zloupotreba raspolaganja finansijskim sredstvima koje država izdvaja za njihov rad. Funkcija regulatornih tela koja treba da kontrolišu odnos države i javnih preduzeća nije dovoljno razvijena. Ova tela, iako postoje više su kontrolni "ukras" nego stvarni organ kontrole.

Odnosi na relaciji država-javna preduzeća su posebno kompleksni u državama koje se nalaze u tranziciji, kakva je Republika Srbija, pa je jasno da su ti odnosi opterećeni mnogim elementima iz prošlosti, u smislu paternalističkog odnosa države prema ovoj kategoriji preduzeća. Zbog toga je značajano da je u Sporazumu o stabilizaciji i pridruživanju (SSP) koji je EU potpisala sa Srbijom, Republika Srbija se obavezala da u okviru opšte obaveze prihvatanja komunitarnih tekovina (*acquis communautaire*) uskladi propise o javnim preduzećima i posebno uspostavi kontrolu dosledne primene prava konkurencije. Neophodno je da propisi Republike Srbije predvide odgovarajuće procedure koje će učiniti transparentnim finansijski odnos države i javnih preduzeća što je osnovni kriterijum u definisanju položaja ovog tipa preduzeća i korisnika njihovih usluga.

Zbog toga čini nam se neophodnim da u okviru nadležnih ministarstava i drugih upravnih organa (ili posebno formiranih nezavisnih tela) se institucionalizuje sistem kontrole utroška državnih sredstava u javnim preduzećima.

SLAVOLJUB VUKIĆEVIĆ, LL.D.,  
Professor, Sinergia University, Faculty of Law, Bijeljina,  
SOFIJA VUKIĆEVIĆ, LL.M.,  
Assistant, Singidunum University, Belgrade

ATTITUDE OF STATE TOWARDS PUBLIC ENTERPRISES  
IN THE EU LAW  
– Moral dimension of equality with other business entities –

Summary

This paper attempts to explain the attitude of state towards public enterprises in accordance with the modern understanding of public enterprises.

The European Union law pays special attention to this matter through the definition of state-public enterprise relationship, and it also focuses on the protection of competition which is an issue that was particularly elaborated in this paper. Equality of all business entities appearing on the market represents, among other things, implementation of the principles of equal opportunities, whose content falls under the par excellence moral category. As such, the equality deserves a special elaboration, which has been demonstrated in this paper.



IVANA MARKOVIĆ

## EVROPSKO KRIVIČNO PRAVO

– Pojmovno određenje i stanje posle Lisabonskog ugovora –

“KRIVIČNO PRAVO EVROPSKE UNIJE”  
I “EVROPSKO KRIVIČNO PRAVO”

*Pojmovno određenje.* – Jedna od glavnih prepreka za stvaranje istinskog, supranacionalnog evropskog krivičnog prava jeste upravo ono na čemu se krivično pravo zasniva – suverenost država. Da bi pravo bilo primenjivo i efikasno, norma mora, pored dispozicije, da poseduje i sankciju za kršenje iste, što je u pogledu krivičnog prava (u subjektivnom smislu) oličeno u pravu na kažnjavanje – *ius puniendi*-u, koje pripada samo državi. Ostvarivanje tog prava zasniva se na državnoj prinudi, te je stoga i krivično pravo izrazito državno pravo.<sup>1</sup> Ono je nastalo u nacionalnim okvirima i predstavlja simbol suverenosti države; slikovito rečeno, ono je “sveti gral moderne državnosti”<sup>2</sup> i države se vrlo teško odriču tog svog prava. Od mogućnosti propisivanja kažnjivih ponašanja i stepena prenetog prava na kažnjavanje može, uprošćeno posmatrano, da se pođe prilikom definisanja evropskog krivičnog prava.<sup>3</sup>

---

Ivana Marković, asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

<sup>1</sup> Z. Stojanović, *Krivično pravo – opšti deo*, 18. izdanje, Beograd, 2011, str. 4.

<sup>2</sup> J. Vogel, Harmonisierung des materiellen Strafrechts in der Europäischen Union, in: *Strafrecht und Kriminalität in Europa*, Baden-Baden, 2003, p. 39.

<sup>3</sup> Vredna napomene je činjenica da ni jedan od pojmova iz prvog podnaslova ovog rada nije definisan u nekom evropskom dokumentu, tako da je prepušteno teoriji da ih bliže odredi.

“Krivično pravo Evropske unije” može se definisati kao ukupnost svih obeležja bića krivičnog dela koja u potpunosti potiču iz jednog evropskog izvora i koja kao evropsko pravo<sup>4</sup> važe neposredno u svim državama članicama Evropske unije.<sup>5</sup> To bi značilo da Unija poseduje *ius puniendi*, da postoji evropski krivični kodeks supranacionalnog evropskog krivičnog prava.

“Evropsko krivično pravo” je, pak, širi pojam od “Krivičnog prava Evropske unije”. Kako vreme odmiče i kako se regulisanje krivične materije u evropskim okvirima usložnjava, tako se već sada može govoriti o tri dimenzije evropskog krivičnog prava.

Evropsko krivično pravo u širem smislu predstavlja ukupnost krivičnopravne materije koja potiče iz različitih evropskih izvora – tu spada međunarodno javno pravo<sup>6</sup> sa osloncem na legislativne aktivnosti evropskih organizacija, posebno na Savet Evrope; nacionalno krivično pravo država sa “evropskim elementom”; supranacionalno pravo zajednice Evropske unije, zajednička krivičnopravna načela država članica Evropske unije, kao i (ranije) krivično pravo u okviru (nekadašnjeg) tzv. trećeg stuba Evropske unije (nakon stupanja na snagu Lisabonskog ugovora, govori se samo o pravu Evropske unije).<sup>7</sup> Ovaj zbirni pojam se dalje može suziti, tako da se govori o Evropskom krivičnom pravu u užem smislu, koje pored pomenutog prava Evropske unije, obuhvata i pravo Saveta Evrope (dakle, pravo EU + pravo SE)<sup>8</sup>; dok bi se pod evropskim krivičnim pravom u najužem smislu podrazumevale sve one norme i odluke u pogledu materijalnog i procesnog krivičnog (zapravo celokupnog kaznenog) prava koje proizlaze iz prava i aktivnosti Evropske unije. Upravo od ovog najužeg pojma se pošlo u ovom radu.

U teoriji se pominje i izraz “evropeizovano krivično pravo” (*europäisiertes Strafrecht*).<sup>9</sup> Dok jedni pod tim pojmom podrazumevaju evropsko krivično pra-

<sup>4</sup> O pojmu evropskog prava vid. B. Košutić, B. Rakić, B. Milisavljević, *Uvod u pravo evropskih integracija*, Beograd, 2012; W. Frenz, *Europarecht*, Berlin – Heidelberg, 2011.

<sup>5</sup> Satzger ovako zapravo definiše “Evropsko krivično pravo” (*Europäisches Strafrecht*). Međutim, imajući u vidu pominjanje država članica, jasno je da definicija više odgovara pojmu “Krivičnog prava Evropske unije”. H. Satzger, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, Baden-Baden, 2011, p. 87.

<sup>6</sup> O pojmu međunarodnog javnog prava i njegovom odnosu sa unutrašnjim pravom vid. M. Kreća, *Međunarodno javno pravo*, Beograd, 2011.

<sup>7</sup> Više o tome: B. Hecker, *Europäisches Strafrecht*, Berlin–Heidelberg, 2012, p. 5; St. Reiter, *Europäische Union und österreichisches Strafrecht: Unter besonderer Berücksichtigung der Delikte gegen Menschenhandel und Schlepperei*, Wien, 2008, p. 17. Slično: Z. Stojanović, *op. cit.*, str. 47.

<sup>8</sup> K. Ambos, *Internationales Strafrecht*, 2. Auflage, München, 2008, p. 385.

<sup>9</sup> O trendu evropeizacije govori i Stojanović u svom udžbeniku. Z. Stojanović, *op. cit.*, str. 29. Više o tome: H. Satzger, *Europäisierung*, -in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg (ed.), *Europäisches Strafrecht*, Baden-Baden, 2011, p. 231.

vo u užem smislu, onako kako je prethodno definisano,<sup>10</sup> drugi u tom smislu govore o nacionalnim krivičnopравnim odredbama (država članica EU) koje su pod uticajem evropskog prava.<sup>11</sup> Ovo poslednje shvatanje deluje ispravnije. S jedne strane zvuči suvišno i jezički nategnuto kada se govori o “evropeizovanom pravu Saveta Evrope”, odnosno “evropeizovanom pravu Evropske unije”, dok s druge strane ima više opravdanja da se u takav kontekst stavi upravo nacionalno krivično pravo, koje se u poslednje vreme susreće sa sve većim zahtevima “evropskog” porekla. S obzirom na to da evropski uticaj u ovoj konstelaciji nije takav da se donosi krivičnopравna odredba koja bi spadala u evropsko pravo, već da ta odredba ostaje u okvirima nacionalnog prava, ispravnije, a u svakom slučaju jasnije bi bilo kada bi se složenica proširila, te kada bi se govorilo o evropeizovanom nacionalnom krivičnom pravu.<sup>12</sup> Inače, može se zapaziti da kada se govori o evropeizovanom krivičnom pravu, ne ističe se posebno da se taj “evropski uticaj” odnosi i na akta Saveta Evrope, ali se to nigde izričito i ne isključuje. Ukoliko bi se taj uticaj shvatio u širem smislu, kako se uostalom shvata i sâmo evropsko krivično pravo u širem smislu, onda bi se i za krivično pravo država članica Saveta Evrope koje nisu ujedno i države članice Evropske unije, dakle i za našu zemlju, već sada moglo reći da poseduje crte evropeizovanog krivičnog prava.

#### OPŠTI POGLED NA LISABONSKI UGOVOR

Ugovor iz Lisabona o izmenama i dopunama Ugovora o Evropskoj uniji i Ugovora o uspostavljanju Evropske zajednice,<sup>13</sup> skraćeno Lisabonski ugovor, potpisan 13. decembra 2007. godine za vreme portugalskog predsedavanja Svetom,

---

<sup>10</sup> Takvo shvatanje zastupa i Ambos, *op. cit.*, p. 348.

<sup>11</sup> Tu bi se, na primer, radilo o slučajevima kolizije između domaće odredbe i odredbe prava Unije, kada bi se trebalo primeniti ova druga. Ili o situaciji kada krivičnopравna odredba nacionalnog prava mora da se tumači u skladu sa pravom Zajednice, tj. sada Unije (*gemeinschaftskonforme Auslegung*). Više o tome: H. Satzger, *op. cit.* Rosenau navodi neke od konkretnih odredbi nemačkog Krivičnog zakonika na koje je evropsko pravo uticalo, poput § 261 StGB (krivično delo pranja novca, pod uticajem Direktive 91/308/EWG iz 1991. godine, tzv. Direktive o pranju novca i Drugog protokola uz Sporazum o zaštiti finansijskih interesa Evropskih zajednica iz 1997. godine), § 264 StGB (krivično delo subvencione prevare, pod uticajem Sporazuma o zaštiti finansijskih interesa Evropskih zajednica iz 1995. godine), § 232 StGB (krivično delo trgovine ljudima radi seksualnog iskorišćavanja, pod uticajem Okvirne odluke o borbi protiv trgovine ljudima iz 2002. godine). H. Rosenau, *Zur Europäisierung im Strafrecht – Vom Schutz finanzieller Interessen der EG zu einem gesamt-europäischen Strafgesetzbuch?*, ZIS 1/2008, p. 10.

<sup>12</sup> H. Satzger, *ibid.*

<sup>13</sup> ABl. EU 2007 Nr. C 306/1.



stupio je na snagu 1. decembra 2009. godine, nakon što su ga sve zemlje članice prethodno ratifikovale.<sup>14</sup>

Stupanjem na snagu Ugovora iz Lisabona, Evropska unija i Evropska zajednica spajaju se u jednu reformisanu Evropsku uniju sa supranacionalnim karakterom. Ugovor o Evropskoj uniji (u daljem tekstu: UEU) formalno ostaje na snazi, a unekoliko izmenjenom Ugovoru o Evropskoj zajednici (u daljem tekstu: UEZ) dodaju se odredbe o policijskoj i pravosudnoj saradnji<sup>15</sup> i on se sada naziva “Ugovor o funkcionisanju Evropske unije” (u daljem tekstu: UFEU). Model tri stuba<sup>16</sup> se “rastura”, odnosno materija iz dosadašnjeg drugog i trećeg stuba “prelazi” u prvi stub. Pomenutim ugovorima priključuje se Povelja o osnovnim pravima u Evropskoj uniji, tako da sada “umesto evropskog hrama oslonjenog na stubove imamo pravu kuću koja nosi naziv Evropska unija”.<sup>17</sup> Sva tri pravna akta su formalnopravno ravnopravna, a Evropska unija stiče pravni subjektivitet.<sup>18</sup>

<sup>14</sup> Uključujući i dozu neizvesnosti koja je, nakon iskustva sa prethodnikom Lisabonskog ugovora, neslavnim Ugovorom o Ustavu Evropske unije (vid. fn. 28), postojala u vezi sa dva referendumna sprovedena u Irskoj 2008. i 2009. godine. Iako će u nastavku rada fokus biti stavljen na izmene i dopune koje su relevantne za krivičnopravnu materiju, vredi pomenuti neke najosnovnije novine Lisabonskog ugovora: jačanje Evropskog parlamenta u pogledu zakonodavstva, budžeta i međunarodnih sporazuma (kroz saodlučivanje i u postupku donošenja odluka, u većoj meri nego ranije postoji ravnopravnost između Parlamenta i Saveta); jačanje nacionalnih parlamenata (kroz pojačanu kontrolu principa supsidijariteta); uvođenje tzv. inicijative građana; jasnija podela nadležnosti između država članica i Evropske unije; regulisanje mogućnosti istupanja iz Unije; od 2014. godine se kvalifikovana većina računa preko duple većine zemalja članica i stanovništva, tj. neophodno je da se 55% zemalja članica koje zajedno čine najmanje 65% evropskog stanovništva saglasi; bira se predsednik Evropskog saveta, kao i Visoki predstavnik za spoljnu i bezbednosnu politiku Evropske unije, itd. [http://europa.eu/lisbon\\_treaty/glance/index\\_de.htm](http://europa.eu/lisbon_treaty/glance/index_de.htm); pristupljeno stranici: 15.06.2012. Vid. C. Nowak, *Europarecht nach Lissabon*, Baden Baden, 2011; Z. Radivojević, *Institucionalne novine u Lisabonskom ugovoru*, *Pravni život* br. 14/2009, str. 37 i dalje.

<sup>15</sup> Važno je napomenuti da pravni akti iz oblasti Policijske i pravosudne saradnje, doneći na osnovu ranijeg čl. 29. Ugovora o Evropskoj uniji, a pre stupanja na snagu Ugovora iz Lisabona, shodno čl. 9. Protokola o Prelaznim odredbama od 13. decembra 2007. godine (ABl. EU 2007 Nr. C 306/157) zadržavaju pravno dejstvo, sve dok prema novom pravu ne budu stavljeni van snage, poništeni ili izmenjeni.

<sup>16</sup> Tzv. model tri stuba Evropske unije uveden je Ugovorom iz Mastrihta 1992. godine, a unekoliko je modifikovan Ugovorom iz Amsterdama 1997. godine. Prvi stub predstavlja Evropsku zajednicu; drugi stub čini Zajednička spoljna i bezbednosna politika; dok je treći stub oličen u Policijskoj i pravosudnoj saradnji u krivičnim predmetima. Prema ovom modelu, samo prvi stub, tj. Evropska zajednica poseduje pravni subjektivitet i samo ona može da stvara supranacionalna pravna pravila. Aktivnosti u druga dva stuba odvijaju se u obliku međudržavne, tj. međuvladine saradnje.

<sup>17</sup> M. Mansdörfer, *Das europäische Strafrecht nach dem Vertrag von Lissabon – oder: Europäisierung des Strafrechts unter nationalstaatlicher Mitverantwortung*, in: *HRRS* Januar 2010, p. 11.

<sup>18</sup> Do sada je pravni subjektivitet posedovala samo Evropska zajednica.

Prva velika novina odnosi se na sistematizaciju. Naime, jedinstveni prostor slobode, bezbednosti i prava se, nešto drugačije formulisan,<sup>19</sup> u čl. 3. UEU pomi-  
nje pre evropskog unutrašnjeg tržišta i pre ekonomske i monetarne unije, čime se  
sa poimanja Unije kao prevashodno ekonomske zajednice prelazi na jedan obu-  
hvatniji aspekt postojanja EU.<sup>20</sup> Proces razvoja policijske i pravosudne saradnje se  
zaokružuje, tako što je ona sada kao “politika unutrašnje bezbednosti” formalno  
postala jedna od 24 internih politika Unije.<sup>21</sup>

I u pogledu kriminalne politike došlo je do izmena. Raniji čl. 29. UEU sada  
je integrisan u čl. 67. UFEU, u kome se navode načini za postizanje “visokog ste-  
pena bezbednosti”: mere prevencije i suzbijanja kriminaliteta, te rasizma i kseno-  
fobije; mere koordinacije i saradnje policija, organa krivičnog pravosuđa i dru-  
gih nadležnih ustanova; uzajamno priznanje krivičnopравnih odluka i, ukoliko je  
to neophodno, izjednačavanje krivičnopравnih propisa.<sup>22</sup> Politika prevencije, kao  
i mere saradnje u oblasti krivičnog pravosuđa i dalje su na prvom mestu. Ono što  
je novo, to je izričito postavljanje uzajamnog priznanja odluka,<sup>23</sup> i to ispred izjed-  
načavanja propisa, čime je prednost data integraciji u odnosu na harmonizaciju.<sup>24</sup>  
Ovako visoko postavljeno poverenje u tuđe krivično pravosuđe i zakonodavstvo  
mora, pak, da bude opravdano kvalitetnim postupanjem, kao i pravilnom imple-  
mentacijom evropskih krivičnopравnih odredbi u nacionalno pravo. S druge strane,  
za priznanje stranih odluka nije poželjno ni da se odredbe nacionalnih zakono-  
nodavstava suviše razlikuju. Ukoliko se ova odredba shvati kao polazna osnova

---

<sup>19</sup> Čl. 3. UEU sada glasi: “Unija pruža svojim građankama i građanima prostor slobode, bez-  
bednosti i prava bez unutrašnjih granica, u kom je – putem odgovarajućih mera kontrole spoljašnjih  
granica, azila, imigracije, kao i prevencije i suzbijanja kriminaliteta, obezbedena sloboda kretanja  
ljudi.”

<sup>20</sup> Evropska unija je primarno (bila) ekonomska zajednica čija je svrha pravno uobličavanje  
jedinstvenog ekonomskog prostora, prevashodno imajući u vidu oblasti carina, poreza, konkuren-  
cije, radnih odnosa. Krivično pravo iz drugog, neki bi rekli trećeg, plana kroz svoj značaj za među-  
narodne privredne odnose sve više izbija u prvi plan. Tako: K. Tiedemann, *Gegenwart und Zukunft  
des Europäischen Strafrechts*, ZStW 2004/4, p. 946.

<sup>21</sup> Deo 3, naslov V UFEU.

<sup>22</sup> Čl. 67 st. 3. UFEU.

<sup>23</sup> Više o uzajamnom priznanju odluka u krivičnim stvarima u Evropskoj uniji: P. Andreou,  
*Gegenseitige Anerkennung von Entscheidungen in Strafsachen in der Europäischen Union*, Baden-Ba-  
den, 2009.

<sup>24</sup> Ovako shvaćen pojam harmonizacije obuhvata kako harmonizaciju u užem smislu, tako i  
izjednačavanje propisa. Pod harmonizacijom se podrazumeva sadržinsko prilagođavanje nacional-  
nih krivičnopравnih morni na osnovu obavezujućih standarda definisanih od strane Unije. Vid. B.  
Hecker, *Europäisches Strafrecht post-Lissabon*, -in: K. Ambos (ed.), *Europäisches Strafrecht post-Lis-  
sabon*, 2011, p. 18.

za tumačenje drugih odredbi koje se odnose na krivičnopravnu materiju; ukoliko međusobno poverenje i u praksi bude zadržalo primat nad izjednačavanjem, onda ne bi trebalo da bude bojazni od preterane harmonizacije i nepoštovanja<sup>25</sup> nacionalnih pravnih poredaka i pravne tradicije.<sup>26</sup>

U kriminalnopolitičkom pogledu evidentno je i jačanje osnovnih i ljudskih prava. Naime, Lisabonskim ugovorom Evropska unija prihvatila je kako Evropsku konvenciju o ljudskim pravima i osnovnim slobodama, tako i Povelju o osnovnim pravima u Evropskoj uniji iz 1997. godine. To znači da svaki pravni akt Evropske unije ubuduće mora da se meri po tome da li pruža barem minimalnu zaštitu pomenutih prava. I ne samo to. U slučaju njihovog kršenja može se očekivati ne samo reakcija Evropskog suda pravde, već mnogo verovatnije Evropskog suda za ljudska prava, tako da nije isključen ni jedan vid dualizma između ova dva “delioca pravde”.<sup>27</sup>

#### NADLEŽNOSTI UNIJE U KRIVIČNOPRAVNOJ OBLASTI

Jedna od namera pisaca Lisabonskog ugovora bila je i ta da se nadležnosti između Unije i njenih država članica što jasnije razgraniče. U čl. 3. UFEU su stoga navedene oblasti isključive nadležnosti Unije, u čl. 4. UFEU podeljene nadležnosti, a u čl. 6. UFEU korektivne nadležnosti.

Ni u jednom članu Lisabonskog ugovora ne pominje se sveobuhvatna, isključiva nadležnost Evropske unije u pogledu krivičnog prava,<sup>28</sup> što bi trebalo da

<sup>25</sup> Ovaj, iz načela supsidijariteta i srazmernosti proistekli princip poštete (*Schonungsprinzip*) može se shvatiti kao izbegavanje preteranog zadiranja u nacionalne sisteme.

<sup>26</sup> U tom smislu: M. Mansdörfer, *op. cit.*, p. 13. Kritici na račun jednostrane kriminalne politike koja se suviše okrenula bezbednosnom elementu, a u nedovoljnoj meri uzima u obzir stvaranje prostora slobode građana, te tipiziranju krivičnog prava koje se previše posvetilo transnacionalnom kriminalitetu, Mansdörfer suprotstavlja tezu o diferenciranju krivičnog prava koje, kako on kaže, nije tipično samo za “evropsko krivično pravo”, te ga ni ne treba posmatrati u evropskom kontekstu.

<sup>27</sup> M. Mansdörfer, *op. cit.* p. 14

<sup>28</sup> Jedna takva odredba zaista bi bila revolucionarna. Ne samo da bi se time nacionalne države odrekle jednog značajnog dela (što faktičke, što simbolične) suverenosti i jednog od “omiljenih” i “nužnih” segmenata državne vlasti, već bi to bilo ravno podvigu, imajući u vidu na kakve je prepreke, pa i na konačno odbijanje naišao prethodnik Lisabonskog ugovora – Ugovor o Ustavu Evropske unije. U neku ruku deluje paradoksalno činjenica da je Lisabonskim ugovorom preuzet znatan broj odredbi iz Ugovora o Ustavu Evropske unije. Izgleda da je pominjanje ustava, evropske himne, evropske zastave, te predloženo preimenovanje uredbe i direktive u evropski zakon i evropski okvirni zakon bilo dovoljno da države članice i njihovi građani, posebno Francuske (na referendumu 29. maja 2005. godine) i Holandije (na referendumu 1. juna 2005. godine), odbiju Predlog ugovora. Sada, u izmenjenoj formi, ali sa suštinski istim ili barem vrlo sličnim sadržajem

znači da krivično pravo suštinski ostaje nacionalno, a da Evropska unija može da donosi krivičnopravne propise u skladu sa ograničenim pojedinačnim ovlašćenjem samo u okviru podeljene nadležnosti za stvaranje jedinstvenog prostora slobode, bezbednosti i prava. Međutim, Lisabonski ugovor ipak je proširio mogućnosti za delovanje Unije.

Kada se govori o međudržavnoj saradnji, u obzir dolaze sledeće mere Evropskog parlamenta i Saveta: mere za određivanje pravila i postupaka priznanja svih vrsta sudskih odluka; mere za sprečavanje i prestanak sukoba nadležnosti između zemalja članica; mere za dalje usavršavanje sudija, državnih tužilaca i zaposlenih u pravosuđu; mere za saradnju ustanova pravosuđa ili odgovarajućih ustanova država članica u cilju olakšanja krivičnog gonjenja, suđenja i izvršenja.<sup>29</sup> Iako je ovaj član drugačije formulisan u odnosu na raniji čl. 31, ne postoji dovoljno osnova za ocenu da je Unija u povlašćenijem položaju nego ranije.

Ono što predstavlja prvi iskorak ka većoj samostalnosti Unije nalazi se u drugom stavu člana 82. UFEU. U njemu se kaže da, ukoliko je to neophodno za olakšano priznanje sudskih presuda i odluka, te za policijsku i pravosudnu saradnju u krivičnim stvarima sa prekograničnom dimenzijom, Evropski parlament i Savet mogu putem direktiva da utvrđuju minimalna pravila. U daljem tekstu konkretno je navedeno na šta se ta pravila odnose (dopuštenost dokaznih sredstava prema načelu uzajamnosti; prava pojedinaca u krivičnom postupku; prava žrtava krivičnih dela; drugi specifični aspekti krivičnog postupka, koji su prethodno odlukom Saveta, nakon saglasnosti Evropskog parlamenta, jednoglasno određeni). Pored izričitog navođenja direktiva kao forme "minimalnih propisa" (što znači da su one zamenile okvirne odluke),<sup>30</sup> šta se pod "drugim specifičnim aspektima krivičnog postupka" podrazumeva, u Ugovoru nije određeno, već to određuje Savet. Ova neprecizna norma, moglo bi se govoriti o generalnoj klauzuli, ostavlja dosta prostora za tumačenje. Iako se govori o "minimalnim pravilima", moguće je zamisliti situaciju da se neke osnovne odredbe krivičnog postupka, usled poziva-

---

oni su, pak, prihvatili Lisabonski ugovor i time zapravo prešli preko ranijih kritika na račun nedovoljne socijalne usmerenosti i demokratske legitimacije.

<sup>29</sup> Čl. 82. st. 1 UFEU.

<sup>30</sup> Direktiva (*directive, Richtlinie*) je obavezujuća, s tim što nema neposredno dejstvo, već mora na odgovarajući način da se implementira u unutrašnje pravo država članica. Ako se ne unese na odgovarajući način, ili se uopšte ne unese, posebnim mehanizmom, koji je stvorio Evropski sud, direktivi će se ipak obezbediti (i to čak neposredno) dejstvo. Okvirna odluka (*framework decision, Rahmenbeschluss*) nema direktno dejstvo i iako je po svojoj pravnoj prirodi slična direktivama, od njih se razlikuje po tome što ne može da ustanovi subjektivna prava koja su utuživa u nacionalnim sudovima država članica, odnosno što ni nakon nepostojeće ili nedovoljne implementacije ne može da proizvede takvo neposredno dejstvo, tj. ne može se pred Evropskim sudom pravde podneti tužba zbog povrede Ugovora.

nja na već pomenuta osnovna i ljudska prava ili na neophodnost saradnje, stave pod znak pitanja.<sup>31</sup> Iako se u istom članu kaže da će se tom prilikom uzeti u obzir i razlike između pravnih sistema i pravnih tradicija zemalja članica, time se ipak ne utvrđuje njihovo obavezno poštovanje. Uprkos izvesnoj nepreciznosti, stvoren je i jedan mehanizam “kočnice” za zaustavljanje predloga, o čemu će u nastavku rada biti još reči.

Ne treba prenebregnuti ni izričito pominjanje direktiva, koje su zamениle okvirne odluke u ovoj oblasti. To se može sa jedne strane objasniti slikovitim “prelaženjem” policijske i pravosudne saradnje iz trećeg u prvi stub, odnosno dobijanjem “supranacionalnog” karaktera. S druge strane, iako sličnog dejstva, direktive su ipak “prodornije” od okvirnih odluka.<sup>32</sup>

Ovlašćenja Evropske unije u pogledu materijalnog krivičnog prava još su raznovrsnija. U vezi sa “nadležnošću upućivanja” (*Strafانweisungskompetenz*), moguće je razlikovati tri slučaja: a) opšte ovlašćenje za nabrojane oblasti; b) blanketno ovlašćenje; i v) “aneks”-nadležnost u odnosu na već ujednačene oblasti. Pored toga, postoji i g) “nadležnost za stvaranje prava” (*Strafrechtssetzungskompetenz*) u odnosu na pojedina pitanja. Ovo razlikovanje vrsta nadležnosti važno je, pošto daje odgovor na pitanje da li Evropska unija poseduje izvornu nadležnost da stvara supranacionalno krivično pravo, odnosno da stvara norme kojima se propisuje kažnjivost određenih ponašanja, a što će važiti neposredno u državama članicama, tj. bez posredovanja nacionalnog zakonodavca (“nadležnost za stvaranje prava”). S druge strane, “nadležnost upućivanja” predstavlja mogućnost da se nacionalnim zakonodavcima daju samo manje-više konkretna uputstva u pogledu određivanja ‘nacionalnih’ bića krivičnih dela.

### *Opšte ovlašćenje za nabrojane oblasti*

Raniji čl. 31. UEU postao je čl. 83. UFEU, te sada glasi: “Evropski parlament i Savet mogu u redovnom postupku donošenja odluka putem direktiva da odrede minimalne propise u pogledu krivičnih dela i kazni u oblastima posebno teškog kriminaliteta, koje imaju prekograničnu dimenziju na osnovu vrste ili posledica krivičnih dela ili kada je posebno nužno da se protiv njih bori sa zajedničke osnove.

<sup>31</sup> Postojii, takođe, shvatanje da se ovi propisi neće odnositi na strukturalne promene, već na proglašenje nedozvoljenim pojedinih posebnih postupaka (poput suđenja u odsustvu), preciziranje nekih elementarnih prava u postupku (poput prava iz čl. 6. EKLJP) i razvijanje i implementaciju specifičnih pravila transnacionalnog istražnog postupka. M. Mansdörfer, *op. cit.*, str. 15.

<sup>32</sup> Vid. fn. 30.

Takve oblasti kriminaliteta su: terorizam, trgovina ljudima i seksualno iskorišćavanje žena i dece, protivzakonita trgovina drogom, protivzakonita trgovina oružjem, pranje novca, korupcija, falsifikovanje sredstava plaćanja, kompjuterski kriminalitet i organizovani kriminalitet.”

Ovde se govori o posebno teškom kriminalitetu, čiji se prekogranični karakter određuje na osnovu alternativno propisanih kriterijuma: vrste krivičnog dela, posledice krivičnog dela<sup>33</sup> ili nužnosti da se protiv njih bori sa zajedničke osnove.<sup>34</sup> Nije dovoljna samo (dobra) volja organa za suzbijanje kriminaliteta; neophodno je da se ispuni najmanje jedan od navedenih uslova.<sup>35</sup> Nabranje krivičnih dela je *exempli causa*, s obzirom na blanketno ovlašćenje u stavu 3. istog člana. Može se kritikovati i njihova nepreciznost, posebno u pogledu pojma “organizovanog kriminaliteta”. Sa jedne strane nisu jasne njegove granice, dok se sa druge strane postavlja pitanje njegovog odnosa sa drugim nabrojanim krivičnim delima, od kojih se većina upravo vrši u organizovanom obliku. Samo donekle se može uvažiti argument da su neprecizna određivanja krivičnih dela jedna od specifičnosti osnovnih ugovora koji treba da budu opšteg karaktera, kako bi ih države lakše prihvatile.<sup>36</sup>

### *Blanketno ovlašćenje*

U nastavku člana 83, st. 3. UFEU, Evropskoj uniji daje se ovlašćenje da katalog krivičnih dela iz prethodnog stava proširi,<sup>37</sup> i to ne u (dugotrajnom) postupku izmene Ugovora, već samo na osnovu pomenute odredbe, odnosno na osnovu jednoglasne odluke Saveta i prethodno date saglasnosti Evropskog parlamenta.

---

<sup>33</sup> Posledicu bi u ovom slučaju trebalo shvatiti u širem smislu; dakle, i kao udaljenu posledicu na zaštitnom objektu.

<sup>34</sup> Schünemann ova krivična dela, pored krivičnih dela protiv pravnih dobara Evropske unije, naziva “izvornim (genuin) evropskim deliktima” (*geborenes Europadelikt*). B. Schünemann, *GA* 2004, pp. 193, 199. Inače, Hecker kao pravna dobra Unije (u originalu: Zajednice) navodi njene finansijske interese, nepodmitljivost njenih službenika, čuvanje službene tajne, evropski pravni saobraćaj, ostvarenje osnovnih sloboda, sprovođenje politika Unije na polju organizacije tržišta, na polju konkurencije, zaštite potrošača i zaštite životne sredine. B. Hecker, *op. cit.*, p. 83.

<sup>35</sup> Takvo shvatanje zastupa i nemački Savezni ustavni sud u svojoj odluci o Lisabonskom ugovoru. BVerfG 2 BvE 2/08 vom 30.06.2009., Rn. 359. [http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20090630\\_2bve000208.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208.html). Pristupljeno stranici: 8.07.2012.

<sup>36</sup> Ovo nabranje bi u tom smislu bilo samo izraz političke volje, a zahtev za transnacionalnim karakterom kriminaliteta bi bila samo preformulacija opšteg načela supsidijariteta u ruhu obeležja krivičnog dela. Tako M. Mansdörfer, *op. cit.* p. 16.

<sup>37</sup> Naravno, i “nova” krivična dela moraju da ispunje uslove iz čl. 83. st 1. UFEU.

Jedini “novi” uslov za to jeste da se ta odluka donosi “u skladu sa razvojem kriminaliteta”, što i ne predstavlja pravi uslov, već jednu generalnu klauzulu koja može da posluži za različita tumačenja, te samim tim i opravdanja za proširivanje kataloga krivičnih dela.

Ovom odredbom se razvoju krivičnog prava, iako se i dalje govori o “minimalnim propisima”, daje jedan, za ovu oblast ne preterano poželjan, dinamičan karakter. Nije isključeno da će se prilikom daljih izmena Ugovora, ili još ranije, nakon donetih odluka Suda, pridev “minimalni” minimalizovati; moguće i do te mere da postane ispražnjen.

*“Aneks”-nadležnost u odnosu  
na već ujednačene oblasti*

Ukoliko je prilagođavanje krivičnopravnih odredbi zemalja članica neizostavno za delotvorno sprovođenje politike Unije u oblasti u kojoj je već došlo do harmonizacije, onda se u vidu direktiva mogu doneti minimalni propisi za određivanje krivičnih dela i kazni (čl. 83., st. 2. UFEU). Drugim rečima, “dodaje”<sup>38</sup> se nadležnost u odnosu na već harmonizovana polja,<sup>39</sup> ukoliko je to neizostavno potrebno za politiku Evropske unije. Podeljena su mišljenja oko toga kako shvatiti “neizostavnost” potrebe.<sup>40</sup> Nemački Savezni ustavni sud, inače, smatra da “preti beskrajna nadležnost u pogledu stvaranja<sup>41</sup> prava”,<sup>42</sup> te smatra da mora “da se dokaže da stvarno postoji ozbiljan deficit u sprovođenju (politike, nap. I. M.) koji samo pod pretnjom kazne može da se otkloni.”<sup>43</sup> Ovako restriktivnom tumačenju Suda može se suprotstaviti tumačenje uslova “neizostavnosti” u skladu sa specifičnostima Evropske unije, odnosno u skladu sa nastojanjem da se smanje preveli-

<sup>38</sup> Odatle potiče izraz “aneks”-nadležnost.

<sup>39</sup> Moglo bi se govoriti o svojevrsnoj “reharmonizaciji”.

<sup>40</sup> Zimmermann ne pridaje veliki značaj ovom kriterijumu. On ga, polazeći od prakse Evropskog suda, izjednačava sa principom *effet utile*. Heger smatra da je ovaj kriterijum takvog karaktera, da harmonizacija na osnovu “dodate” nadležnosti po pravilu neće biti dozvoljena. Walter, polazeći od formulacije iz Ugovora o Evropskom ustavu, smatra da mora da postoji empirijska prognoza o tome da je jedno harmonizovano krivično pravo *condicio sine qua non* za postizanje cilja. M. Mansdöfer, *op. cit.*, p. 17.

<sup>41</sup> Treba imati na umu da se u ovoj odredbi izričito govori o nadležnosti “prilagođavanja”, “upućivanja”, a ne i “stvaranja prava”, tako da je nemački Savezni ustavni sud anticipirao moguće posledice primene ove odredbe.

<sup>42</sup> BVerfG, *op. cit.*, Rn. 361.

<sup>43</sup> BVerfG, *op. cit.*, Rn. 362.



ke razlike između pojedinih krivičnih zakonodavstava, odnosno da se predupredi opasnost od “ostrva<sup>44</sup> ili oaza nekažnjivosti”.

Nasuprot ovakvom shvatanju, izneto je zapažanje da je verovatnija suprotna situacija, tj. da će lice pre morati da računa sa tim da će biti krivično gonjeno od strane više država istovremeno ili sukcesivno, nego da uopšte neće biti gonjeno.<sup>45</sup> Tome u prilog govori i postupanje evropskog zakonodavca koji se kreće u pravcu kriminalizacije, popunjavanja “praznina u kažnjivosti” (tj. u određivanju kažnjivog ponašanja) i pooštavanja kazni.<sup>46</sup>

### *Nadležnost za stvaranje prava*

U čl. 325. UFEU piše da države članice za borbu protiv prevara uperenih protiv finansijskih interesa Unije preduzimaju iste mere koje preduzimaju i za suzbijanje prevara protiv sopstvenih finansijskih interesa. Ovaj član nastao je na osnovu čl. 280. UEZ,<sup>47</sup> ali on, za razliku od svog prethodnika, ne sadrži više rečenicu da “primena krivičnog prava država članica i njihovo krivično pravosuđe ostanu netaknuti u pogledu (gorepomenutih, nap. I. M.) mera” (*Vorbehaltsklausel*). Iako se konkretno ne pominje mogućnost stvaranja prava, izostavljanje jednog ovakvog ograničenja uz mogućnost donošenja ne samo direktiva, već i “prodornijih” uredbi<sup>48</sup> deluje indikativno i, zajedno sa Evropskim državnim tužilaštvom koje se nalazi u fazi formiranja,<sup>49</sup> moglo bi se već govoriti o “nukleusu” evropskog krivičnog prava.<sup>50</sup> Hecker govori o “sektoralnoj centralizaciji” krivičnog prava i smatra da bi u ovom kontekstu moglo da se razvije jedno evropsko

---

<sup>44</sup> M. Mansdörfer, *op. cit.*, p. 17; J. Vogel, *op. cit.*, p. 38.

<sup>45</sup> Veća je verovatnoća da će se u tim situacijama javiti problemi u vezi sa sukobom nadležnosti organa krivičnog gonjenja, zastoj u razmeni informacija, problemi u vezi sa pružanjem međunarodne krivičnopravne pomoći, itd. Th. Weigend, *op. cit.*, p. 65.

<sup>46</sup> Vogel govori o “ekstenzivnoj” harmonizaciji. J. Vogel, *op. cit.*, p. 55.

<sup>47</sup> Odnosno čl. III-415 Ugovora o Ustavu Evropske unije.

<sup>48</sup> B. Hecker, *op. cit.*, p. 87; U. Sieber, *op. cit.*, p. 59. Uredbe (regulation, Verordnung) imaju neposredno dejstvo (direktive samo izuzetno; vid. fn. 18); one se ne implementiraju posebno, već se u domaćim zakonima samo upućuje na njih.

<sup>49</sup> U izveštajima Evropske komisije učestalo se ukazivalo na razmere prevara na štetu finansijskih interesa Evropske unije. Samo u 2009. godini procenjena je šteta u iznosu od preko 280 miliona evra. Stupanjem na snagu Lisabonskog ugovora, tačnije čl. 86. UFEU, stvorena je mogućnost da se gonjenje za ova dela sa nacionalnog premesti na supranacionalni nivo, tj. na nivo Unije. [http://ec.europa.eu/deutschland/press/pr\\_releases/9977\\_de.htm](http://ec.europa.eu/deutschland/press/pr_releases/9977_de.htm), pristupljeno stranici: 4.08.2012. godine.

<sup>50</sup> M. Mansdörfer, *op. cit.* r. 18. Vidi B. Hecker *op. cit.* Više o tome: H. Rosenau, *op. cit.*

krivično pravo u užem smislu, koje bi se, doduše, ograničilo na oblast prevara, odnosno napada na finansijske interese EU.<sup>51</sup>

No, i pored ovih nadležnosti u pravcu harmonizacije, pa i anticipiranog stvaranja prava, primaran ostaje princip uzajamnog priznanja odluka, i tek kada se na taj način ne bi moglo doći do zadovoljavajućeg rešenja, trebalo bi se okrenuti sledećem mogućem koraku, tj. harmonizaciji. Nije, doduše, sigurno da li i u kojoj meri će EU poštovati ovaj redosled. Broj do sada donetih pravnih akata EU koji se odnosi na ovu materiju, a posebno novine u pogledu sistematizacije i sadržine ovih pravila, izazivaju sumnju u izvesnost takvog postupanja. Ipak, sve dok konkretni koraci ne budu učinjeni, redosled za sada ostaje uzajamno priznanje odluka, potom harmonizacija.

#### POSTUPAK DONOŠENJA ODLUKA U KRIVIČNOPRAVNOJ OBLASTI

Prva važna novina koju predviđa Lisabonski ugovor jeste proširenje redovnog zakonodavnog postupka i na policijsku i pravosudnu saradnju u krivičnim stvarima. Tu je posebno važan prelaz sa jednoglasnog na većinsko odlučivanje, čime se otklanja prigovor sporosti postupka. Ugovorom je takođe predviđeno uvođenje postupka saodlučivanja, što jača poziciju Evropskog parlamenta i doprinosi demokratskoj legitimaciji, u duhu načela *nullum crimen, nulla poena sine lege parlamentaria*.

Izuzeci od ovog pravila predviđeni su u pojedinim "osetljivim" oblastima koje se tiču suverenosti država, poput operativne saradnje organa krivičnog gonjenja država članica, za koju se i dalje zahteva jednoglasna odluka Saveta i "samo" saslušanje Evropskog parlamenta.<sup>52</sup>

Pravo inicijative pripada, kao i do sada, Komisiji<sup>53</sup> i državama članicama, s tim što više nije dovoljan predlog jedne države, već jedne četvrtine država. Međutim, njihova uloga je u krajnjem ishodu ipak ojačana; konkretno kroz veća ovlašćenja nacionalnih parlamenata, kao i kroz uvođenje specifičnog prava veta, tzv. kočnice u poslednji čas.

---

<sup>51</sup> B. Hecker, *op. cit.*, p. 87.

<sup>52</sup> Čl. 87. st. 3. UFEU. Isti postupak važi i za određivanje uslova pod kojima organi krivičnog gonjenja jedne države mogu da deluju na području koje se nalazi u nadležnosti organa druge države (čl. 89. UFEU).

<sup>53</sup> Nove nadležnosti Komisije i Evropskog suda u potpunosti će važiti tek nakon isteka prelaznog perioda od pet godina od dana stupanja na snagu Lisabonskog ugovora.

U naslovu II UEU koji govori o demokratskim načelima, u čl. 12. Ističe se na koji način nacionalni parlamenti aktivno učestvuju u radu Unije. Organi Unije obavezni su da ih informišu i proslede im nacрте pravnih akata;<sup>54</sup> oni se staraju o poštovanju načela supsidijariteta (nacionalni parlamenti kao “čuvari načela supsidijariteta”), a u okviru prostora slobode, bezbednosti i prava učestvuju u ocenjivanju sprovođenja politika Unije i uključuju se u političku kontrolu Europol-a i ocenjivanje rada Eurojust-a.<sup>55</sup> U čl. 69. UFEU ove obaveze nacionalnih parlamenata ponovo su pomenute. Oni mogu, shodno čl. 6. EU-Protokola o supsidijaritету, u roku od osam nedelja nakon dostavljanja nacрта pravnog akta u obrazloženom saopštenju da pojasne zašto smatraju da nacrt nije u skladu sa načelom supsidijariteta. Ukoliko broj prigovora dostigne najmanje jednu četvrtinu, umesto ranije zahtevane jedne trećine glasova nacionalnih parlamenata, shodno čl. 7 EU-Protokola o supsidijaritету, nacrt mora da se proverii.

Čl. 82. st. 3. UFEU i čl. 83. st. 3. UFEU govore o situaciji kada neka od država članica smatra da nacrt direktive dotiče osnovne aspekte njenog krivičnog sistema (tzv. kočnica u poslednji čas, *emergency brake*, *Notbremseverfahren*). Tada ona može da zahteva da se Evropski savet njime bavi, u kom slučaju se redovni zakonodavni postupak odlaže. Odloženi postupak može se nastaviti ako se u roku od četiri meseca postigne saglasnost u okviru Evropskog saveta. Ukoliko se ta saglasnost ne postigne, a najmanje devet država članica želi na osnovu tog nacрта direktive da zasnuje pojačanu saradnju, mogu u istom roku da saopšte to Evropskom parlamentu, Savetu i Komisiji. U tom slučaju, smatra se da je ovlašćenje za pojačanu saradnju prema čl. 20. st. 2. UEU i čl. 329. st. 1. UFEU dato.

Time se onim državama članicama koje u nacrtu direktive vide pretnju za svoj pravni sistem daje mogućnost da “zakoče u poslednji čas”, dok se sa druge strane onim državama članicama koje su izražile želju za pojačanom saradnjom na osnovu te iste direktive daje mogućnost da upravo nju i ostvare. Ili, još kraće rečeno: ko se smatra ugroženim, ne mora da prihvati direktivu, a ko u toj istoj direktivi vidi mogućnost za saradnju, može to sada i na lakši način (ne zahteva se više saglasnost Evropskog parlamenta) da učini; naravno, u oba slučaja pod pretpostavkom da su ispunjeni određeni uslovi. Ovde postoji opasnost od neravnornog razvoja – s jedne strane će stajati one zemlje koje se zalažu za pojačanu

---

<sup>54</sup> Pravo na informisanje nacionalnih parlamenata ogleda se i kroz aktivnosti novog stalnog odbora u Savetu, koji koordinira operativnu saradnju organa država članica u pogledu unutrašnje sigurnosti.

<sup>55</sup> Pored nabrojanog, nacionalni parlamenti učestvuju i u postupku izmene Ugovora, obavestavaju se o zahtevima za učlanjenje u Uniju i učestvuju u međuparlamentarnoj saradnji između nacionalnih parlamenata i sa Evropskim parlamentom. Vidi čl. 12. UEU.

saradnju, dok će s druge strane stajati one skeptične članice koje će kočnicu vrlo često upotrebljavati. Drugim rečima, jedni će “kočiti”, dok će drugi “ubrzavati”.

No, sadržinsko ograničenje za isticanje ovog prigovora ipak postoji; on može da se istakne u pogledu dopuštenosti dokaza, prava optuženih i žrtava, kao i za ostale oblasti krivičnog postupka koje Savet odredi, dok u pogledu materijalnog prava on važi za nacрте direktiva posebno teškog prekograničnog kriminaliteta i za mere harmonizacije u okviru “dodate” (“aneks”) nadležnosti. Mere za sprovođenje načela međusobnog priznanja odluka nisu ovim obuhvaćene.

“Doticanje osnovnih aspekata krivičnog pravnog sistema” ne treba tumačiti suviše ekstenzivno, u smislu sukoba sa pojedinim nacionalnim specifičnostima. Pravilno je govoriti o suprotstavljanju osnovnim principima jednog pravnog sistema. Eufemistički izraz “doticanje”, odnosno pretnja mora ipak biti jačeg intenziteta u odnosu na jedan važan aspekt nacionalnog prava.<sup>56</sup> Može da se očekuje da baš kod ove mogućnosti “kočenja”, odnosno “ubrzanja” dođu do izražaja različita shvatanja pojedinih zemalja o pravcima razvoja svog krivičnog prava u svetlu kriminalne politike, s obzirom na to da je većina načela u državama članicama (evropsko-kontinentalnog sistema) identična ili slična. Sa posebnim interesovanjem treba takođe pratiti stav Evropskog suda o ovim pitanjima. Savezni ustavni sud Nemačke izrazio je shvatanje da je za korišćenje ove “kočnice” od strane Nemačke neophodno odobrenje Bundestag-a i Bundesrat-a. Nemački zakonodavac je ovo pretočio u tzv. Integrationsverantwortungsgesetz,<sup>57</sup> tako da je nemačko pravo veta postalo isključivo pravo parlamenta.

<sup>56</sup> Heger smatra da ti aspekti krivičnog zakonodavstva ne moraju nužno da imaju rang ustavnih načela. Kao moguće aspekte nemačkog krivičnog pravnog poretka on navodi načelo srazmernosti, načelo krivice (koje je nemački Savezni ustavni sud u svojoj odluci povodom Lisabonskog ugovora posebno istakao), zabranu retroaktivnosti, načelo određenosti, nepredviđanje krivične odgovornosti za pravna lica, dok za ostale zemlje članice on primera radi navodi minimum kazni, doživotnu kaznu lišenja slobode, odnos kriminalnog krivičnog i upravnog krivičnog prava, itd. Dalje napominje da je, s obzirom na širinu izraza “osnovni aspekti krivičnog pravnog sistema”, moguće tu podvesti i neke osnovne kriminalnopolitičke odluke, poput predviđanja umišljaja kao jedinog oblika krivice kod krivičnih dela protiv imovine; usklađenost raspona kazni; određene koncepte kod odmeravanja kazne; nekažnjivost nehatnog saučesništva; političke odluke o krivičnom pravnom reaganju na eutanaziju, prekid trudnoće, konzumiranje droga; prihvatanje dobrovoljnog odustanka kao osnova za oslobođenje od kazne kod krivičnih dela kod kojih EU predviđa da je pokušaj kažnjiv; prihvatanje stvarnog kajanja kao osnova za oslobođenje od kazne uprkos ispunjenosti, itd. M. Heger, *Perspektiven des Europäischen Strafrechts nach dem Vertrag von Lissabon – Eine Durchsicht des (wohl) kommenden EU-Primärrechts vor dem Hintergrund des Lissabon-Urteils des BVerfG vom 30.06.2009, ZIS 8/2009, p. 414.*

<sup>57</sup> BT-Drs. 16/13923, <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/16/139/1613923.pdf>, pristupljeno stranici: 15.07.2012.

ANALIZA LISABONSKOG UGOVORA U ODLUCI  
SAVEZNOG USTAVNOG SUDA NEMAČKE

Saveznom ustavnom sudu Nemačke u vezi sa Lisabonskim ugovorom podneto je više ustavnih žalbi,<sup>58</sup> o kojima se on izjasnio u odluci od 30. juna 2009. godine.<sup>59</sup> Dok pojedini naučnici smatraju da je ova odluka zakasnela, da je kritički stav trebalo zauzeti još prilikom ocene ustavnosti Okvirne odluke o Evropskom nalogu za hapšenje i da je “prespavana” sve brža evropeizacija krivičnog prava,<sup>60</sup> drugi, braneći Lisabonski ugovor, smatraju da se Sud unapred postavio protiv stvaranja jedne “evropske savezne države” i da nije uzeo u obzir “liberalizirajuće” uticaje evropskog prava na domaće krivično pravo.<sup>61</sup>

Lisabonski ugovor Sud nije proglasio neustavnim, ali je ipak načinio određene, vrlo važne napomene. U pogledu krivičnog prava, kao ključna tačka određeno je načelo ograničenog pojedinačnog ovlašćenja (*Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung*).<sup>62</sup> To, između ostalog, znači da je neophodna saglasnost (u obliku zakona) Bundestag-a i Bundesrat-a u slučaju kada se nadležnost za donošenje direktiva za prekogranična krivična dela proširuje na oblasti koje nisu navedene u Ugovorima, kao i kada se želi aktivirati postupak “kočnice u poslednji čas” (*Notbremseverfahren*). Naime, nasuprot razmišljanjima Evropskog suda pravde, vođenim principom *effet utile*,<sup>63</sup> nemački Savezni ustavni sud jasno se opredelio protiv poimanja krivičnog prava kao prostog instrumenta za postizanje ciljeva Unije, te naglasio da “zbog osetljivog doticanja demokratskog samoodređenja od strane normi krivičnog i krivičnog procesnog prava, ugovorne osnove nadležnosti treba tumačiti restriktivno (“striktno”), ni u kom slučaju ekstenzivno, i da je za njihovu primenu neophodno posebno opravdanje. Krivično pravo suštinski ne

---

<sup>58</sup> Ustavne žalbe podnete su protiv Zakona o potvrđivanju Lisabonskog ugovora, Zakona o izmeni Osnovnog zakona i Zakona o proširenju i jačanju prava Bundestaga i Bundesrata u stvarima Evropske unije.

<sup>59</sup> BVerfG *op. cit.*

<sup>60</sup> B. Schünemann, Spät kommt ihr, doch ihr kommt: Glosse eines Strafrechtlers zur Lissabon-Entscheidung des BVerfG, *ZIS* 8/2009, p. 393.

<sup>61</sup> M. Böse, Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Vertrag von Lissabon und ihre Bedeutung für die Europäisierung des Strafrechts, *ZIS* 2/2010, p. 81.

<sup>62</sup> Braum načelo ograničenog pojedinačnog ovlašćenja naziva “evropskim prevodom načela zakonitosti”. St. Braum, Europäisches Strafrecht im Fokus konfligierender Verfassungsmodelle – Stoppt das Bundesverfassungsgericht die europäische Strafrechtsentwicklung?, *ZIS* 8/2009, p. 425.

<sup>63</sup> Ovakav stav Evropskog suda pravde došao je do izražaja u slučaju *Pupino* (EuGH, Urt. v. 16.6.2005, Rs. C-105/03), kao i u slučaju proglašenja ništavom Okvirne odluke o zaštiti životne sredine putem krivičnog prava (EuGH, Urt. v. 13.9.2005, Rs. C-176/03). Više o drugom pomenutom slučaju: M. Zöllner, *op. cit.*, pp. 344.

služi kao pravnotehnički instrument za povećanje efikasnosti međunarodne saradnje, već predstavlja jednu izrazito osetljivu demokratsku odluku o pravnoetičkom minimumu.” Ovakvim stavom se, s jedne strane, podvlači samostalnost krivičnog prava, dok se, s druge strane, izbegava neograničeno davanje mogućnosti za krivičnopravnu harmonizaciju u vezi sa onim nadležnostima za koje niko nije mogao ni da nasluti da imaju bilo kakve veze sa krivičnim pravom.<sup>64</sup> Kao “prepreka za proširivanje nadležnosti organa Unije mic po mic”<sup>65</sup> predviđena je *Ultra-vires*-kontrola, tj. “kada se ne može ostvariti pravna zaštita na nivou Unije, onda Savezni ustavni sud proverava da li se pravni akti organa Unije kreću u granicama njima dodeljenih prava, kao i da li je srž ustavnog identiteta Osnovnog zakona (...) ostala netaknuta.”<sup>66</sup> U tom smislu, ako bi Unija prekoračila granice čl. 325. UFEU (raniji čl. 280. UEZ), člana koji postavlja pravni osnov za stvaranje supranacionalnog krivičnog prava koje bi se ograničilo na zaštitu finansijskih interesa Unije, onda bi Savezni ustavni sud imao mogućnost da sporne odredbe proglasi neustavnim i tako spreči njihovu primenu.<sup>67</sup>

U pogledu pravosudne saradnje u krivičnim stvarima, Sud kritikuje odredbu čl. 83. st. 1. UFEU, konkretno to da se govori o “posebno teškom kriminalitetu (...) koji na osnovu vrste ili posledica krivičnih dela, ili kada je posebno nužno da se protiv nje bori sa zajedničke osnove, ima prekograničnu dimenziju.” Naime, “posebna nužnost” je jedan relativno neprecizan pojam. Ne samo da Sud zaključuje da takva neophodnost ne može da postoji samo na osnovu volje organa Unije, već on tom kriterijumu odriče samostalnost, jer “odakle, ako ne iz vrste ili posledica krivičnog dela se stvara posebna nužnost da se bori protiv nje sa zajedničke osnove”<sup>68</sup>

Dalje kritike odnose se na mogućnost proširenja spiska krivičnih dela iz pomenutog člana. Sud ovakvo postupanje shvata kao proširenje nadležnosti Unije, te za to zahteva prethodnu saglasnost Bundestag-a i Bundesrat-a u zakonskom obliku. Drugim rečima, za proširenje pomenute liste treba da budu ispunjeni isti uslovi kao i za njeno stvaranje. “Prekogranična dimenzija” i “razvoj kriminaliteta” nisu dovoljno precizni orijentiri za anticipiranje koje bi sledeće oblasti kriminaliteta mogle da se nađu u fokusu interesovanja evropskog zakonodavca. Oblasti koje su nabrojane u članu, poput terorizma, trgovine ljudima, kompjuterskog kriminalite-

<sup>64</sup> K. Ambos, P. Rackow, Erste Überlegungen zu den Konsequenzen des Lissabon-Urteils des Bundesverfassungsgerichts für das Europäische Strafrecht, *ZIS* 8/2009, p. 401.

<sup>65</sup> K. Ambos, P. Rackow, *ibid.* p. 400.

<sup>66</sup> BVerfG *op. cit.*, Rn. 240.

<sup>67</sup> K. Ambos, P. Rackow, *op. cit.*, p. 401.

<sup>68</sup> BVerfG *op. cit.*, Rn. 359.

ta, heterogene su; neke od njih formulisane su vrlo apstraktno, dok druge obuhvataju samo delimične opise krivičnih dela iz nacionalnih prava, tako da se Savezni ustavni sud nalazi na stanovištu da propisi Evropske unije ne treba da obuhvate celokupne oblasti krivičnih dela, već samo pojedine oblike krivičnih dela.<sup>69</sup>

Sud je označio čl. 83. st. 2. UFEU (“aneks”-nadležnost) kao odredbu koja u najvećoj meri “otvara vrata” nedovoljno opravdanoj harmonizaciji krivičnog prava. Donošenje direktiva je, naime, moguće kada je to “neizostavno za delotvorno sprovođenje politike Unije u jednoj oblasti u kojoj su već sprovedene mere harmonizacije.”<sup>70</sup> Da bi se izbegle neograničene, nepregledne aktivnosti u tom smeru, kao i da bi se poštovao princip restriktivnog tumačenja, Sud je ustanovio da je ovakvo postupanje “neizostavno” onda kada “zaista postoji ozbiljan deficit u sprovođenju (*gravierendes Vollzugsdefizit*) i kada se on može ukloniti samo kroz pretnju kaznom.”<sup>71</sup>

Zaključno se može reći da je Savezni ustavni sud Nemačke u svojoj odluci povodom ocene ustavnosti Lisabonskog ugovora pokazao da je svestan nedostataka i potencijalne opasnosti za krivično pravo koje reorganizacija Evropske unije sa sobom nosi, tj. mogućeg preusmeravanja zakonodavnih ingerencija sa nacionalnog na evropski nivo i stvaranja supranacionalnog evropskog krivičnog prava, te da je zbog toga istakao značaj Bundestag-a i Bundesrat-a, ali da se ipak nije odvažio i na onaj poslednji, politički svakako vrlo dramatičan korak proglašenja Lisabonskog ugovora neustavnim.

Dalji razvoj krivičnog prava u okviru Evropske unije može da se kreće u nekoliko pravaca i čini se da ni sami predstavnici država članica nisu sasvim sigurni kojim pravcem će se uputiti. Ono što je praksa do sada pokazala, to je da su implikacije na polju procesnog prava veće (npr. kroz Evropski nalog za hapšenje) i da vidljivi rezultati, poput suzbijanja prekograničnog kriminaliteta, čine prihvatanje postepenog širenja ingerencija Unije lakšim, tj. manje problematičnim. Materijalno krivično pravo se i dalje doživljava kao bastion državne suverenosti, čvrsto utemeljen u specifičnom razvojnom putu i osobenostima svake nacije. Za sada, jedino bi se u odnosu na zaštitu finansijskih interesa EU; dakle, nespornog pravnog dobra Unije, mogle očekivati dalekosežne odredbe koje bi sadržale mnogo više od minimalnih pravila.

---

<sup>69</sup> BVerfG *op. cit.*, Rn. 363.

<sup>70</sup> Interesantno je da je Evropski sud ovakvu jednu nadležnost Unije anticipirao još ranije, kada je odlučivao o Okvirnoj odluci za zaštitu životne sredine, EuGH, Urteil vom 13.9.2005. Braum, *op. cit.*, p. 403.

<sup>71</sup> BVerfG *op. cit.*, Rn. 362.



IVANA MARKOVIĆ  
Wissenschaftliche Assistentin,  
Juristische Fakultät, Belgrad

DAS EUROPÄISCHE STRAFRECHT  
– BEGRIFFSBESTIMMUNG UND DIE LAGE NACH DEM VERTRAG  
VON LISSABON –

Zusammenfassung

Die Autorin befasst sich in der vorliegenden Arbeit zunächst mit der Definition und der gleichzeitigen Abgrenzung der Begriffe "Europäisches Strafrecht" und "Strafrecht der Europäischen Union". Danach widmet sie sich den Veränderungen, die der Vertrag von Lissabon für das Europäische Strafrecht mit sich brachte. Dabei wird zuerst auf die allgemeinen Veränderungen, wie das Umstrukturieren des Drei-Säulen-Modells, die Hervorhebung des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, der gegenseitigen Anerkennung von Urteilen, sowie der Stärkung von Grund- und Menschenrechten, hingewiesen. Der dritte Teil ist der Zuständigkeitsaufteilung (insbesondere hierbei der Strafanweisungs- und Strafrechtssetzungskompetenz) im strafrechtlichen Bereich gewidmet. Das modifizierte Entscheidungsverfahren wird im vierten Abschnitt gesondert analysiert, während im letzten Teil des Aufsatzes auf die Entscheidung des BVerfG hinsichtlich des Vertrags von Lissabon näher eingegangen wird.

MIRJANA GLINTIĆ

## POŠTOVANJE PRINCIPA PRAVA EVROPSKE UNIJE U POSTUPKU SUDSKE KONTROLE ARBITRAŽNE ODLUKE

### U V O D

Arbitraža sigurno ne bi bila toliko popularna ako bi stranke mogle da o istoj pravnoj stvari o kojoj rešeno arbitražnom odlukom raspravljaju i u postupku pred državnim sudom. S druge strane, kada bi arbitraža bila u potpunosti samostalna i ako ne bi bila predviđena kontrola njenog rada, tada se greške u njenom delovanju ne bi mogle ispraviti. Stoga je ustanovljena sudska kontrola arbitražne odluke nakon što je postupak okončan, i koja predstavlja kontrolu procesnih nepravilnosti, a ne preispitivanje merituma odluke. "Mogućnost preispitivanja odluke u mestu arbitraže je bastion borbe protiv korupcije, arbitrarnosti i zloupotrebe".<sup>1</sup>

Dve su mogućnosti kontrole arbitražne odluke: jedna u zemlji porekla odluke u postupku poništaja i druga van granica zemlje njenog porekla u postupku priznanja i izvršenja odluke. Iako je pitanje poništaja arbitražne odluke regulisano, pre svega, nacionalnim, a pitanje priznanja i izvršenja međunarodnim propisima<sup>2</sup>, primetna je tendencija približavanja i izjednačavanja razloga usled čijeg

---

Mirjana Glintić, istraživač pripravnik Instituta za uporedno pravo, Beograd.

<sup>1</sup> M. Kerr, "Arbitration and the Courts: The UNCITRAL Model Law", *The International and Comparative Law Quarterly* 34/1985, 15.

<sup>2</sup> Njujorška konvencija o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka, 10. 06. 1958, United Nations Treaty Series vol 330, 38.

postojanja će doći do poništaja, odnosno odbijanja priznanja i izvršenja arbitražne odluke. Jedan od uzroka je i taj što UNCITRAL Model zakona u sebi sadrži inkorporisana rešenja iz Njujorške konvencije o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka (u daljem tekstu, Njujorška konvencija).<sup>3</sup>

Opšte je prihvaćen stav da sudska kontrola arbitražne odluke obuhvata proveru da li je arbitražna odluka u saglasnosti sa koncepcijom javnog poretka države u kojoj se vrši kontrola.<sup>4</sup> Ono što je sporno jeste da se "sadržaj međunarodnog javnog poretka, međutim, može, razlikovati od jedne države do druge, u pogledu poštovanja kako materijalnih tako i procesnih zakonskih zahteva u arbitražnom postupku".<sup>5</sup> Kada je reč o Evropskoj uniji (u daljem tekstu, EU), postavlja se pitanje da li EU ima sopstveni javni poredak, različit od nacionalnih poredaka država članica i, ako ima, šta ga čini, koja su to pravila i standardi koji su takvog karaktera da bi njihovo nepoštovanje predstavljalo osnov poništaja, tj. smetnju izvršenju arbitražne odluke.

#### JAVNI POREDAK

Povreda javnog poretka se predviđa kao razlog poništaja i smetnja priznanju i izvršenju arbitražne odluke i izborom sedišta arbitraže stranke podvrgavaju spor procesnim pravilima jasno određenog pravnog sistema, pa je teško zamislivo da će se odobriti priznanje i izvršenje odluke koja je poništena jer predstavlja povredu osnovnih vrednosti tog sistema. Iz pravnih, moralnih i, pre svega, praktičnih razloga, arbitri će voditi računa o javnom poretku države sedišta arbitraže, države čije je pravo merodavno, kao i države gde će se tražiti izvršenje odluke. Javni poredak je promenljiva kategorija, čija se sadržina teško definiše. Stvar se dodatno komplikuje ako je potrebno uzeti u obzir javni poredak više zemalja,<sup>6</sup> posebno kad se insistira da se napravi razlika između međunarodnog javnog poretka i javnog poretka domaće zemlje jer bi prilikom kontrole arbitražne odluke trebalo voditi računa samo o povredi međunarodnog javnog poretka.

<sup>3</sup> Čl. 34 UNCITRAL Model zakona predviđa razloge poništaja arbitražne odluke gotovo je preslikan član V Njujorške konvencije kojim su predviđene smetnje priznanju i izvršenju arbitražne odluke.

<sup>4</sup> Ovaj stav je prihvaćen i u članu V(2) Njujorške konvencije.

<sup>5</sup> E. Gaillard, J. Savage, *Fouchard, Gaillard, Goldman*, Kluwer Law International, Dordrecht 1999, 952–954; 1662, 996–998.

<sup>6</sup> Različiti pravni poreci imaju različita poimanja poretka, npr. austrijsko shvatanja izjednačava javni poredak i *ius cogens* norme, nemački tumače javni poredak znatno uže i sl. Vid. M. Ročkomanović, *Međunarodno privatno pravo*, Pravni fakultet Niš, Niš 1995, 191 i dalje.

“Međunarodni javni poredak nastoji da zaštiti osnovne vrednosti i opšte-usvojene principe u međunarodnoj zajednici i obuhvata pravila prirodnog prava, principe pravde i pravičnosti, *ius cogens* norme međunarodnog javnog prava, etičke principe uz pružanje podrške osnovnim ljudskim pravima, savesnosti i poštenju, opšteprihvaćenim pravilima međunarodne trgovine i ukidanje svih oblika diskriminacije”.<sup>7</sup>

Prema odluci Evropskog suda pravde u slučaju *Regina v. Ernest George Thompson, Brain Albert Johnson and Colin Alex Norman Woodiwiss*<sup>8</sup>, javni poredak obuhvata “fundamentalne interese države” i ugrožavanje javnog poretka “pretpostavlja postojanje stvarne i dovoljne pretnje po pravni poredak, koja bi ugrožavala osnovne društvene interese”.<sup>9</sup>

### *Javni poredak Evropske unije*

Unutrašnje propise koje države članice donose radi sprovođenja prava EU primenjuju sudovi zemalja članica, a ne sudovi EU. Međutim, u primeni i tumačenju implementiranih propisa i propisa EU u kojima je priznato direktno dejstvo, nacionalni sudovi su dužni da vode računa o njihovom komunitarnom karakteru, tj. o interesima EU i shvatanju Suda pravde.

Prilikom donošenja arbitražnih odluka u zemljama članicama i njihove kontrole u istim, postavlja se pitanje da li je potrebno voditi računa o određenim normama komunitarnog prava koje bi imale karakter javnog poretka. Iako postoje različite definicije i shvatanja javnog poretka, sudovi u zemljama članicama EU primenjuju tzv. koncept fundamentalnih pravila, koji je između ostalog i prihvaćen u članu V(2) Njujorške konvencije. U različitim sudskim odlukama pojavljuju se sintagme koje opisuju javni poredak kao “osnovna pravila javnog ili privrednog života”<sup>10</sup>, “sistem univerzalnih principa”<sup>11</sup> i sl.

Tako je nemački Savezni sud 1969. godine izneo stav u svojoj presudi da je pravo Evropske zajednice sastavni deo pravnog poretka Nemačke u onoj meri u

---

<sup>7</sup> V. M. Petrović, *Rešavanje sporova pred međunarodnom trgovačkom arbitražom*, Pravni fakultet, Kragujevac 1996, 176.

<sup>8</sup> ECJ 23.11.1978, *Regina v. Ernest George Thompson, Brain Albert Johnson and Colin Alex Norman Woodiwiss*, ECR 2247.

<sup>9</sup> Dalje o slučaju *Regina v. Ernest George Thompson, Brain Albert Johnson and Colin Alex Norman Woodiwiss*, v. R. Vukadinović, *Uvod u institucije i pravo Evropske Unije*, Kragujevac 2012, 219.

<sup>10</sup> Bundesgerichtshof, 12. 07. 1990, VII ZR 92/89 3210 NJW.

<sup>11</sup> Corte di Cassazione Milano, 04. 12. 1992, 22/726 YBCA.

kojoj je to neophodno za zasnivanje i odražavanje temelja zajedničkog tržišta.<sup>12</sup> Arbitražna odluka bi bila protivna javnom poretku ukoliko bi “zahtevala od stranka da povrede pravo Evropske zajednice, npr. da budu stranka u sporazumu koji je protivan članu 81 Rimskog ugovora ili članovima od 28. do 30. Rimskog ugovora...”<sup>13</sup>, što može predstavljati smetnju izvršenju arbitražne odluke.<sup>14</sup>

U pravnoj teoriji postoje liste normi prava EU koje bi trebalo da budu deo pravnog poretka. Primer jedne takve liste predviđa sledeće elemente javnog poretka EU: “članovi 81. i članovi 82. Ugovora o Evropskoj zajednici, svih pet sloboda, sve odredbe Osnivačkog ugovora koje se odnose na zabranu nacionalne ili polne diskriminacije”.<sup>15</sup>

Međutim, i pored ovih pokušaja, i dalje nije jasno koje norme komunitarnog prava potpadaju pod javni poredak, koje bi arbitri trebalo da uzmu u obzir prilikom donošenja odluke, kako odluka ne bi bila poništena, tj. kako joj ne bi bilo odbijeno izvršenje od strane nacionalnih sudova zbog povrede javnog poretka EU. Konkretnu pomoć u tom pogledu ne pruža ni Sud pravde, koji jedino “čvrsto stoji na stanovištu da zemlje članice moraju uzeti u obzir pravo Evropske Unije prilikom određivanja šta je javni poredak”.<sup>16</sup> To, svakako, ne mogu biti sve norme komunitarnog prava. S druge strane, u javni poredak EU ne mogu ući ni sve norme koje u državama članicama čine njihove pravne poretke. U tom smislu su “očevi osnivači” EU shvatali da zemlje članice imaju drugačije pristupe u formiranju svojih društava i bilo im je jasno da će one želeti da daju posebno mesto različitim vrednostima. S obzirom da ni u Ugovoru o osnivanju Evropske ekonomske zajednice<sup>17</sup> (u daljem tekstu, EUZ) nije bio određen pojam javnog poretka, Sud pravde je od slučaja *Bouchereau*<sup>18</sup> iz 1977. godine, sud je počeo da ograničava prava zemalja članica da samostalno određuju sadržaj svog poimanja javnog poretka.

<sup>12</sup> BGH, 27. 92. 1969, 978 NJW. Za slične stavove, v. BGH, 23. 02. 1998, 24a/ 923 YBCA; Court de Cassation, 15. 03. 1988, 115 Rev Arb; Court de Appellation Paris, 19. 05. 1993, 645 Rev Arb.

<sup>13</sup> R. Merkin, *Arbitration Law*, London 2004, 20.

<sup>14</sup> M. J. Mustill and S.C Boyd, *Law and Practice of Commercial Arbitration in England*, Lexis Law Publisher, London 1989, 74.

<sup>15</sup> P. Schlosser, “Arbitration and the European Public Policy”, *L' Arbitrage et le droit europeen, Actes du colloque International du CEPANI du 25 Avril 1997*, Brisel 1997, 81, 85.

<sup>16</sup> G. A. Bermann, “Reconciling European Union Demands with the Demands of International Arbitration”, *Fordham International Law Journal* 34/ 2001, 1201.

<sup>17</sup> Ugovor o Evropskoj zajednici, Official Journal of the European Communities, C 325/33, 24.12.2002.

<sup>18</sup> *Regina v. Pierre Bouchereau*, ECJ 27. 10. 1977, ECR 30–77.

Tako je u slučaju *Eco Swiss*<sup>19</sup> Sud pravde je razmatrao pitanje javnog poretka i njegovog shvatanja u komunitranom pravu.<sup>20</sup> Benetton je dao licencu kompaniji Eco Swiss za proizvodnju satova i časovnika, koje bi Eco Swiss i Bulova potom prodavali pod natpisom "Benetton by Bulova". Prema ugovoru, Eco Swiss nije smeo da prodaje pomenutu robu u Italiji, a Bulovi je dozvoljeno da ih prodaju samo u zemljama članicama Evropske ekonomske zajednice. Klasična podela tržišta, kao i ugovor nisu bili obuhvaćeni grupnim izuzecima. Pogledavši sam tekst ugovora bilo je jasno da su neki njegovi delovi povređivali odredbe prava EU vezane za pravo konkurencije, i da su, stoga, automatski ništave. Tokom celog arbitražnog postupka, koji se odvijao prema pravilima Holandskog instituta za arbitražu, ni jedna stranka nije iznela argument povrede prava konkurencije<sup>21</sup>, što takođe nije uradio ni tribunal samoinicijativno. U toku postupka je doneta delimična odluka prema kojoj je Benetton bio odgovoran za pre vremena okončanje ugovora, a više od dve godine kasnije doneta je i konačna odluka kojom je određen i iznos dugovane naknade štete. Prvi korak Benetton-a je bio obraćanje Osnovnom sudu sa zahtevom za poništaj arbitražne odluke, koji je odbijen. Protiv te odluke je Benetton podneo tužbu Apelacionom sudu. Benetton je takođe ponio zahtev Osnovnom sudu da zastane sa postupkom izvršenja konačne odluke, što je Osnovni sud odbio iako je Apelacioni sud po žalbi doneo odluku da se sa postupkom zastane. Eco Swiss je protiv ove odluke podneo tužbu vrhovnom holandskom sudu (Hoge Raad) koji se obratio Sudu pravde da odluči po prethodnom pitanju. Iako je postavljeno pet pitanja, Sud pravde je odgovorio samo na tri, od kojih su sledeća dva bitna: da li je državni sud dužan da poništi arbitražnu odluku koja je u suprotnosti sa članom 81 UEZ; da li će izostati primena domaćeg zakonskog pravila prema kom delimična odluka ima *res iudicata* efekat ako je to potrebno da bi se preispitalo da li je ugovor, koji je prema delimičnoj odluci bio valjan, možda ništav jer je protivan članu 81. UEZ.<sup>22</sup>

---

<sup>19</sup> *Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton International NV*, ECJ 01. 06. 199, C- 126/97.

<sup>20</sup> V. M. C. Van Leyenhorst i I. van den Nieuwendijk, "Characterization of Competition Law as public policy", *Practical Aspects of Arbitrating EC Competition Law* ( ur. T. Zuberbuehler i C. Oetiker), ceo tekst dostupan na <http://www.peyrot-schlegel.ch/upload/070223.pdf> (16. 06. 2012)

<sup>21</sup> S obzirom da arbitražni tribunali prema članu 267 UFEU nemaju pravo da se obrate Sudu pravde za odlučivanje po prethodnom pitanju, sud države članice koji vrši kontrolu arbitražne odluke mora uzeti u obzir argument da arbitražna odluka nije u saglasnosti sa pravom Evropske Unije.

<sup>22</sup> V. R. Vukadinović, *Primena komunitarnog prava konkurencije u postupcima pred arbitražama i ustanovama sličnim arbitražama*. U: Rakić-Vodinelić, Vesna (ur.), Knežević, Gašo (ur.). *Liber amicorum: Dobrosav Mitrović*, Beograd: Spoljnotrgovinska arbitraža pri Privrednoj komori Srbije, Pravni fakultet Univerziteta Union, Službeni glasnik, 2007, str. 673–684.

Prema odluci Suda pravde potpuno je u interesu arbitraže da se mogućnost kontrole njenih odluka ograniči i da samo u izuzetnim okolnostima dođe do njihovog poništaja, tj. odbijanja priznanja i izvršenja. “Međutim, prema članu 3 Ugovora o Ekonomskoj zajednici, član 85<sup>23</sup> Ugovora predstavlja odredbu fundamentalnog karaktera čije poštovanje je neophodno za ostvarivanje ciljeva Zajednice i, naročito, za funkcionisanje zajedničkog tržišta. Važna uloga člana 85. Ugovora je inspirisala osnivače Zajednice da izričito predvide da će svaki ugovor ili odluka koji su mu protivni, biti automatski ništavi. Stoga se član 85. Ugovora može posmatrati kao pitanje pravnog poretka u smislu Njujorške konvencije.”<sup>24</sup> Dalje, Sud pravde ističe: “Državni sud kome je podnet zahtev za poništaj arbitražne odluke, mora ga odobriti ako smatra da je odluka u pitanju suprotna članu 85. Ugovora u slučaju da domaći propisi zahtevaju da se odobri poništaj arbitražne odluke prilikom čijeg donošenja se nije vodilo računa o nacionalnim pravilima o pravnom poretku”. Iz navedenog se može zaključiti da, u slučaju kada domaća procesna pravila zahtevaju od sudova da ponište odluku zbog nepoštovanja nacionalnih pravila o pravnom poretku, mora se, takođe, poništiti arbitražna odluka ako nije u saglasnosti sa zahtevima iz člana 101(1) Ugovora o funkcionisanju Evropske unije. Ovaj zaključak ne remeti koncepciju člana V Njujorške konvencije prema kom, do odbijanja priznanja i izvršenja arbitražne odluke može doći samo pod izuzetnim okolnostima.<sup>25</sup>

Iako Sud pravde nije direktno izneo stav da su i arbitri dužni da primene tadašnji član 81 *ex officio*, može se zaključiti da takva obaveza arbitara postoji i da su oni dužni da donesu ispravnu, zakonitu odluku koja će odgovoriti na sve zahteve postavljene pred nju u postupku sudke kontrole. Shodno odluci u slučaju *Bennetton*, državni sudovi su dužni da ponište arbitražnu odluku ukoliko čini povredu člana 101(1) UFEU. Ukoliko arbitri žele da spreče da do toga dođe, moraće da vode računa o članu 101(1) UFEU i da ga samoinicijativno primene jer će na taj način sprečiti nepotrebno gubljenje i vremena i novca.

Slučaj *SNF v. Cyetec*<sup>26</sup> pred ICC arbitražom se na posredan način odnosi na pitanje tadašnjeg člana 81 UEZ.<sup>27</sup> Ovaj slučaj je izazvao rasprave u pravnim kru-

<sup>23</sup> Sadašnji član 101 UFEU i da li je državni sud dužan da poništi arbitražnu odluku jer je u suprotnosti sa čl. 81 čak iako taj argument nije iznet u toku arbitražnog postupka i ako arbitri nisu doneli odluku zasnovanu na tom članu.

<sup>24</sup> V. fn. 20.

<sup>25</sup> Sve zemlje članice EU su ujedno i potpisnice Njujorške konvencije.

<sup>26</sup> Cour d'Appel de Paris 23. 03. 2006, *SNF SAS v. Cyetac Industries BV*, 4/ 1967.

<sup>27</sup> V. detaljnije o slučaju *SNF P. Hietzmann i J. Grierson*, “*SNF v. Cytec Industrie: National Courts within the EC apply Different Standards to review International Awards allegedly contrary to Article 81 EC*”, *Stockholm International Arbitration Review* 2/2007, 39–49.



govima jer su dva različita suda, francuski i belgijski<sup>28</sup>, primenili različite standarde za preispitivanje odluke. U ovom radu biće navedeni samo pojedini delovi odluka sudova koje su bitne za samu temu ovog rada, pojma pravnog poretka EU, ali pre svega, pitanje obima preispitivanja arbitražne odluke sa ciljem utvrđivanja postojanja povrede javnog poretka. U konkretnom slučaju je postavljeno pitanje koliko daleko treba ići u sudskoj kontroli arbitražne odluke da bi se proverilo da li su ispoštovana pravila konkurencije, kao dela javnog poretka. “To je izuzetno teško pitanje jer njegov koren leži u sukobu dva različita zahteva koja su oba obuhvaćena Osnivačkim ugovorom – jedan je zahtev da se obezbedi nesmetano funkcionisanje unutrašnjeg tržišta u Evropskoj zajednici, drugi je zahtev obezbeđivanje efikasnosti i konačnosti arbitraže. Činjenje pogreške na jednoj strani svakako šteti drugoj strani.”<sup>29</sup>

Oba suda su saglasna oko jedne činjenice, a to je da se nepoštovanje člana 81. UEZ zaista dogodilo. Deo odluke belgijskog suda glasi: “... sud je dužan da utvrdi da li je arbitražni tribunal povredio članove 81. i 82. Ugovora o Ekonomskoj zajednici, koji čine pravila javnog poretka”. Ono što je zanimljivo jeste da je i jedan od članova arbitražnog tribunala, Hans van Hute (*Hans van Houtte*), naglasio da arbitražne odluke koje obeshrabruju stranke da se pozovu na ništavost sporazuma usled nesaglasnosti sa članom 81, u zemljama članicama mogu predstavljati povredu javnog poretka i da zbog toga rizikuju da budu poništene.<sup>30</sup>

Do razmimoilaženja je došlo povodom pitanja koliko daleko nacionalni sud treba da ide da bi utvrdio da li arbitražna odluka vređa javni poredak. Prema shvatanju francuskog suda<sup>31</sup>, državni sud treba da se zadrži samo na tzv. spoljnoj kontroli arbitražne odluke, bez ulaženja u preispitivanje njenog merituma<sup>32</sup>. Potom, do poništaja odluke usled povrede pravila konkurencije, može doći jedino ako je ta povreda “očigledna, stvarna i konkretna povreda međunarodnog javnog

---

<sup>28</sup> Pred pariskim Apelacionim sudom je pokrenut postupak izvršenja, a pred Prvostepenim sudom u Briselu postupak poništaja arbitražne odluke.

<sup>29</sup> E. Kling, “Court Review of Antitrust International Arbitration Awards”, *New York Law Journal*, 238/ 26, 2007, 1.

<sup>30</sup> “Arbitration and Articles 81 and 82 EC Treaty- A State of Affairs”, *ASA Bulletin*, 3/2005, 431–448, navedeno prema P. Heitzmann i J. Grierson, fn. 9, 43.

<sup>31</sup> Ceo tekst francuske odluke se može naći na Court Decisions on Arbitration, 99, a odluka Tribunal de premiere instance de Bruxelles se može naći na Court Decisions on Arbitration, 79.

<sup>32</sup> Takođe, stav francuskog sudstva je da sud ne treba da ponovo utvrđuje činjenice slučaja, već da uzme u obzir one koje je utvrdio arbitražni tribunal u svom postupku. V. Court d' Apellacion Paris, 20. 04. 2000, *Barbot Construction Metallique v. J. Ricard Ducros*, Rev Arb 806; za suprotno držanje francuskog suda, v. Court de Cassation, 06. 01. 1987, *Southern Pacific Properties and another v. Arab Republic of Egypt*, Rev Arb 469.

poretka<sup>33</sup>. S druge strane, briselski sud je krenuo u detaljnu analizu načina razmišljanja arbitražnog tribunala da bi utvrdio da li njegova odluka zaista čini povredu javnog poretka EZ.<sup>34</sup> Problem sa ovakvim rezonovanjem je taj što može otvoriti vrata prevelikom broju zahteva za preispitivanja arbitražnih odluka u kojima je pitanje prava konkurencije na neki način sporno. Stoga, većina arbitara i teoretičara iz ove oblasti je mišljenja da sudska kontrola arbitražne odluke ne sme postati preširoko i neograničeno preispitivanje merituma odluke samo zato što postoji tvrdnja da je narušen javni poredak njenim donošenjem ili izvršenjem. Pri tom je potrebno da bude povređeno samo jezgro određenih pravnih pojmova jer se ne može prihvatiti stav da su čitave oblasti prava sastavni deo javnog poretka, bez njihove dodatne kvalifikacije kao fundamentalnih vrednosti. Treba voditi računa da preispitivanje odluke može biti “manje ili više opsežno zavisno od okolnosti”<sup>35</sup>, ali u svakom slučaju što je moguće nenametljivije.

Iako se u prethodnim redovima izneti primeri iz prakse odnose, prevashodno, na pitanje prava konkurencije kao element javnog poretka EU, oni su takođe bitni za utvrđivanje opšteg načina rezonovanja sudova kada se postavi pitanje javnog poretka EU i njegove sadržine.

### *Elementi javnog poretka EU*

Da bi se odredila sadržina javnog poretka EU potrebno je analizirati odnos prava EU i unutrašnjeg prava zemalja članica. Ovaj odnos je regulisan principima direktne primene, direktnog dejstva i superiornosti<sup>36</sup>

*Načelo superiornosti.* – Neposredni hijerarhijski odnos prava EU prema nacionalnim pravima određen je načelom superiornosti i autonomije prava EU. Načelo superiornosti omogućava uniformnu primenu normi prava EU u celoj EU.<sup>37</sup> Međutim, postavlja se pitanje da li je dovoljno pozvati se na princip superiornosti prava EU da bi se dokazalo da određena norma prava EU predstavlja deo pravnog poretka i da je njena povreda osnov za poništaj, tj. odbijanje priznanja i izvršenja

<sup>33</sup> Ovog standarda kontrole arbitražne odluke francusku sudovi se pridržavaju naročito od slučaja *Thales Air Defence BV v. GIE Euromissile et al*, Cour de Cassation, 18. 11. 2004.

<sup>34</sup> “Preispitivanje da li je odluka u saglasnosti sa odredbama javnog poretka zahteva da sud razmotri način rezonovanja tribunala u postupku donošenja odluke, kako u smislu utvrđivanja činjenica, tako i u smislu primene zakona, a ne samo da se svede na proveravanje ispunjenosti formalnih zahteva”.

<sup>35</sup> Stav Suda pravde u slučaju ECJ *Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH v. Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co KG* ECR 1095.

<sup>36</sup> V. R. Vukadinović, 134.

<sup>37</sup> *V. Orsolina Leonesio v. Ministero dell' agricoltura e foreste*, 17. 05. 1972, ECR 287

arbitražne odluke.<sup>38</sup> Ako se pođe od definicija i shvatanja javnog poretka datih u ovom radu, može se zaključiti da isključivo norme koje imaju fundamentalni karakter, koje predstavljaju osnovne principe, mogu biti element javnog poretka. Kao što je navedeno u slučaju *Eco Swiss*, Sud pravde se poziva na uniformnu primenu i načelo superiornosti evropskog prava tek pošto je utvrdio fundamentalni karakter člana 81. UEZ.

*Direktno dejstvo.* – Načelo direktnog dejstva označava sposobnost normi prava EU da neposredno stvaraju subjektivna prava i obaveze na koje se mogu pozivati pojedinci, uz obavezu suda da pruži adekvatnu zaštitu tako stečenim pravima i obavezama.<sup>39</sup>

Osnivački ugovori ne predviđaju princip direktnog dejstva, već je on proizašao iz prakse Suda pravde. Vremenom, svojstvo direktnog dejstva su stekli primarni izvori prava EU<sup>40</sup>, uredbe<sup>41</sup>, pojedine odredbe uputstava<sup>42</sup> i odluke<sup>43</sup>.

Insistiranje da i norme sa i one bez direktnog dejstva predstavljaju fragmente javnog poretka bi bilo protivno već iznetom teorijskom shvatanju javnog poretka.<sup>44</sup> Čak se ne može usvojiti stav da sve norme EU prava koje imaju direktno dejstvo predstavljaju deo javnog poretka jer, da je to dovoljan kriterijum, i sam Sud pravde u već pominjanom slučaju *Eco Swiss* bi se jednostavno pozvao na direktno dejstvo člana 81(1) UEZ, a ne bi išao za utvrđivanjem fundamentalnog karaktera pomenutog člana. Neposrednu korist principa superiornosti "osećaju" norme prava EU sa direktnom dejstvom, a već je pokazano da princip superiornosti nije primaran kriterijum na osnovu kojeg se može utvrditi da neka norma prava EU pripada ideji javnog poretka. Osim toga, prilikom tumačenja normi domaćeg prava, državni organi su dužni da vode računa i o odredbama uputstava, koje nemaju direktno dejstvo<sup>45</sup>, što je posledica *effet utile*. Ukoliko bi se desilo da su neki jako važni pojmovi EU pravnog sistema sadržani u tim normama, i oni bi se morale uzeti u obzir prilikom određenja pravnog poretka EU.

---

<sup>38</sup> Čak se u nekim raspravama insistiralo da, kao posledica principa superiornosti, sve norme prava EU pripadaju javnom poretku, v. OGH 05. 05. 1998, 71 SZ / 82.

<sup>39</sup> V. R. Vukadinović, 141.

<sup>40</sup> To su osnivački ugovori, odluke, ugovori o prijemu novih članica, ljudska prava i opšti principi prava. V. J. Steiner & L. Woods, *Textbook on EC Law*, OUP, Oxford, 2003, 57, navedeno prema R. Vukadinović, 56, fn. 16.

<sup>41</sup> V. ECJ *Marimex SpA v. Italian Ministry of Finance*, 1972, ECR 89.

<sup>42</sup> V. ECJ 04. 12. 1974 *Van Duyn v. Home Office*, ECR 1337 I ECJ 1979 *Publico Ministero v. Ratti*, ECR 1629.

<sup>43</sup> V. ECJ 06. 10. 1970 *Grad v. Finanzamt Traunstein*, ECR 825.

<sup>44</sup> V. fn. 2.

<sup>45</sup> V. ECJ 13. 11. 1990 *Marleasing v. La Comercial Internacional de Alimentacion*, ECR I 4135.

## PRAVO KONKURENCIJE KAO DEO JAVNOG PORETKA EU

Pravo konkurencije je grana prava koja reguliše odnose između ekonomskih entiteta i kao takva sastavni je deo javnog prava. Postoji izražen javni ineteres koji zahteva da se njegove norme primenjuju na jedinstven način. Pitanje da li je pravo konkurencije uopšte podobno da se iznese pred arbitražu više nije sporno. Naročito posle slučajeva *Mitsubishi*<sup>46</sup> i *ET Plus SA v. Welters*<sup>47</sup>

Stranke su se uspešno pozivale na norme evropskog prava o pravu konkurencije, čak i kada su kao merodavno pravo za svoj ugovor izabrale zakone, a ne pravo pravo EU. Na primer, u slučaju pred ICC Arbitražom<sup>48</sup>, jedan od argumenata koji je iznela jedna od strana u toku postupka bio je da su pojedine odredbe spornog ugovora bile u suprotnosti sa tadašnjim članom 85. UEZ. Iako su stranke kao merodavno pravo za svoj ugovor izabrale pravo Njujorka, tribunal je prihvatio navedeni argument. Jedan od razloga zbog kojih je tribunal smatrao da je dužan da obezbedi primenu prava EU bila je verovatnoća da će odluka biti podneta na izvršenje u Nemačkoj i da će nemački sud nepoštovanje člana 85. Ugovora shvatiti kao smetnju priznanju i izvršenju odluke jer takva situacija predstavlja povredu nemačkog javnog poretka. Međutim, švajcarski sud je smatrao da norme o pravu konkurencije nisu sastavni deo međunarodnog javnog poretka i da arbitražne odluke koje ih ne ispoštuju, neće biti poništene zbog toga.

U takvoj situaciji se postavlja pitanje da li svi delovi člana 101(1) UFEU (bivši članovi 81. i 85) čine deo javnog poretka EU. Član 101(1) UFEU sadrži različite primere ograničenja i remećenja konkurencije na tržištu. Ograničavanja, sprečavanja i narušavanje konkurencije putem sporazuma između preduzeća, odluka udruženja preduzeća i dogovorene prakse koji su predviđeni članom 101(1) UFEU predstavljaju samo primere odnosnog ponašanja i ne predstavljaju konačnu listu.

Dalje razmatranje ovog člana ukazuje na razlikovanje horizontalnih i vertikalnih ograničenja, pri čemu se može prihvatiti stav da horizontalna predstavljaju ozbiljniju pretnju po tržišnu ekonomiju i da, stoga, više tangiraju javni poredak nego vertikalna. Prilikom ocenjivanja koji delovi člana 101 UFEU čine norme javnog poretka, treba uzeti u obzir da su raznim uredbama Komisije<sup>49</sup> odobreni tzv. grupni izuzeci na osnovu kojih se određeni sporazumi smatraju dozvoljenim i izuzetim od primene člana 101(1) UFEU. Za neke sporazume je malo verovat-

<sup>46</sup> US Supreme Court, *Mitsubishi v. Soler Chrysler- Plymouth*, 02. 07. 1985.

<sup>47</sup> English High Court, *ET Plus SA v. Welters*, 07.11.2005.

<sup>48</sup> International Chamber of Commerce, broj predmeta 8626,1999.

<sup>49</sup> Npr. Commission Regulation 417/ 85, OJ 1985, L 53/1; Commission Regulation 123/85, OJ 1985, L 15/16; Commission Regulation 4056/ 86, OJ 1986, L 378/14. Ovo nisu ažurirani podaci.

no da će biti izuzeti. Na horizontalnom nivou to su sporazumi kojima se ograničava konkurencija cena, ograničava ili deli tržište, ograničava proizvodnja, koji se zaključuju samo putem tačno utvrđenih tržišnih puteva, kartel sporazumi i sl. Na vertikalnom su to sporazumi kojima se ograničava uvoz, kojima se upostavljuje ograničena na preprodaju, itd.

Sada bi se moglo konstatovati da suštinu fundamentalne vrednosti člana 101(1) UFEU čine one zabrane ograničenje konkurencije za koje ne postoji mogućnost da budu izuzete i da, stoga, predstavljaju sastavni deo javnog poretka EU. Ukoliko određeni sporazum može biti izuzet na osnovu blok izuzetaka, teško da se može insistirati da takva povreda člana 101(1) UFEU predstavlja i povredu javnog poretka. Jedino ukoliko Komisija odbije primenu izuzetka na osnovu individualne notifikacije ili ukoliko nema mesta primeni blok izuzetaka, povreda člana 101(1) UFEU se može smatrati relevantnom za bliže određenje pojma javnog poretka EU. Iako pravo EU ne poznaje nezakonitost *per se*, jedna vrsta kartelnih sporazuma<sup>50</sup> se smatra zabranjenim "po navici"<sup>51</sup>. To su sporazumi koji neposredno ili posredno utvrđuju kupovne ili prodajne cene ili druge uslove razmene. Podjednako su zabranjeni i horizontalni i vertikalni sporazumi kojima se fiksira cena.<sup>52</sup> Za ove ugovore nema mogućnosti primene izuzetaka iz člana 101(3) UFEU.

"Kao fundamentalni zahtevi evropskog ekonomskog javnog poretka, ove odredbe moraju biti primenjene od strane arbitražnog tribunala da bi bile potpuno izvršive u državama članicama"<sup>53</sup>

## ZAKLJUČAK

S obzirom da je jedno od načela arbitražnog prava i načelo efikasnosti, arbitri moraju voditi računa ne samo o javnom poretku zemlje porekla odluke, već i o javnom poretku eventualne zemlje izvršenja. U državama članicama EU problem

---

<sup>50</sup> Članom 101(1) je predviđeno 5 vrsta zabranjenih tzv. kartelnih sporazuma: oni kojima se neposredno ili posredno utvrđuju kupovne ili prodajne cene ili druge uslove razmene; koji ograničavaju ili kontrolišu proizvodnju, plasman, tehnički razvoj ili investicije; dele tržište ili izvore snabevanja; primenejuju nejednake uslove na iste poslove sa različitim poslovnim partnerima, stavljajući ih na taj način u neravnotežan konkurentski položaj i koji uslovljavaju sklapanje ugovora prihvatanjem dodatnih obaveza, koje po svojoj prirodi i trgovačkim običajima nemaju veze sa predmetom ugovora.

<sup>51</sup> R. Vukadinović, 422.

<sup>52</sup> V. ECJ *Consten and Grundig v. Commission* ECR 299, 1966.

<sup>53</sup> E. Gaillard, "Extent of Court Review of Public Policy", *New York Law Journal*, 65/237, 2007, 1.

je složeniji jer se mora voditi računa ne samo o unutrašnjim, nacionalnim propisima, već i o pravu EU, odnosno o onim propisima i normama koji čine javni poredak.

Dati konačnu listu normi prava EU koje čine njegov javni poredak svakako nije moguće. Pre svega, zbog same prirode pojma javnog poretka koji se može menjati u svojoj vremenskoj i teritorijalnoj dimenziji. Rad je imao za cilj da ukaže na neke od elemenata javnog poretka EU, ali samo uzimajući u obzir pitanja i norme koje se mogu pokrenuti u arbitražnom postupku. Neki od bitnih elemenata prava EU nisu ni razmatrani jer je mala verovatnoća da će se pojaviti kao sporni u postupku pred arbitražnim tribunalom. To je, na primer, slučaj sa načelom slobode prometa robe i članom 34 UFEU.<sup>54</sup> S obzirom da pred arbitražom svoje sporove rešavaju subjekti privatnog prava, a da se na njihove odnose ne primenjuju odredbe o zabrani kvantitativnih ograničenja i mera sličnog dejstva, već se ovo pitanje reguliše primenom pravila o konkurenciji, pitanje načela slobode prometa robe je u arbitražnom pravu, na neki način, marginalizovano. I nije se pokazalo kao sporno u dosadašnjoj arbitražnoj praksi.

Prilikom definisanja kako nacionalnog, tako i međunarodnog javnog poretka, problem predstavlja njegovo svojstvo "kaučuk norme" koja omogućuje da se putem njega, posredno, izvrši kontrola merituma odluke, što, svakako, nije zadatak državnih sudova. Stiče se utisak jednog beskonačnog pravnog koncepta koji se neprekidno može popunjavati različitim vrednostima i, stoga, bi bile neophodne određene smernice EU o načinu tumačenja ovog pojma u kontekstu prava EU pred nacionalnim sudovima i arbitražnim tribunalima.

MIRJANA GLINTIĆ

Research assistant, Institute of Comparative Law,  
Belgrade

#### CONSIDERING OF THE PRINCIPALS OF EUROPEAN LAW IN THE PROCESS OF JUDICIAL CONTROL OF ARBITRATION AWARD

##### Summary

Provisions of the European law that refer directly to arbitration law and its process are very rare. Due to the nature of relation between European law and national law of Member States, one

---

<sup>54</sup> Tri su elementa načela slobode prometa robe: uspostavljanje carinske unije, eliminisanje količinskih ograničenja i prilagođavanje i ukidanje državnih monopola na uvoz ili izvoz određenih proizvoda. V. R. Vukadinović, 231–232.

can easily question whether there are particular principles derived from European law that would represent valid ground for annulling, i.e. for refusing of enforcement of arbitral awards. If the answer to this question is affirmative, these principles could be regarded as an integral part of international public policy, whose infringement demands the annulment, i.e. refusal of enforcement of arbitral awards.

The Paper consists of three parts: the first one is dedicated to the notion of European public policy; the second one refers to some of European law principles as parts of European public policy; and the third part relates to the competition law, whose apprehension as an integral part of European public policy was confirmed by the Court of Justice.





MAJA LUKIĆ

**PRESUDA ROTTMANN (2010)  
– POVRATNA VEZA OD STATUSA GRAĐANINA EU  
KA DRŽAVLJANSTVU DRŽAVE ČLANICE**

U V O D

Sud Evropske unije (u daljem tekstu: Sud EU, Sud) se smatra zaslužnim za stvaranje grubog okvira za status građanina po komunitarnom pravu, kao što je zaslužan i za praktično sve ostale tačke oslonca danas postojećeg prava EU. U pogledu statusa građanina Zajednice, to se desilo kada je Sud utvrdio da je “Zajednica postala pravni sistem čiji subjekti nisu samo države članice već i njihovi građani.”<sup>1</sup>

U osnivačke ugovore EZ/EU status građanina Unije uveden je izmenama osnivačkih ugovora iz Maastrichta 1992. godine, i to u čl. 8. Ugovora o Evropskoj zajednici, kao akcesoran državljanstvu bilo koje od država članica. Amsterdamskim ugovorom iz 1997. godine navedena odredba, u tom aktu sadržana u članu 17, dopunjena je formulacijom da “status građanina Unije dopunjuje (*complement*), i ne zamenjuje” status građanina države članice. Navedena formulacija je oslabljena u Lisabonskom ugovoru, čl. 20. UFEU, tako da glasi da “status građanina Unije postoji dodatno (*shall be additional to*) uz, i ne zamenjuje status građanina države članice”. S. Kadelbah ističe da je regulisanje statusa građanina Unije u

---

Mr Maja Lukić, asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

<sup>1</sup> *Opinion* 1/91, EEA [1991] ECR I-6079, para. 1.

Mastrihtskom ugovoru ishod “priče o preobražaju pojedinca u okviru pravnog sistema Zajednice”, kao i da bi taj položaj tek trebalo da bude određen u novom političkom biću EU.<sup>2</sup> Kadelbah takođe ističe da su, prvo, sloboda kretanja i, drugo, priznavanje političkih prava, bili najvažniji elementi u stvaranju statusa građanina Unije, dok je treći i najmlađi element nastojanje da se Unija orijentiše ka pojedincu i učini odgovornom prema pojedincu.<sup>3</sup> O tome koliki značaj institut statusa građanina Unije ima, po B. Košutiću, za autonomnost prava EU govori struktura udžbenika *Osnovi prava Evropske unije* tog autora, u kome je poglavlje o “pravu građanstva” EU jedino poglavlje, od pet ukupno u okviru glave pod naslovom “Pravna priroda Evropske unije”, koje nema sintetički, uopštavajući karakter, već analitički obrađuje odgovarajući institut.<sup>4</sup>

Sud je u jednoj presudi iz 2001. godine gotovo pravno-politički i programski opisao značaj statusa građanina EU: “sudbina statusa građanina Unije je da postane osnovni status državljana država članica.”<sup>5</sup> Lisabonskim ugovorom status građanina EU regulisan je u čl. 20. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije.<sup>6</sup> Status građanina EU povlači niz prava<sup>7</sup>, čije vršenje je garantovano konkretnim

<sup>2</sup> Stefan Kadelbach, “Union Citizenship”, *Principles of European Constitutional Law* (eds. A. von Bogdandy, J. Bast), Hart Publishing, Verlag CH Beck, Oxford 2010, 445.

<sup>3</sup> *Ibid.*, 447-448.

<sup>4</sup> Budimir P. Košutić, *Osnovi prava Evropske unije*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2010, 113-116.

<sup>5</sup> *Grzelczyk v. Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-La-Neuve*, (C-184/99), [2001] ECR-I 6193, para. 31. Džo Šo ovu izjavu smatra zbudjujućom, budući da status građanina Unije, koji bi za sve trebalo da bude isti, vezuje za dejstvo zakona o građanskom pravu i/ili državljanstvu država članica, koji se po prirodi stvari među sobom razlikuju. Jo Shaw, “Citizenship: Contrasting Dynamics at the Interface of Integration and Constitutionalism”, *EUI Working Papers*, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, RSCAS 2010/60, 1-2, [http://eudo-citizenship.eu/docs/RSCAS%202010\\_60.pdf](http://eudo-citizenship.eu/docs/RSCAS%202010_60.pdf), 15. 08. 2012.

<sup>6</sup> “Član 20. (1) Status građanina Unije se ovim [Ugovorom] ustanovljava. Svako lice koje poseduje državljanstvo države članice će biti građanin Unije. Status građanina Unije će dopunjavati, a ne zameniti, državljanstvo [države članice].” Lisabonskim ugovorom su navedene odredbe navedene u čl. 20. UFEU, s tim što je za razliku od ranijeg opšteg upućivanja na sadržinu čitavog ugovora, Lisabonskim ugovorom je drugi stav pretvoren u spisak konkretnih prava, koji nije zaključen, tj. ograničen: pravo kretanja i izbora prebivališta, pravo da se bira, i da se bude biran, na izborima za Evropski parlament i za lokalne organe vlasti pod istim uslovima kao državljani države prebivališta, pravo uživanja diplomatske i konzularne zaštite bilo koje države članice, pravo obraćanja institucijama EU na bilo kom od jezika osnivačkih ugovora. Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union, Official Journal of the European Union C 115/47, 9.5.2008.

<sup>7</sup> Takođe o statusu građanina EU vid.: Budimir Košutić, Branko Rakić, Bojan Milisavljević, *Uvod u pravo evropskih integracija*, Beograd 1012, 195-198; Branko M. Rakić, “Građansko pravo Evropske Unije”, *Pravo Evropske unije - fizička i pravna lica, zbornik radova sa Simpozijuma o*

ovlašćenjima organa EU.<sup>8</sup> Pri tom, iako čl. 20. st. 2. UFEU predviđa i “dužnosti” koje proističu iz tog statusa, konkretne dužnosti je nemoguće naći u osnivačkim ugovorima.

Upravo u vezi sa suštinskom dimenzijom instituta građanstva EU – njegovom uslovljenošću posedovanjem državljanstva neke od država članica – stoji i terminološka razlika u savremenim evropskim jezicima između državljanstva i građanskog prava (statusa građanina). Najčešće se ovi instituti razlikuju tako što se državljanstvo (engl. *nationality*) smatra “statusom ili pravnom vezom zbog koje pojedinci potpadaju pod nadležnost određene države”, dok je status građanina (engl. *citizenship*) “pristanak uz jednu političku zajednicu na način koji identifikuje lice kao njenog punopravnog člana.”<sup>9</sup> Na sličan način – status građanina kao pravnu vezu/odnos između pojedinca i države koji obuhvata prava i obaveze, i državljanstvo kao pravnu vezu pojedinca i države priznatu međunarodnim pravom – razliku ova dva pojma utvrđuje rečnik u okviru specijalizovanog istraživačkog projekta Evropskog univerzitetskog instituta u Firenci – Opservatorije demokratije EU u pogledu građanskog prava (*European Union Democracy Observatory on Citizenship*).<sup>10</sup> Istu pojavu – pravnu vezu između pojedinca i države – status građanina sagledava iz perspektive unutrašnjeg prava i identiteta države kao tradicionalne političke zajednice, dok državljanstvo to čini iz ugla međunarodnog prava. Pritom je važno imati u vidu da u pravno-političkom okruženju današnjih razvijenih demokratija, koje karakteriše istovremeno najviši stepen zaštite osnovnih prava i pružanje te zaštite do određenog stepena, bez obzira na državljanstvo, putem nad-državnih mehanizama, logički sadržaj ova dva pojma se u velikoj meri

---

*pravu EU održanom u Beogradu 6. i 7. novembra 1997. u organizaciji Udruženja za pravo Evropske Unije i Centra za međunarodne studije, Centar za međunarodne studije, Beograd, 1998, 13-26; Vida Čok, “Državljanstvo i evropsko građanstvo u pravu EU”, Izazovi evropskih integracija 6/2009, 151-163; Joel Rideau, Droit institutionnel de l’Union et des communautés européennes, 5e édition, LGDJ - Montchrestien 2006, Paris, 342-348; Philippe Icard, Juliette Olivier (eds.), Une citoyenneté européenne dans tous ses “Etats”, Editions Universitaire de Dijon, collection Sociétés, Dijon 2009; Christophe Degryse, Dictionnaire de l’Union européenne, 4ème édition, Groupe De Boeck, Bruxelles 2011, 143-145.*

<sup>8</sup> Vid.: Budimir P. Košutić, *Osnovi prava Evropske unije*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2010, 113-116.

<sup>9</sup> Stefan Kadelbach, “Union Citizenship”, *Principles of European Constitutional Law* (eds. A. von Bogdandy, J. Bast), Hart Publishing, Verlag CH Beck, Oxford 2010, 449.

<sup>10</sup> European Union Democracy Observatory (EUDO) on Citizenship, Glossary, <http://eudo-citizenship.eu/databases/citizenship-glossary/>, 15. 08. 2012.

poklapa, tako da to postaju izrazi koji samo označavaju dve perspektive, unutraš-njeg i međunarodnog prava, na istu sadržinu.<sup>11</sup>

Imajući u vidu da je autonomija pravnog sistema EU u odnosu na države članice pola veka starija od međunarodnopravne sposobnosti EU, razumljivo je što je upravo izraz “status građanina”<sup>12</sup> (*citizenship*), kao izraz koji se upotrebljava za izražavanje perspektive unutrašnjeg prava jedne pravom uređene političke zajednice, izabran za označavanje pravne veze između EU i građana, tj. državljanina, njenih država članica.<sup>13</sup> Prvenstvo prava EEZ u odnosu na prava država članica afirmisano je još početkom 60-tih godina 20. veka, dok je afirmacija autonomije prava EU u odnosu na međunarodno pravo “izvan” EU morala da čeka skoro pola veka. Analogno starijoj afirmisanosti autonomije prava EU prema unutra, tj. prema pravima država članica, u odnosu na autonomiju prema spolja, prirodno je što je u Mastrihtskom ugovoru bilo lakše kodifikovati status “građanina” EU nego pokušati uspostavljanje statusa “državljanina” EU.

U literaturi su prisutne ocene da status građanina EU nije jednostavna nadgradnja na status građanina neke od država članica, već da taj institut ima značajno transformativno dejstvo u odnosu na statute građanina država članica, kako u pogledu političkog značenja tih instituta, tako i u pogledu njihovih pravnih režima.<sup>14</sup> Za bolje razumevanje tog dejstva, i samim tim za shvatanje značaja presude u slučaju *Rottmann*, u delu koji sledi biće izložen niz relevantnih presuda Suda EU.

<sup>11</sup> U pomenutom rečniku projekta EUDO on Citizenship, napomenuto je da će se u materijalima tog projekta ovi izrazi koristiti tako da se imaju smatrati međusobno zamenljivim, tj. kao da imaju identično značenje, osim kada se status građanina koristi da označi krug prava i obaveza koje imaju državljanini neke države. *Ibid.*; na isti način *Black's Law Dictionary* određuje “državljanin SAD” objašnjavaju jednostavno sa “građanin SAD ili lice koje nije građanin ali dužuje trajnu odanost SAD”. *Black's Law Dictionary*, West Group, St. Paul 1999, 1045.

<sup>12</sup> Predmetni pojam, kao što se vidi iz prvog dela ovog rada, na srpski prevodimo međusobno zamenljivim sintagmama “status građanina” i “građansko pravo”. Moguće je i rešenje koje, po morfološkom paralelizmu za “državljanstvo”, *citizenship* u srpskom jeziku označava kao “građanstvo”. Budimir P. Košutić, *Osnovi prava Evropske unije*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2010, 113-116.

<sup>13</sup> Vid.: Jo Shaw, “Citizenship: Constrasting Dynamics at the Interface of Integration and Constitutionalism”, *The Evolution of EU Law*, (eds. P. Craig, G. de Burca), Oxford Univeristy Press, Oxford - New York, 575-611; Branko A. Lubarda, *Evropsko radno pravo*, CID Podgorica 2004, 182-183; P. Craig, G. de Burca, *EU Law. Text, Cases and Materials*, Fourth Edition, Oxford University Press, Oxford - New York, 2008, 847-874.

<sup>14</sup> Damian Chalmers, Gareth Davies, Giorgio Monti, *European Union Law, Cases and Materials*, Second Edition, Cambridge University Press, Cambridge - New York 2010, 446.

## PRAKSA SUDA RELEVANTNA ZA SLUČAJ ROTTMANN

U predmetu *Garcia Avello* Sud je 2003. godine, po zahtevu za rešavanje prethodnog pitanja primljenom od najvišeg upravnog suda Belgije (*Conseil d'État*) naveo članove 12. i 17. UEZ kao osnov da uskrati mogućnost državi članici (Belgiji) nametne svoje propise o prezimenu dece (obavezno očevo prezime) u situaciji u kojoj deca imaju državljanstvo te i druge države članice i zahtevaju prezime po propisima i u skladu s tradicijom te druge države članice.<sup>15</sup> Kao osnov za ovu odluku Sud je naveo da takva praksa "nije ni neophodna, ni odgovarajuća za promovisanje integracije državljana drugih država članica u Belgiji", tj. da je kao takva neproporcionalna.<sup>16</sup> Kao što se vidi iz pruženog opisa, u ovom predmetu nije bio u pitanju status državljanina, već jedno od prava koja su u neposrednoj vezi sa tim statusom.

U predmetu *Zhu & Chen*<sup>17</sup> došlo je do veoma neuobičajenog činjeničnog zapleta.<sup>18</sup> Bračni par kineskih državljana privremeno je boravio u Ujedinjenom Kraljevstvu. Majka se porodila na teritoriji te države, i to u Severnoj Irskoj. U to vreme zakoni Republike Irske garantovali su, po načelu *jus soli*, svakom licu rođenom na irskom ostrvu državljanstvo Republike Irske, pa je to državljanstvo steklo i dete bračnog para *Chen*. Detetova majka, kao njegov prvenstveni staralac, želela je da se nastani u Ujedinjenom Kraljevstvu, i tužila je nadležni organ uprave kada joj je uskraćena dozvola za dugoročni boravak. U presudi po prethodnom pitanju Sud je presudio u korist tužioca, zasnovavši izreku na stavu da se ne može dopustiti da jedna država članica (u ovom slučaju Ujedinjeno Kraljevstvo) uslovljava priznanje posledica sticanja državljanstva druge države članice (Republike Irske) dodatnim uslovima, budući da bi time bilo ugroženo vršenje osnovnih sloboda predviđenih osnivačkim ugovorima.<sup>19</sup>

## ČINJENIČNI OKVIR

Sud Evropske unije je presudu u slučaju *Rottmann v. Freistaat Bayern*<sup>20</sup> doneo u postupku po prethodnom pitanju pokrenutom od strane Saveznog upravnog suda Nemačke (*Bundesverwaltungsgericht*).

---

<sup>15</sup> *Carlos Garcia Avello v Belgian State*, (C-148/02), [2003] ECR I-11613.

<sup>16</sup> *Ibid.*, paras. 43-44.

<sup>17</sup> *Kunqian Catherine Zhu and Man Lavette Chen v. Secretary of State for the Home Department*, (C-200/02), [2004] ECR I-009925.

<sup>18</sup> Vid.: Radovan D. Vukadinović, *Uvod u institucije i pravo Evropske unije*, Kragujevac 2008, 257.

<sup>19</sup> *Kunqian Catherine Zhu and Man Lavette Chen v. Secretary of State for the Home Department*, (C-200/02), [2004] ECR I-009925., para. 39.

<sup>20</sup> *Rottmann v. Freistaat Bayern*, (C-135/08), GC [2010] ECR I-01449.

Tužilac u glavnom postupku, dr Janko Rotman, po rođenju je bio državljanin Austrije. Živeo je u toj državi, u Gracu, do 1995. godine, kada se preselio u Nemačku, u Minhen, nakon što je bio saslušan pred krivičnim sudom u Gracu, u svojstvu okrivljenog za prevaru u vezi sa obavljanjem zanimanja. Isti taj sud izdao je u februaru 1997. godine nalog za njegovo hapšenje, koji je važio na teritoriji Austrije. Godinu dana kasnije Rotman je započeo postupak naturalizacije<sup>21</sup> u Nemačkoj, u toku koga je prikrio postojanje pomenutog krivičnog postupka. Nakon novih godinu dana, u februaru 1999. godine, stekao je državljanstvo Nemačke naturalizacijom, što je po austrijskom pravu imalo dejstvo gubitka austrijskog državljanstva. U toku iste godine, međutim, lokalni organi u Gracu i austrijski tužilac obavestili su Grad Minhen, pred čijim organima je vođen postupak naturalizacije, o postupku koji je vođen protiv Rotmana u Austriji. Ova obaveštenja dovela su do odluke Slobodne države Bavarske, u julu 2000. godine, o poništenju odluke o naturalizaciji Janka Rotmana zbog toga što doneta na osnovu prevare, tj. Rotmanovog prećutkivanja da je protiv njega vođen sudski postupak u Austriji. Kada stupi na snagu, poništenje će imati retroaktivno dejstvo.<sup>22</sup>

Rotman je poveo upravni spor protiv ove odluke. U prvom stepenu je izgubio, a zatim i u drugom stepenu u oktobru 2005. godine pred Upravnim sudom Bavarske. U svojoj presudi, taj sud se osvrnuo i na presudu Evropskog suda u predmetu *Micheletti and Others*<sup>23</sup> iz 1992. godine, u kojoj je utvrđeno da “države članice moraju vršiti svoja ovlašćenja u domenu državljanstva uz dužan obzir prema pravu EU.” Rotman je protiv presude Upravnog suda Bavarske odmah podneo zahtev za reviziju Saveznom upravnom sudu, koji je, pak, postupak po zahtevu zamrzao, uputivši Sudu EU zahtev za odluku po prethodnom pitanju, sa 2 konkretna pitanja:

“1. Da li je suprotno pravu Zajednice (i pravima i osnovnim slobodama u okviru njega) da građansko pravo Unije bude izgubljeno kao pravna posledica činjenice da povlačenje naturalizacije u jednoj državi članici... usled namerne prevare, ima dejstvo da isto lice ostane bez ikakvog državljanstva, s obzirom da ne može povratiti državljanstvo koje je ranije posedovao zbog dejstva zakona te države?

2. [Ako jeste], da li država članica koja ... namerava da povuče naturalizaciju mora, pridajući dužni obzir pravu Zajednice, da se uzdrži od povlačenja sasvim ili privremeno-

<sup>21</sup> Naturalizacija: bilo koji način sticanja, nakon rođenja, državljanstva koje dato lice nije imalo u vreme rođenja, koji zahteva podnošenje zahteva od strane tog lica ili njegovog/njenog zastupnika, kao i akt javne vlasti o priznavanju državljanstva. European University Institute, Robert Schuman Centre, European Union Democracy Observatory (EUDO) on Citizenship, Glossary, <http://eudo-citizenship.eu/databases/citizenship-glossary/89#Cithip>, 15. 08. 2012.

<sup>22</sup> *Ibid.*, paras. 22-29.

<sup>23</sup> *Micheletti and Others*, (C-369/90), [1992] ECR I-4239.



no ako i sve dok bi to povlačenje imalo za posledicu gubitak građanskog prava Unije... ili je država članica čije je državljanstvo prethodno imao dužna... da tumači, primeni ili čak podesi svoje pravo tako da se ova posledica izbegne?”<sup>24</sup>

#### IZREKA, OBRAZLOŽENJE I IZNETI ARGUMENTI

Veliko veće je pružilo odgovor na prvo i na prvu polovinu drugog pitanja – u odnosu na ponašanje Nemačke koje je u konkretnom slučaju ostvareno – utvrdivši da:

“nije suprotno pravu EU, posebno članu 17. UEZ,<sup>25</sup> da država članica oduzme državljanstvo od građanina Unije koje je stekao naturalizacijom uz pomoć prevare, pod uslovom da odluka o oduzimanju bude doneta u skladu s načelom proporcionalnosti.”<sup>26</sup>

Drugi deo drugog pitanja, o eventualnoj dužnosti Austrije da se ponaša na određeni način u svetlu odluke Nemačke o povlačenju državljanstva, Veliko veće Suda je odbilo da razmotri budući da se radilo o pitanju o hipotetičkom postupanju Austrije, koje se još nije ostvarilo, i koje će, ako se ostvari, prvo biti preispitivano pred austrijskim sudovima.<sup>27</sup>

Upravni sud Bavarske je smatrao da ukoliko bi se navedeni stav iz presude *Micheletti and Others* tumačio “kao obaveza države članice da se uzdrži od povlačenja naturalizacije pribavljene prevarom”, to bi značilo “udarac u srce suverene vlasti država članica, priznate odredbom člana 17(1) UEZ, da odrede detaljna pravila primene njihovih zakona o državljanstvu”.

S druge strane, Savezni upravni sud je smatrao da navedeni stav nije u dovoljnoj meri razjašnjen, da nije jasno da li je status nedostatka državljanstva i sledstveni gubitak građanskog prava Unije u skladu sa čl. 17(1) UEZ, kao i da postoji mogućnost da bi austrijske vlasti mogle biti dužne, na osnovu dužnosti saradnje u dobroj veri sa Unijom, da preispitaju Rotmanov status u pogledu državljanstva Austrije.<sup>28</sup>

---

<sup>24</sup> *Ibid.*, para. 35.

<sup>25</sup> Član u verziji UEU nakon Ugovora iz Nice koji odgovara današnjem članu 20. UFEU. Consolidated version of the Treaty on Establishing of the European Community, Official Journal of the European Community C 325/33, 24. 12. 2002. (Nice Treaty).

<sup>26</sup> *Rottmann v. Freistaat Bayern*, (C-135/08), GC [2010] ECR I-01449, para. 65.

<sup>27</sup> *Ibid.*, para. 64.

<sup>28</sup> *Ibid.*, paras. 31-34.

Vlade Austrije i Nemačke, podržane od strane Komisije, tvrdile su da pitanje oduzimanja državljanstva spada u isključivu nadležnost država članica, pozivajući se, između ostalog, i na Deklaraciju br. 2 o državljanstvu država članica priloženu uz završni akt UEU, kao i da se u konkretnom slučaju radilo o čisto unutrašnjem pitanju Nemačke, budući da je Rotman svoju slobodu kretanja iskoristio pre nego što je nastala sporna situacija u Nemačkoj.<sup>29</sup>

U odgovoru na ove tvrdnje, Sud je ponovio pravilo da “u situacijama na koje se odnosi pravo EU, nacionalna pravila moraju uzeti u obzir pravo EU”, a da je u konkretnom slučaju mogućnost gubitka prava iz čl. 17. UEZ upravo jedna takva situacija.<sup>30</sup> Sud je potom utvrdio da oduzimanje državljanstva stečenog naturalizacijom, zbog toga što je naturalizovano lice takav status steklo prevarom, predstavlja legitiman postupak, zasnovan na javnom interesu.<sup>31</sup>

U ključnoj tački obrazloženja, međutim, Sud je utvrdio da legitimnost tog postupka sama za sebe nije dovoljna, već da je neophodno da nacionalni sud primeni načelo proporcionalnosti, tj. da meru oduzimanja državljanstva razmotri u srazmeri sa težinom posledica po lice kome se državljanstvo oduzima i eventualno po njegovu porodicu, i to posledica kako po nacionalnom tako i po pravu EU.<sup>32</sup>

Opisanu presudu je važno sagledati i iz ugla mišljenja Pravobranioca Madura datog u tom postupku.<sup>33</sup> Maduro se usredsredio na dve teme: prihvatljivost predmeta *ratione materiae*, i značenje obaveze da se ima dužan obzir prema pravu Zajednice.” U pogledu prihvatljivosti zahteva za presudu po prethodnom pitanju, Maduro je svoj pozitivan odgovor zasnovao na stavu da se ne radi o čisto unutrašnjem pitanju Nemačke, i da bi takva tvrdnja:

“značila zanemarivanje porekla situacije dr Rotmana. Upravo je oslanjanjem na slobodu kretanja i izbora prebivališta koje su u vezi sa statusom građanina Unije, koji je uživao kao državljanin Austrije, g. Rotman otišao u Nemačku i tamo se nastanio 1995. godine...”<sup>34</sup>

U pogledu tumačenja stava Suda iz presude *Micheletti*, da države članice imaju pravo da donesu pravila o uslovima sticanja i gubitka državljanstva, “uz du-

<sup>29</sup> *Ibid.*, paras. 38-40.

<sup>30</sup> *Ibid.*, paras. 41-45.

<sup>31</sup> *Ibid.*, paras. 48-54.

<sup>32</sup> *Ibid.*, paras. 55-58.

<sup>33</sup> *Opinion of Advocate General Poiares Maduro*, delivered on 30 September 2009, (C-135/08), *Janko Rottmann v. Freistaat Bayern*.

<sup>34</sup> *Ibid.*, para. 11.

žan obzir prema pravu Zajednice”, Pravobranilac Maduro je ponudio tumačenje po kome:

“sticanje i gubitak državljanstva (i sledstveno, statusa građanina Unije), nisu sami po sebi predmet prava Zajednice, ali uslovi za sticanje i gubitak državljanstva moraju biti kompatibilni sa pravilima Zajednice i poštovati prava građanina Evrope.”<sup>35</sup>

Stav o zahtevu kompatibilnosti uslova za sticanje i gubitak (nacionalnog) državljanstva sa pravom EU pravobranilac Maduro je zasnovao na svom viđenju posebne veze između statusa građanina Unije i državljanstva neke od država članica, koja se, po njemu, nikako ne može svesti na prostu uslovljenost prvog drugom. Pomenuto Madurovo viđenje izneto je na inspirativan načini i određeni njegovi delovi zaslužuju da budu preneti, budući da se tek mogu pokazati važnim za praksu Suda u budućnosti:

“To su dva pojma koji su ujedno neraskidivo povezani i nezavisni. Status građanina Unije pretpostavlja državljanstvo države članice ali je takođe pravni i politički pojam nezavisan od tog državljanstva. Državljanstvo države članice... nas čini građanima Unije. Status građanina Evrope je više od skupa prava koja bi mogla biti priznat i onima koji taj status nemaju. Ono pretpostavlja političku vezu između građana Evrope, ali to nije veza koja pripada određenom narodu. Upravo suprotno, ta politička veza ujedinjuje narode Evrope. Zasnovana je na njihovoj uzajamnoj posvećenosti da otvore svoje političke zajednice ostalim građanima Evrope i da izgrade novi oblik građanske i političke odanosti evropskih razmera. Ne zahteva postojanje jednog naroda, ali je zasnovano na postojanju evropskog političkog prostora iz koga prava i obaveze nastaju. U meri u kojoj ne pretpostavlja postojanje evropskog naroda, status građanina je na pojmovnom planu proizvod odvajanja od državljanstva. ... Veza sa državljanstvom pojedine države članice predstavlja priznanje činjenice da može postojati (u stvari da postoji) status građanina koji nije uslovljen državljanstvom. To je čudo statusa građanina Unije: taj status jača veze između nas i naših država (budući da smo građani Evrope upravo zato što smo građani svojih država) i, u isto vreme, emancipuje nas od njih (budući da smo sada građani mimo i povrh svojih država.... To legitimizuje i jača autonomiju i autoritet pravnog sistema Zajednice.”<sup>36</sup>

Pravobranilac Maduro se, za razliku od Velikog veća, nije uzdržao od davanja hipotetičkog mišljenja – o eventualnoj obavezi Austrije da obnovi Rotmanovo austrijsko državljanstvo – u odnosu na drugu polovinu drugog pitanja Saveznog upravnog suda Nemačke, zaključivši da takva obaveza ne bi postojala, budući da se Rotman austrijskog državljanstva svojevolljno odrekao.<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup> *Ibid.*, para. 23.

<sup>36</sup> *Ibid.*, para. 23.

<sup>37</sup> *Ibid.*, para. 34.

PRESUDE KOJE SLEDE PRAVAC IZ PRESUDE  
U SLUČAJU ROTTMANN

U vreme kada je Sud doneo presudu u predmetu *Rottmann*, predmet *Zambrano* je bio u postupku, započetom po zahtevu Suda rada iz Brisela primljenom u januaru 2009. godine za presudu po prethodnom pitanju. Radilo se o sporu koji je *Ruiz Zambrano* poveo protiv upravnih organa Belgije zbog odbijanja da njemu i njegovoj supruzi izdaju neophodne dozvole za rad i boravak. Njih dvoje su u Belgiji zatražili azil 1999. godine, odbijeni su ali ih Belgija zbog opasnosti po njihovu sigurnost nije vratila u Kolumbiju. Ostali su u Belgiji, radili i dobili dvoje dece, koja su postala belgijski državljani. Veliko veće Suda je, u presudi donetoj u martu 2011. godine,<sup>38</sup> našao da odbijanje Belgije da dozvoli boravak roditeljima kao neposrednim staraocima dece-državljana, ima u odnosu na tu decu "dejstvo oduzimanja građanima Unije izvornog uživanja suštine prava koja imaju (*genuine enjoyment of the substance of the rights*) kao građani Unije".<sup>39</sup> D. Anderson i S. Marfi dovode u vezu primenjeni standard sa mišljenjem Pravobranioca Šarpton u ovom predmetu, u kome je predložen mehanizam po kome bi se Povelja o osnovnim pravima EU mogla primenjivati na postupke država članica uvek kada postoji materijalno-pravna nadležnost Unije, bez obzira da li je Unija takvu nadležnost u konkretnoj oblasti iskoristila, i smatraju da primena tog standarda ima potencijal do novog talasa integracije prava EU.<sup>40</sup>

Veliko veće Suda je u novembru 2011. donelo presudu *Murat Dereci and Others v. Bundesministerium für Inneres*,<sup>41</sup> u postupku po zahtevu za presudu po prethodnom pitanju Upravnog suda Austrije u vezi sa nizom slučajeva u kojima su državljani trećih država (koje nisu članice Unije) zahtevali dozvolu za boravak i/ili rad u Austriji po osnovu činjenice da u toj državi borave članovi njihovih porodica.<sup>42</sup> Već u zahtevu Upravni sud Austrije je u odnosu na svaki od navedenih slučajeva napomenuo da državljani Austrije u konkretnoj porodici nije izdržavan od lica koje traži boravak ili dozvolu za rad. Veliko veće je načelno dozvolilo uskraćivanje traženih dozvola, pod uslovom da građanin EU "nije do tada

<sup>38</sup> *Gerardo Ruiz Zambrano v. Office national de l'emploi*, (C-34/09), [Grand Chamber], 08. 03. 2011.

<sup>39</sup> *Ibid.*, paras. 42-43.

<sup>40</sup> David Anderson, Cian C. Murphy, "The Charter of Fundamental Rights", *EU Law After Lisbon* (eds. A. Biondi, P. Eeckhout, S. Ripley), Oxford – Oxford University Press, 2012, 174-175.

<sup>41</sup> *Murat Dereci and Others v. Bundesministerium für Inneres*, (C-256/11), [Grand Chamber], 15.11.2011.

<sup>42</sup> O slobodnom kretanju radnika u EU vid.: Branko A. Lubarda, *Evropsko radno pravo*, CID Podgorica 2004, 177-201.

koristio svoju slobodu kretanja”. Takođe je, kao dodatni uslov, citiralo svoju formulaciju iz slučaja *Zambrano* – prepustivši nacionalnom sudu da u svakom konkretnom slučaju proceni da li bi uskraćivanje traženih dozvola imalo dejstvo oduzimanja građanima Unije izvornog uživanja suštine prava koja su im priznata.

Dve razlike upadaju u oči u vezi sa presudom u slučaju *Murat Dereci* u odnosu na presudu u slučaju *Zambrano*. Prvo, državljani Unije nisu bili izdržavani od lica koja nisu državljani Unije i čiji pokušaj da pozivanjem na pravo Unije prevladaju negativne odluke po svojim zahtevima za boravak i/ili radnu dozvolu nije uspeo. Drugo, Veliko veće je ostavilo nacionalnom sudu da ceni da li sporne odluke imaju “dejstvo oduzimanja građanima Unije izvornog uživanja suštine prava koja su im priznata,” umesto da tu procenu sam izvrši. Takođe, kako to primećuje DŽ. Šo, obe presude se razlikuju od presude u slučaju *Rottmann* po tome što Veliko veće u njima nije naložilo primenu testa proporcionalnosti, već se svelo na jednostavnu binarnu procenu (da ili ne) u pogledu citiranog dejstva izvornog uživanja suštine prava.<sup>43</sup> R. Šuce ovakav pristup navodi kao nagoveštaj učenja Suda o najtemeljnijim osnovnim pravima, koja ne mogu čak biti ograničena ni proporcionalnim merama.<sup>44</sup>

#### NAJVAŽNIJI ASPEKTI I ZNAČAJ ODLUKE U SLUČAJU ROTTMANN

Na prvi pogled izreka ove odluke može da deluje bezazleno – postavljen je samo zahtev za primenu testa proporcionalnosti – da li je težina posledice upotrebe nameravanog sredstva, u konkretnom slučaju oduzimanje državljanstva, srazmerna interesu koji se želi ostvariti. Međutim, posledica same odluke može biti dalekosežna, jer se svodi na uvođenje testa čijom primenom Sud može preispitivati postupanje država članica EU u oblasti koja je po osnivačkim ugovorima u njihovoj isključivoj nadležnosti. Zbog toga d’Oliveira već u naslovu članka o ovoj presudi nagoveštava da se možda radi o “razdvajanju državljanstva [u nekoj od država članica EU, prim. M. L.] od statusa građanina Unije”.<sup>45</sup>

---

<sup>43</sup> Jo Shaw, “Concluding thoughts: *Rottmann* in context”, *Has the European Court of Justice Challenged Member State Sovereignty in Nationality Law?* (ed. J. Shaw), European University Institute, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, *EUI Working Papers RSCAS* 2011/62, 39.

<sup>44</sup> Robert Schutze, *European Constitutional Law*, Cambridge University Press, Cambridge - New York, 2012, 419.

<sup>45</sup> H. U. Jessurun d’Oliveira, “Decision of 2 March 2010, Case C-315/08 *Janko Rottman v. Freistaat Bayern Case Note 1 - Decoupling Nationality and Union Citizenship?*,” *European Constitutional Law Review* 7/2011, 138-160.

Posledica ove odluke, međutim, nije samo novo proširenje polja primene prava EU od strane Suda i bez uporišta u osnivačkim ugovorima, već je upravo paradoksalna situacija da status građanina EU, za koji osnivački ugovor izričito kaže da je “dodatak” uz državljanstvo neke od članica, postaje izvor ograničenja za odlučivanje te članice o statusu sopstvenog državljanstva.<sup>46</sup>

Važno je imati u vidu, pritom, da je obuhvat sporne situacije pravom EU zasnovan na obziru prema statusu građanina EU, a ne na osnovu moguće povrede osnovnih sloboda lica u pitanju.

Presuda još jednom potvrđuje ovlašćenje Suda EU da odluči o sopstvenoj nadležnosti, i da na taj način svojom praksom širi domen prava EU. S. Kornelu kritikuje presudu kao tipičan primer prakse Suda da prevazilazi okvire ovlašćenja koja su mu poverena osnivačkim ugovorima. Pomenuta autorka smatra neodrživim konstataciju da “države moraju voditi računa o pravu Unije” čak i kada postupaju u okviru svojih isključivih nadležnosti. Takođe, S. Kornelu smatra da se razdvajanjem pojmova nadležnosti EU i polja primene EU dolazi do paradoksalnog ishoda: dok zakonodavni organi EU nisu ovlašćeni da u datoj oblasti donesu akte sekundarnog zakonodavstva, Sud može u istoj oblasti slobodno preuzeti inicijativu.<sup>47</sup> G. Dejvis upoređuje po važnosti ovu presudu sa presudama Suda u predmetima *Costa v. ENEL* i *van Gend en Loos*, nazivajući je prvom u kojoj dolazi do “preuređivanja odnosa između nacionalnih i pravnog sistema Unije” na polju državljanstva i statusa građanina.<sup>48</sup>

D. Kočenov, pak, smatra da presuda Velikog veća u slučaju *Rottmann* nije otišla dovoljno daleko, u smislu da nije razrešila “neodrživu prirodu sadašnjeg polovičnog rešenja, po kome su dva statusa razdvojeni, ali njihovo sticanje i gubitak nisu”. Isti autor kritikuje presudu i zbog propuštanja da napusti “klasično” međunarodno pravo na planu državljanstva, kao i da povede računa o interesu pojedin-

<sup>46</sup> Na prvi pogled O. Golinker zastupa suprotan stav o značaju ove presude, iako priznaje da ona “okreće naglavačke” hijerarhiju važnosti statusa građanina EU i državljanstvo članice EU. Oxana Golynger, “The correlation between the status of Union citizenship, the rights attached to it and nationality in *Rottmann*”, *Has the European Court of Justice Challenged Member State Sovereignty in Nationality Law?* (ed. J. Shaw), European University Institute, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, *EUI Working Papers* RSCAS 2011/62, [http://eudo-citizenship.eu/citizenship-forum/254-has-the-european-court-of-justice-challenged-member-state-sovereignty-in-nationality-law?start=4#.UGXoJa5ch\\_c](http://eudo-citizenship.eu/citizenship-forum/254-has-the-european-court-of-justice-challenged-member-state-sovereignty-in-nationality-law?start=4#.UGXoJa5ch_c), 15. 08. 2012.

<sup>47</sup> Sabine Corneloup, “Réflexion sur l'émergence d'un droit de l'Union européenne en matière de nationalité”, *Journal du droit international* 3/2011, 491-516, 506-507.

<sup>48</sup> Gareth T. Davies, “The entirely conventional supremacy of Union citizenship and rights”, *Has the European Court of Justice Challenged Member State Sovereignty in Nationality Law?* (ed. J. Shaw), European University Institute, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, *EUI Working Papers* RSCAS 2011/62, 5.

ca “uhvaćenog između dva suverena.”<sup>49</sup> Pomenuti autor, očigledno, spornu situaciju posmatra iz ugla zaštite osnovnih, odnosno ljudskih prava. M. Dugan, pak, ističe da zahtev Suda da se primenom testa proporcionalnosti ispituju konkretne lične okolnosti lica prema kome je sporno postupanje države usmereno predstavlja jednu od dve krajnosti skorašnje prakse Suda, dok drugu krajnost čini pristup koji od država ne zahteva ispitivanje konkretnih okolnosti.<sup>50</sup>

M. Savino ovu presudu opisuje kao “post-nacionalističku” umesto “post-nacionalnu”, u smislu da je nakon nje jasno da status građanina EU ne može biti učinjen nezavisnim od državljanstva u bar jednoj članici EU. Savino značaj presude vidi u testu proporcionalnosti, koji je Sud razvio i koji prepušta sudovima u državama članicama, i očekuje da taj test vremenom dovede do umanjenja ispoljavanja nacionalizma u upravnom pravu država članica, do čega je dolazilo u pogledu odluka o priznavanju državljanstva. Zbog toga Savino ovu presudu kategorizuje kao “upravnu”, umesto kao “ustavnu.”<sup>51</sup>

Primetno je da se Sud u obrazloženju presude nije dublje upuštao u razmatranje prihvatljivosti zahteva za presudu po predmetnom pitanju, kao ni u tumačenje standarda “dužnog obzira prema pravu EU”, kao što je to u svom mišljenju učinio Pravobranilac Maduro. Zbog toga ostaje otvoreno pitanje mogućeg snažnog dejstva Madurovog viđenja specifičnog odnosa između statusa građanina EU i državljanstva neke od država članica, na inspirativan način iznetog u mišljenju, na praksu Suda u budućnosti. Upravo taj potencijal same presude vide M. Hailbronner i S. Iglesias Sančez, kada ukazuju da usko čitanje presude *Rottmann* “zanemaruje mnogo veće obećanje o pojmu statusa građanina EU kao potencijalnom temelju za izgradnju u većoj meri federalne Evrope.”<sup>52</sup>

---

<sup>49</sup> Dimitry Kochenov, “Two Sovereign States vs. a Human Being: CJEU as a Guardian of Arbitrariness in Citizenship Matters”, *Has the European Court of Justice Challenged Member State Sovereignty in Nationality Law?* (ed. J. Shaw), European University Institute, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, *EUI Working Papers RSCAS* 2011/62, 13-15.

<sup>50</sup> Michael Dougan, “Some comments on Rottmann and the ‘personal circumstances’ assessment in the Union citizenship case law”, *Has the European Court of Justice Challenged Member State Sovereignty in Nationality Law?* (ed. J. Shaw), European University Institute, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, *EUI Working Papers RSCAS* 2011/62, [http://eudo-citizenship.eu/citizenship-forum/254-has-the-european-court-of-justice-challenged-member-state-sovereignty-in-nationality-law?start=3#.UGXufa5ch\\_d](http://eudo-citizenship.eu/citizenship-forum/254-has-the-european-court-of-justice-challenged-member-state-sovereignty-in-nationality-law?start=3#.UGXufa5ch_d), 15. 08. 2012.

<sup>51</sup> Mario Savino, “EU Citizenship: Post-National or Post-Nationalist? Revisiting the Rottmann Case Through Administrative Lenses, [Beyond the Nation-State. Administrative law and the foreigner], Milano, 2012 (forthcoming), [http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Intellectual\\_Life/7.\\_Savino\\_Rottmann\\_Case\\_EPLR\\_2011.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Intellectual_Life/7._Savino_Rottmann_Case_EPLR_2011.pdf), 15. 08. 2012.

<sup>52</sup> Michaela Hailbronner, Sara Iglesias Sanchez, “The European Court of Justice and Citizenship of the European Union: New Developments Towards a Truly Fundamental Status”, *Vienna Journal of International Constitutional Law*, Vol. 5, 4/2011, 532.



MAJA LUKIĆ, LL.M.,  
Lecturer, Faculty of Law University of Belgrade

CJEU *ROTTMANN* JUDGMENT (2010) – FEEDBACK EFFECT  
FROM EU CITIZENSHIP TO MEMBER STATE NATIONALITY

Summary

The judgment in a preliminary reference procedure was issued in 2010 in respect of a factual situation in which a person had first lost citizenship of one EU Member State because she acquired citizenship of another Member State, only to lose the acquired citizenship with retroactive effect after it has been established in due process that the acquisition had been obtained by deception. Deprivation of any Member State nationality would mean complete loss of Union citizenship, which the EU Court of Justice deems as ground for application of the test of proportionality between the contentious state action and the gravity of its consequences. The judgment is important because it establishes a *ratione materiae* jurisdiction of the Court in matters of acquisition and loss of Member State nationality, as well as because it clarifies the standard of “due consideration for EU law” in such matters established in previous case law (*Micheletti* 1992). More recent case law (*Zambrano* 2011) seems to neglect the proportionality test altogether, introducing instead a binary test of whether the subject state action violates “genuine enjoyment of the substance of the guaranteed right”, which in turn may be regarded as inception of core fundamental rights that may not be subjected to any limitation, even under condition of satisfaction of the proportionality test, in this area of law. The *Rottmann* judgment has introduced a new limitation for the Member State competence, and at the same time represents a loud statement in favor of political unity of the EU at the level that is fundamental to any democratic political community – in respect of rights of citizenship.

MAJA KAMBOVSKA

## PRINCIP ISCRPLJENJA AUTORSKOG PRAVA EVROPSKE UNIJE U SVETLU SLUČAJA ORACLE V. USEDSOFT

### UOPŠTE O PRINCIPU ISCRPLJENJA U EVROPSKOJ UNIJI

Princip iscrpljenja, u kontekstu prava intelektualne svojine, podrazumeva da, nakon prve prodaje ili druge vrste prenosa svojine predmeta u kojem je inkorporirano pravo na intelektualnu svojinu, nosilac prava gubi kontrolu, odnosno ne može sprečiti, dalji promet i prodaju tog predmeta, u okviru date teritorije. Ovaj princip je prisutan u većini zakonodavstava u svetu. Principom iscrpljivanja se u stvari ograničava *pravo distribucije*, kao jedno od isključivih materijalnih prava autora.

Princip iscrpljivanja u Evropskoj Uniji je u prvo vreme bio razvijen kroz sudsku praksu Evropskog suda pravde (ESP).<sup>1</sup> Primarni izvori prava Unije su oduvek bili prilično oskudni u odnosu na odredbe iz ove oblasti. Takvo stanje, kao i opasnost od podele jedinstvenog tržišta putem prava intelektualne svojine, koja su po prirodi teritorijalno ograničena, čime bi bilo ugroženo ispunjavanje osnovnih ciljeva osnivačkih Ugovora, nametnulo je potrebu za intervenciju Suda da bi se pojasnio odnos između pravila Unije i nacionalnih pravnih režima. Sud je pokušao da postigne kompromis između dozvoljenog ostvarivanja nacional-

---

Dr Maja Kambovska, docent Pravnog fakulteta, FON Univerzitet u Skoplju, Makedonija.

<sup>1</sup> C-78/70 *Deutsche Grammophon v Metro SB*, [1971] ECR 487, Joined Cases 55/80 and 57/80 *Musik-Vertrieb Membran GmbH and K-tel International v. GEMA*, [1981] ECR 147, C-341/87 *EMI Electrola GmbH v Patricia Im- und Export and Others*, [1989] ECR 79.

no definisanih prava, i ostvarivanje cilja za postizanje unutrašnjeg tržišta, između ostalog, i razvijanjem *principa iscrpljivanja* u Uniji, koji je postao ključni element Evropskog prava intelektualne svojine.<sup>2</sup> Pravilo koje je uspostavljeno kroz praksu ESP-a je kodificirano mnogo kasnije, u domenu autorskog prava, u članu 4(2) Direktive 2001/29, a sadržano je i u članu 4(2) Direktive 2009/24 o kompjuterskim programima.

U okvirima Unije, iscrpljenje važi za čitavu njenu teritoriju. Prema Generalnom advokatu Remeru, cilj prava distribucije je doći do monopolske nagrade, a taj je cilj postignut u trenutku prvog plasiranja proizvoda koji sadrži pravo intelektualne svojine, tako da kontrolisanje svakog sledećeg plasiranja sa strane nosilaca prava izašlo bi van cilja tog prava.<sup>3</sup> Sud je uveo princip iscrpljenja u trenutku prvog plasiranja učinjenog sa saglasnošću nosilaca prava, da bi reducirao efekte principa teritorijalnosti. Pravna posledica od plasiranja proizvoda po prvi put na tržištu Unije je iscrpljenje daljeg ostvarenja prava distribucije u prekograničnoj razmeni. Praktično, utvrđuje se da princip teritorijalnosti prava potpada pod *ostvarenjem*, a nije element samog *postojanja* prava od intelektualne svojine (konkretno prava distribucije). Na taj način, prepreke za uspostavljanje unutrašnjeg tržišta su delimično uklonjene, ali samo u odnosu na preko-graničnu distribuciju fizičkih stvari. Kao ključni kriterijum za primenu iscrpljenja, ESP tumači da se *saglasnost* odnosi na čitavu teritoriju obuhvaćenu Ugovorom o EU-i i izdajačava je sa zaključivanjem ugovora o prenosu prava.<sup>4</sup> ESP-e tumači pojam saglasnosti šire od tradicionalnog shvatanja u državnim zakonodavstvima da je saglasnost vezana sa plasiranjem proizvoda na tržištu. Prema ESP, da bi došlo do iscrpljenja dovoljno je samo zaključivanje ugovora o prenosu prava, a ne i fizička distribucija proizvoda, kao što je uobičajeno u nacionalnom pravu.<sup>5</sup> Svakako, iscrpljenje neće se desiti ukoliko nema saglasnost nosioca, ili ako je prva prodaja učinjena zbog zakonske obaveze ili kao rezultat prinudne licence.<sup>6</sup>

### *Limit primene principa iscrpljenja kod digitalno dostupnim delima*

Specifičnost autorskog prava je mogućnost bestelesnog korišćenja autorskih dela, što uključuje javno izvođenje i radiodifuzno emitovanje, a tu spada i digitalno korišćenje – javno saopštavanje, odnosno stavljanje na raspolaganje javno-

<sup>2</sup> Westkamp Guido, "Intellectual Property, Competition Rules, and the Emerging Internal Market: Some Thoughts on the European Exhaustion Doctrine", *Marquette Intellectual Property Law Review*, Vol. 11:2, 2007, str. 293–294.

<sup>3</sup> *Deutsche Grammophon*, supra f. 1, mišljenje GA Remer.

<sup>4</sup> Westkamp, supra f. 2, str. 308.

<sup>5</sup> *Idem*, str. 311.

<sup>6</sup> C 19/84, *Pharmon BV v. Hoechst AG* [1985] ECR 2281.

sti – autorskih dela. Autorska dela se veoma često distribuišu, odnosno koriste, preko interneta u digitalnoj formi (e-knjige, mp3 muzika, digitalni filmovi i sl.). Prema tome, princip iscrpljenja u digitalnim okolnostima je naročito relevantno pitanje kod autorskog prava. Kada se pojavio slučaj *Coditel*, Sud je za prvi put trebao da stavi prava intelektualne svojine u okviru slobodnog kretanja usluga.<sup>7</sup> U ovom slučaju ESP se nije pozvao na konkretni predmet prava (plasiranje proizvoda na tržište), već na funkciji prava.

Sud je uzeo u obzir fakt da, za razliku od fizičke distribucije autorskih dela, javno izvođenje (filmova) može da se ponavlja beskonačno, tako da nosilac tog prava ima *legitiman interes za naplatu nadoknade za svako* javno izvođenje dela. Sud je utvrdio da je pravo naknade za svako prikazivanje filma deo *suštinske funkcije* autorskog prava kod ovog tipa autorskih dela.<sup>8</sup> Naročito je važno što je u odluci u *Coditel*-u 1, ESP odbio da prizna pravilo iscrpljenja u sferi prava javnog saopštenja, odnosno u datom slučaju u vezi sa kablovskim reemitovanjem. U toj situaciji, ostvarenje prava saopštenja od strane filmskog producenta nije bilo iscrpljeno ovlašćenim prvim emitovanjem u jednoj državi članici. Nosilac prava u susjednoj državi se legitimno suprotstavio reemitovanju filma preko kablovske mreže, bez da se smatra da je ograničio razmenu između država članica. U donošenju ovog zaključka Sud se izričito pozvao na fakt da je podela tržišta po nacionalnim granicama u ovom konkretnom slučaju bila legitimna zato što je TV emitovanje u državama članice bilo (tada) tradicionalno organizovano na osnovu nacionalnih monopola.

Bilo bi teško da se izvuče jedno opšte pravilo da ne postoji iscrpljenje prava koja spadaju u javno saopštenje iz ove odluke. Međutim, konačno je ovaj stav bio kodifikovan kao opšto pravilo u odnosu na prava javnog saopštenja i stavljanja na raspolaganje javnosti u članu 3(3) Direktive 2001/29: “Prava navedena u stavu 1 i 2 (pravo javnog saopštenja i stavljanja na raspolaganju javnosti) neće biti iscrpljena ni sa jednom delatnošću javnog saopštenja ili stavljanja na raspolaganje javnosti u skladu sa ovim članom.”<sup>9</sup>

Implikacija od ove odredbe je da pružanje usluge vezane za autorske sadržaje u EU još uvek nalaže dobijanje dozvola od svih nosioca prava za sve određene teritorije. Primer za to su prava za muzička dela koja se ostvaruju teritorijalno, od nacionalnih kolektivnih udruženja, ili prava na kinematografska dela, koja često imaju lokalni distributeri. Razvoj prekograničnih onlajn biznis modela za plasira-

---

<sup>7</sup> C 62/79, *Coditel v. Cine Vog Films* (Coditel 1), [1981] ECR 881.

<sup>8</sup> *Idem*, stav 14.

<sup>9</sup> *Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, O.J L167/10, 22.06.2001.*

nje muziku na internetu podrazumeva da provajderi koji nude digitalne usluge na teritoriji Unije moraju da dobiju dozvole od svih nosioca prava, preko kolektivnih udruženja u 27 država članica pojedinačno, što nosi i razlike u cenama za usluge, a sa tim i podela tržišta.<sup>10</sup> Ova prepreka ide na štetu i potrošačima, koji se suočavaju sa cenovnom diskriminacijom.

*Slučaj ESP UsedSoft v. Oracle*  
– preokret u tumačenju principa iscrpljenja

U odluci donetoj u julu 2012 godine, ESP je utvrdio da je sekundarna prodaja fizičkih primeraka i daunlodiranih primeraka softvera legalna.<sup>11</sup> Naime, princip iscrpljenja prava distribucije se primenjuje ne samo kada nosilac prava plasira primerke njegovog softvera na materijalnom nosaču (CD ili DVD), nego i onda kada ih distribuiše preko daunlode sa njegove veb strane. Ova odluka, koja povećava obim iscrpljenja, može da utiče na način kako se softver prodaje i koristi, ali i šire implikacije u budućnosti u odnosu na digitalnu distribuciju autorskih dela.

Slučaj se odnosi na spor u nemačkim sudovima između kompanije UsedSoft, koja se bavi prodajom prethodno korišćenih licenci za softvere, i Oracle, softverska kompanija koja onlajn prodaje licence i softver. Oracle obezbeđuje klijentima kompjuterske programe koje mogu da se daunloduju. Licencni ugovor (EULA) Oracle-a zabranjuje bilo kakav prenos prava sa licence na treće osobe, ali UsedSoft je prodavao licence trećim licima koje direktni korisnici Oracle-a više nisu koristili. Ova treća lica, koja još nisu imala softver, daunlodirali su ga direktno sa sajta Oracle-a nakon što su dobili “korišćenu” licencu.

Sekundarno tržište za korišćeni softver i nije novina, i predstavlja dohodovan biznis kada se radi o softveru koji se prodaje u materijalnoj formi preko optičkih medija, dok je to isto prilično ograničeno kada se softver prodaje direktno putem digitalne distribucije. Softverske kompanije se sve više okreću prema digitalnoj distribuciji da bi smanjili troškove (za pakovanje, distribuciju, maloprodaju i sl.), čime se povećavaju primarne digitalne prodaje koji su pokriveni EULA ugovorima. Korist od toga može biti ograničena u okviru EU-e kao rezultat ove odluke.

Pravno pitanje koje je postavljeno ESP, u ovom slučaju se odnosilo na tumačenje principa iscrpljenja nakon prve prodaje, koji je sadržan u Direktivi 2009/24/

---

<sup>10</sup> Coditel I, stav 15 *et seq.*

<sup>11</sup> C-128/11, UsedSoft GmbH v Oracle International Corp, 2012 (not yet published).

EC o pravnoj zaštiti kompjuterskih programa.<sup>12</sup> Direktiva daje nosiocima prava, između ostalog, isključivo pravo reprodukcije. Međutim, saglasnost nosioca prava nije potrebna za reprodukciju ili druge aktivnosti u vezi kompjuterskog programa samo ako su te aktivnosti “neophodne za korišćenje kompjuterskog programa od strane zakonskog korisnika u saglasnosti sa njenom namenom, uključujući i zbog ispravljanje grešaka.” Isto tako, saglasno članu 4(1) autor kompjuterskog programa ima isključivo pravo da dozvoli ili zabrani “distribuciju javnosti, uključujući i iznajmljivanje, originalnog kompjuterskog programa ili njegovih primeraka”. Međutim, saglasno članu 4(2), mogućnost da autor kontroliše distribuciju je iscrpljena u okviru EU-e sa “prvom prodajom ili drugačijim prenosom svojine, sa njegovom saglasnošću”. Ovo je suprotno uslovima EULA-e Oracle-a koja utvrđuje važnost licence “na neodređeno vreme”, i odnosi se na “neisključivo pravo korisnika koje se ne može prenositi dalje”.<sup>13</sup>

Oracle je tvrdio da oni ne prenose vlasništvo programa prema članu 4, i zbog toga pravo distribucije se uopšte ne dovodi u pitanje, već da samo prodaju licencu za softver. Prema tome, oni tvrde da se radi o licencnom ugovoru, a ne o ugovoru o kupoprodaji. Međutim, Sud je sledio rezoniranje Generalnog advokata Bota i utvrdio da su daunlodiranje softvera i isključivanje licencnog ugovora “deo nedeljive celine,” i da je daunlodiranje primerka softvera besmisleno ukoliko se on ne može koristiti od strane onoga ko ga poseduje, i zbog toga, “te dve aktivnosti se moraju ispitati kao celine zbog njihove pravne klasifikacije”.<sup>14</sup>

Ključni argument na kojeg se Sud poziva je pravo da se softver koristi, za šta korisnik plaća naknadu, traje “neograničeni period”.<sup>15</sup> Ovo, prema ESP-u, predstavlja prenos prava svojine.<sup>16</sup> Sud potencira da nije važno dali je program prodat kao daunlod ili preko optičkih medija (CD ili DVD), i da li, ukoliko se prihvati usko tumačenje pojma “prodaja”, to bi odstranilo efektivnost principa iscrpljenja i Direktive.<sup>17</sup>

Ovakav stav Suda temelji se na argumentu da bi “provajderi jednostavno zvali ugovor “licenca” umesto “prodaja” sa ciljem da izbegnu pravilo iscrpljenja i da ga liše njegove suštine”. Imajući u vidu da se pitanje svodi na konflikt između koncepta iz ugovornog i autorskog prava, Sud elegantno utvrđuje da se pojam

---

<sup>12</sup> Directive 2009/24/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the legal protection of computer programs, *OJ L 111, 5.5.2009, p. 16–22.*

<sup>13</sup> Stav 23 presude.

<sup>14</sup> Stav 44.

<sup>15</sup> Stav 45.

<sup>16</sup> Stav 46.

<sup>17</sup> Stav 49.

“prodaje” u kontekst Direktive treba posmatrati kao autonomni koncept koji treba tumačiti ujednačeno u okviru Unije.<sup>18</sup>

Posebno je važno tumačenje Suda da, u ekonomskom smislu, “prodaja programa na CD ili DVD, i prodaja programa putem daunlodiranja preko interneta su slični.” Onlajn transmisija je “funktionalni ekvivalent distribucije preko materijalnih medija”.<sup>19</sup> Takav stav može u budućnosti da ima implikacije i za druge vrste autorskih dela u tumačenju pojma distribucije i njegovo razgraničavanje od javnog saopštavanja. Isto tako, Sud se fokusirao na argument koji je ranije često koristio da bi ograničio obim prava intelektualne svojine nasuprot principu iscrpljenja, a to je “konkretni predmet pod zaštitom” pojedinog prava intelektualne svojine.

Sud je objasnio da, ukoliko se ograniči primena principa iscrpljenja prava distribucije “samo na primerke kompjuterskih programa koji su prodani na materijalnoj osnovi, to bi omogućilo nosiocu prava da kontroliše dalju prodaju primeraka koja su daunlodirana sa interneta, i da traži dodatnu naknadu za svaku novu prodaju, iako je prva prodaja primerka već omogućila nosiocu prava da dobije odgovarajuću naknadu. Takva restrikcija preprodaje primeraka kompjuterskih programa daunlodiranih sa interneta išla bi dalje od onog što je neophodno da bi se očuvao konkretni predmet zaštite određene intelektualne svojine”.<sup>20</sup> Ovo je sasvim široko tumačenje pojma “distribucije”, s obzirom da postoji stav da se pravo distribucije odnosi samo na distribuciju fizičkih primerka autorskog dela, dok “distribucija” digitalnih dela potpada pod pravo javnog saopštenja.<sup>21</sup> Ipak, ne postoji saglasnost oko ovog pitanja.<sup>22</sup> I sam ESP u obrazloženju presude pominje da postoje različite mogućnosti pri tumačenju člana 4(2) Direktive 2009/24.<sup>23</sup>

ESP je istaknuo da će se kompanije koje kupuju korištene licence smatrati da prave reprodukciju softvera kad daunlodiraju njegov primerak, ali da će se ta reprodukcija smatrati legitimnom: “u slučaju preprodaje primerka kompjuterskog programa od prvog sticatelja, novi sticalac može... daunlodirati na svom kompjuteru primerak koji mu je bio prodat od prvog sticatelja... Takav će se daunlod smatrati reprodukcijom kompjuterskog programa koja je neophodna da bi omogućila novom sticaocu da koristi program u saglasnosti sa njenom namenom”.<sup>24</sup>

<sup>18</sup> Stav 40, 41.

<sup>19</sup> Stav 61.

<sup>20</sup> Stav 63.

<sup>21</sup> Agreed Statements on WCT concerning Article 6-7, <http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wct/statements.html>.

<sup>22</sup> WIPO, *Intellectual Property Handbook: Policy, Law and Use*, Publication No.489, [http://www.wipo.int/about-ip/en/iprm/point\\_5.222-225](http://www.wipo.int/about-ip/en/iprm/point_5.222-225).

<sup>23</sup> Stav 32.

<sup>24</sup> Stav 81.



Svakako, presuda ne daje korisniku pravo da napravi neograničeni broj kopija softvera kojeg je kupio i da ih zatim preprodaje, odnosno ne dozvoljava se da korisnici od presude izvuku komercijalnu korist. Sud je jasan da se mora uništiti vlastita kopija ako se druga kopija proda nekom drugom, odnosno da prvi sticalac mora, u trenutku prodaje, da učini da se primerak kojeg je daunlodirao “ne može koristiti”, da bi se izbegla povreda prava reprodukcije.<sup>25</sup> Osim toga, u odluci je utvrđeno da se ne može preprodati deo licence, odnosno licenca se ne sme deliti.<sup>26</sup> U tom kontekstu, postoji stav da je pogrešno ograničiti sukcesivnu prodaju samo na čitavom licencnom ugovoru, već je trebalo omogućiti prodaju pojedinih prava korištenja, što bi bilo praktičnije kad licencni ugovor sadrži u sebi, na primer, prava korištenja za 100 korisnika.<sup>27</sup>

### *Posledice odluke*

S jedne strane, ova je odluka dobra vest za potrošače. Ukoliko je Oracle dobio ovaj slučaj, to bi lišilo korisnike od dodatne vrednosti koju mogu da dobiju od legitimno kupljenog softvera kojeg više ne koriste. Isto tako, to bi kreiralo nejednak tretman softvera koji je daunlodiran sa interneta nasuprot istog proizvoda prodanog preko optičkih medija. Presuda je možda prepreka za razvoj biznis modela onlajn distribucije, ali ona je izazov za samo jedan kanal od prihoda, a to je sekundarno tržište.<sup>28</sup> Ova odluka treba da se postmatra u širem kontekstu, u svetlu reakcija koja se pojavljuju u zadnje vreme nasuprot kontinuiranih napora nosiocu prava da redefinišu pravila u svoju korist. Ovaj slučaj sledi nakon silnih reakcija protiv zakonodavnih predloga SOPA (Stop Online Piracy Act) i ACTA (Anti-Counterfeiting Trade Agreement) u SAD i EU, koji dodatno pomeraju balans prava dalje od potrošača, a u pravcu zaštite nosioca prava od tehnoloških izazova.

S druge strane, odluka je odmah naišla na reakcije kod nosioca prava, konkretno kod softverske industrije, koja u njoj vidi prekidanje ustanovljenog principa da je licenca za daunlodirani softver koja je zaključena na neodređeno vreme bliža ugovoru o usluzi nego prodaji primerka programa, i treba biti neprenosi-

---

<sup>25</sup> Stav 70.

<sup>26</sup> Stav 69.

<sup>27</sup> “Downloadable software can be re-sold by purchaser, but not for different number of users than originally licensed, ECJ rules”, članak advokatskog društva Pinsent Masons, <http://www.out-law.com/en/articles/2012/july/downloadable-software-can-be-re-sold-by-purchaser-but-not-for-different-number-of-users-than-originally-licensed-ecj-rules/>.

<sup>28</sup> MacCulloch Angus and Sánchez Graells Albert, “The CJEU, Copyright, and the ‘First Sale’ Doctrine”, članak dostupan na <http://eutopialaw.com/2012/07/10/the-cjeu-copyright-and-the-first-sale-doctrine/>.

va, zato što omogućava ugradnju svakog razvoja u “kopiji”. To se ne dešava u istoj meri sa optičkim medijima, koji su po prirodi “statične” kopije.<sup>29</sup> Međutim, softverske kompanije smatraju da odluka ima limitiran efekat, odnosno da se odnosi samo na licence neograničene važnosti.<sup>30</sup> ESP je potencirao fakt da su licence Oracle-a “neograničenog” vremetrajanja, i to je vezao za njihovu ekonomsku vrednost pa je zaključio da se radi o prodaji u skladu sa Direktivom. Zbog toga, moguće je da softverske kompanije nađu druge načine da bi zaštitili svoje interese, i da se više okrenu licencama čija važnost ističe nakon određenog vremena. Ipak, negativna strana korišćenja licenci sa ograničenom važnošću je to što oni značajno povećavaju administrativne troškove, bez da pritom utiču na nedozvoljeno kopiranje, a osim toga, ove licence, bar u nemačkom pravu, bile bi podložne veoma opterećujućim obavezama u vezi obezbeđivanja garancija.<sup>31</sup>

#### *Izuzetak za ostale vrste autorskih dela?*

Odmah na početku se nameće pitanje, da li će ovaj slučaj imati spill-over efekat, odnosno da li se principi ovog slučaja mogu primeniti i na druge kategorije dela (muzika, filmovi, e-knjige) koje se sve češće nude u digitalnoj formi. Po analogiji, na primer, da li knjige štampane na papiru i e-knjige treba tretirati isto ili različito?

Postoje različita mišljenja, sa tim što određeni nosioci prava, među kojim najglasniji su Asocijacija muzičkih izdavača Amerike (RIAA) naravno protive se takvom mogućem razvoju.<sup>32</sup> Sam ESP je indirektno izbegao odgovoriti na ovo pitanje, osvrćući se na razlike između Direktive 2001/29, koja je horizontalne primene za sve vrste autorskih dela, i Direktive o kompjuterskim programima, koja je sektorske prirode. Problem je što član 3(3) Direktive 2001/29 izričito isključuje primenu principa iscrpljenja u slučaju javnog saopštenja autorskih dela. Sud je uspeo da izbegne primenu člana 3 po analogiji, pozivajući se na činjenicu da u ovom slučaju Direktiva 2009/24 predstavlja *lex specialis* i da je izrađena sa različitom “intencijom”.<sup>33</sup> U nekom idućem slučaju o drugoj vrsti autorskog dela, gde se treba primeniti Direktiva 2001/29, biće veoma teško dati tumačenje slično kao

<sup>29</sup> *Ibid.*

<sup>30</sup> Izjava BSA povodom odluke Oracle v. Usedsoft, <http://www.bsa.org/country/News%20and%20Events/News%20Archives/en/2012/en-07032012-usedsoft.aspx>.

<sup>31</sup> Engelhardt Tim, “The ECJ surprises in Oracle v. UsedSoft”, članak dostupan na <http://germanitlaw.com/?p=658>.

<sup>32</sup> Vaughan-Nichols Steven J., “Could Oracle ruling lead to used e-book, music sales?”, <http://www.zdnet.com/could-oracle-ruling-lead-to-used-e-book-music-sales-7000000344/>.

<sup>33</sup> Stav 51, 60.

u Oracle-u a da pritom to ne bude direktno suprotstavljeno odredbi iz člana 3(3). To će zavisiti i od toga da li će Sud dati široko tumačenje pojma “distribucije” i podvesti digitalni plasman autorskih dela pod “distribucijom” ili pod “javnim saopštenjem”, što ostaje otvoreno pitanje. Osim toga, ako se uporedi ovaj slučaj sa Coditel 1, argument o očuvanju konkretnog predmeta zaštite, odnosno funkcije, je iskorišćen u oba slučajeva ali sa suprotnim ishodom. U slučaju Oracle, Sud ide čak dalje u svom rezonu, i fokus ne upućuje na samu funkciju prava, već vezuje funkciju za ekonomskog dobitka nosioce prava. Više je verovatno da će, ipak, proširenje principa iscrpljenja ostati u domenu softvera, za šta je ESP imao i čisti teren tumačeći Direktivu 2009/24.

### *Prednosti i nedostaci eventualne primene principa u digitalnim okolnostima*

Problemi u konstruisanju komunitarnog principa iscrpljenja javljaju se u vezi definisanja značenja *saglasnosti*, i poteškoće da se razgraniči šta je tačno *predmet* određenog prava.<sup>34</sup> Ovo drugo je naročito izraženo kod autorskog prava, gde predmet, odnosno funkcija zavisi od vrste autorskog dela zato što se različita dela koriste na različite načine, pa konkretno princip iscrpljenja ne važi kod javnog saopštenja autorskih dela.<sup>35</sup> U tom kontekstu, odluka ESP-a u slučaju Oracle, čak i da nema neki veći uticaj u budućnosti za ostale segmente autorskog prava, podstiče razmišljanje o jednom aktuelnom pitanju u kontekstu procesa digitalizacije – da li treba proširiti princip iscrpljenja i na pravo javnog saopštenja ili ne.

Ključni argument zbog kojeg se ne dozvoljava iscrpljenje kod bestelesnog (gde spada digitalno) korišćenja autorskih dela je predmet i funkcija prava javnog saopštenja, koje se sastoji od mogućnost da se delo koristi više puta bez ikakve promene u kvalitetu i koje, za razliku od prava (fizičke) distribucije povlači mnogo manje troškova i vremena u procesu distribuisanja digitalnih dela. U tom smislu, teško je izjednačiti koncept distribucije sa konceptom javnog saopštenja. Osim toga, drugi problem je što kod fizičke distribucije prenos svojine jednog primerka autorskog dela podrazumeva da prethodni vlasnik gubi primerak kojeg preprodaje (na primer, knjigu), što nije slučaj kod digitalnih dela. Kod njih se javlja problem istaknu i od ESP u Oracle, a to je situacija kada prethodni korisnik prodaje ili poklanja primerak drugome, a pritom on može da zadrži digitalni pri-

---

<sup>34</sup> Craig Paul, de Burca Grainne, *EU Law: Text, Cases, and Materials*, 3<sup>rd</sup> ed., Oxford University Press, Oxford, 2003, str. 1100. Za problema u vezi sa konceptom konkretnog predmeta zaštite prava intelektualne svojine vidi Ullrich Hans, “International exhaustion of intellectual property rights”, *Melanges en honneur de Michel Waelbroeck*, Bruylant, Brussels 1999, 205-254, str. 234–238.

<sup>35</sup> *Idem*, str. 1097.

merak tog istog dela (na primer, e-knjiga ili mp3 pesma), tako da se tada ustvari ne radi o iscrpljenju distribucije datog primerka, već o izradi novog primerka koji se dalje distribuira. To automatski povlači povredu prava reprodukcije. Osim toga, dok sama definicija prava distribucije implicira fizičku distribuciju robe, ESP vezuje javno saopštenje više za koncept pružanja usluge.<sup>36</sup> Ova suštinska raznost u pogledu vrste autorskih dela i naročito u načinu njihovog korištenja otežava postizanje usaglašenog stava, i nalaže preciziranje posebnih pravila za svaku vrstu autorskog dela, što će verovatno biti izdefinisano kroz sudsku praksu.

S druge strane, prejaka pravna zaštita nosilaca prava u vezi sa digitalnim korištenjem njihovih dela ide na štetu interesa korisnika i predstavlja nepravičnu privilegiju koja se maksimalno koristi u pravcu ostvarenja višekratne zarade za svako moguće korištenje jednog dela. Ta situacija stvara diskriminaciju među korisnicima jednog istog autorskog dela, zavisno od toga da li je to delo kupljeno u digitalnoj formi ili ne, pa tako, korisnik koji je kupio knjigu u knjižari ima puno pravo da je, nakon što je pročitao, proda ili pokloni drugome, dok korisnik koji je skinuo istu knjigu u elektronskoj formi sa interneta nema to isto pravo. Ali čak i kad bi se dozvolilo digitalno iscrpljenje, verovatno je da će nosioci prava pronalaziti načine da zaobiđu primenu tog principa, na primer, preko ponude digitalnih autorskih sadržaja kao usluge, bez da uopšte postoji prenos korisniku primerka dela.<sup>37</sup> Ova situacija je moguća pomoću sistema kontrole pristupa, gde korisnici dobijaju pristup delima za odgovarajuću naknadu (na primer gledanje filmova na internetu), što potpada pod pružanje usluga i ne može se smatrati prenosom svojine, tako da iscrpljenje postaje irelevantno. Ako se uzme u obzir da se baš kod softvera pojavilo ovo pitanje, moguće je da će se softverski provajderi kompletno okrenuti prema ovoj opciji i razviti strategiju da softver nude kao uslugu preko "klaud" sistema, ciljem da povećaju prihode iz primarne prodaje i da izbegnu posledice odluke Oracle.<sup>38</sup>

Ukoliko se u budućnost ipak dozvoli proširenje ovog principa u digitalnom domenu, jedno moguće rešenje je upotreba tehnologije, konkretno tehnološke mere zaštite. Sud je istaknuo da Oracle može legitimno da koristi "tehničke mere" kao što je enkripcija, da bi sprečio da softver bude daunlodiran više puta, odnosno da bi se obezbedilo da će originalni sticalac softvera napraviti da se njegov

<sup>36</sup> C 262/81 *Coditel v. Cine Vog Films* (Coditel II) [1982] ECR 3381.

<sup>37</sup> Targosz Tomasz, "Exhaustion in digital products and the 'accidental' impact on the balance of interests in copyright law", in Bently Lionel, Suthersanen Uma and Torremans Paul, *Global copyright: three hundred years since the Statute of Anne, from 1709 to cyberspace*, Cheltenham, Edward Elgar, 2010, 341, str. 347.

<sup>38</sup> Software as a service – SAAS, ili nazivan takođe "on-demand software" je model distribucije softvera gde su softver i ostali relevantni podatci hostirani centralno, uobičajeno u internet "oblaku" i gde korisnici pristupaju korištenjem veb pretraživača preko interneta - [http://en.wikipedia.org/wiki/Software\\_as\\_a\\_service](http://en.wikipedia.org/wiki/Software_as_a_service).

primerak ne može više koristiti, odnosno da bude izbrisan sa memorije ureda gde je skladiran, da bi se sprečila narušavanje prava reprodukcije.<sup>39</sup> U svakom slučaju, nije jasno šta bi značilo ukoliko tehničke mere naruše celokupnu dalju prodaju.

U isto vreme, može se razmišljati kako nadvladati probleme vezane za neprimenjivanje ovog principa na digitalnim delima. Diskriminirajući odnos prema digitalnim korisnicima se može ublažiti nižim cenama za dela koja se nude onlajn. U kontekstu unutrašnjeg tržišta digitalne robe u Uniji, neprimenjivanje ovog principa dovodi do ometanja među-granične digitalne trgovine, kao što je već bilo spomenuto. Ovaj problem bi se mogao rešiti davanjem licence od strane jednog kolektivnog udruženja za celu teritoriju Unije, i ovo pitanje je centralni predlog nove zakonodavne inicijative iz 2012 godine, predlog – Direktiva o kolektivnom upravljanju autorskog prava i multi-teritorijalnog licenciranja pravima digitalnog korištenja muzičkih dela.<sup>40</sup>

U svakom slučaju, dilema da li treba dozvoliti primenu principa iscrpljenja na digitalnu distribuciju autorskih dela se svodi na zakonodavnu procenu u vezi sa datim interesima. Trenutna situacija svakako ide više u korist nosilaca prava, a na štetu korisnika, koji imaju manji obim mogućnosti korištenja digitalnih dela nasuprot onih koji su na materijalnoj podlozi. Ipak, iako je možda nepravedno što se ovaj princip ne primenjuje na digitalnom pravu na distribuciju, disbalans između interesa nosilaca prava za podsticaj i motivaciju za stvaranje i dobijanje adekvatne naknade za to, i interese javnosti za pristup delima bio bi prevelik, na štetu nosilaca prava, ukoliko se dozvoli primena principa u slučaju digitalne transmisije. Prema tome, neprimena principa iscrpljenja izgleda kao najpogodnije trenutno rešenje.

## ZAKLJUČCI

Princip iscrpljenja u Evropskoj Uniji je bio u prvo vreme razvijan kroz sudsku praksu ESP-e, a kasnije je uveden i u normativne akte, sa ciljem da se ublaži teritorijalni efekat autorskog prava koji ga može pretvoriti u trgovinsku barijeru slobodnog kretanja kroz Uniju. U suštini, princip iscrpljenja je priznat u slučaju fizičke distribucije autorskih dela, ali ne i u slučaju njihove digitalne distribucije, zbog specifičnosti kod načina korištenja autorskih dela na internetu. To je bilo utvrđeno u slučaju Coditel 1, gde je Sud, pozivajući se na funkciji prava javnog saopštenja – da omogući naknadu za svako korištenje autorskog dela – zaključio da bi iscrpljenje tog prava bilo suprotno njegovoj suštini. Ovo se može promeniti na-

---

<sup>39</sup> Stav 79.

<sup>40</sup> Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on collective management of copyright and related rights and multi-territorial licensing of rights in musical works for online uses in the internal market, COM(2012) 372 final.

kon presude ESP-a u slučaju Oracle v. UsedSoft, gde je Sud utvrdio primenu principa iscrpljenja kod digitalne distribucije softvera. Ipak, presuda u ovom slučaju se može opravdati primenom sektorske Direktive 2009/24, koja uopšte ne reguliše pravo javnog saopštenja, i koja ostavlja prostor za tumačenje prava distribucije u pravcu njegove digitalne primene, što povlači i primenu principa iscrpljenja. Prema tome, verovatno je da će efekti ove odluke biti ograničeni u softverskom domenu, i to konkretno na sekundarnom tržištu korištenih licenci. U budućnosti se može očekivati preispitivanje principa iscrpljenja u kontekstu prava javnog saopštenja, zavisno od načina tumačenja pojmova “distribucije” i “javnog saopštenja” u sudskoj jurisprudiciji. Ukoliko se dozvoli digitalno iscrpljenje, morao bi se rešiti problem eventualne povrede prava reprodukcije, ako se uzme u obzir da korisnik koji poseduje digitalno delo može da izradi identičnu kopiju dela i zadrži je za sebe. Ovo bi moglo da se prevaziđe primenom tehnoloških mera zaštite. Ipak, u ovom trenutku je normativno nepriznavanje principa digitalnog iscrpljenja bolje rešenje od njegovog priznavanja, jer se smatra da bi to naštetilo nosiocima prava mnogo više nego što sadašnje stanje šteti korisnicima.

MAJA KAMBOVSKA, LL.D.,  
Assistant Professor, Faculty of Law, FON University, Skopje

#### THE PRINCIPLE OF EXHAUSTION IN EU INTELLECTUAL PROPERTY LAW OF ORACLE v. USEDISOFT

##### Summary

The principle of exhaustion is one of the basic principles in EU intellectual property law. In the field of copyright, this principle was first developed through the ECJ case-law, and was later introduced in the EU Directive 2001/29, and is present in the new Computer Programs Directive 2009/24. This principle limits the right of distribution with respect to physical copies of copyright works, while its application to digital transmission of works has not been clearly recognized. In the recent ECJ case of Oracle v. UsedSoft the Court gave a wide interpretation of the concept of distribution and ruled that the exhaustion principle applies to digital distribution of software. It is unclear whether the principles from this decision can apply to other copyright works, and that would certainly be more difficult as the Court would have to apply the Directive 2001/29 which is much more clear on the issue of non-recognition of exhaustion in case of “public communication”. Presently, even though the non-application of this principle to digital distribution may create certain disadvantages to the users, it is more favorable to the application of digital exhaustion, which would cause disproportionate damage to the right holders.

## PRAVO KONKURENCIJE U PRAVNIM SISTEMIMA SAD I EVROPSKE UNIJE

### U V O D

Poreklo i osnovna načela zakonodavstva u vezi ograničenja, sprečavanja, remećenja konkurencije, kao i ponašanje preduzeća s monopolskim položajem na tržištu i, sledstveno tome, zloupotreba dominantnog položaja, treba tražiti u istoriji i razvoju američkog društva i njegove tržišne privrede.

Osnovna načela, doktrine, kao i metode sprovođenja prava konkurencije SAD-a proizlaze iz odredba tri legislativnih akata, koji, iako opšto i široko formulisani, doprinose uređenju poslovanja koja ograničavaju konkurenciju i nezakonitu monopolizaciju tržišta. Naime, to su Šermanov zakon (Sherman Act)<sup>1</sup>, donesen 1890. godine, Klejtonov zakon (Clayton Act)<sup>2</sup> i Zakon koji uređuje posao Federalne trgovinske komisije (Federal Trade Commission Act)<sup>3</sup>, donesen 1914. godine. Na prvi pogled izgleda da postoji velika sličnost između prava konkurencije Zajednice i onog Sajedinjenih Američkih Država. Međutim, detaljnija analiza pokazuje da član 81. Prvog rimskog ugovora, koji zabranjuje ugovore koji sprečavaju, ograničavaju i remete konkurenciju i, sledstveno tome, ugovore kojima se fiksiraju cene, i Šermanov akt, koji zabranjuje ugovore koji ograničavaju trгови-

---

Dr Goce Galev, docent FON Univerziteta u Skoplju.

<sup>1</sup> Sherman Antitrust Act of 1890, 15 U.S.C. && 1-7.

<sup>2</sup> Clayton Act of 1914, 15 U.S.C. && 12-27.

<sup>3</sup> Federal Trade Commission Act of 1914, 15 U.S.C. && 41-58.



nu, skoro da se neuporedivi. To isto važi i za član 82, koji zabranjuje zloupotrebu dominantnog položaja, i član 2. Šermanovog zakona, koji zabranjuje monopolizaciju i pokušaj monopolizacije. Američki i evropski sistem za zaštitu konkurencije imaju zajednički cilj. Oba sistema nastoje zaštititi potrošače, slobodan protok robe i usluge na tržištu, pristup tržišta konkurentima. I pored toga, imajući u vidu različite istorijske i ekonomsko-političke okolnosti, materijalna i proceduralna pravila koja predstavljaju pokretači sistema za zaštitu konkurencije, značajno se razlikuju u njihovom sadržaju, njihovoj primeni i uopšte u njihovu institucionalnu postavljenost.

Naš cilj u ovom radu ja da se, prvenstveno, ilustruju razlike, sličnosti ovih dva sistema. Razlog tome, u zasebnom segmentu, je u pokušaju da se utvrdi kako i koliko ekonomsko-pravne okolnosti utiču na izbor sistema za zaštitu konkurencije i, sledstveno tome, i na pravnim odredbama i njihovoj primeni.

### *Istorijski razvoj prava konkurencije SAD-a*

Pre usvajanja prvih zakonskih akata o zaštiti konkurencije u Sajedinjenim Američkim Državama, sistem precedentnog prava, koji se tamo razvijao, priznao je slobodnu konkurenciju kao značajnu komponentu tržišne ekonomije, koja je, s druge strane, dobijala podršku malih preduzeća i sitnih poljoprivrednih proizvođača koji su, u to vreme, bili značajan deo tržišta. Konkretno, mada su se ograničavanja trgovine smatrali nezakonitim, a da pri tome ne postoji egzaktna kodifikacija o tome, o takvim povredama prava, logično, presuđivali su sudovi.

Industrijalizacijom zemlje, razvojem železničkog saobraćaja, kao i pojavom prvih velikih preduzeća nakon građanskog rata, deo američkog društva kome je do toga stalo, je sve više posvećivao pažnju tzv. trustovima koji su sve više počeli da dominiraju sa određenim industrijskim sektorima. Prvi pokušaj kodifikacije pravila o regulisanju trgovinskih ograničenja i povrede slobodne konkurencije bio je urađen donošenjem Šermanovog zakona 1890. godine, koji je dobio ovo ime po republikanskom senatoru Džona Šermana, kao predlagач istog.

Suviše kontroverzan i retko primenjivan tokom prvih dvadesetak godina od njegovog donošenja, Šermanov zakon je bio predmet različitih tumačenja u odnosu njegovog sadržaja, njegove uloge, kao i za ulogu preduzeća u uslovima gde je američka ekonomija bila parcijalizirana i sastavljena od kompetativnih tržišta na koja vladaju surovi uslovi prva konkurencije i tržišta kojim dominiraju jedna ili dve ekstremno velike korporacije.<sup>4</sup>

<sup>4</sup> Vidi, Federal Trade Commission Bureau of Competition, "National Competition Policy: Historians Perspectives on Antitrust and Government-Business Relationship in the United States" (1981).

Potreba o daljnjim definisanjem trgovinskih ograničenja doprinela je donošenju Klejtonovog zakona, koji reguliše pitanja povezana za spajanje preduzeća, čime se suštinski smanjuje konkurencija i doprinosi stvaranju monopola.

Zakon Federalne trgovinske komisije, kroz sasvim drugačiji pristup zabranjuje mnoge nespecifične “nefer metode konkurencije”. Istovremeno, kroz ovaj Zakon konstituise se administrativni sistem sastavljen od ekspertskih komisionera, čime se, ustvari, isti postavlja u položaju sudske ustanove. Ovakva normativna struktura, počevši od 1914. godine, ostaje nepromenjena, mada su delimično ovi zakoni bili dopunjeni, najčešće da bi se pojasnili određeni termini, kao i da bi se poboljšali. Tako, Klejtonov zakon u članu 7. doživljava promene u delu primene prava o spajanju preduzeća,<sup>5</sup> kao i član 2. istog zakona, a njegovom promenom jasnije se definiše pojam “cenovna diskriminacija”.<sup>6</sup> Dalje se Hart-Skot-Rodino zakonom za poboljšanje konkurencije uvodi obaveza prethodne notifikacije spajanja preduzeća nadležnim organima.<sup>7</sup>

Tokom sledećih godina, naročito kroz šezdesetih godina prošlog veka, niti Vrhovni sud niti većina u Kongresu nisu uočavali sukob malih preduzeća i njihovu potrebu za slobodno delovanje na tržištu štiteći interese potrošača. Međutim, u sredini sedamdesetih godina Vrhovni sud je sve češće donosio odluku na osnovu ekonomskih analiza, a to je rezultiralo ozakonjavanjem delovanja koja su išla u prilog potrošača. Kada je ovaj sukob konačno isplovio na površini i počeo da se drastično manifestira, sudovi i vladine agencije su istog percepirali kao konflikt između zaštite neefikasnih malih konkurenata i, s druge strane, zaštite blagostanja potrošača. Osamdesetih godina, u godinama Reganove administracije, vladine agencije za zaštitu konkurencije su konačno rešili dilemu u korist zaštite blagostanja potrošača, što je, s jedne strane, bilo protumačeno kao promocija alokativne efikasnosti<sup>8</sup>, dok je, s druge strane, doslovice, kao zaštita potrošača.

Reganova administracija, koja je bila pristalica Čikaške škole, snažno je promovisala svoje shvatanje o konkurenciji, kao i većina sudija, kao relativno neintervencionističko. Ovo je sa strane pravnih komentatora bilo primljeno kao očigledna pobeda Čikaške škole, i to ne samo isticanjem alokativne efikasnosti kao jedini cilj prava konkurencije SAD-a već i kao potvrda da tržišta treba da deluju

---

<sup>5</sup> Vidi Celler-Kefauver amendment to Section 7 of the Clayton Act, 1950.

<sup>6</sup> Vidi Robinson-Patman Act, 1936.

<sup>7</sup> Vidi Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act, 1976.

<sup>8</sup> Alokativna efikasnost podrazumeva alokaciju resursa u smeru koji je diktiran sa strane potrošača i doprinosi smanjivanju rizika određene robe i usluge da budu neprodati ili, opet, neprodati po ceni po kojoj su stavljeni na tržište.

autonomno, ograničenim učešćem državnih institucija u ekonomskim tokovima, naročito u domenu konkurencije.<sup>9</sup>

I pored toga, uloga Čikaške škole je diskutabilna kao jedina naučna struja tokom kreiranja politike o konkurenciji na tržištu u SAD. Kao podsticaj ovoj, u odnosu na ciljeve prava konkurencije, stoji činjenica koja govori da određena pravila iz ovog područja se ne baziraju na načelu alokativne efikasnosti. Ovdje se, pre svega, misli na tzv. *per se* pravila o regulisanju ugovora o formiranju prodajnih cena, *per se* pravila o obavezujućim ugovorima preduzeća sa značajnim tržišnim udjelom. Naime, iz ovih pravila implicitno proizlazi pravo slobodnog tržišnog delovanja, oslobođeno bilo kakve prisile, kao što su, na primer, zabrane obavezujućih ugovora. Isto to odnosi se i za *per se* pravila usmereni protiv kartela, koji postoje i primenjuju se ne toliko zbog postizanja viši nivo alokativne efikasnosti koliko za pravično raspredeljenje ekonomskih dobara, kao i njihovog političko-ekonomskog aspekta koji omogućava da jedino tržišta, a ne određeni pojedinci, diktiraju ekonomske tokove uopšte.

Drugo, američka jurisprudencija devedesetih godina prošlog veka ne pokazuje znakove pravnog inkorporisanja pretpostavke, što je, uz put, glavni stub Čikaške škole, koja kaže da autonomni mehanizmi tržišta uvek utiču i doprinose efikasnijem poslovanju preduzeća, ideologija koja se reflektira u poznatom sloganu da poslovni subjekti treba "da veruju tržištu, a ne vladi". Toliko više što je ovakav pristup bio odbačen sa strane Vrhovnog suda u sudskom slučaju *Kodak v. Image Technical Services, Inc.* (504 U.S. 451, 1992).

Treće, pitanje o tome kako da se koristi primena ili neprimena pravila konkurencije da bi se postiglo efikasnije tržišno poslovanje, ostaje otvoreno.

### *Uticao ostalih politika na pravo konkurencije*

Industrijska politika, bez sumnje, u ovom kontekstu u SAD-u povezuje se sa promocijom velikih preduzeća i njihovog uspešnog učešća na međunarodnim globalnim tržištima.

Odgovor na pitanje da li industrijska politika utiče na razvoj prava konkurencije u SAD-u treba tražiti u sledeća dva aspekta: prvo, koliko se industrijska politika uzima u vidu tokom utvrđivanja šta predstavlja anti-konkurentsko ponašanje i, drugo, da li se konkurentnosti (competitiveness) američkih preduzeća daje prednost u odnosu na evropska i japanska preduzeća u samom procesu održavanja slobodne konkurencije. Iskustva pokazuju da industrijska politika utiče na politiku slobodne konkurencije i na prava konkurencije na oba gore pomenuta

<sup>9</sup> E.M. Fox, R. Pitofski, "Global Competition Policy, United States", Institute for International Economics, str. 237.

načina, a daleko značajnije na prvo pomenutog. Tako, sedamdesetih godina prošlog veka, SAD su preispitali sami proces utvrđivanja toga što predstavlja narušavanje konkurencije zbog smanjenog ekonomskog razvoja, ekonomske recesije, kao i zbog pojave efikasnijih inostranih konkurentskih preduzeća na globalnom tržištu, što je u početku osamdesetih godina, rezultiralo jednim tolerantnijim odnosom prema ponašanju velikih preduzeća.

Na malo drugačiji način, trgovinska politika SAD-a izvršila je uticaj prava konkurencije. Naime, u ranim devedesetim godinama prošlog veka konkurencija je bila povezana sa vođenjem trgovinske politike, zbog američkog trgovinskog deficita, Japana. Zbog toga su privredni lobisti američkog kongresa i uopšte preduzeća kojima je to stalo, uvožno-izvoznog dispariteta, povelili postupak da se politika konkurencije iskoristi kao sredstvo otvaranja inostranih tržišta, naročito u Japanu, jer su smatrali da su zatvorena inostrana tržišta posledica privatnih i vladinih trgovinskih ograničenja, uvedeni na tržišta gde su američka roba i usluge bili nekonkurentni.

Da bi se bolje razumeli instrumenti trgovinske politike, treba podvući da se carinske mere i uvozna ograničenja smatraju kao prepreke slobodne trgovine, kojima se, ustvari, štiti domaća proizvodnja.

Kompleksnost određenih trgovinskih ograničenja, u kontekstu slobodne konkurencije, najbolje se može videti kroz sledeći primer. U toku postojanja određenog trgovinskog ograničenja, ukoliko su se dva domaća preduzeća spojila i pri tome podigli su cene svojih proizvoda na nivo koji ne rezultira naplivom stranih uvoznih proizvoda koji bi bili konkurentni u pogledu cena, onda bi se spajanje u mnogo čemu smatralo kao ograničenje konkurencije. Međutim, s druge strane, ukoliko domaće proizvodno zajedničko ulaganje (production joint venture) prouzrokuje ili omogući prisustvo strane robe na tom tržištu, a da postojeće izvozno ograničenje (*voluntary export restraint*)<sup>10</sup> ne predstavlja prepreka tome, onda će se zajedničko ulaganje smatrati prokonkurentnim. Odavde se može rezimirati da postojanje ili nepostojanje trgovinskog ograničenja, kao instrument trgovinske politike, predstavlja bitan faktor koji utiče na analizu konkurencije.

### *Ustanove za zaštitu konkurencije*

Sistem za zaštitu konkurencije u SAD podupire se na dve specijalizovane agencije. Naime, to su Odeljenje za konkurenciju i Federalna trgovinska komisija. Prva, Odeljenje za konkurenciju predstavlja deo Ministarstva pravde. Njegova postavljenost kao deo ovog ministarstva je rezultat shvatanja Šermanovog zako-

---

<sup>10</sup> Najčešće ovakva ograničenja su rezultat potrebe za zaštitu domaćih preduzeća od uvoza robe koja potiče iz određenih uvožno orijentisanih zemalja.

na kao krivični zakoni. Druga agencija, Federalna trgovinska komisija je nezavisni organ, pozicioniran između izvršne i zakonodavne vlasti i sastavljen je od komisionera, izabrani iz reda pravnih i ekonomskih eksperta za zaštitu konkurencije. Obe agencije imaju nadležnost da iniciraju istražne postupke za utvrđivanje povrede konkurencije. Odeljenje za konkurenciju ispred federalnih sudova može delovati kao tužitelj ili optužitelj, dok Federalna trgovinska komisija može se direktno obraćati sudovima i tražiti privremenu ili trajnu zabranu određenog delovanja.

Komisija deli nadležnost za primenu prava konkurencije sa Ministarstvom pravde, time što je ona zadužena samo za građansku primenu, dok Odeljenje za konkurenciju Ministarstva pravde ima nadležnost da povede krivične i građanske postupke, a to, sledstveno, podrazumeva izricanje novčanih i zatvorskih kazni.

Materijalno pravo konkurencije SAD-a proizlazi iz federalnih i državnih zakona pojedinačnih federalnih pojedinaca. Federalni zakoni, naime, Klejtonov, Šermanov, Robinson-Patmanov, kao i Celer-Kefauverov zakon o spajanju preduzeća<sup>11</sup> su, iako su primarni izvor prava konkurencije, relativno koncizni i opšti aktovi. Odavde, politika slobodne konkurencije, odnosno realizacija opštih pravnih odredaba proizlazi iz sudskog tumačenja istih.

### *Šermanov zakon*

Šermanov zakon se sastoji od dva kratka stava. Stav 1. stipulira da će svi ugovori, kombinacije i zavere koji "ograničavaju trgovinu" biti proglašeni nelegalnim. Tumačenje termina "ograničenje trgovine" u praksi pokazuje da obuhvata teške povrede konkurencije (hard-core violations), kao što su: određivanje cene, podela tržišta i onih praktika koji su sa tačke konkurencije manje štetni, kao što su ugovori o ekskluzivnoj prodaji.

I pored toga, Vrhovni sud SAD-a je na mišljenje da legalnost određenog ugovora ne može biti utvrđivana kroz jednostavnu analitičku operaciju: da li on ograničava konkurenciju, "jer svaki ugovor koji utiče na trgovinu, na neki način je ograničava".<sup>12</sup> Prema tome, Vrhovni sud tumači stav 1. Šermanovog zakona kao zabranu ograničenja koja nerazumno ograničavaju konkurenciju.<sup>13</sup>

Jedno od najbitnijih pitanja o primeni stava 1. je kako utvrditi da li ugovor nerazumno ograničava konkurenciju. Analitička metodologija utvrđivanja razu-

<sup>11</sup> Ovaj zakon bio je usvojen 1950. godine i predstavlja dopunu Klejtonovog zakona. Celer-Kefauverov zakon je prvenstveno bio usmeren prema regulisanju vertikalnih i konglomeratnih spajanja.

<sup>12</sup> R. Bork, "Antitrust Paradox", 1978, crp. 61.

<sup>13</sup> Sudski slučaj, *Chicago Board of Trade v. United States*, 453. US 679, 687-88 (1978).

mnosti, tokom vremena, evoluirala je i menjala se, međutim su sudovi, u najvećem broju slučajeva, trgovska ograničenja klasifikovala u dve kategorije: 1) ograničenja za koja se konkluzivno pretpostavlja da su nerazumna i saglasno tome smatraju se *per se* nelegalni<sup>14</sup>, i 2) ograničenja koja treba da budu analizirana kroz tzv. "pravilo razuma" (rule of reason).<sup>15</sup>

Ovakva podela zavisila je od prirodu ograničenja. Tako, ograničenja koja su se smatrala *per se* nelegalna, rečima Vrhovnog suda, trebalo bi da imaju štetni efekat na konkurenciju i nemaju potencijal za unapređenje konkurencije.<sup>16</sup>

Za ograničenja za koja se pretpostavljalo da su nerazumna i saglasno tome bili su proglašavani kao nelegalni, nije bilo potrebe za utvrđivanje tačne štete koju su prouzrokovali.<sup>17</sup> Pored drugih praktika koje su sa strane sudova uobičajeno smatrale *per se* nezakonite bile su: fiksiranje cena<sup>18</sup>, podela tržišta<sup>19</sup>, grupni bojkoti<sup>20</sup> i obavezujući ugovori.<sup>21</sup> Konkluzivna pretpostavka da su ovi ugovori i praktike nelegalni, omogućila je sudovima veću sigurnost oko pravnih posledica koji proizlaze iz same radnje i, drugo, time se izbegavala neophodnost od komplikiranog i dugog ekonomskog istraživanja da bi se utvrdilo da li predmetno ograničavanje nerazumno smeta konkurenciji - istraživanje koje je sa strane Vrhovnog suda smatrano za neproduktivno.<sup>22</sup>

S druge strane, kao glavne slabosti *per se* pristupa navode se: prvo, egzaktnim imenovanjem određenih ugovora ili praktika nezakonitim, zabranjuju se neki korisni aspekti konkurencije i uopšte ekonomije (primer: maksimiziranje ekonomskih resursa); drugo, ambivalentni tretman ugovora i praktika koji nisu

---

<sup>14</sup> Pravilo *per se* ograničenje po prvi put bilo je formulisano sa strane Vrhovnog suda u sudskom slučaju *United States v. Socony-Vacuum Oil Co.*, 310 U.S. 150 (1940), ističući da, saglasno Šermanovim zakonom, za nezakoniti *per se* smatraće se bilo koja kombinacija koja ima svrhu: podizanje, smanjivanje, fiksiranje ili stabilizovanje cene i utiče na međudržavnu trgovinu.

<sup>15</sup> Pravilo razuma predstavlja centralna doktrina prava konkurencije SAD-a, razvijena sa strane Vrhovnog suda, prilikom tumačenja Šermanovog zakona. Ovo pravilo je po prvi put primenjeno u sudskom slučaju *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*. Tamo je sud istakao da samo oni ugovori koji nerazumno ograničavaju trgovinu treba da budu predmet anti-trustovskih zakona i da veličina i postojanje monopolske moći, samo po sebi nije nezakonito.

<sup>16</sup> Sudski slučaj, *Northern Pacific Railway v. United States*, 356 U.S. 1, 5 (1958).

<sup>17</sup> *Ibid.*

<sup>18</sup> Sudski slučaj, *United States v. Socony Vacuum Oil Co.* 310 U.S. 150, 210 (1940)

<sup>19</sup> Sudski slučaj, *United States v. Addyston Pipe & Steel Co.*, 85 F. 271(6<sup>th</sup> Cir.1898), 175 U.S. 211 (1898).

<sup>20</sup> Sudski slučaj, *Fashion Originators' Guild v FTC*, 312 U.S. 457, 668 (1941).

<sup>21</sup> Sudski slučaj, *International Salt Co. v. United States*, 332 U.S. 392 (1947).

<sup>22</sup> Sudski slučaj, *Northern Pacific Railway v. United States*, 356 U.S. 1, 5 (1958).

navedeni kao *per se* prekršaji, a koji u potpunosti predstavljaju ograničenja konkurencije.

Iako se "pravilo razuma" i pravilo *tz. per se* povreda ponekad smatraju dihotomnim, oni, takođe, mogu biti promatrani i kao komplementarne kategorije i konvergentne metode za analizu konkurencije. U tom kontekstu nekoliko sudskih presuda iz osamdesetih godina ukazuju na metodološko preklapanje ovih dva standarda, a pri tome primećuje se i predlog za uvođenje graničnog praga za ispitivanje poslovnih praktika koji imaju uticaj na konkurenciju, kao merilo u analitičkoj operaciji za utvrđivanje zakonitosti, što bi prethodilo primeni pravila razuma ili pravila *per se* prekršaji konkurencije.

I pored toga, pravilo razuma bilo je presumptivni standard, primenjiv na svim horizontalnim ograničenjima, osim na ona koja se smatraju za *per se* nezakonita. Prema formulaciji Vrhovnog suda, koja je bila dominantna u jurisprudenciji SAD-a sve do kraja sedamdesetih godina prošlog veka, pravi test zakonitosti bilo je utvrđivanje da li se predmetnim ograničenjem reguliše ili možda promoviše konkurencija, ili da li ograničenje potiskuje ili uništava konkurenciju. Tako se putem ovog pravila dolazi do stanovišta da određena ograničenja mogu biti konkurentnija, iako u određenim aspektima ograničavaju konkurenciju. Federalna trgovinska komisija, kao organ zadužen za održavanje slobodne konkurencije na tržištu, podvukla je da analiza pravila razuma treba da se odvija u četiri faze.

Naime, u prvoj fazi treba da se odgovori na pitanje da li ograničenje u trgovini, ustvari, budi sumnju (*inherently suspect*) da može ograničiti konkurenciju, a da pri tome ne postoji opravdanje da ograničenje, na neki način, može doprineti poboljšanju efikasnosti.

Tužitelj u procesu utvrđivanja povreda konkurencije može izbeći analizu "pravila razuma" i da se direktno pozove da je reč o *per se* prekršaju, ukoliko takva radnja uključuje ponašanje za koje je sudska praksa u prošlosti ocenila da treba biti sankcionirano kao anti-konkurentno. Nasuprot ovome, ukoliko ograničenje trgovine ne budi sumnju, u tom slučaju potrebna je detaljna analiza pravila razuma.

U drugoj fazi potrebno je utvrditi da li je optuženi priložio legitimno opravdanje za ponašanje koje se smatra da je anti-konkurentno. Ili drugim rečima, ukoliko trgovinska ograničenja mogu prouzrokovati značajnu opasnost za konkurenciju, onda optužena strana je dužna da priloži legitimno opravdanje za svoje ponašanje, koje, u stvari, treba biti sastavljeno od navođenje pozitivnih efekata za potrošače i uopšte za tržišnih struktura. Iako u ovoj fazi nisu potrebni detaljni dokazi, ipak optužena strana mora demonstrirati da postoji kauzalitet između opravdanja i ograničenja trgovine da bi se dokazalo da to služi za postizanje određenih prokonkurentnih ciljeva ili, opet, da ne ugrožava postojeću konkurenciju. Tako, na primer, ova opravdanja mogu ukazivati i detaljno objašnjavati kako



predmetna ograničenja trgovine omogućuju optuženom da uveća proizvodnju ili poboljša kvalitet, usluge ili inovacije.

U sledećoj fazi po priloženom opravdanju o ograničenju sa strane optuženog, tužitelj mora da se proiznese i da detaljnije ukaže da takvo ograničenje može u tim okolnostima da naštetiti konkurenciji. Ovo ukazivanje ne znači da tužitelj mora dokazati antikonkurentne efekte ograničenja, podupreto potpunom tržišnom analizom, međutim kao osnovni minimum potrebno je identifikovati teoretsku osnovu za nastalih antikonkurentnih efekata, kao i pokazati da su oni stvarno antikonkurentni. Između ostalog, tužitelj treba da demonstrira da su se analizirani efekti mogli postići kroz sredstava koja ne ograničavaju konkurenciju kao u predmetnom slučaju. U ovoj fazi, nakon prezentiranih argumenata sa obe strane, sudovi moraju imati jasnu sliku o tome da li je glavna namera ograničenja trgovine i ograničenje konkurencije.

U četvrtoj fazi, ukoliko je tužitelj odgovarajuće dokazao postojanje antikonkurentskih efekata ugovora ili praktike, onda se optužena strana može pozvati na dopunske dokaze koji bi bili u prilogu opravdanja svojih postupaka.

Sve u svemu, može se rezimirati da je analiza horizontalnih ograničenja tokom vremena evoluirala od formalističkog tretmana ograničenja prema metodologiji koja ima u vidu značenje ekonomske efikasnosti, pri tome na prvom mestu analiziraju se konkurentski efekti ograničenja.

### *Stav 2. Šermanovog zakona*

Jedna od najbitnijih distinkcija u sferi prava konkurencije i sprovođenja politike konkurencije je ona između ponašanja pojedinačnog preduzeća i zajedničkog delovanja više poslovnih subjekata. Tako, u tom kontekstu, pravo SAD-a pravi razliku između stavova Šermanovog zakona, a Evropska unija prati taj pristup kroz član 81. i član 82. Prvog rimskog ugovora. Opšte rečeno, ova distinkcija na neki način pojašnjava činjenicu da je pravno uređenje potencijalnog antikonkurentskog ponašanja pojedinačnog preduzeća delikatnije pitanje od uređivanje antikonkurentskih ugovora između poslovnih subjekata.

Osnovna ekonomska teorija suprotstavlja obe strukture i njihov ishod kao dve krajnosti: monopolistička struktura, koja se najčešće sastoji od jednog preduzeća, pozicionira se u relaciji sa strukturom "savršene konkurencije", kao konkurentska, atomistička građa, čiji kompozit sačinjavaju vse slična preduzeća na tržištu.

Stav 2. Šermanovog zakona odnosi se na pravilo koje uključuje postojanje ili stvaranje monopola:

"Svaka osoba koja monopolizira ili pokušava da monopolizira, ili kombiniše ili pravi zaveru sa drugom osobom, ukoliko monopolizira neki deo trgovine ili prometa između određenih država, ili sa stranim zemljama, smatraće se krivom za prekršaj i, sledstveno,

prema povedenom optužnicom biće kažnjena iznosom koji ne prevazilazi deset miliona dolara ukoliko je reč o trgovačkom društvu ili, ako je reč o drugoj osobi, zatvorskom kaznom koja ne prevazilazi tri godine ili, diskrecionim pravom sudova, s obe dve gore pomenute kazne.<sup>23</sup>

Iako se u stavu 2. pominju pokušaju zavere monopoliziranja, ova vrsta zavere uobičajeno je obuhvaćena stavom 1. Zakona, dok se zabrane propisane u stavu 2. odnose samo na poslovne aktivnosti pojedinačnih preduzeća. Dalje, ne uzimajući u vidu da jezičko tumačenje prejudicira da se ovakvi prekršaji tretiraju kao povreda stava 2, praksa pokazuje da Ministarstvo pravde nikada ne inicira krivični postupak saglasno ovih odredba.

Povreda prava nastala putem monopolizacije u SAD-u najbliže odgovara povredi nastala zloupotrebom dominantnog položaja saglasno člana 82. Prvog rimskog ugovora i, saglasno jurisprudencije, ima dva uspostavljena osnovna elementa: 1) postojanje monopolske tržišne moći; i 2) svesno i voljno sticanje ili održavanje te moći, koja je različita od rasta i razvoja, koji su rezultat kvalitetnijih proizvoda, poslovnog rasuđivanja ili istorijskog incidenta.<sup>23</sup> Drugim rečima, iako stav 2. Šermanovog zakona ne specificira koji su elementi monopolizacije ili pokušaj o tome, sudski slučaj *Standard Oil* pokazuje da ova odredba ne zabranjuje monopolski status preduzeća, već se fokusira na ponašanje koje dovodi do monopolizaciju ili do pokušaja monopolizacije.<sup>24</sup>

Kao dopuna, Vrhovni sud je potencirao da ova odredba se ne odnosi na određivanje monopolskih cena. Naime,

“Posedovanje monopolske moći i, sledstveno tome, određivanje monopolskih cena nije samo nezakonito već predstavlja važan elemenat sistema pazarne ekonomije. Mogućnost određivanja monopolskih cena, barem na kraći period privlači poslovne subjekte; zanemaruje se rizik imajući u vidu da to dovodi do inovacija i ekonomskog rasta. Odatle za zaštitu mogućnosti inovacija, postojanje monopolski moći ne može se smatrati nezakonitim, osim ako dopunski ne postoji antikonkurentsko ponašanje preduzeća koje uživa tu moć.”<sup>25</sup>

Ipak, i pored teškoća za definisanje antikonkurentskog ponašanja, tokom vremena, tumačenje Šermanovog zakona pokazuje da se samoisključujuće ponašanje (*exclusionary practice*) koje stvara ili održava monopolistički položaj određenog poslovnog subjekta može smatrati zabranjenim.

Imajući ovo na pameti, postavlja se pitanje zašto je najuočljivija manifestacija monopolske moći, imeno, određivanje cena, isključena iz zabrane propisna

<sup>23</sup> Sudski slučaj, *United States v. Grinnell Corp.*, 384 U.S. 563, 570-71 (1966).

<sup>24</sup> Sudski slučaj, *Standard Oil Co. v. United States*, 221 U.S. 1, 62 (1911).

<sup>25</sup> *Supra* note 324.

u stavu 2. Šermanovog zakona. Da bi se dobio odgovor na ovo pitanje, korisno je pogledati istorijski razvoj prava konkurencije SAD-a.

Šermanov zakon, usvojen 1890, u velikom delu bazirao se na pravilima precedentnog prava koje uređuje ograničenja trgovine. Baš tako, glavni predlagач zakona, senator Džon Šerman, podvuko je da ovaj legislativan akt “ne promovise nova pravna načela, već primenjuje uspostavljena načela precedentnog prava”.<sup>26</sup> Međutim precedentno pravo nije uređivalo odnose monopola, barem na na eksplicitni način. Pravila su se više odnosila na ograničenje mogućnosti stvaranja državnih ili kvazi-javnih monopola i zabranjivali su određene oblike ponašanja monopola.<sup>27</sup> Sledstveno, da bi se bolje razumeo američki pristup, treba uzeti u obzir preovladavajuću socio-ekonomsku filozofiju i ubeđenja tog vremena. Jedna od najbitnijih pretpostavki na kojoj se zasnivaju pravila uređenja monopola bilo je ubeđenje za autonomno regulisanje ovih odnosa, prvenstveno kao rezultat tržišnih snaga. Tako, verovalo se da ukoliko pravo odstranjuje prepreke za ulaz na tržište, onda autonomne snage samokorekcije na tržištu zaustaviće ostvarivanje i održavanje monopolske moći. Ovo pravilo, prema klasičnom ekonomskom rasuđivanju, osiguraće opšte blagostanje kroz otvorena i konkurentna tržišta. Konsekventno, sudski slučajevi na početku dvadesetog veka to i dokazuju. Naime, stavlja se akcenat na tzv. “nevidljivu ruku” na tržištu, koja se na efektivan način spravlja sa problemima koji su proizašli od postojanja monopola.

Dalje, da bi se dobio odgovor na pitanje zašto određivanje monopolističkih cena nije obuhvaćeno Šermanovim zakonom, određeni autori upućuju da su razlozi o tome povezani sa gore pomenutom doktrinom da posedovanje određenu monopolsku moć samo po sebi ne predstavlja povredu prava.<sup>28</sup> Ovo proizlazi od toga što je praksa američkih sudova pokazala da su odluke o određivanju cene u bliskoj relaciji sa posedovanjem monopolske moći: relacija koja je praktično neraskinljiva. Formalno-pravno, ovo predstavlja jedna od najbitnijih razlika člana 82. Prvog rimskog ugovora i stava 2. Šermanovog zakona.

Ipak, zabrana za formiranje predatornih cena predstavlja karakteristika i evropskog i američkog sistema za zaštitu slobodne konkurencije. Naročito u SAD se ovom problemu prilazi sa velikom pažnjom zbog toga što je, po mišljenju američkih sudova, vrlo teško napraviti distinkciju između niskih cena, što može biti pokazatelj zdrave cenovne konkurencije sa niskim cenama, što na neki način

---

<sup>26</sup> Cong. Rec. 2456 (1890).

<sup>27</sup> Vidi, M.J. Trebilock, “*The Common Law Restraint of Trade*” (1986) и W. Letwin, “*The English Common Law Concerning Monopolies*”, 21 U. Chicago Law Review 355 (1954).

<sup>28</sup> OECD, “*Abuse of Dominance and Monopolisation*”, OCDE/GD (96)131, str. 166, Paris, 1996.

može indicirati da je reč o pokušaju isključivanja (exclusionary practice) konkurenata iz tržišnih aktivnosti.

I pored toga, može se rezimirati da predatorne cene, iako vrlo retko, kao što pokazuje i praksa, mogu predstavljati povreda prava konkurencije SAD-a.<sup>29</sup>

### *Klejtonov zakon*

Klejtonov zakon zabranjuje cenovnu diskriminaciju između kupaca, ekskluzivnu prodaju i vezivanje, spajanje i preuzimanje trgovačkih društava kada to doprinosi bitnom smanjenju konkurencije ili stvarnu monopola, kao i mogućnost da jedna osoba bude na rukovodećoj funkciji u dva ili više preduzeća.

Naročito interesantan je sedmi stav ovog zakona. Naime, ta odredba zabranjuje preuzimanje sa strane jednog trgovačkog društva deo akcionarskog kapitala ili sredstava drugog trgovačkog društva i na račun tome se u određenom delu privređivanja ili u određenoj poslovnoj aktivnosti u bilo kom delu SAD-a značajno smanjuje konkurencija.

Spajanja i preuzimanja preduzeća predstavljaju dinamična značajna snaga američke ekonomije. Spajanja mogu doprineti smanjivanju troškova i povećanju blagostanja potrošača. Između ostalog, spajanja omogućavaju neefikasnijim preduzećima izlaz sa tržišta i bolje upravljanje produkcijskih resursa.

### *Upoređenje evropskog i američkog sistema za zaštitu konkurencije*

Sistemi za zaštitu konkurencije Evropske unije i SAD-a imaju slični cilj. U teoriji, a to pokazuje i praksa, ističe se da se kroz zaštitu slobode konkurencije i u oba sistema nastoji osigurati slobodni protok robe, pristup konkurenata na tržištu, kao i slobodni izbor potrošača.

S druge strane, pomenuti sistemi su rezultat različitih istorijskih okolnosti i njihovo proučavanje izbacuje na površini različitosti u pogledu materijalnog prava i postupcima o sprovođenju istog.

Sumarno, sprovođenje politike za zaštitu slobodne konkurencije u SAD je primarno stvoreno za zaštitu blagostanja potrošača. Drugi elemenat, ne manje značajan, u kreiranju tog sistema je ideja za efikasnije tržište. Sofisticirana ekonomska analiza predstavlja srž sprovođenja ove politike. Industrijska politika, kao što je bilo pomenuto i gore, predstavljena naporima za zacvrščavanje domaćih firmi, u funkciji ostavriavanja ciljeva koji ne idu u smeru obezbeđivanja slobodnih

---

<sup>29</sup> Sudski slučaj, *Brooke Group v. Brown & Williamson Tobacco Corp.* 113 S.Ct. 2578 (1993).

tržišta i povećanje efikasnosti ili, drugim rečima, u smeru uspešnog konkuriranja na globalnim svetskim tržištima, u velikoj meri nije uticalo na pravo konkurencije u SAD.

S druge strane, u Evropskoj uniji ekonomska integracija nacionalnih tržišta zemalja članica predstavlja dominantni cilj prava konkurencije. Zajedničko tržište EU evoluiralo je od postavljenog cilja za prevazilaženje trgovinske prepreke između zapadnoevropskih zemalja i sledstveno se politika za zaštitu prava konkurencije reflektira kao kardinalno načelo, imperativ za slobodni međugranični protok robe i lica. Koliko za uporedbu, slobodno kretanje robe u SAD bilo je postignuto širokim tumačenjem odredaba američkog ustava, koje su efikasno odstranile prepreke postavljene u liniji sa državnim granicama federalnih pojedinaca.

Američki sistem sprovođenja politike slobodne konkurencije i primena pravnih odredaba je komplikovana i parnično orijentisana. Zakoni su najčešće kratki i koncizni i primena prava vrši se putem sudskog tumačenja. Komplikovanost u ovoj sferi proizlazi iz činjenice što postoje više načina za primenu prava i uređivanju odnosa. Na federalni nivo, postoje dve specijalizovane agencije. Naime, to su Odeljenje za konkurenciju u okvirima Ministarstva pravde i Federalna trgovinska komisija, koji imaju skoro identične nadležnosti, imajući pri tome u obzir da komisija nema pravo krivičnog gonjenja, sa pristupom koji nije uvek do kraja usaglašen. Države, fizička i pravna lica imaju potpuni pristup sudovima i oni često započinju postupak za utvrđivanje povreda konkurencije koje su nekonzistentne sa preovladavajućom federalnom politikom. Konačno, sprovođenje ove politike je ispod uticaja i protekcionističkih založbi Ministarstva trgovine i Međunarodne trgovinske komisije, u toku čega regulisanje određenih privrednih grana i raznih subvencija dolazi sa strane više ministarstva i agencija.

Primena u EU ima više elemenata birokratije, što proizlazi, u jednom segmentu, od materijalno-pravnog kompozita sistema, koji je obuhvatniji od američkog i opterećen je sa više zakonskih i podzakonskih aktova, koji se prepliću na više nivoa. Karakteristika evropskog sistema do 2004. godine predstavlja izveštavanje i donošenje rešenja o negativnim odobrenjima (negative clearance), individualna i grupna izuzimanja. Oba pravna sistema su možda najslabija u odnosu njihove striktnosti prema fiksiranju cena, podelu tržišta i ostalih vrsta tzv. hard core ograničenja konkurencije. Razlike se odnose najviše u tretmanu tzv. kriznih kartela.<sup>30</sup> Naime, praksa pokazuje da postojanje kriznih kartela (karteli koji se vrši racionalizacija proizvodnje ili prodaje u određenim industrijskim sektorima koji su hronično izloženi negativnim privrednim uticajima), za razliku

---

<sup>30</sup> Problem tzv. kriznih kartela bio je tretiran sa strane Evropske komisije za kartelima o sintetičkim dlakama na početku osamdesetih godina prošlog veka. Vidi, Commission Decision 84/380, O. J. L. 207/17.

od EU, je dozvoljeno u SAD. Odavde proizlazi da u EU, pored dugoročnih ciljeva za povećavanje ekonomske efikasnosti i integraciju nacionalnih tržišta, postoje određene politike socijalnog karaktera, kojima se pridaje značaj u toku sprovođenja odredaba o konkurenciji, a koje, s druge strane, izgleda da se sukobljavaju sa ekonomskom politikom EU-a. Isto to važi i za ugovore o specijalizaciji između mala i srednja preduzeća, koji su zabranjeni u SAD, a dozvoljeni su u EU.<sup>31</sup> Naime, preko ovih ugovora i naročito preko njihovog tretmana postaje uočljivo da se prilikom sprovođenja politike o konkurenciji uzima u obzir i ostvarivanje ostalih ciljeva i sprovođenje nekih od mnogih politika Unije, pri tome zapostavljajući zdravu ekonomsku logiku za poslovno delovanje. Određeni autori razlog za ovakovo istovremeno sprovođenje više politika nalaze u ustavnom kontekstu odredba o slobodnoj konkurenciji u osnivačkim ugovorima Evropske zajednice i Evropske unije. Konkretno, član 2. ugovora o stvaranju zajednice stoji da je primarni cilj, između mnogih drugih, stvaranje unutrašnjeg tržišta. Odavde imajući u vidu da je jedan od instrumenata za postizanje tog cilja "osiguranje da konkurencija u unutrašnjem tržištu nije narušena", a za realizaciju iste postoje i koriste se drugi instrumenti, uključujući i odredbe o četiri slobode<sup>32</sup> i one za sprovođenje socijalne i indistrijske politike, oni smatraju da razlog za to proizlazi od nepostojanja hierarhije između odredaba ugovora, zajedno sa teleološkim tumačenjem odredaba o konkurenciji iz člana 3. Prvog rimskog ugovora. Toliko više što to na izvesan način sprečava konkurenciju da bude promatrana nezavisno od ekonomskog i socijalnog konteksta u Uniji, što rezultira defokusiranjem sa efikasnosti kao cilj politike slobodne konkurencije.<sup>33</sup>

Ipak, glavna razlika ova dva sistema u odnosu kartelnog tretiranja uočava se u njihovim nivoima i u kvalitetu primene pravnih odredba. Imeno, fiksiranje cena i ostalo kartelno ponašanje u SAD-u obično je u nadležnosti Ministarstva pravde i isto je prosleđeno novčanim i krivičnim sankcijama. Baš tako, činjenica da pravo konkurencije u SAD uključuje i izricanje krivičnih sankcija za rukovodna lica poslovnih subjekta koji su narušili konkurenciju, od samog početka 19. veka pa sve dosad, predstavlja najeksplicitnija razlika ove dve grupe pravila. Dalje, u Evrop-

<sup>31</sup> O ovome detaljnije vidi, Commission Decision 72/291, O. J. L. 182/24. Ipak, na mala i srednja preduzeća daje se ova privilegija, delimično, zbog toga što ugovori o specijalizaciji doprinose njihovom međugraničnom delovanju, što u krjnu liniju rezultira ostvarivanjem integracijskih ciljeva i poboljšanje istraživanja i razvojem novih tehnologija.

<sup>32</sup> Ovde je reč o slobodi kretanja robe, usluga, lica i kapitala. Sloboda kretanja robe obuhvaćena je članom 23-31. Prvog rimskog ugovora. Sloboda kretanja lica, usluga i kapitala obuhvaćena je članovima 39-60.

<sup>33</sup> Vidi, F. Snyder, "New Directions in European Community Law", 1990, Weidenfield and Nicholson, str. 99.

skoj uniji ne postoji odredba da se pokrene privatna parnična akcija, čime bi se aktivirali mehanizmi za zaštitu konkurencije. S druge strane, ovaj nivo primene prava u SAD predstavlja vrlo važan pokretač sistema za zaštitu konkurencije, dok član 81. i član 82. Prvog rimskog ugovora dozvoljava da se pokrene privatni parnični postupak za nadoknadu štete nastale povredom ovih odredbi, suglasno postupcima i pravnim lekovima nacionalnih zakonodavstva zemalja članica, što u velikoj meri su neharmonizovana. Ova razlika je rezultat uloge države ili bolje rečeno državnih ustanova u uređivanju pitanja od značaja za konkurenciju. Tako u Evropskoj uniji i zasebno u državama članica, ustanove su mnogo više uključene u ekonomskim tokovima uopšte, a najviše u bankarskom i osiguravajućem sektoru, telekomunikacijama, poštanskim uslugama, energetskom sektoru i transportu. Ovo se na terenu konkurencije u okvirima sistema EU uočava, na primer, kroz član 81. stav 2. prema kome pravila konkurencije u određenim okolnostima nisu primenljivi u sektoru poštanskih usluga.

Gore navedene razlike, po našem mišljenju, u važnom segmentu duže se na različite pravne tradicije u SAD i na evropskom tlu, pre svega kod zemalja koje su prihvatile kontinentalno pravo. Meriman pravnu tradiciju definiše kao grupu dubokoukorenjenih, istorijski uslovljenih ponašanja o prirodi prava, o ulozi prava u društvu, o odgovarajućom organizacijom i delovanje pravnog sistema, kao i o načinu na koji treba da se pravo stvara, primenjuje, proučava, usavršava i predaje.<sup>34</sup>

Razlike između pravnih tradicija mogu se ilustrovati kroz uporedbu obe preovladavajuće pravne tradicije. Naime, pravna tradicija kontinentalnog prava i ona precedentnog prava. Najvažnije razlike nalaze se u nezavisnosti sudstva (od države), profesionalni stsus sudija, njihova uloga u istražnom postupku, uloga porote, značaj precedentalnosti i žalbe. U tom kontekstu, sudstvo u sistemima civilnog prava, opšte rečeno, smatra se manje nezavisnim od države upoređeno sa sistemima precedentnog prava. Dalje, sudije iz kontinentalnih sistema imaju specifičnu liniju karijere koja kulminiše njihovim naznačavanjem sa strane države, dok sudije iz sistema precedentnog prava dolaze i naznačeni su sa strane zajednice tz. pravnika praktičara. Praktično promatrano, pravna kodifikacija u kontinentalnim sistemima ima veću ulogu: uloga sudova je da se precizno primenjuje postojeće pravo i da se donose presude koje su konzistentne s njim. Uporedbeno, kod precedentnih sistema pravo se praktikuje kroz tumačenje širih pravnih načela. Ostavlja se sudijama da na najbolji mogući način dolove "duh" zakona, što im omogućava da kreiraju pravo putem precedenta, što se smatraju za važna tumačenja prava uzastopnih i sličnih sudskih slučajeva. Dalje, različiti pristup manifestuje se i kroz ugovornih aranžmana između dobavljača, distributera i krajnjih po-

---

<sup>34</sup> J. H. Merryman, *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of the Western Europe and Latin America*, second edition, Stanford, CA: Stanford University Press, 1985.



trošača, tj. kroz tz. vertikalnih ugovora. Naime, analiza pokazuje da u SAD do pre tridesetak godina određivanje minimalne i maksimalne prodajne cene sa strane dobavljača smatrala se kao *per se* nezakonita, međutim naglašenim korišćenjem ekonomske analize, ugovori koji su sadržali klauzule za određivanje maksimalne prodajne cene i teritorijalne zaštite bili su smatrani za dozvoljeni.

S druge strane, analiza vertikalnih ugovora u EU pokazuje da odnos Komisije i Suda prema vertikalnim ograničenjima kroz istoriju je bio ispod velikog uticaja imperativa ostvarivanja integracijskih ciljeva, pritom ne uzimajući u vidu ekonomsku analizu ovih odnosa. Danas, iako tendencija u EU pokazuje da se sve više i više pridaje pažnja ekonomskoj analizi ograničenja konkurencije, ipak proširenje i produbljenje zajedničkog tržišta ostaju ciljevi koji i dalje u bitnom delu diktiraju pristup prema ovim ugovornim odnosima i utiču na krajnji ishod.

Što se tiče spajanja preduzeća, istorijski razvoj primene pravila u EU pokazuje da je fokus ustanova bio više u smeru regulisanja istih, nego u smeru razbijanja postojnih koncentracija ili sprečavanje budućih. Ovo najviše iz razloga što su velika preduzeća bila povezivana i sponzorirana od države članice i naročito zbog toga što Komisija i ESP smatraju da međugranična spajanja doprinose integraciji nacionalnih tržišta zemalja članica. I pored toga, usvajanjem Uredbe o kontroli spajanja od 1989.,<sup>35</sup> zemlje članice otkazale su svoj zaštitnički odnos prema domaćim preduzećima, prenoseći u potpunosti nadležnost o kontroli spajanja preduzeće sa komunitarnom dimenzijom prema Evropskom komisijom. Međutim, i pored jezičke striktnosti, protkata u odredbama Uredbe i naglašenog forsiranja ekonomske efikasnosti i zaštitu potrošača, kao vodilje tokom konkretne primene prava, čini se da u procesu o kontroli spajanja preduzeća, donošenje političko motiviranih odluka je češće nego u SAD-u.<sup>36</sup>

S druge strane, sudska praksa pokazuje da se u SAD zasebna pažnja poklanja trima vrstama spajanja, a to može biti povreda prava konkurencije. Prvo, to su horizontalna spajanja između direktnih konkurenata, gde kombinovani udeo preduzeća je više od dvadeset posto relevantnog tržišta. Drugo, spajanje između potrošača i dobavljača, gde svako od preduzeća ima više od dvadeset posto tržišnog udela i gde postoje značajne prepreke za ulaz na tržište.<sup>37</sup> Treće, konglomeratna spajanja, a pri tome se naročita pažnja posvećuje mogućnosti da jedno od predu-

<sup>35</sup> Council Reg. 4064/89 of 21 December 1989 on the Control of Concentrations Between Undertakings; [1989 OJ L395/1.

<sup>36</sup> E.M. Fox, "US and EU Competition Law: A Comparison", Global Competition Policy, Institute for International Economics, <http://www.iie.com>, crp. 350.

<sup>37</sup> Sudski slučaj, *Fruehauf Corp v. FTC*, 603 F.2d 345, 2d Cir., 1979.

zeća može ući na tržište gde je prisutno drugo preduzeće u slučaju da se spajanje između njih uopšte ne desi.<sup>38</sup>

\*  
\*   \*   \*

Bilo kako bilo, može se rezimirati da pravila konkurencije u EU i SAD imaju mnoge sličnosti, ali gravitacioni centar oba pravna sistema je različit. Tako, komunitarno pravo potiče od potrebe tržišne integracije i je usko povezana sa komunitarnim načelom o slobodnim međugraničnim protokom robe i usluga. Njime se nastoji da se zaštite mogućnosti za uspešno poslovanje malih i srednjih preduzeća, međutim, takođe, prilikom primene uzima se u vidu i ostvarivanje optimalne ekonomske efikasnosti i zaštita krajnjih potrošača. S druge strane, u SAD-u konkurencija se shvata kao fundamentalna ekonomska politika, a pravo obezbeđuje glavna sredstva za osiguranje integriteta konkurentskog procesa. Primenom pravnih odredbi nastoji se da se poveća efikasnost i produktivnost, ciljem da se krajnjim potrošačima nude bolji proizvodi po nižim cenama.

Generalno promatrano, intenzitet primene prava je niži u EU, što je u velikoj meri rezultat kladarne neekipiranosti u Direktoratu o konkurenciji Evropske komisije, kao i mali broj privatnih parničnih inicijacija, a to se duži različitom pravnom kulturom i tradiciji. Iako su oba sistema pod uticajem politike, u SAD primena prava je više pod uticajem postojeće političke filozofije prisutna u regulatornim ustanovama, nego u EU, gde postoji, s vremena-na vreme direktan politički uticaj zemalja članica koji su zabrinuti ishodom konkretnih slučajeva ili, opšte rečeno, za konkurentsku poziciju evropskih preduzeća *vis-à-vis* ostalih.

Na kraju postavlja se pitanje o prevazilaženju razlika ovih dva sistema. Prema našem mišljenju, ono šta se može očekivati je da *razlike* najverovatnije neće biti prevaziđene ukalapanjem sistema u smeru veće harmoniziranosti, ali ima dovoljno važnih suštinskih *sličnosti* koje mogu biti maksimizirani u onoj meri koliko svet zahteva veću harmoniziranost u zakonima koji uređuju poslovne transakcije.

---

<sup>38</sup> Sudski slučaj, *United States v. Marine Bancorporation*, 418 U.S. 602, 1974.



TAMAS KORHECZ

## EVROPSKA UNIJA I ZAŠTITA PRAVA NACIONALNIH MANJINA

– S osvrtom na proces ućlanjenja Republike Srbije u Evropsku uniju –

### U V O D

Ovaj ćlanak Źeli saŹeto prikazati pravni i politićki okvir zaštitе prava nacionalnih manjina Evropske unije (EU). Iako je u organima Evropske unije i samo postojanje ovakvog pravnog i politićkog okvira upitno, ono Źto nije upitno je to da organi Evropske unije se svakodnevno i konstantno suoćavaju sa raznim izazovima koji su vezani za poloŹaj i prava nacionalnih manjina.

U uvodnom, prvom delu ovog ćlanka razmotriće se sama geneza problematike oko zaštitе prava nacionalnih manjina na starom kontinentu, odnosno ukaŹe se na neke suštinske izazove na ovom planu sa kojima se susreću višenacionalne drŹave. U drugom delu prikazaće se i analizirati pravno-normativni okvir zaštitе prava nacionalnih manjina u samoj Evropskoj uniji. U trećem delu rada opisaće se neke mere i aktivnosti pojedinih organa i tela Evropske unije, kao Źto su Evropski parlament, Komisija EU, Savet EU, odnosno Agencija za temeljna prava. U poslednjem, ćetvrtom delu biće izloŹene neke završne konstatacije, formulisani neki zakljućci.

---

Dr Tamas Korhec, profesor Visoke škole “Fakultet za pravne i poslovne studije dr Lazar Vrkatić”, Novi Sad.

## NACIONALNE DRŽAVE I NACIONALNE MANJINE

Počev od 19. veka nacionalne države su postale dominantan način organizovanja država, posebno na Evropskom kontinentu. Postojanje nacionalnih država pretpostavlja stanovništvo koje je povezano zajedničkim osećajem pripadnosti istoj, jednoj naciji.<sup>1</sup> Ovaj osećaj pripadnosti naciji je dovoljno snažan najčešće onda ako su pripadnici nacije povezani zajedničkim jezikom, kulturom, verom, tradicijom, mitovima i herojima. Urođena mana celog koncepta nacionalne države je u tome da u većini slučajeva nacionalne države se obrazuju na teritoriji čije stanovništvo je u jezičkom, kulturnom, verskom pogledu heterogeno, odnosno pripada ne jednoj nego u više etno-nacionalnoj grupi. Zapravo nacionalne države i nisu nacionalne države nego su pre države koje stvaraju naciju, umetnički pokušavaju stvoriti jedinstvenu naciju, istovremeno uništavajući nacionalnu heterogenost svog stanovništva.<sup>2</sup> Protekli vekovi su dokazali da ovi, ponekad veoma nemilosrdni pokušaji stvaranja jedinstvene nacije nisu stvorili nacionalno homogene države i da u većini nacionalnih država i danas živi veliki broj nacionalnih manjina i etničkih grupa. Sve ovo postepeno je dovelo do sve šireg priznavanja nacionalnih manjina i manjinskih prava kao dela zaštite ljudskih prava. Pojedine nacionalne države u pravnom i političkom smislu sve više prihvataju postojanje nacionalnih manjina i spremne su da obezbede određenu pravnu zaštitu ovim grupama odnosno pojedincima koji pripadaju nacionalnim manjinama. Putem ovih prava ove zajednice mogu lakše zaštititi svoju posebnost (maternji jezik, kulturu, tradiciju itd. ). Uporedo sa ovim procesom, u okviru međunarodnih organizacija je započeo proces kodifikacije manjinskih prava. Na ovom planu najviše se odmaklo u Savetu Evrope (u daljem tekstu "SE"), gde su krajem 20.veka donete i prve (i do sada jedine) dve međunarodne konvencije koje štite nacionalne manjine: Evropska povelja o regionalnim i manjinskim jezicima (1992 – u daljem tekstu "EPRMJ") i Okvirna konvencija o zaštiti nacionalnih manjina (1995 – u daljem tekstu OKNM). Obe konvencije su stupile na snagu 1998. godine do kada ih je ratifikovao potreban broj država članica SE. Danas je većina članica EU ratifikovala ove konvencije, stime da je OKNM do sada ratifikovalo 23 od 27 država članica EU<sup>3</sup>. Istovremeno i dalje postoje uticajne države EU koje nisu potpisale ni jedan od navedenih konvencija, što je slučaj sa Francuskom. Iako dve spomenute konvencije predstavljaju značajan napredak, međunarodnu kodifikaciju i zaštitu

<sup>1</sup> Kymlicka Will – Straehle Christine: *Cosmopolitanism, Nation States, and Minority Nationalism: A Critical Review of Recent Literature*. *European Journal of Philosophy*, Vol. VII.(1999) No 1, str. 73.

<sup>2</sup> Isto.

<sup>3</sup> Report: Respect for and protection of persons belonging to minorities 2008-2010, [www.fra.europa.eu](http://www.fra.europa.eu), str. 20.

prava manjina i dalje usporava činjenica da ne postoji opšte prihvaćena definicija nacionalnih manjina, kao i izuzetne razlike koje postoje između nacionalne manjine i nacionalne manjine (u pogledu veličine grupe, teritorijalne koncentracije, istorije, privrženosti posebnostima, itd.) Upravo zbog ovih razloga mnogi se zalažu za različit, diferencirani pristup ovim pitanjima, gde bi se razlikovala zaštita tradicionalnih nacionalnih manjina, imigranata i Roma.<sup>4</sup> Dodatan problem predstavlja činjenica da veliki broj nacionalnih država, među njima i uticajne države nisu spremne prihvatiti ni minimalne međunarodne standarde prava manjina opravdajući takav stav strahom da nacionalne manjine bi mogle ugroziti bezbednost i teritorijalnu celovitost države.<sup>5</sup>

Kada je reč o Evropskoj uniji situacija je slična, pošto neke države članice uporno žele da zaštita prava nacionalnih manjina ostane što je više moguće izvan okvira zajedničkih nadležnosti, u isključivoj nadležnosti država članica. Bez obzira na ovaj otpor organi EU na različite načine se ipak bave pitanjima vezanim za zaštitu nacionalnih manjina, naročito u protekle tri decenije.

#### PRAVO EU I ZAŠTITA NACIONALNIH MANJINA

Oko 9% državljana EU (otprilike 42 miliona stanovnika) pripada nekoj od tradicionalnih nacionalnih manjina, dok 6,5% od ukupnog stanovništva 27 članica EU pripada useljeničkoj populaciji, migrantima koji žive prvenstveno u Zapadno-evropskim članicama EU<sup>6</sup>. Bez obzira na činjenicu da položaj i problemi vezani za manjine predstavljaju faktor koji utiče na ostvarivanje nekih osnovnih ciljeva i vrednosti EU, kao i na jačanje intergracije pravo EU sve do poslednjih godina nije sadržavalo gotovo nikakve norme vezane za zaštitu prava nacionalnih manjina. Moglo bi se zaključiti sledeće, sa jedne strane da je zaštita prava nacionalnih manjina gotovo u celosti izvan prava EU i nadležnosti organa EU, sa druge strane isto tako je tačno da zaštita prava nacionalnih manjina je često na dnevnom redu raznih organa EU, čak što više zaštita ovih prava je nezaobilazan uslov za sve države koje žele pristupiti članstvu.

---

<sup>4</sup> Tabajdi Csaba: Sisyphus in the European Union – the contradictions of European minority protection. U knjizi TABAJDI Csaba (ur.): *Minorities of Europe Unite! Minorités européennes, unissez-vous! Minderheiten in Europa vereint euch!* Budapest, 2009, EU-Ground Kft, str. 35–37.

<sup>5</sup> BÍRÓ Gáspár: Traditional national minorities, refugees, asylum seekers and immigrants. In TABAJDI Csaba (ed.): *Minorities of Europe Unite! Minorités européennes, unissez-vous! Minderheiten in Europa vereint euch!* Budapest, 2009, EU-Ground Kft, str. 133.

<sup>6</sup> Tabajdi Csaba: Sisyphus in the European Union – the contradictions of European minority protection. U knjizi Tabajdi Csaba (ur.): *Minorities of Europe Unite! Minorités européennes, unissez-vous! Minderheiten in Europa vereint euch!* Budapest, 2009, EU-Ground Kft, str. 36.

Sve do poslednjih izmena primarni izvori prava EU, osnivački sporazumi i sporazumi o pridruživanju novih članova nisu sadržavale nikakve odredbe o zaštiti nacionalnih manjina.<sup>7</sup> Sa ratifikacijom Lisabonskog sporazuma (2009)<sup>8</sup> najviši pravni akt EU prvi put sadržava odredbu o zaštiti prava nacionalnih manjina. Preambula Sporazuma o Evropskoj Uniji (nadalje "SEU"), Član 2. propisuje da je Evropska Unija zasnovana na vrednostima, među njima (i) "na poštovanju ljudskih prava, uključiv i prava pripadnika manjina"<sup>9</sup> Uključivanjem zaštite prava pripadnika manjina (što nedvosmisleno uključuje i pripadnike nacionalnih manjina) u SEU predstavlja ogroman korak, ali korak koji ima veći simbolički i politički negoli pravni značaj. Naime samim navođenjem prava pripadnika manjina u redu osnovnih vrednosti EU, organi EU nisu dobile nadležnost da propisima EU uređuju pitanja zaštite prava nacionalnih manjina, kao ni ovlašćenje da nadziru sprovođenje i poštovanje ovih prava. Odredbe Sporazuma o nadležnostima EU – primarnim i subsidijarnim – ne propisuju nikakvu nadležnost vezanu za zaštitu nacionalnih manjina.<sup>10</sup> Čak i bez neposredne nadležnosti da uređuje zaštitu nacionalnih manjina citirana odredba u Preambuli nije bez pravnog značaja i težine. Član 7 SEU propisuje poseban postupak u slučaju da država članica ozbiljno povredi osnovne vrednosti EU definisane u Članu 2 Preambule. U tom slučaju Savet EU, je ovlašćen da sa 4/5 većinom, uz pribavljenu saglasnost Evropskog parlamenta utvrdi da postoji "očita opasnost" od povrede osnovnih vrednosti EU. Takva odluka može biti predložena od strane jedne trećine država članica, Evropskog parlamenta ili Evropske komisije. U sklopu ovog postupka za utvrđivanje ozbiljne povrede osnovnih vrednosti, uz ispunjavanje određenih uslova kao ko-

<sup>7</sup> Sporazumi EU o pristupanju u članstvo Evropske Unije baltičkih država Litvanije, Estonije i Latvije sadržavaju odredbe u vezi obaveze država da razvijaju obrazovanje manjina na maternjem jeziku. TOGENBBURG, Gabriel N: *The EU's attitude vis-a-vis minorities: a play in three parts and an open end.* U knjizi TABAJDI Csaba (ur.): *Minorities of Europe Unite! Minorités européennes, unissez-vous! Minderheiten in Europa vereint euch!* Budapest, 2009, EU-Ground Kft, str. 169.

<sup>8</sup> Treaty of Lisbon Amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community (Sporazum iz Lisabona o izmeni Sporazuma o Evropskoj Uniji i Sporazuma o obrazovanju Evropske Zajednice), Official Journal of the European Union, C306, 2007.

<sup>9</sup> Consolidated versions of the Treaty on the European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union – Charter of Fundamental Rights of the European Union (Prečišćena verzija Sporazuma o Evropskoj Uniji i Sporazuma o funkcionisanju Evropske Unije – Povelja o temeljnim pravima Evropske Unije), Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2010. Član 2.

<sup>10</sup> Treaty on the Functioning of the European Union (Sporazuma o funkcionisanju Evropske Unije), Član 2–6, Consolidated versions of the Treaty on the European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union – Charter of Fundamental Rights of the European Union, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2010.



načna sankcija, Savet EU može čak i suspendovati neka prva države članice.<sup>11</sup> Čak i uz površnu analizu i tumačenje ovih odredbi može se zaključiti da Član 2 SEU štiti prava pripadnika manjina samo u slučaju ozbiljnih kršenja prava od strane organa država članica, dok je postupak sankcionisanja više politički nego pravni. Politička priroda ovog postupka proizilazi već iz same činjenice da u njoj odlučuju politički organi EU i da je Evropski sud pravde potpuno isključen iz ovog postupka. Nadalje potpuno je nejasno koja prava pripadnika nacionalnih manjina su zaštićena Članom 2 SEU? Pošto je ogromna većina članica EU ratifikovala OKNM Saveta Evrope velika je verovatnoća da bi se pošlo od standarda prava pripadnika nacionalnih manjina iz ove konvencije.

Što se tiče Povelje o temeljnim pravima Evropske unije (U daljem tekstu "PTPEU") koji je u pravnoj snazi izjednačen sa osnivačkim sporazumima<sup>12</sup>, kao i Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda SE kojoj se EU pridružila kao nadnacionalna organizacija ne sadržavaju odredbe o zaštiti posebnih prava pripadnika nacionalnih manjina.

PTPEU samo posredno jemči prava pripadnika nacionalnih manjina odredbom o zabrani diskriminacije. Član 21 propisuje da je "zabranjena svaka diskriminacija po osnovu kao što su pol, rasa, boja kože, etničko ili socijalno poreklo, genetske osobine, jezik, religija ili verovanje, političko ili drugo opredeljenje, pripadnost nacionalnoj manjini, imovinsko stanje, rođenje, invalidnost, starost ili seksualna orijentacija." Izričito navođenje "etničkog porekla, jezika i pripadnosti nacionalnoj manjini" kao osnove na kojoj je zabranjena diskriminacija predstavlja korak napred u pravnoj zaštiti nacionalnih manjina od strane Evropske unije, iako zabrana diskriminacije, različitog tretmana na nacionalnoj osnovi ne zahteva preduzimanje pozitivnih mera koji omogućuju zaštitu nacionalnih posebnosti manjina. Nadalje, temeljna prava garantovana PTPEU jemče zaštitu prava pojedinačno samo u odnosu na eventualna kršenja prava od strane organa, tela i institucija EU, dok u slučaju organa država članica samo u slučaju da oni primenjuju pravo EU.<sup>13</sup> U ovom trenutku ne može se pouzdano utvrditi domet zaštite koju jemči Član 21 PTPEU i puno zavisi od tumačenja ove odredbe u jurisprudenciji

---

<sup>11</sup> Treaty on the Functioning of the European Union (Sporazuma o funkcionisanju Evropske Unije), Član 7, stav. 3. Consolidated versions of the Treaty on the European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union – Charter of Fundamental Rights of the European Union, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2010.

<sup>12</sup> Sporazum o Evropskoj Uniji, Član 6 (1), Consolidated versions of the Treaty on the European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union – Charter of Fundamental Rights of the European Union, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2010.

<sup>13</sup> Odredbe Povelje o temeljnim pravima EU obavezuju organe, institucije, tela i agencije EU, u skladu sa principom subsidiarnosti, a države članice u slučaju ako one primenjuju pravo EU. Vidi Član 51, stav 1 Povelje o temeljnim pravima Evropske Unije. Consolidated versions of the Treaty on the European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union – Charter of Fun-

Evropskog suda pravde u konkretnim predmetima. Značaj i domašaj ovog člana u pogledu zaštite prava pripadnika nacionalnih manjina biće sigurno veću u slučaju ako Evropski sud pravde proširi domašaj Člana 21 i na one akte i radnje koje su jezički neutralne ali u njihovoj primeni imaju različite efekte u zavisnosti od pripadnosti nacionalnoj manjini. (posredna diskriminacija). Za razliku od Člana 21 PTPEU koji samo zabranjuje organima EU da diskriminišu po različitim osnovama, novi Član 10 Sporazuma o funkcionisanju EU (u daljem tekstu "SFEU") čak obavezuje organe EU da se "bore protiv diskriminacije po osnovu pola, rasnog ili etničkog porekla, vere ili ubeđenja, invalidnosti, starosti odnosno seksualne orijentacije" u svakoj prilici kada Evropska Unija "utvrđuje ili sprovodi svoju politiku i mere". Pitanje je do koje mere citirana odredba otvara prostor za preduzimanje afirmativne mere koje bi služile obezbeđivanju pune jednakosti pripadnika različitih grupa, uključivši i nacionalne manjine.<sup>14</sup>

Osim navedenih odredbi, potrebno je spomenitu još jednu odredbu PTPEU koja može utičati na zaštitu pripadnika nacionalnih manjina, a to Član 22. Ova odredba propisuje da će Evropska Unija "poštovati kulturnu, religijsku i jezičku raličnost". I u ovom slučaju je važno kako će se tumačiti ova odredba, da li će se kulturna, jezička ili religijska različitost kao vrednost za poštovanje razumeti kao različitost na nivou Evropske unije, različitost u okviru država članica, ili pak i jedno i drugo? Sve veći broj stavova zvaničnika EU kreće u pravcu da "kulturna različitost" uključuje kako različitost između država članica tako i različitost u okviru država članica.<sup>15</sup> Ukoliko preovlada ovakvo shvatanje "različitosti" koja se štiti Članom 22 PTPEU onda to može postati pravna osnova za programe Evropske Komisije u oblasti kulture i obrazovanja koje stimulišu sačuvanje različitosti u državama članicama i stime pomažu očuvanje identiteta nacionalnih manjina.

U sklopu analize prava EU u pogledu zaštite nacionalnih manjina potrebno je ukazati i na Direktivu Saveta 2000/43/EC od 29 juna 2000 o sprovođenju principa jednakog postupanja među pojedincima nezavisno od njihovog rasnog ili etničkog porekla (u daljem tekstu "Direktiva")<sup>16</sup>. Kao što i Član 21 PTPEU ovaj propis EU obezbeđuje samo posrednu zaštitu pripadnicima nacionalnih manjina preko zabrane diskriminacije na osnovu etničkog porekla. Iako se etničko pore-

---

damental Rights of the European Union, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2010.

<sup>14</sup> Report: Respect for and protection of persons belonging to minorities 2008-2010, [www.fra.europa.eu](http://www.fra.europa.eu), str. 23.

<sup>15</sup> Isto.

<sup>16</sup> Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin, *Official Journal L 180*, 19/07/2000 P. 0022 - 0026.

klo najčešće povezuje sa pripadnošću romskoj ili jevrejskoj zajednici, ipak prema preovlađujućem shvatanju etničko poreklo često se prepliće sa pripadnošću nacionalnim manjinama.

Prema Direktivi svaka država članica EU ima obavezu da istu sprovede u okviru sopstvenog zakonodavstva, ne jednoobrazno, nego uvažavajući određene posebnosti individualnog pravnog sistema. Direktiva jemči jednako postupanje nezavisno od etničkog porekla u sledećim oblastima života: pristup radnim mestima, zapošljavanje (uključivši kako privatni tako i javni sektor), stručno usavršavanje, članstvo u radničkim sindikatima, socijalna zaštita, zdravstvena zaštita, obrazovanje i opšti pristup proizvodima i uslugama.<sup>17</sup>

Poseban značaj Direktive jeste u tome da ona štiti protiv direktne, tako i protiv posredne diskriminacije. Neposredna diskriminacija postoji "tamo gde se jedno lice tretira manje povoljno u odnosu na tretman drugog lica u sličnoj situaciji po osnovu rase ili etničkog porekla"; dok posredna diskriminacija postoji "tamo gde jedna na prvi pogled neutralna odredba propisa, kriterijum ili mera stavlja lice različitog rasnog ili etničkog porekla u izrazito nepovoljniji položaj u odnosu na druga lica, osim u slučaju ako je odredba propisa, kriterijum ili mera objektivno opravdana zakonitim ciljem i ako su sredstva za ostvarenje tog cilja odgovarajuća i neophodna."<sup>18</sup> Potrebno je ukazati i na to da Direktiva obavezuje države članice da obezbede da sudski i/ili upravni postupak za izvršenje obaveza koji proizilaze iz Direktive bude dostupan svim licima koja smatraju da su oštećeni neprimenom principa jednakog tretmana u njihovom slučaju<sup>19</sup>. Važno je pravilo da je položaj žrtve diskriminacije povoljniji u postupku zaštite prava s tim da je teret dokazivanja na tuženoj strani: "tuženi je u obavezi da dokaže da nije bilo povrede principa jednakog tretmana."<sup>20</sup> Kao što je to ranije navedeno sprovođenje i izvršenje Direktive je u nadležnosti država članica, ali je Komisija EU odgovorna za nadziranje sprovođenja i izvršenja ovog propisa preko sistema periodičnih izveštaja država članica.<sup>21</sup>

---

<sup>17</sup> Isto, Član 3, stav 1.

<sup>18</sup> Isto, Član 2, stav 2.

<sup>19</sup> Isto, Član 7, stav 1. (1).

<sup>20</sup> Isto, Član 8, stav 1.

<sup>21</sup> "Države članice su obavezne da do 19 jula 2005, kao i svakih pet godina nakon toga obezbede sve potrebne podatke Komisiji u cilju da ona pripremi izveštaj Evropskom Parlamentu i Savetu o primeni ove Direktive. Izveštaj Komisije će uzeti u obzir prema potrebi i stavove Evropskog centra za nadzor rasizma i ksenofobije, a takođe i viđenja socijalnih partnera i relevantnih nevladinih organizacija..." Član 17, stav 1. Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin, *Official Journal L 180*, 19/07/2000 P. 0022 – 0026.

ZAŠTITA NACIONALNIH MANJINA U RADU  
NEKIH ORGANA I TELA EVROPSKE UNIJE

*Evropski parlament*

Među organima EU Evropski parlament je bio nesporno najaktivniji kada je reč o zaštiti nacionalnih manjina. Iako su funkcije, tako i sastav Evropskog parlamenta značajno promenjeni u poslednjim decenijama otvorenost i senzibilnost prema položaju i problemima nacionalnih manjina je ostala nepromenjena. Naravno od osamdesetih godina 20. veka Evropski parlament pokazuje značajno interesovanje prema problemima nacionalnih manjina što je svakako povezano i sa raspadom takozvanog Istočnog bloka i postepenom integracijom ovih država u EU. Zaštita nacionalnih manjina u radu Evropskog parlamenta se manifestuje na različite načine. Najčešće ova pitanja se u radu Evropskog parlamenta javljaju u formi jednodimenzionalnih poslaničkih diskusija pre rasprave po dnevnom redu, na plenarnim zasedanjima. Pitanje se može pojaviti i u obliku poslaničkih pitanja (interpelacija) koji su naslovljeni Komisiji ili Savetu EU, sa ili bez rasprave ili prateće rezolucije. Poslednji instituti međutim zahtevaju širu podršku poslanika u Evropskom parlamentu. Sledeći vid bavljenja problematikom i pravima nacionalnih manjina u Evropskom parlamentu predstavlja Mešovita poslanička grupa za tradicionalne nacionalne manjine, ustavne regione i regionalne jezike (u daljem tekstu "Mešovita poslanička grupa")<sup>22</sup> koja, pod različitim nazivima postoji još od 1983. godine Danas Mešovita poslanička grupa okuplja 45 poslanika Evropskog parlamenta iz pet poslaničkih grupa, a neposredno okuplja predstavnike deset nacionalnih manjina iz više država članica EU. Mešovita poslanička grupa predstavlja institucionalni oblik saradnje poslanika Evropskog parlamenta čiji je prvenstveni cilj da ujedini napore u pravcu jačanja zaštite nacionalnih manjina, regionalnih i manjinskih jezika generalno u okviru Evropske unije i njenih organa. Među aktivnostima Mešovite poslaničke grupe treba posebno navesti različite javne tribine, sastanke, izložbe u prostorijama Evropskog Parlamenta koja su posvećena pojedinim nacionalnim manjinama i njihovim problemima. Posebno je značajno da su mnogi izveštaji, praćeni usvajanjem rezolucije Evropskog parlamenta pripremljeni ili inicirani od strane Mešovite poslaničke grupe. Istorijski posmatrano ovi izveštaji i rezolucije, iako nemaju neposredno pravno dejstvo predstavljaju najvažnije aktivnosti EU na planu zaštite nacionalnih manjina. Politička težina ovih akata Evropskog parlamenta leži u činjenici da ih je podržala većina poslanika u nejdemokratskoj instituciji EU. Prvi takav izveštaj sa rezolucijom je donešen u prvom mandatnom periodu Evropskog parlamenta (1979–

---

<sup>22</sup> Na engleskom naziv poslaničke grupe je: Parliamentary Intergroup for Traditional National Minorities, Constitutional Regions and Regional Languages.

1984) na inicijativu poslanika Gaetana Arfea.<sup>23</sup> U drugom zakonodavnom periodu poslanik Vili Kijpers (Willy Kuyjpers) je pripremio izveštaj koji je doveo do usvajanja Rezolucije o jezicima i kulturama regionalnih i etničkih manjina<sup>24</sup> Ova Rezolucija sadržavala je i preporuke državama članicama Evropske Zajednice u oblasti obrazovanja, kulture, medija, prekogranične saradnje i službene upotrebe jezika koji su bili usmereni na zaštitu identiteta nacionalnih manjina. Rezolucija je oslovila i Komisiju, zahtevajući da ista planira posebnu budžetsku poziciju za promociju jezika manjina i zatražila je da Komisija i Savet nastave da podržavaju rad Evropskog biroa za manje korišćene jezike (EBLUL). U trećem mandatomnom periodu (1989–1994) Mark Kilea je pripremio izveštaj koji je doveo do Rezolucije Evropskog Parlamenta o jezičkim manjinama u Evropskoj Zajednici.<sup>25</sup> Rezolucija proklamuje da su manjinske kulture deo kulture EU i da Zajednica treba da obezbedi pravnu zaštitu i finansijsku podršku manjinama. **Rezolucija poziva** Komisiju i Savet da uključe jezike manjina u razvojne programe Evropske zajednice u oblasti obrazovanja i kulture. Od novijih izveštaja, odnosno rezolucija potrebno je ukazati na izveštaj Mihela Ebnera i Rezolucije sa preporukama Komisiji o regionalnim i manje korišćenim jezicima, i jezicima manjina u EU – u kontekstu proširenja i kulturnog diverziteta.<sup>26</sup> Rezolucija između ostalog sadržava i preporuku o potrebi obrazovanja Evropske agencije za jezički diverzitet i višegodišnji program za jezički diverzitet koji uključuje i regionalne i manjinske jezike. Na ovom mestu je potrebno konstatovati da do danas nijedna od ovih preporuka nije realizovana. U šestom mandatomnom periodu (2004–2009) **treba spomenuti** Izveštaj Kloda Moraesa i Rezoluciju o zaštiti manjina i antidiskriminatorskim merama u proširenoj Evropi.<sup>27</sup> Ovom Rezolucijom Evropski parlament ukazuje na nekonzistentnost politike prema manjinama, predlažući da Agencija za temeljna prava odigra ključnu ulogu u nadziranju manjinskih prava i predlaže da je potrebno definisati pojam nacionalne manjine od strane EU na način da se prihvati definicija Saveta Evrope koja je sadržana u Preporuci 1201 (1993).<sup>28</sup> Sumirajući

---

<sup>23</sup> Resolution on a Community Charter of regional languages and cultures and Resolution on a Charter of rights of ethnic minorities.

<sup>24</sup> OJ C 318, str. 160.

<sup>25</sup> EP Resolution on linguistic minorities in the European Community, OJ C 61, str. 110.

<sup>26</sup> Resolution with recommendations to the Commission on European regional and lesser/used languages / the languages of minorities in the EU - in the context of enlargement and cultural diversity, OJ 2004 C 76 E, str. 374.

<sup>27</sup> Resolution on the protection of minorities and antidiscrimination policies in an enlarged Europe OJ 2006 C 124, str. 405.

<sup>28</sup> Prema ovoj Preporuci, nacionalna manjina je grupa lica u državi koja živi na teritoriji te države, koja ima dugotrajne, čvrste i trajne veze sa tom državom, koja iskazuje posebne etničke, kulturne, verske i jezičke karakteristike, koja je bročano dovoljno reprezentativna iako manja od ostat-

političke aktivnosti Evropskog parlamenta na planu zaštite manjina potrebno je zaključiti da su preporuke i zahtevi ovog organa ostale mahom bez odgovarajućih mera i odgovora od strane Komisije i Saveta EU. Ovo jasno dokazuje da aktivnije učešće organa EU u zaštiti nacionalnih manjina, izgradnja pravnog okvira je sputavano od strane nekih uticajnih država članica EU.

*Aktivnosti Komisije EU vezani za zaštitu nacionalnih manjina,  
naročito u postupku proširenja EU*

Na sednici u Kopenhagenu (jun, 1993) Evropski Savet je odlučio da zemlje bivšeg Istočnog bloka mogu postati punopravni članovi EU uz ispunjenje određenih uslova za članstvo (politički kriterijumi, ekonomski kriterijumi i preuzimanje pravnih standarda). Politički uslovi uključuju poštovanje i zaštitu manjina<sup>29</sup>. Ispunjavanje ovih uslova prati Komisija EU u formi izveštaja o napretku država kandidata za članstvo. Na ovaj način Komisija je postala organ odgovoran za ocenu zakonskih okvira i politike država kandidata prema nacionalnim manjinama. U međuvremenu Kopenhaški kriterijumi za države kandidate su inkorporirani u "acquis communautaire" tojest Sporazume, u pravo EU. Kao što su to mnogi autori istakli uključivanje zaštite prava nacionalnih manjina među uslove za učlanjenje u EU predstavlja značajan napredak ali sa isto tako značajnim nedostacima. Urođena mana nadzora i ocenjivanja država članica preko Kopenhaških kriterijuma jeste u tome da se od država kandidata zahteva poštovanje prava manjina, dok istovremeno sama Evropska unija nije definisala sopstvene standarde zaštite prava nacionalnih manjina, niti poštovanje ovih prava nadzire u odnosu na države članice EU. U svetlu ovih činjenica može se zaključiti da Komisija u samim izveštajima o napretku indirektno stvara standarde i tako stvorene standarde sama nadzire. Analiza različitih izveštaja Komisije o napretku između ostalog otkriva nedostatak jasnih pravnih standarda (sa kojima se upoređuje napredak države kandidata) kao i nedostatak administrativnog kapaciteta Komisije za nadzor u ovoj oblasti.<sup>30</sup> Na ovom mestu ćemo razmotriti razne izveštaje Komisije EU o napretku Republike Srbije od 2005 to 2011 sa aspekta zaštite prava nacionalnih ma-

---

ka stanovništva države ili regije te države i koja je motivisana sa brigom da zajednički očuva ono što predstavlja njen zajednički identitet, uključivši njenu kulturu, tradiciju, veru ili jezik.

<sup>29</sup> Varga Laszlo: Odnos konteksta evro (atlantskih) integracija Srbije i pojedinih političkih kriterijuma za članstvo u EU, *Izazovi evropskih integracije*, 5/2009, str. 9.

<sup>30</sup> The Bolzano/Bozen Declaration on the Protection of Minorities in the Enlarged European Union, Bolzano/Bozen/Bulsan, May 2004. [www.eurac.edu/en/research/institutes/imr/Documents/dichiarazione\\_last.pdf](http://www.eurac.edu/en/research/institutes/imr/Documents/dichiarazione_last.pdf). Visited in August 23. 2012, str. 3-4.

njina<sup>31</sup> Ono što bi se moglo pohvaliti jeste da su izveštaji relativno konzistentni, odnosno da imaju sličnu strukturu i da se fokusiraju na pitanja vezana za iste nacionalne manjine (uglavnom one brojčane) i da se u izveštajima razmatraju gotovo uvek isti problemi vezani za položaj neke nacionalne manjine. Kao konstantne teme u izveštajima o napretku Srbije javljaju se: razdor i sukobi u okviru bošnjačke nacionalne manjine, izbor i položaj nacionalnih saveta nacionalnih manjina, integracija Albanaca u opštinama Preševo, Bujanovac i Medveđe, incidenti na nacionalnom osnovu i različiti napadi na Mađare u Vojvodini, afirmativne mere prema romskoj populaciji, srazmerna zastupljenost pripadnika nacionalnih manjina u organima državne uprave itd. Iako postoji relativna konzistentnost u temama koje se pojavljuju u izveštajima Komisije EU vezane za zaštitu nacionalnih manjina, ono što je uočljivo jeste ne navođenje izvora na osnovu kojih se navode i ocenjuju određeni događaji, propisi itd. Istovremeno neka pitanja se sporadično pojavljuju odnosno nestaju u različitim izveštajima bez adekvatnog opravdanja i logike.<sup>32</sup> Nadalje, ono što bi se moglo zameriti izveštajima Komisije EU o napretku, barem kada je reč o zaštiti prava nacionalnih manjina jeste da se če-

---

<sup>31</sup> Serbia and Montenegro 2005 Progress Report {COM (2005) 561 final} <http://www.seio.gov.rs/documents/eu-documents.231.html>, Serbia 2006 Progress Report EN {COM (2006) 649 final} [http://www.seio.gov.rs/upload/documents/eu\\_dokumenta/godisnji\\_izvestaji\\_ek\\_o\\_napretku/progress\\_report\\_2006.pdf](http://www.seio.gov.rs/upload/documents/eu_dokumenta/godisnji_izvestaji_ek_o_napretku/progress_report_2006.pdf), Serbia 2006 Progress Report EN {COM (2006) 649 final} Serbia 2007 Progress Report EN {COM(2007)663} <http://www.seio.gov.rs/documents/eu-documents.231.html>, Serbia 2008 Progress Report accompanying the COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL Enlargement Strategy and Main Challenges 2008-2009 {COM(2008)674}. [http://www.seio.gov.rs/upload/documents/sporazumi\\_sa\\_eu/progress\\_report\\_2008.pdf](http://www.seio.gov.rs/upload/documents/sporazumi_sa_eu/progress_report_2008.pdf), Serbia 2009 Progress Report accompanying the COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL Enlargement Strategy and Main Challenges 2009-2010. {COM(2009) 533} [http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key\\_documents/2009/sr\\_rapport\\_2009\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2009/sr_rapport_2009_en.pdf), Serbia 2010 Progress Report accompanying the COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL Enlargement Strategy and Main Challenges 2010-2011. [http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key\\_documents/2010/package/sr\\_rapport\\_2010\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2010/package/sr_rapport_2010_en.pdf), COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL Commission Opinion on Serbia's application for membership of the European Union {SEC(2011)1208 final} [http://www.media.srbija.gov.rs/medeng/documents/european\\_commission\\_opinion\\_en.pdf](http://www.media.srbija.gov.rs/medeng/documents/european_commission_opinion_en.pdf). All websites visited in September 2012.

<sup>32</sup> Naprimer u poglavlju izveštaja koji je posvećen manjinama redovno se razmatra položaj izbeglica iako je notorna činjenica da ogromna većina ove populacije čine lica srpske nacionalnosti, nisu pripadnici manjine nego srpske većine, pa je njihovo navođenje u ovom poglavlju posve nelogično. Izveštaji takođe u okviru problematike manjina ponekad razmatraju položaj i takozvane LGBTB populacije koja ima malo zajedničkog sa problemima nacionalnih manjina. Vidi: Serbia 2009 Progress Report accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament and the Council Enlargement Strategy and Main Challenges 2009-2010, str. 17.



sto naglasak stavlja na postojanje ili nepostojanje odgovarajućeg pravnog okvira a ne na primenu propisa. Ovo je posebno važno ako uzmemo u obzir da na našim prostorima postoji mnogo veći problem sa sprovođenjem i poštovanjem propisa od strane organa vlasti nego sa samom sadržinom propisa.<sup>33</sup> U izveštajima Komisije o napretku sporadično se citiraju izveštaji i stavovi eksperata SE koji nadziru sprovođenje OKNM i EPRMJ ali se to radi sporadično i nekonzistentno. Ako se želi unaprediti monitoring zaštite prava nacionalnih manjina od strane država kandidata, pa tako i u slučaju Srbije, bilo bi neophodno da Savet EU ili sama Komisija EU formuliše obavezne i precize smerince za ocenu ispunjenosti kopenhavskih političkih kriterijuma, posebno kada je reč o zaštiti prava nacionalnih manjina, ili da jednostavno koristi ekspertizu SE u vezi monitoringa OKNM i EPRMJ. Trenutno jedine postojeće smernice su formulisane od strane Saveta 1997. godine. Prema ovom aktu, prava manjina treba da sadrže “pravo na osnivanje i funkcionisanje sopstvenih obrazovnih, kulturnih i verskih ustanova, organizacija i udruženja” kao i “odgovarajuću zaštitu izbeglica i prognanih lica koji se vraćaju u područja u kojima oni predstavljaju etničku manjinu”<sup>34</sup>

*Aktivnosti Agencije za temeljna prava (u daljem tekstu “ATP”) u pogledu zaštite prava nacionalnih manjina u Evropskoj Uniji*

ATP je osnovana sa Uredbom Saveta EU u februaru 2007. godine (u daljem tekstu “Uredba o osnovanju”) i ona je zamišljena da postane nadnacionalna institucija EU za ljudska prava.<sup>35</sup> ATP je naslednik Evropskog centra za nadzor rasizma i ksenofobije koja je postojala od 1998. godine<sup>36</sup> Iako ATP nema ovlašćenja da donosi pravno obavezujuće odluke niti da rešava pojedinačne slučajeve povrede ljudskih prava ipak njena delatnost i poslovi nisu za potcenjivanje. Poslovi ATP u oblasti zaštite ljudskih prava mogu se podeliti u tri grupe: prikupljanje podataka, izrada izveštaja i ekspertskih analiza i popularizacija i komunikacija u obla-

<sup>33</sup> Korhecz, Tamas: Službena upotreba jezika i pravna država – Analiza pravne regulative službene upotrebe jezika i pisma u Republici Srbiji i primena propisa u Autnomnoj pokrajini Vojvodini u svetlu nekih principa pravne države, *Pravni život*, broj 14/2007, Tom VI, str. 618.

<sup>34</sup> Annex III to Council Conclusions of 29-30 April 1997, EU Bulletin, No. 4, 1997.

<sup>35</sup> ATP je osnovana sa Uredbom Saveta – Council Regulation (EC) broj 168/2007 od 15 februara 2007. OJ L 53, str. 1–14.

<sup>36</sup> De Schutter Oliver – Van Goethem Valérie: The Fundamental Rights Agency of the European Union. U knjizi ALFREDSSON Gudmundur (eur.): *International Human Rights Mechanisms*, Leiden – Boston, 2009, Martinus Nijhoff Publishers, str. 610.

sti ljudskih prava.<sup>37</sup> Potrebno je napomenuti da prema Uredbi o osnivanju “prava pripadnika manjina” nedvosmisleno spadaju u delatnost ove organizacije<sup>38</sup> Na ovom mestu vredi potsetiti da neka od ranije citiranih rezolucija Evropskog parlamenta su tražila od Saveta i Komisije da osnivaju Agenciju za nadzor prava nacionalnih manjina, dok je poslednja relevantna rezolucija koju je Evropski parlament izglasao na osnovu izveštaja Kloda Moraesa insistirala na tome da ATP treba da ima ključnu ulogu u stvaranju standarda i nadzora u oblasti prava manjina. Čak i površna analiza dosadašnjeg rada ATP otkriva da su zahtevi Evropskog parlamenta u formi ovih rezolucija uglavnom ostali nezadovoljeni. Iako Uredba o osnivanju omogućuje aktivnosti ATP u oblasti prava nacionalnih manjina konkretni planovi i programi ATP ne uključuju istraživanja i nadzor u oblasti prava nacionalnih manjina. Naime ATP obavlja svoje poslove u okviru Višegodišnjeg okvira koji predlaže Komisija, a donosi Savet uz prethodnu konsultaciju sa Evropskim Parlamentom.<sup>39</sup>

U skladu sa Višegodišnjim okvirom, Upravni odbor ATP donosi godišnji program rada.<sup>40</sup> Uvidom u trenutni Višegodišnji okvir nećemo naći gotovo ništa u vezi prava pripadnika nacionalnih manjina, čak je i diskriminacija po osnovu maternjeg jezika, ili pripadnosti nacionalnoj manjini isključena iz trenutnih aktivnosti, odnosno iz Višegodišnjeg okvira za rad ATP.<sup>41</sup> Imajući u vidu ovo nije iznenađujuće da poslednji godišnji izveštaj o temeljnim pravima čija priprema je propisana Uredbom o osnivanju sadržava izuzetno malo konstatacija u vezi prava pripadnika manjina.<sup>42</sup> Ono što je analizirano u izveštaju u oblasti prava manjina je manje više vezano za položaj Roma.<sup>43</sup>

Na ovom mestu, ipak, treba ukazati na to da relevantne odredbe Uredbe o osnivanju omogućuju i to da ATP vrši i neke aktivnosti koje nisu obuhvaćene Višegodišnjim okvirom, u pojedinačnim slučajevima na osnovu konkretnog zahteva organa EU, i pod uslovom da su za takav poduhvat obezbeđena odgovaraju-

---

<sup>37</sup> Uredba Saveta – Council regulation (EC) Broj 168/2007 od 15 februara 2007, OJ L 53, Član 4, stav. 1.

<sup>38</sup> Isto, Preambula (10).

<sup>39</sup> Isto, Preambula (11) i Član 5.

<sup>40</sup> Isto, Član 12, stav. 6 a.

<sup>41</sup> Council Decision (2008/203/EC) implementing Regulation (EC) No 168/2007 as regards the adoption of a Multi-annual Framework for the European Union Agency for Fundamental Rights for 2007-2012. Document je skinut sa sajta [www.fra.europa.eu](http://www.fra.europa.eu) u septembru 2012.

<sup>42</sup> Council regulation (EC) No 168/2007 of 15 February 2007. OJ L 53, Član 4, stav 1.(e).

<sup>43</sup> Annual report 2011 – Fundamental Right: Challenges and achievements in 2011. Document downloaded from [www.fra.europa.eu](http://www.fra.europa.eu) in September 2012, str. 167–175.

ća budžetska sredstva EU.<sup>44</sup> Na ovaj način, nedavno je ATP pripremila i objavila celovitu studiju koja nosi naslov "Poštovanje i zaštita pripadnika manjina 2008–2010".<sup>45</sup> Ova analitička studija istražuje zaštitu pripadnika različitih manjina u EU, u svetlu promena izazvanih donošenjem Lisabonskog sporazuma. Iako je ATP malo toga uradila do sada na planu prava nacionalnih manjina postoji realna šansa da će sledeći Višegodišnji okvir (2013-2017) uključiti veće aktivnosti na ovom planu. .

### ZAKLJUČAK

Postepeno proširivana Evropska Unija se sve više suočava sa potrebom izgradnje sopstvenog pravnog okvira za zaštitu nacionalnih manjina, odnosno uključivanje ovog pitanja u nadležnost organa EU. Neke države članice se uporno zalažu za takve promene, dok druge, sa ne manjom istrajnošću se protive takvim promenama. Poslednja stanica u ovoj virtualnoj borbi za izgradnju sistema zaštite nacionalnih manjina u EU predstavljaju promene u najvišim pravnim aktima EU, izazvane Lisabonskim sporazumom. Za sada pravog pobednika u ovom pitanju nemamo. Sa jedne strane, analiza relevantnih propisa EU otkriva da je zaštita prava nacionalnih manjina u biti i dalje van domašaja pravnog normiranja EU, dok sa druge strane, sa poslednjim promenama u najvišim pravnim aktima EU, privrženost Unije zaštiti nacionalnih manjina je formalizovana i sada postoji i pravni osnov da uredbi i drugi propisi EU sve više uvažavaju poštovanje i zaštitu prava pripadnika nacionalnih manjina. Ono što ostaje pitanje, da li ova mogućnost, a ne obaveza, predstavlja dovoljan podstrek da Savet i Komisija EU krenu ovim putem?

Ono što je, međutim, izvesno da Republika Srbija, kao država kandidat za punopravno članstvo u narednom periodu treba kontinuirano da dokazuje svoju spremnost i kapacitet da poštuje i štiti prava nacionalnih manjina na svojoj teritoriji. Sve to će i dalje biti nadzirano od strane Komisije putem izveštaja o napretku. Isto tako, na osnovu dosadašnjih izveštaja o napretku Srbije, sa priličnom dozom sigurnosti možemo izjaviti da zaštita prava nacionalnih manjina verovatno neće biti među onim kriterijumima za punopravno članstvo u EU što Srbija neće moći ispuniti.

---

<sup>44</sup> Council regulation (EC) No 168/2007 of 15 February 2007. OJ L 53Član 5, stav 3.

<sup>45</sup> Report: Respect for and protection of persons belonging to minorities 2008-2010, [www.fra.europa.eu](http://www.fra.europa.eu), str. 1–90.

TAMAS KORHECZ, LL.D.,  
Professor, High school, Faculty of Legal  
and Business studies dr Lazar Vrkatić, Novi Sad

## EUROPEAN UNION AND THE PROTECTION OF MINORITY RIGHTS

### Summary

The article aims to shortly present the legal and political institutional framework of the European Union (EU) for the protection of national minorities as an emerging supranational level of government in relation to the integration process of the Republic of Serbia into the Union.

In the first part of the article a short analyses of the problems and dilemma concerning the protection of national minorities generally is presented. In second part the EU normative framework concerning the protection of national minorities is provided and analyzed in the mirror of recent changes with the enactment of the Lisbon Treaty. In the third part, various activities in the field of minority protection of some EU institutions and bodies like the European Parliament, EU Commission, Council and Fundamental Rights Agency are elaborated briefly. Special emphasis is given to the interpretation and practice related to the Copenhagen political criteria – including minority protection for candidate states. In the final, fourth part of this article some final comments are provided.



HRISTINA RUNČEVA,  
MILENA APOSTOLOVSKA

## FREEDOM OF EXPRESSION PROTECTION – Between the European convention and the EU charter –

### FREEDOM OF EXPRESSION

Freedom of expression is a cornerstone of democratic rights and freedoms. It is a *conditio sine qua non* for development of democratic society where everyone has the right to participate effectively in the process of opinion-making and decision making procedures.

The European Court of Human Rights (ECtHR) has referred freedom of expression as “one of the essential foundations of a [democratic] society, one of the basic conditions for its progress and for the development of every man.”<sup>1</sup>

It is commonly accepted that the right of freedom of expression is at the heart of the whole human rights system and that the level of its protection indicates if the state can be qualified as liberal-democratic. It is one of the most important

---

Hristina Runčeva, teaching assistant, Faculty of Law “Iustinianus Primus”, Skopje; MA in EU institutions and Policies, PhD candidate in Constitutional law and the EU.

Milena Apostolovska, teaching assistant, Faculty of Law “Iustinianus Primus”, Skopje; MA in Applied Policies, PhD candidate in EU law.

<sup>1</sup> *Handyside v. The United Kingdom*, 5493/72, Council of Europe: European Court of Human Rights, 4 November 1976, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b6fb8.html> [accessed 10 May 2012].

constitutionally protected rights in many European states and frequently present in the case law of Strasbourg and Luxembourg courts. The media has the role of public watchdog, but the freedom of expression, the transparency and open exchange of opinions and ideas is not unlimited. The limits are often set precisely by the international legal instruments and are activated if other human rights are jeopardized (for example, the right of privacy). Therefore, the media should use its power to keep the balance between different rights in order to respond to the task of keeping the role of the media as a “market place of ideas and opinions” where the free consumers can make the choice.

The right to freedom of expression upholds the rights of all to express their views and opinions freely. It does not only refer to publicly expressing political views and ideas, as it is often perceived. Today, freedom of expression means freedom to express one’s views and opinions whether verbally, in writing or simply in pictures, exchanging publicly cultural, political and social information and ideas, without being restricted, by the state or any other subject. Free access to information and ideas and by that free expression of views are essential for strengthening the individual dignity and participation in a democratic society.

#### INTERNATIONAL INSTRUMENTS FOR PROTECTION

There is a variety of international instruments that determine the standards for protection of the right of freedom of expression. The first document that guarantees this right was the Universal Declaration of Human Rights<sup>2</sup>, adopted by the General Assembly of the United Nations in 1948. These guarantees followed after the discussions in the first session of the U.N. General Assembly in 1946 where freedom of information was discussed in particular, and it was unequivocally stated that “Freedom of information is a fundamental right and is the touchstone of all the freedoms to which the United Nations is consecrated.”<sup>3</sup> The Universal declaration offers broader protection to the freedom of expression compared to the later adopted legal instruments, but it does not have a character of a treaty, it is a

---

<sup>2</sup> Article 19 of the Universal Declaration of Human Rights guarantees: “Everyone has the right to freedom of opinion and expression; this right includes freedom to hold opinions without interference and to seek, receive and impart information and ideas through any media and regardless of frontiers.”

<sup>3</sup> *Calling of an International Conference on Freedom of Information*, A/RES/59(I), para.1, United Nations: General Assembly, 14 December 1946, available at: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/033/10/IMG/NR003310.pdf?OpenElement> [accessed 15 May 2012]



not-binding document and therefore this analyze will not focus more broadly on its content.

The adoption of the key legal instruments for human rights protection brought a great impetus for further development of the mechanisms for protection of the right of freedom of expression. The European Convention for the protection of Human Rights and Fundamental Freedoms was adopted by the Council of Europe (1950) and it brought a new light on the protection of this “first generation human right” on European level. The judicial activism of the European Court on Human Rights in Strasbourg has created an extensive case law that later served to the European Union as an inspiration to create its own human rights protection mechanism. After long debates, the European Union has adopted its own bill of rights, the EU Charter on Fundamental Rights that became binding when the Treaty of Lisbon entered into force in December 2009. Both instruments guarantee the right to freedom of expression with different scope and limitations, but the main issue is whether both instruments are complementary and if they can offer broader protection to the freedom of expression (by cooperation between both courts in Strasbourg and Luxembourg), or can the overlapping competence cause ping-pong effect with the cases related to this issue?

#### EUROPEAN CONVENTION ON THE FREEDOM OF EXPRESSION GUARANTEES

The European Convention for the protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR) guarantees the freedom of expression in its Article 10<sup>4</sup>. Article 10 guarantees everyone’s right of freedom of expression, that includes freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without inference by public authority and regardless of frontiers. However, it does not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises. This indicates that Article 10 of the Convention is consisted of three separate freedoms: freedom to hold opinions, freedom to receive information and freedom to impart information and ideas. Firstly, freedom to hold opinions is certainly a precondition for freedom of expression, but it is also consisted of a negative freedom<sup>5</sup> which means that no one can be forced to reveal an opinion or belief. Second, freedom to receive information is consisted of the right

---

<sup>4</sup> *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, Article 10, Council of Europe, 4 November 1950, available at: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/005.htm> [accessed 15 May 2012].

<sup>5</sup> Case *Vogt v Germany*, 17851/91.

of the media to seek and collect information from different lawful sources and according to the Court this freedom is also consisted of “the right of the public to be adequately informed, in particular on matters of public interest.”<sup>6</sup> Freedom to impart information and ideas is complementary to the freedom of receiving information and can be interpreted in a manner that the state may not intervene between a transmitter and a receiver as they have the right to get into direct contact with each other according to their will.<sup>7</sup>

In its second paragraph, the Convention presents an overview of the cases when the exercise of these freedoms “may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.”<sup>8</sup> The second paragraph explicitly refers to the cases where the freedom of expression may be limited, in order to protect some other fundamental rights, due to the fact that it is not an absolute right. Besides that freedom of expression is subject to a number of exceptions, they “must be narrowly interpreted and the necessity for any restrictions must be convincingly established”<sup>9</sup>.

When it comes to the limitation of the right of freedom of expression, the European court tends to impose fewer margins to the national governments to restrict free speech, due to the sensitivity to some forms of speech that might significantly affect the balance of interests, like the right of others. For example, the issues relating to public morals are sensitive areas and the Court very often is ready to intervene and change the national judgments. In this case, the “doctrine of margin of appreciation<sup>10</sup>” that is based on the idea that each society should keep certain distance in the process of balancing individual rights and national inte-

<sup>6</sup> Monica Macovei, *Freedom of Expression: A Guide to the Implementation of Article 10 of the European Convention on Human Rights*, 2<sup>nd</sup> ed. p. 10. (Strasbourg: Council of Europe 2004), available at: <http://echr.coe.int/NR/rdonlyres/C3804E16-817B-46D5-A51F-0AC1A8E0FB8D/0/DG2EN-HRHAND022004.pdf> [accessed 10 May 2012].

<sup>7</sup> Case *Groppera Radio AG and Others v. Switzerland*, 1990, available at: <http://strasbourgconsortium.org/document.php?DocumentID=2075> [accessed 10 May 2012].

<sup>8</sup> *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, Article 10.

<sup>9</sup> *Vogt v Germany*, 17851/91 para. 52(ii), Council of Europe: European Court of Human Rights, 26 September 1995, available at <http://associationline.org/guidebook/action/read/chapter/4/section/jurisprudence/decision/108> [accessed 10 May 2012].

<sup>10</sup> See more in Eyal Benvenisti, *Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards*, 31 *International Law And Politics* 843 (1999).

rest, as well as in resolving conflicts that emerge as a result of diverse moral convictions, is certainly applied by the European court in Strasbourg.

All these guarantees have a binding force for the Member states of the Council of Europe, which means that all EU Member States are obliged by this Convention. The special guarantees for the freedom of expression in the European Convention are established with a purpose of strengthening the guarantees of democratic political process in the member states of the Council of Europe. It is also considered as a tool for minorities, political opponents and civil society in the process of stimulating public debates. Article 10 of the European Convention has been a subject of numerous cases before the European Court of Human Rights in Strasbourg. The Court stands for protection of free flow of information and ideas, limiting state power to restrict freedom of expression in the fields of political expression, broadcasting and press, national security, demonstrations and privacy.

Many years later, the European Union has launched its own instrument for fundamental rights protection. The EU Charter of Fundamental Rights was proclaimed in December, 2000 and became binding in 2009 when the Treaty of Lisbon entered into force. It entrenches the rights developed in the case law of the European Court of Justice (ECJ) in Luxembourg, found in the European Convention on Human Rights, as well as other rights and principles resulting from the constitutional traditions of the EU Member States and other international instruments<sup>11</sup>. The Charter was not aiming to create new rights, but to make the existing ones more visible and known for the European citizens and all persons resident in the EU. In this context, the Preamble of the Charter states: "To that end it is necessary to strengthen the protection of fundamental rights in the light of changes in society, social progress and scientific and technological development by making those rights *more visible* in a Charter." The Charter is not a simple reproduction of the European Convention- the origins of the Charter can be found in the European Convention on Human Rights, but the Charter also derives from the ECJ case law and constitutional traditions of the Member States. The freedom of expression right follows this pattern without exception: it originates from the ECHR, but is also based on different sources.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> Annual report on the application of the EU Charter of Fundamental Rights – frequently asked questions MEMO/11/207. Brussels, 31 March 2011, available at: <http://europa.eu/rapid/press-ReleasesAction.do?reference=MEMO/11/207> [accessed 10 May 2012].

<sup>12</sup> Article 11-Freedom of expression and information-Origins and sources: ECHR; case law of the European Court of Justice, see case C-288/89; Protocol on the system of public broadcasting in the Member States; Council Directive 89/552/EEC. Horvath, Zoltan and Odor Balint. *The Union After Lisbon- The Treaty Reform of the EU* . p. 113(Budapest: HVH-ORAC Publishing House Ltd. , 2010).

Counterpart of the Article 10 of the European Convention can be found in the EU Charter of Fundamental Rights in its Article 11 “Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include the freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers”. Additionally, it offers guarantees for media freedom and pluralism, due to the fact that they derive from the jurisprudence of the ECJ in Luxembourg and many cases have been raised upon these issues.

At first glance, it seems that the EU Charter offers broader and more systematic protection for the freedom of expression than does the European Convention because the Convention allows freedom of expression to be subject of a number of limitations. But the EU Charter also implies certain limitations to the freedom of expression generally referring to them in Article 52 which addresses the scope of guaranteed rights of the Charter. The requirements here are that “... limitations may be made only if there are necessary and genuinely meet objectives of general interest recognized by the Union or the need to protect the rights and freedoms of others.” Compared to the European Convention limitations, the Charter does not contain broad and exact selection of possible situations where the freedom of expression can be limited, but it addresses the “general interest” which can be interpreted even more extensively than the certain situations of the Convention. The scope of limitations in Article 52 of the EU Charter does not define the “general interest” which could be considered as an opportunity for wide discretionary powers for interpretation by the European Court of Justice.

Pursuant to Article 52(3) of the Charter, the freedom of expression corresponds to the same right guaranteed by the European Convention and the meaning and scope of this right is the same as the one guaranteed by the Convention. The provision also states that it shall not prevent Union law providing more extensive protection. If we carefully analyze the Article 52(3) of the Charter, we will notice that it sets the foundation for harmonious development of interrelation between the provisions of the Charter and those of the European Convention, allowing the Union to create more extensive protection of fundamental rights, than the one provided under the ECHR.

This provision enables complementary protection of fundamental rights by the two crucial instruments, the Charter and the European Convention, not excluding any of them, but on the contrary- enabling more extensive protection. The main issue that might appear in this case is whether the multilayer protection of freedom of expression might cause ping-pong effect by proclaiming the both courts in charge as incompetent for dealing with some cases, transferring the responsibility from one to another?

The answer of this can be found in the scope of application of both instruments. According to Jacobs G. Francis, the Charter is not an “all-purpose human rights instrument for the European Union”, but on the contrary- it is intended to have a rather limited scope, being addressed only to the European Union institutions and to the Member States only when they are implementing European Union Law. And even on the latter point there may be cause for confusion: the Member States would be subject to the Charter where they were implementing EU Law, but to the European Convention on Human Rights where they were acting on their own.”<sup>13</sup>

#### BETWEEN STRASBOURG AND LUXEMBOURG

The judicial activism of the courts in Strasbourg and Luxembourg today has the key role in the protection of the right to freedom of expression. This derives from the fact that freedom of expression protection is very dependent upon the interpretations of the courts. Diverging interpretations by the European Court on Human Rights and the European Court of Justice on this issue might appear. This can only lead to the possibility of the Strasbourg Court to open a way for a considerable stream of applications against judgments of the Luxembourg Court. The total duration of procedures, which are already too long, will be additionally prolonged and the caseload might grow. Effectiveness of both systems would be required and it can only be reached by regular coordination between the judges of Strasbourg and Luxembourg. So far, the developments show satisfactory level of coordination of both systems in order to create legal certainty and legal unity for the applicants.

Additional efforts have been made in order to strengthen the legal certainty of the systems: the European Union is standing before a new challenge- accession to the European Convention on Human Rights. The Treaty of Lisbon sets legal basis for EU to become a member of the European Convention and the Commission has recommended to the Council to open accession negotiations with the Council of Europe. There are ongoing negotiations that have been launched in July 2010. The accession of the EU to the European Convention would complement the fundamental rights protection by the Union, including freedom of expression, and would introduce an additional judicial control in terms of pro-

---

<sup>13</sup> Jacobs G. Francis, *The European Convention on Human Rights, the EU Charter of Fundamental Rights and the European Court of Justice- The Impact of European Union accession to the European Convention on Human Rights* .p. 293–294, available at: [http://www.ecln.net/elements/conferences/book\\_berlin/jacobs.pdf](http://www.ecln.net/elements/conferences/book_berlin/jacobs.pdf) [accessed on 15 May 2012].

protecting fundamental rights. Accession of the EU to the European Convention would mean that European citizens could see their interrelated, interdependent and indivisible human rights safeguarded through the smoothly working protection system to which they are entitled.

The benefit of the plural system of human rights protection could be obtained if there is harmonious development and precisely defined scope of the variety of regulatory frameworks and their different jurisdictions. Moreover, additional courts can give innovative impetus to a deadlocked jurisprudence and open a new space for fundamental rights protection. The disadvantages of the complex mechanism on human rights protection in the European Union could be found in the overlap of the different protection instruments, functionally and geographically at the same time complementing, but also competing with each other. This multi-layer protection may ask from the citizens to pass through several different and long procedures that might cause additional and unexpectedly high costs. Additionally, there is a risk of divergent or corrective rulings in every new phase of the procedures, and this might cause loss of confidence by the citizens due to the perception of a legal uncertainty.

This challenge between different legal instruments and jurisdictions for fundamental rights protection might bring the right to freedom of expression to a serious threat of an inconsistent protection. The challenge can be bridged over only by setting a priority of the EU and the Council of Europe for creation of a legal mechanism for uniformity of human rights protection and cooperation among courts that may give long-term positive results.

HRISTINA RUNČEVA,  
Asistent Pravnog fakulteta "Justinijan Prvi" u Skoplju  
MILENA APOSTOLOVSKA  
Asistent Pravnog fakulteta "Justinijan Prvi" u Skoplju

ZAŠTITA SLOBODE IZRAŽAVANJA  
– Između Evropske konvencije i EU povelje –

Rezime

U ovome radu analizira se zaštita slobode izražavanja kao jedan od kamena temelja demokratskog društva, kroz prizmu dva međunarodna dokumenata – Evropsku konvenciju o ljuds-

kim pravima i Poveljom o osnovnim pravima Evropske unije. Imajući u obziru da je zaštita slobode izražavanja do stupanja na snagu Lisabonskog sporazuma bila zagantovana Evropskom konvencijom o ljudskim pravima, a građani zemalja članica Saveta Evrope mogli su da se obrate za povredu ovog prava samo pred Sudom u Strazburu, sa stupanjem na snagu Lisabonskog sporazuma bile su obezbedene dopunske garancije ovog prava preko Povelje o osnovnim pravima na EU. Države članice Unije, koje su takođe članovi Saveta Evrope suočavaju se sa dva mehanizma koji štite pravo na slobodu izražavanja: Evropska konvencija i Povelja EU koja se stekla sa pravno-obavezujućim karakterom, nakon usvajanja Lisabonskog sporazuma.





ŠESTA KATEDRA

**PRAVO NA PRAVNU  
DRŽAVU**



GORDANA VUKADINOVIĆ

## SAVREMENA ŠKOLA PRIRODNOG PRAVA

– Odnos prava i morala –

### I

*Odnos između prava i morala za Jeringa  
je predstavljao rt oluja pravne nauke,  
a za Kročea rt brodolomnika.*

Veliki broj različitih pravaca i strujanja u savremenoj pravnoj filozofiji i teoriji prava obeležava dvadeseti i početak dvadeset prvog veka. Tu naročito spadaju jusnaturalizam, pozitivizam i neopozitivizam, utilitarizam i pravni realizam, analitička koncepcija prava, itd. U okviru tih pravaca ističu se brojna imena filozofije i teorije prava kao što su na primer Gustav Radbruch, Hans Kelzen, Džon Rols, Lon Fuller, Herbert Hart, Norberto Bobio, Ronald Dworkin, Pol Amselek, Džon Finis, Mišel Vilej, itd.<sup>1</sup>

Pored toga pravna misao, i ideje, i pravna nauka pretežno se formiraju u okviru pravnih škola. One u značajnoj meri utiču na pravnu praksu, na primenu prava ali takođe i na teoriju, filozofiju i sociologiju prava. U okviru njih formira se pojam prava, razvija pravna metodologija i pravna dogmatika. Upravo zato,

---

Dr Gordana Vukadinović, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu. Ovaj rad je rezultat realizovanja projekta "Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava (EU i Srbija)" koji se finansira sredstvima Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu.

<sup>1</sup> Vukadinović, G. Stepanov, R.: *Uvod u filozofiju prava*, 2004, 63–203.

pojam prava ili odgovor na pitanje “šta je pravo”, kao i odgovor na pitanje kakav je odnos prava i morala, treba tražiti u okvirima određene pravne škole, tj. u okvirima konkretno pravnog vladajućeg mišljenja.<sup>2</sup> Pravne škole predstavljaju oznaku za skup karakteristika, sadržaj i metodološki obrazac izražavanja jednog pravnog diskursa i vladajućih pravnih ideja koje se ističu ili čak dominiraju u jednom vremenu, na jednom određenom prostoru. Pravne škole ponekad obeležavaju njihovi značajni predstavnici jer su oni kreatori određenog pravnog mišljenja, te se jedna škola ili koncepcija prepoznaje po njenim vodećim predstavnicima.<sup>3</sup>

Kada je u pitanju odnos prava i morala u filozofiji i teoriji prava, u okviru prirodnopravne škole zastupaju se dve grupe shvatanja. Prva, zastupa ideju da pravo i moral čine jedinstvo. Ideju o jedinstvu prava i morala zastupali su naročito sledbenici klasične škole prirodnog prava koji pravo poistovećuju sa moralom (Toma Akvinski, neotomisti)<sup>4</sup>. Druga grupa smatra, s obzirom da se ovom shvatanju mogu uputiti ozbiljne primedbe, da između prava i morala ne postoji ni potpuna odvojenost, ni identitet, nego “polarnost, tj. odnos jedne samo relativne suprotnosti koja jednu strukturu odnosa ne isključuje, nego uključuje”<sup>5</sup>.

## II

Više od dve ipo hiljade godina ideja o prirodnom pravu,<sup>6</sup> tj. jedinstvu prava i morala, ima istaknutu ulogu u ljudskoj misli i istoriji. Uprkos svim razlikama

<sup>2</sup> Pravnim školama su srodne ili komplementarne pravne koncepcije i “pravni pokreti”.

<sup>3</sup> Stepanov, R. Vukadinović, G: *Modernost prava. Antologija pravnih škola ideja i pokreta*, Novi Sad, 2003, 5.

<sup>4</sup> Nasuprot tezi o identitetu između prava i morala, zastupa se suprotno stanovište, radikalno odvajanje i međusobno suprotstavljanje prava i morala. Često se u pravnoj literaturi ističe da je pravni pozitivizam paradigma odvojenosti prava i morala. U razvoju pravnog pozitivizma razlikuju se četiri dominantna pravca: 1. sociološki pravni pozitivizam koji usmerava pravo na proučavanje ponašanja unutar nekog društva i zasniva se na praćenju konkretne pravne prakse. 2. socijalnopsihološki pravni pozitivizam koji se nadovezuje na zatečena shvatanja, predstave i voljne momente s ciljem da obrazloži njihove sadržaje i njihovo značenje. 3. pravno-naučni pozitivizam insistira na izgradnji pravne logike koja bi omogućavala formiranje jednog jedinstvenog i konzistentnog pravnog sistema, i 4. normativni pravni pozitivizam, koji se oslanja na samo važeće pravo, a svoju “inspiraciju” nalazi u tzv. “čistoj” teoriji prava Hansa Kelzena (vidi šire Vukadinović, G.: *Teorija države i prava*, knj. II, Novi Sad, 2007, 44 i dalje).

<sup>5</sup> Kaufman, A.: *Pravo i razumevanje prava, Osnovni problemi hermeneutičke filozofije prava*, Beograd-Valjevo, 1998, 175–179.

<sup>6</sup> “Izraz ‘prirodno pravo’ je genusni pojam i iza njega stoji pravna i filozofska civilizacija od Aristotela i pre njega, do Kanta i posle njega, sve do Univerzalne deklaracije o pravima čoveka (1948), i posle nje.” (Perović, S.: *Ljudska prava – tekovina škole prirodnog prava*, Beograd, 1998, 65).

koje se javljaju u razumevanju i interpretaciji jusnaturalizma, teorija prirodnog prava u suštini pravo tumači kao jedan složen i hijerarhiski poredak. S jedne strane, prirodno pravo sastavljeno je od objektivnih i pravednih načela uređenja međuljudskih odnosa, ono je univerzalno važeće, a sa druge, od pravila ponašanja postavljenih od strane države i drugih subjekata, tj. od pozitivnog prava<sup>7</sup>. Prirodno-pravne teorije zato uvek ukazuju na sastav pravne pojave – dualitet (prirodnog i pozitivnog prava), objektivnost važenja prirodnog prava ili njegovu nezavisnost od volje i delovanja ljudi, etički savršen, idealan sadržaj prirodnog prava (koji je stoga najčešće izražen kao pravda ili opšte dobro), i konačno, nadređenost prirodno-pravnih načela u odnosu na pravila pozitivnog prava. U dualizmu prirodnog i pozitivnog prava prirodno pravo se poimalo kao krajnje merilo “ispravnog i neispravnog, kao obrazac za dobar život ili život u saglasnosti sa prirodom”.<sup>8</sup>

Zasluga učenja o prirodnom pravu sastoji se u ulozi koju je ono imalo u toku istorije. U tom pogledu možemo se složiti sa D'Antrevom koji ističe: “da nije bilo prirodnog prava, beznačajni zakoni malih seoskih zajednica poluostrvske Italije ne bi nikad postali univerzalno pravo jedne međunarodne civilizacije. Bez prirodnog prava ne bi bila moguća ni velika srednjovekovna sinteza božje i svetovne mudrosti. Bez njega verovatno ne bi bilo ni američke ni francuske revolucije, niti bi veliki ideali sloboda i jednakost našli put do pravne literature kao što su ga našli do ljudskih srca.”<sup>9</sup>

Shvatanja o jedinstvu prava i morala nalazimo u okviru prirodnopravne škole pa će zato predmet naše analize biti stavovi eminentnih autora koji pripadaju glavnim tokovima savremene angloameričke, italijanske i francuske, jusnaturalističke misli. Među angloameričkim autorima značajno mesto pripada Lonu Fulleru i Džonu Finisu.

Lon Fuller zastupa svojevrсну, originalnu, procesnu varijantu prirodnog prava u sekularizovanom obliku. On raskida sa pozitivizmom Ostina, Greja, Holmsa i Kelzena, koji su imali dominantan uticaj u teoriji i filozofiji prava na engleskom govornom području. Fulleru su takođe neprihvatljive postavke analitičkog pravnog pozitivizma H. Harta, M. Koena, i R. Samersa. Za njega je pravni pozitivizam neprihvatljiv u osnovnim postavkama. Prvo, za pravnog pozitivistu pravo je jednosmerna projekcija vlasti koja se nameće građanima. Drugo, pozitivistička filozofija se ne pita šta je pravo, šta ono čini, nego gde mu je izvor.

---

<sup>7</sup> Perović, S.: Nav,delo 9 i dalje.

<sup>8</sup> “Podsticalo je umovanje, bilo je probni kamen postojećih institucija i opravdanje kako za konzervativizam tako i za revoluciju”. (D'Antrev, A.: *Prirodno pravo. Uvod u filozofiju prava*, Podgorica, 2001, 13).

<sup>9</sup> Nav. delo: 19.

Treće, pravni pozitivizam ne smatra da zakonodavac ima neku ulogu ili funkciju. Četvrto, što proističe iz prethodnog, ništa što bi se moglo nazvati "moralnom ulogom" ne vezuje se za funkciju zakonodavstva. Peto, pravni pozitivizam smatra da je "jasno rasuđivanje nemoguće ukoliko ne izvedemo oštro odvajanje svrsishodne delatnosti koja učestvuje u stvaranju prava, od prava koje stvarno nastaje iz te delatnosti"<sup>10</sup>.

Da bi rešio pitanje moralnosti koja čini pravo mogućim, Fuller polazi od prava koje čovek može poštovati, koje sadrži minimum moralnosti. Ukoliko pravne norme ne sadrže minimum moralnosti ne mogu biti delotvorne pa ne zaslužuju ni taj naziv. Najuočljiviji načini: 1. da pravni sistem doživi neuspeh, čak katastrofu, kako upečatljivo veli Fuller, jeste da se uopšte ne utvrde pravila nego da se svaki slučaj rešava *ad hoc*. 2. neobjavljivanje pravnih pravila ili kad pravna pravila nisu dostupna onima od kojih se očekuje da ih poštuju. 3. zloupotreba retroaktivnog dejstva, čime se ne samo onemogućava dejstvo norme unapred, već se narušava integritet pravila, njihov prospektivni efekat. 4. nerazumljiva pravila. 5. donošenje kontradiktornih odredbi. 6. donošenje pravila koja zahtevaju nemoguće ponašanje. 7. česte izmene pravila koje uslovljavaju da subjekt nije u stanju da se po njima ponaša. 8. neuspeh da se postigne sklad između objavljenih pravila i njihove stvarne primene.<sup>11</sup>

Za Fullera, utopija bi bila kada bi se svih osam principa realizovalo do savršenstva, tj. ukoliko bi svi nedostaci bili sasvim izbegnuti. Aspiracija ka savršenstvu u zakonitosti ide ka zamišljenoj utopiji. U takvoj utopiji pravila ostaju postojana u vremenu, zahtevaju samo moguće, a njih se pridržavaju sudovi, policija i svako ko je nadležan za njihovu primenu.<sup>12</sup> "Ova utopija u kojoj se svih osam principa savršeno ostvaruju nije u stvari koristan cilj usmeravanje impulsa ka zakonitosti". Cilj savršenstva je mnogo složeniji. Ipak, on sigeriše osam nesumnjivih standarda pomoću kojih se izvrsnost u zakonitosti može ispitati.

Osam zahteva unutrašnje moralnosti prava (ili samo neki od njih) čine procesna pravila koja se odnose na stvaranje i praktičnu primenu prava, bez bitnih ciljeva kojima takva pravila služe. Kako izričito ističe Fuller, principi koje je izložio predstavljaju *procesnu ili proceduralnu varijantu prirodnog prava*.

U sklopu anglosaksonske i američke jurisprudencije, Džon Finis razvija celovito prirodnopravno shvatanje u skladu sa zahtevima praktične razumnosti. Finis se zaslužno predstavlja kao jedna od vodećih ličnosti savremene filozofije morala, teorije i filozofije prava. Predmet njegovog trajnog interesovanja je misao

<sup>10</sup> Fuller, L.: *Moralnost prava*, Podgorica, 1999, 191–197.

<sup>11</sup> Nav. delo, 55 i dalje.

<sup>12</sup> Nav. delo, 45.



Tome Akvinskog, odnosno, njegov filozofski sistem. Finisovo delo *Akvinski: moralna politička i pravna teorija* predstavlja, po opštoj oceni, izvanrednu analitičku – istorijsku analizu shvatanja morala, politike, prava, kao i metode u društvenim naukama Tome Akvinskog. Istovremeno Finis dokumentuje kako je Akvinski u tim oblastima prevazišao neka srednjovekovna ograničenja i na taj način dao doprinos savremenim raspravama o tim pitanjima<sup>13</sup>.

U delu *Prirodno pravo*<sup>14</sup> Finis se suprotstavlja moralnom skepticizmu koristeći se savremenim analitičkim sredstvima da bi se postigle osnovne postavke vrednosti i principi zajednice: opšteg dobra, pravde, ljudskih prava, autoriteta, zakona, različitih vrsta obaveza i božanskog autoriteta. Za razliku od prirodno-pravnih teorija koje se pozivaju na prirodna prava u ontološkom smislu, Finis zasniva svoje prirodno-pravno shvatanje na praktičnom stanovištu, praktičnoj razumnosti. Pod praktičnom razumnošću on podrazumeva rasudjivanje radi donošenja odluka i delovanja. Na taj način razumnost bi bila “u odlučivanju, prihvatanju obaveza, izboru pojedinih izvršnih projekata i delovanju uopšte”.<sup>15</sup> Dalje, Finis navodi sedam osnovnih podjednako vrednih dobara kojima prirodno pravo stremi<sup>16</sup>. Prva osnovna vrednost je *život* koji označava svaki aspekt vitalnosti, koji ljudskom biću daje dobar oblik za samoodređenje. Druga osnovna vrednost je *zdravlje*, treća *znanje* koja nije ništa drugo nego jedno ljudsko dostignuće u svetu. Znanje je, za Finisa, istina za razliku od uverenja koje može biti i istinito i pogrešno. Radi se o znanju koje smatra poželjnim, i koje postoji zbog sebe samog. Četvrto dobro, vrednost kome prirodno pravo teži jeste *zabava* (igra). Kod ovog elementa praktične razumnosti radi se o uključivanju u predstavu u kojoj se uživa zbog sebe samog. Peti elemenat ljudske razumnosti je *estetsko iskustvo* pod kojim se podrazumeva uživanje u lepoti. Razjašnjenje lepog ima dugu istoriju, ali verovatno je Finis imao na umu Platonovo shvatanje po kojem je ideja lepog jedna od tri najviše ideje, uz ideju istine i dobra. Šestu osnovnu vrednost čini *prijateljstvo* koje u svom najslabijem obliku ostvaruje minimum mira i harmonije među ljudima, dok pod razvijenim, pravim prijateljstvom podrazumeva delovanje rukovođeno ciljevima našeg prijatelja zbog njegove dobrobiti. Sedmi elemenat ljudske razumnosti je *religija* koja nastoji da da odgovor na ona ključna pitanja čovekovog života, porekla kosmičkog poretka, ljudske slobode i uma<sup>17</sup>. Prirodno pravo

---

<sup>13</sup> Finnis, J.: *Aquinas: Moral, Political and Legal Theory*, Oxford, 1998.

<sup>14</sup> Finis, Dž.: *Prirodno pravo*, Podgorica, 2005.

<sup>15</sup> Čavoški, K.: *Uvod u pravo*, knj. I, Beograd, 1994, 82.

<sup>16</sup> Vukadinović, G. Stepanov, R.: *Uvod u filozofiju prava*, 151 i dalje.

<sup>17</sup> Finis, Dž.: *Prirodno pravo*, 110 i dalje.

je upravo skup ovih načela praktične razumnosti, kojima se uređuje ljudski život i život u zajednici.

Svako od ovih osnovnih dobara (zahteva) prema Finisu ima objektivnu vrednost. Ta dobra bi trebalo da budu vrednovana s obzirom na ljudsku prirodu, a ne zbog nekog drugog dobra koje se uz pomoć tog dobra može dostići. Svako od ovih dobara je univerzalno jer važi za sve kulture i sva vremena. Kao i Toma Akvinski, Finis zaključuje da su ova dobra kao objektivne vrednosti očigledna po sebi.

Međutim, osnovne ljudske vrednosti ne mogu se zamisliti bez zajednice ljudskih bića i delotvornog pravnog sistema. Pošto je moguće da važeći pravni sistem bude izopačen i protivan opštem dobru, postavlja se pitanje da li se i tada može smatrati pravnim. Prema Finisu, u tim slučajevima ne može se primeniti jednostavan princip: nepravedan zakon nije zakon. Pozitivno pravo koje nije u skladu sa načelima praktične razumnosti ne prestaje da bude pravo, mada je njegovo svojstvo prava umanjeno, ono je manje pravno, ili drugačije rečeno, nije pravo u potpunosti. Odmah se može postaviti pitanje obaveznosti takvog prava. Kada je u pitanju obaveza, Finis jasno razlikuje pravnu od moralne obaveze. Zakoni moralno obavezuju pod uslovom da štite i unapređuju opšte dobro. Ukoliko su protiv opšteg dobra ili protiv bilo kog načela praktične razumnosti, tim propisima u potpunosti nedostaje autoritet. Ipak, i nepravedan zakon je u ograničenom smislu pravno obavezan pod pretpostavkom da potiče od pravno ovlašćenog izvora, da ga sudovi ili drugi organi primenjuju i da se o njemu govori kao o zakonu. Za Finisa, korišćenje vlasti je krajnje defektno ako ona svoja ovlašćenja koristi da propisuje odredbe ne za opšte dobro, već za svoje dobro, ili dobro svojih prijatelja, partije ili frakcije, ili to čini iz zle namere prema nekom licu ili grupi. Kao krajnja osnova onoga koji stvara pravo, njegovog moralnog autoriteta jeste činjenica da on ima ovlašćenja, a stoga i odgovornost da unapređuje opšte dobro donošenjem rešenja za koordinirane probleme jedne zajednice. Iz ovoga je očigledno da Finis pripada jednoj umerenoj prirodnopravnoj varijanti prema kojoj zakoni mogu biti nepravedni ali ih uprkos tome treba u izuzetnim slučajevima poštovati. Dakle, on zastupa teoriju, kako kaže Bobbio, "uslovljene neposlušnosti ili pasivne poslušnosti"<sup>18</sup>.

Ako želimo da ispitamo odnos prava i morala u okviru prirodnopravne škole, Trebalo bi da se osvrnemo na nezaobilazan doprinos koji je dao italijanski teoretičar i filozof prava, Alesandro D'Antrev u delu *Prirodno pravo*<sup>19</sup>. Odnos između prava i morala predstavlja najveću teškoću ali je "istovremeno i glavno obeležje

<sup>18</sup> Bobbio, N.: Jusnaturalizam i pravni pozitivizam, *Eseji iz teorije prava*, Split, 1988, 25.

<sup>19</sup> D'Antrev, A.: nav. delo, 85.

čitave teorije prirodnog prava”. S obzirom da ova teorija nalaže proširenje pojma prava, problem se ne tiče samo forme, već pre svega sadržaj prava mora biti moralan. “Pravo je pokazatelj dobrog i rđavog. Sa svoje strane, dobro i zlo su uslovi postojanja pravne obaveze”. Teoretičari prirodnog prava su verovali u apsolutne vrednosti i shvatali prirodno pravo kao “sredstvo za ostvarivanje tih vrednosti. ‘Pravo unapređuje (ono što je) dobro i pravedno’. ‘Nema prava ako nije pravedno’. ‘Cilj celokupnog udruživanja ljudi je očuvanje prirodnih i neotuđivih prava čoveka”<sup>20</sup>.

Razvijajući shvatanje o odnosu prava i morala, D’Antrev, kao i Vilej, u zaključivanju se približava drugoj grupi shvatanja prema kojoj su pravo i moral odvojeni, ali stoje u bliskoj vezi. Pozivajući se na definiciju prava kao “etičkog minimuma”<sup>21</sup>, prirodno pravo je opravdanje tog minimuma. Shvatanjem prava kao “etičkog minimuma” “ne poriče se postojnje razlike između ove dve sfere koja se uvek mora imati u vidu kod pravilnog razumevanja pravnog i moralnog fenomena”. Zapravo, “ako su teoretičari prirodnog prava nagovestili ovu distinkciju, oni to nisu učinili u empirijskom smislu reči, uopštavanjem iz date istorijske situacije, već u pravom filozofskom smislu kao analizu prirode pravne i moralne obaveze”. Moguće je u njihovim stavovima “naći iznenađujuće jasno shvatanje razlike između pravne usklađenosti i moralne vrednosti neke radnje.”<sup>22</sup>

Daljoj razradi odnosa prava i morala u okviru specifičnog prirodnopravnog shvatanja, doprinelo je i delo velikana francuske filozofije prava Mišela Vileja. Njegova prirodnopravna teorija počiva na originalnom tumačenju Aristotelove filozofije, rimske jurisprudencije i sholastike Tome Akvinskog. Kako Vilej ističe, nameće se nužnost “vraćanja izvorima”<sup>23</sup>, te on pravo definiše kao odnos, društveni fenomen. Pravo je “veština traganja za posebnom pravdom prilikom deobe dobara i dužnosti između članova jedne iste političke zajednice”<sup>24</sup>. Za Vileja je pravo, pre svega, jedna veština, jedno umeće traganja za pravdom, ali i više od toga, za njega je pravo oživotvorena pravda, pravedna stvarnost. Prema najširim tumačenjima Vilejevog dela ovo je najznačajnija tvrdnja u interpretaciji Ari-

---

<sup>20</sup> Isto.

<sup>21</sup> Nasuprot Jelinekovom shvatanju prava kao etičkog minimumu suprotstavlja se drugo mišljenje o pravu kao “etičkom maksimumu”. Taj izraz je prvi put uveo nemački pravnik G. Šmoler, a značajan prilog shvatanju moralne maksimalizacije prava dao je ruski poznati pisac L. N. Tolstoj kao i A. Šopenhauer. (Babić, D.: *Pravo i moral, Eseji filozofije prava*, 50 i dalje)

<sup>22</sup> D’Antrev, A.: Nav. delo 98 i dalje.

<sup>23</sup> Villey, M.: *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit. Les moyens du droit*, Paris, 2001, 40.

<sup>24</sup> Nav. delo, 56. Božić, M.: *Jusnaturalizam Mišela Vileja*, magistarska teza, Novi Sad, 2006, 143 i dalje.

stotela. Tako pravo i pravda nisu samo puki ideali, nego su tesno povezani. Kao i za Aristotela pravda je stvarnost, nije utopija, već sam život i aktuelnost. Pravda je jedna pravedna stvarnost, tj. pravo, a pravo nije među idejama, ono je u stvarnosti, *medium in re*, kako veli T. Akvinski. Što se tiče posebne pravde ona je čisto društvena vrlina, kvintesencija pravde. Ta posebna pravda je izvršenje prava, i prema tome posebna pravda je definisana kao veština prava.

Ideja prava je "čerka" ideje pravde, ali je nažalost smeštena u posebnom prostoru. Prema Aristotelu, pravo je osvojilo svoju autonomiju<sup>25</sup>. Na jednom drugom mestu<sup>26</sup> Vilej kritikuje nerazlikovanje prava i morala kao vrstu jeresi. Tek sa pojavom Tome Akvinskog stvorene su, prema Vileju, pretpostavke za ponovno oživljavanje klasičnog prirodnog prava u evropskoj pravnoj kulturi. "Samo veliki sholastičar je bio kadar da razdvoji pravo od morala i ispravno reinterpreтира Aristotelovu filozofiju. Za Vileja, Toma Akvinski je dosledni baštinik aristotelizma, a njegovo učenje poslednja obnova i odbrana klasičnog prirodnog prava"<sup>27</sup>. Mišle Vilej svojim originalnim shvatanjem antičkih i srednjovekovnih filozofsko-pravnih teorija, a u okviru toga razmatranja odnosa prava i morala, predstavlja dragocen i nezaobilazan doprinos novom tumačenju Aristotela, rimske jurisprudencije i *Sume teologije*.

### III

Shvatanju da pravo i moral čine jedinstvo mogu se uputiti ozbiljni prigovori. Prvo, ono je neodrživo, jer ne odgovara stvarnosti. Često uopšte ne postoje moralne norme koje regulišu odgovarajuće odnose. Ili moralne norme postoje, ali su one nejasne ili pak, sporne. Isto tako događa se da su moralne norme u okviru jednog područja pravnog poretka nejedinstvene, odnosno, postoji protivurečnost između pravne i moralne norme<sup>28</sup>. Drugo, na šta je ukazao Herman Kantorovič, identitet između prava i morala prevashodno je "bio i jeste dogma autoritarnih sistema"<sup>29</sup>. Ako svako pravo ostaje pravo čak i kada je evidentno nepravedno, kao što tvrde pravni pozitivisti, onda legalitet totalitarnih poredaka, iracionalnih društvenih sistema i legalizovano kršenje osnovnih ljudskih prava ostaje izvan svakog mogućeg uticaja.<sup>30</sup> I treće, kod izjednačavanja prava i morala, moral (odnosno etika) gubi svoju kritičku funkciju u odnosu na pravo.

<sup>25</sup> Vilej, M.: Nav delo, 56.

<sup>26</sup> Nav, delo, 76.

<sup>27</sup> Božić, M.: Nav. delo, 161.

<sup>28</sup> Kaufman, A.: Nav. delo, 176.

<sup>29</sup> Isto.

<sup>30</sup> Babić, D.: *Pravo i moral*, 11.

Ako prihvatimo kao rešenje odnosa između prava i morala naveden stav o polarnosti, tj. da je u pitanju odnos samo “jedne relativne suprotnosti koja jednu strukturu odnosa ne isključuje, nego uključuje, onda moral još uvek može služiti kao kritičko merilo za pravo.”<sup>31</sup> Na kraju, pravo i moral nisu ni potpuno identični, ne čine jedinstvo ali nisu potpuno odvojeni tj. različiti, nego se jedno prema drugom nalaze poput lopti koji se presecaju, “čiji polovi od kojih polazi bogato polje snaga i napetosti se uzajmno dodirivaju, dopunjuju ali i odbijaju”.<sup>32</sup> U zaključku dodajmo i sledeće. Između moralne i pravne norme nema nikakve razlike u njihovom delokrugu, prirodi i cilju, pošto pravo mora da ostvari pravdu<sup>33</sup>, a ideja pravde je moralna ideja. Između njih postoji razlika samo u karakteru pošto je pravna norma, “tehnička elaboracija” moralne norme koja se u njoj “otelotvoruje i precizira”<sup>34</sup>

GORDANA VUKADINOVIĆ, Ph.D.,  
Professor, Faculty of Law University of Novi Sad

CONTEMPORARY NATURAL SCHOOL OF LAW  
– THE RELATIONSHIP BETWEEN LAW AND MORALITY –

Summary

When it comes to the relationship between the law and the morality, there are two groups of approaches within natural school of law. According to the first group, the law and moral are connected. This idea of unity was mostly supported by the classic school of the natural law, which identified law with morality (St. Thomas Aquinas, Neo – Thomism). The second group, given the fact that there are numerous objections to the previous stand, asserts that there cannot be neither a complete identity and unity nor complete separation, that is distinction, between law and morality (L. Fuller, J. Finnis, A. d’Entreves and M. Villey).

---

<sup>31</sup> Kaufman, A.: Nav. delo, 178.

<sup>32</sup> Up. Nav. delo, Isto.

<sup>33</sup> Perović, S.: *Prirodno pravo i univerzalne vrednosti*, Beograd, 2005, LXXX i dalje.

<sup>34</sup> Ripert, G.: *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd., Paris, 1949, n<sup>o</sup> 6.



## KA ETICI ODGOVORNOSTI U BIOETICI I PRAVNOJ ETICI

Sve do prvih decenija 20. veka, pojam odgovornosti razmatrao se, pre svega, u domenu prava, a uglavnom je označavao pravnu uračunljivost koja pretpostavlja znanje, slobodu i volju.<sup>1</sup> Ovaj pojam je i danas veoma važan i aktuelan za pravnu nauku i pravnu praksu<sup>2</sup> ali je u međuvremenu postao jedna od središnjih etičkih, a u poslednjih nekoliko decenija i bioetičkih kategorija, ali i oblasti istraživanja. I sam tradicionalni pojam odgovornosti je evoluirao i promenio značenje jer su se pojavili i teorijski uobličili novi oblici odgovornosti.<sup>3</sup> Krajem 19. i početkom 20. veka, kada liberalni prerasta u monopolski kapitalizam, individualističku etiku (etiku uverenja) zamenjuje socijalna etika, po kojoj moral proizlazi iz uslova društvenog života i razvitka društva. U etici izrasloj na takvim premisama heteronomno i autonomno, spoljašnje i unutrašnje, društveno i individualno nisu više relevantne razlike između prava i morala.<sup>4</sup>

---

Dr Miloš Marjanović, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu. Rad je sačinjen u okviru projekta "Biomedicina, zaštita životne sredine i pravo" br. 179079 koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

<sup>1</sup> R. Ristić, *Teorija objektivne odgovornosti*, Novi Sad, 1934; I. Rinčić Lerga, "Bioetička uporišta korporativne društvene odgovornosti", *Društvena istraživanja*, 4–5/ 2009, s. 807.

<sup>2</sup> To najbolje pokazuje prošlogodišnji, 24. susret Kopaoničke škole prirodnog prava čija je centralna tema bila *Pravo i odgovornost*.

<sup>3</sup> I. Rinčić Lerga, nav. delo, s. 807–808.

<sup>4</sup> D. Babić, *Pravo i moral*, Osijek, 1987, s. 52–53.



Svojevrsnu etiku odgovornosti (*Verantwortungsethik*) zasnovao je Maks Veber, polazeći od filozofsko-antropološke pretpostavke da je čovekovo moralno rasuđivanje i delanje ne samo vrednosno nego i racionalno.<sup>5</sup> Ovu etiku on suprotstavlja etici čiste volje (*Gesinnungsethik*) po kojoj je u čovekovom delanju važna samo namera, a ne i posledice. Bitan je ideal kome čovek teži iz najčistijih pobuda, a ne i njegovo ostvarenje. Ako posledice budu suprotne od njegovih namera, a to se često dešava, tome su krivi drugi ljudi ili sam tvorac sveta. Čovek treba da se ponaša u skladu sa tim idealom, bez obzira na druge vrednosti i moguće posledice. Veber uočava apsolutizovanje određene vrednosti i verovanje u kosmičko-etičku racionalnost sveta u ovom gledištu, pa mu suprotstavlja relativizam vrednosnog opredeljenja i etičku iracionalnost sveta. Po etici odgovornosti, čovek je slobodan u izboru idealnih vrednosti značenja svoje volje, a ako racionalno dela on mora znati koja su najpodesnija sredstva za ostvarenje tog cilja i kakve će posledice nastupiti u konkretnom slučaju. Da bi se donela racionalna odluka, potrebno je objektivno saznanje o odnosu ciljeva, sredstava i prpratnih posledica. Stoga je čovek odgovoran kako za idealno-vrednosni izbor ciljeva, tako i u relno-uzročnoj ravni za željene ali i neželjene posledice svog delanja.

Treba reći da se ove dve vrste etike i drugačije imenuju i da je ova podela izvršila snažan uticaj na bioetiku i druge primenjene etike za koje se, inače, smatra da predstavljaju jednu od najaktivnijih oblasti istraživanja u društvenim naukama. Tako čileanski psihijatar Fernando Lolasi naglašava da u zapadnoj misli postoje dve glavne etičke tradicije relevantne za psihijatriju. On izričito pominje Vebera i njegov termin *Gesinnungsethik*, tu tradiciju naziva deontološkom, koja se još može označiti kao etika obaveze, ubeđenja ili uverenja a, dodaćemo, i dužnosti ili namere, a kao što smo videli, i kao etika čiste volje. Za ovu tradiciju veli da se, uobičajeno, vezuje za Kantovsku filozofiju. Ono što Veber naziva *Verantwortungsethik* označava kao teleološku tradiciju koja se odnosi na posledice i prateću odgovornost delanja aktera.<sup>6</sup> S obzirom na to da *télos* na grčkom znači cilj i da Veber u ovu etiku uključuje i odgovornost za izabrane ciljeve, a ne samo za posledice, čini se da se ona može nazvati i ciljno-posledična etika.

<sup>5</sup> M. Đurić, *Sociologija Maksa Vebera – Iz istorije moderne filozofije*, Sabrani spisi, knj. 4, Beograd, 2009, s. 22–34. Da podsetimo da je Maks Veber (1864–1920) po osnovnom univerzitet-skom obrazovanju bio pravnik, a da je postao jedan od najznačajnijih i najuticajnijih sociologa. Danilo Basta smatra da je poenta ove Đurićeve studije o Veberu, ali i celokupnog Veberovog i Đurićevog dela, socijalna filozofija shvaćena kao kritika društva. – D. Basta, “Sociološka deonica na misaonom putu Mihaila Đurića”, saopštenje na naučnom skupu *Sto godina sociologije u Srbiji*, koje je održano na Avali 1. i 2. septembra 2012. godine, u organizaciji Sociološkog društva Srbije i Pravnog fakulteta u Beogradu (saopštenje dostupno na sajtu SDS a biće objavljeno i u posebnom zborniku radova sa skupa).

<sup>6</sup> F. Lolasi, “Ethics in psychiatry: a framework”, *World Psychiatry*, 2006 October, 5 (3): 185–187.

Kada je reč o deontologiji valja reći da na grčkom reč *déon* znači ono što treba da bude, pa se ovaj deo etike odnosi na dužnosti "o onome što treba činiti, ali ne u kantovskom smislu o dužnosti uopće, nego više empirijsko istraživanje o različitim posebnim dužnostima koje odgovaraju različitim prilikama u životu. U francuskom se deontologija upotrebljava za oznaku profesionalne dužnosti nekoga zvanja, npr. medicinska deontologija".<sup>7</sup> Iako se smatra da dobra etička odluka treba da poštuje i deontološku i teleološku tradiciju, etička dvoumljenja u psihijatrijskoj ali i celokupnoj medicinskoj etici su sve izraženija i izoštrenija.<sup>8</sup> Premda su se u psihijatriji u poslednje tri decenije uveliko iskristalisali neki etički principi i standardi, koji su već formulisani u međunarodnim deklaracijama, još uvek postoje sporovi o mogućnostima i načinima njihove kodifikacije, naročito između pristalica "meke" i "tvrde" normativne regulacije.<sup>9</sup> Smatra se da je medicinska deontologija zajednički pojam koji obuhvata i medicinsku etiku i medicinsko pravo.<sup>10</sup> Valja istaći da se, tokom 1970-ih godina, u svetu pojavljuje širok duhovni pokret koji se okreće problemima pimenjene ili normativne etike svakodnevnog života, što je naročito izraženo u ekološkoj etici i bioetici.<sup>11</sup>

Kada je reč o sporu da li se, a onda i na koji način, deontološka etika povezuje sa Kantovom filozofijom, može se reći da se to ne odnosi na ono što on naziva savršenim, nego nesavršenim moralnim dužnostima. Savršene moralne dužnosti imaju apsolutnu moralnu snagu u određenim okolnostima i u njima su one moralno obavezujuće bez izuzetka. Takva opšteprihvaćena dužnost je, na primer, da se druge osobe ne smeju povređivati. Nasuprot tome, nesavršene moralne dužnosti nisu strogo obavezujući moralni zahtevi jer ostavljaju izvestan stepen slobode u pogledu obima i okolnosti njihovog ispunjenja. Tu spadaju neke dužnosti u odnosu na pozitivno činjenje koje mogu biti preveliki teret za onoga ko treba da ih ispuni u konkretnom slučaju.<sup>12</sup> Deontologija se, dakle, ne odnosi na moral, nego na moralnost što je uočio još Džeremi Bentam.<sup>13</sup> Moglo bi se reći da se, s

---

<sup>7</sup> D. Pejović, odrednica "Deontologija", u: *Filozofijski rječnik*, Zagreb, 1965, s. 77.

<sup>8</sup> P. Filaković-J. Požgain, "Etičke dvojbe suvremene psihijatrije", *Liječnički vjesnik*, 1-2/2008, s. 21-26.

<sup>9</sup> M. Marjanović-D. Ćorić, "Pravna etika u psihijatriji", 18. posvetovanje *Medicina in pravo* na temu Pacijentova avtonomija v novi zakonodaji in praksi, zbornik izvlečkov, Maribor, 2009, s. 129-134.

<sup>10</sup> J. Bukelić, "Delo enciklopedijske vrednosti", *Psihijatrija danas*, 1-2/2002, s. 176.

<sup>11</sup> N. Visković, "Bioetika i biomedicinsko pravo", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 1995, s. 68.

<sup>12</sup> P. Koler, "Pravo, moral i vrlina", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 2/2005, s. 64.

<sup>13</sup> J. Bentham, *Deontology or the Science of Morality*, 1834, navedeno prema *Filozofijski rječnik*, s. 77.

obzirom na stepen konkretnosti, moral i moralnost odnose analogno kao pravda i pravičnost. Inače, Veber je dobro poznao i visoko cenio Kantovo etičko učenje. Njegovo shvatanje etike odgovornosti je, po strogosti, blisko Kantovom stanovištu u praktičkoj filozofiji, a ono je “blisko Kantovoj etici i po tome što kao najviši princip morala proklamuje jedinstvo racionalnog bića sa samim sobom u svakom mogućnom postupku”.<sup>14</sup> Sa navedenom podelom se, bar donekle, preklapa podela na konvencionalni moral (koga, kao primarni obrazac, priznaje većina individualnih pripadnika nekog društvenog kolektiviteta) i racionalni moral (u kome se moralni standardi i ponašanja kritički sagledavaju u javnom diskursu o moralu).<sup>15</sup> Ova svojstva racionalnog morala su važna za bolje razumevanje društvenog smisla nastanka i uticaja bioetike.

Moglo bi se reći da je koncepciju etike odgovornosti uveo Maks Veber, a da ju je najviše razvio i razradio nemačko-američki filozof Hans Jonas (1903–1993).<sup>16</sup> Njegov princip odgovornost (*das Prinzip Verantwortung*) je nastojanje da se zasnuje jedna nova etika za tehnološku civilizaciju zahvaćenu krizom. Jonaso-va etika odgovornosti sadrži elemente za bioetičko čitanje njegovog dela. Zahvaljujući njoj on je postao jedan od najznačajnijih i najcenjenijih filozofa. Polazeći od “filozofske biologije” kao nove filozofije života, on nastoji da pospeši dijalog i približavanje prirodnih i društvenih nauka koje, kao razdvojene, nisu u mogućnosti da razumeju život u celini. Stoga je predmet filozofske biologije, kao integrativne filozofije života, proučavanje simultane raznolikosti života. Cilj ovakvog pristupa u njegovoj filozofiji je da se afirmiše inherentna samosvrhovitost i intrinzična vrednost života svih živih bića ili života kao života. Iako je teza da je nemoguće izvesti etiku iz ontologije, odnosno trebanje iz bitka moderna dogma,<sup>17</sup> Jonas smatra da je u principu života pronašao takav ontološki princip jer on iziskuje princip odgovornost kao etički princip na kome treba zasnovati tu novu etičku koncepciju. Ta odgovornost se, zapravo, sastoji u očuvanju prirode za čoveka ali i sva druga bića kako bi se obezbedio kontinuitet života kao vrdnosti. Zbog nedoglednosti i ireverzibilnosti jakih intervencija tehnološke civilizacije u prirodu, nova etika mora biti okrenuta ka budućnosti i biocentričnosti – budućnosti i kontinuitetu ne samo ljudskih pokoljenja, nego i neljudskih živih bića. Tako njego-

<sup>14</sup> M. Đurić, nav. delo, s. 25.

<sup>15</sup> P. Koler, nav. delo, s. 63–64.

<sup>16</sup> L. Žolnai, “Dimenzije odgovornosti”, *Habitus*, 1/2000, s. 77–83; H. Jonas, *Princip odgovornosti: pokušaj jedne etike za tehnološku civilizaciju*, Sarajevo, 1990.

<sup>17</sup> Zbog toga se stav o nemogućnosti izvođenja normativnih iskaza iz indikativnih naziva još i “jeste-treba barijera” – S. Stojanović, *Savremena meta-etika*, Beograd, 1991, pogovor D. Babića, s. 291–292.

va etika postaje dublja i šira od tradicionalne etike. Po Jonasu, glavna ograničenja tradicionalne etike su antropocentrizam, istovremenost i individualizam jer ona iz svog delokruga isključuje prirodu, budućnost i brigu za opstanak čovečanstva. U novoj etici naše epohe one postaju etičke kategorije i ulaze u zonu čovekove odgovornosti.<sup>18</sup> Mi bismo dodali da odgovornost više nije samo subjektivna, nego u sve većoj meri i objektivna, prospektivna i socijalna.

I neki drugi autori razmatraju odgovornost prema budućim generacijama, posebno sa stanovišta održivog razvoja.<sup>19</sup> Moralna pitanja o našim odgovornostima prema budućim generacijama proizlaze iz prekomernog povećanja kako stanovništva, tako i potrošnje. Opovrgavaju se, sa stanovišta održivog razvoja, argumenti koji se iznose protiv shvatanja da smo odgovorni prema budućim generacijama, a prema kojima gotovo da nema nikakvog smisla specifikovati bilo kakve obaveze prema onima koji još nisu ni rođeni. Utvrđuje se u čemu se sastoje te odgovornosti i koja je njihova moralna osnova iz perspektive tri etičke tradicije – utilitarističke, pristupa zasnovanog na pravima i etike staranja. U sledećem poglavlju ovaj autor ispituje nastojanja da se proširi polje važenja standardnih etičkih teorija kako bi njima bila obuhvaćena nova ekološka prava i ljudskih i neljudskih bića, a posebno pokušaji da se moralno dostojanstvo proširi i na životinje.<sup>20</sup> Razume se, bioetiku i te kako zanima i čovekov odnos prema biljnim vrstama, naročito onim čiji je opstanak ugrožen njegovom delatnošću.<sup>21</sup>

Bioetika je postala jedna od najdalekosežnijih intelektualnih inovacija našeg vremena i duhovni znak nastupajuće, nove epohe u ljudskoj istoriji.<sup>22</sup> Ekološku paradigmu kao novu, univerzalnu paradigmu za 21. vek promišljaju mnogi zapadni mislioci kao što su: Vajczeker (E. U. von Weizsaecker), Jonas (H. Jonas), Nes (A. Naes), Vorvik (F. Warwick), Majer – Abih (K. M. Meyer – Abich), Verner

---

<sup>18</sup> A. Šarčević, *“U labirintu svijeta*, Sarajevo, 1990, s. 203–271; H. Jurić, *“Životinjska duša i životinjska prava – pitanja i odgovori (o filozofiji Hansa Jonasa)”*, *Arhe*, 12/2009, s. 107–120; A. Čović, *“Pojmovna razgraničenja: moral, etika, medicinska etika, bioetika, integrativna bioetika”*, u: *Bioetika i dijete – moralne dileme u pedijatriji* (A. Čović–M. Radonić, ur.), Zagreb, 2011, s. 17.

<sup>19</sup> Dž. R. de Žarden, *Ekološka etika – uvod u ekološku filozofiju*, Beograd, 2006. – posebno 4. poglavlje koje nosi naslov *“Odgovornost prema budućim generacijama: održivi razvoj”*, s. 125–159.

<sup>20</sup> Detaljnije o ovome u: M. Paunović, *Prava životinja. Savremeni međunarodni standardi*, Beograd, 2004; N. Visković, *“Stradanja, zaštita i prava životinja (Prilog raspravi o “trećoj generaciji prava”)*”, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 5–6/1989. (supplement), s. 815–826 i *Kulturna zoologija – što je životinja čovjeku i što je čovjek životinji*, Zagreb, 2009; I. Cifrić, *“Pravo životinjskih vrsta na život”*, *Sociologija i prostor*, 1/2007, s. 4–11; H. Jurić, nav. delo, s. 107–120; M. Marjanović, *“O pravima životinja – stavovi studenata Pravnog fakulteta u Novom Sadu koji su pohađali kurs iz Pravne etike”*, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 1-2/2008, s. 11–28.

<sup>21</sup> N. Visković, *Stablo i čovjek – prilog kulturnoj botanici*, Zagreb, 2001.

<sup>22</sup> A. Čović, nav. delo, s. 17.

(H.-J. Werner), Hesle (V. Hoesle) i drugi.<sup>23</sup> Tehnološka civilizacija je do te mere degradirala životnu sredinu da je ugrožen dalji opstanak ne samo pojedinih biljnih i životinjskih vrsta, nego i ljudskog društva u celini. Zbog toga se u ekološkoj etici imperativno nameće zahtev da se napusti dosadašnja zapadna koncepcija osvajanja i potčinjavanja prirode i afirmiše ljudska odgovornost za prirodu. Dalji opstanak zavisi od radikalne transformacije stavova i ponašanja, u skladu sa načelom da ljudska bića moraju živeti u harmoniji, a ne u raskoraku sa prirodom.<sup>24</sup> Antropocentrična perspektiva, po kojoj je Zemlja podvrgnuta sistematskoj i nezajzljivoj eksploataciji, mora biti zamenjena ekocentričnom ili biocentričnom koncepcijom nove etike moralne odgovornosti za životnu sredinu.<sup>25</sup> Ono što je doista novo i umnije u razvijenoj (a moglo bi se reći ili integrativnoj) bioetici i dubinskoj ekologiji (*deep ecology*) je načelo poštovanja svakog života i odustajanje ljudskog roda od svog dosadašnjeg preteranog, pljačkaškog i nepoštenog odnosa prema prirodi.<sup>26</sup>

U razvoju bioetike mogu se razlikovati tri faze. Početna faza “nove medicinske etike” (izvorno bioetika je, zapravo, skraćenica od biomedicinske etike) je prešla u fazu “globalne bioetike” (koju metodski karakteriše etički pluralizam i naučna interdisciplinarnost, a predstavlja proširenje problematike na život uopšte i to u globalnom kontekstu), dok se danas već nalazi u fazi “integrativne bioetike” (kojoj je metodski svojstven pluriperspektivizam, kao postepeno širenje kruga perspektiva u sagledavanju bioetičkih problema, a predmetno proces širenja ali i produblivanja problemskog područja na opšte uslove održavanja života i ponižavanje u njihovu dubinsku, filozofskoistorijsku dimenziju, koja je jako važna za sticanje orijentacijskog znanja). Centar razvoja u prve dve faze bile su SAD, a u trećoj je to Evropa.<sup>27</sup>

U eko ili biocentričnoj etici princip odgovornosti je središnja kategorija tako da se ona sve češće određuje ili sinonimno označava kao etika odgovornosti (za život). Tako se u nemačkom “Leksikonu bioetike” (*Lexikon der Bioethik*, 1998)

<sup>23</sup> Dž. Hodžić, “Primijenjena etika”, *Dijalog*, 1–2/2006, s. 236.

<sup>24</sup> J. Passmore, *Man's Responsibility for Nature: Ecological Problems and Western Traditions*, New York, 1974.

<sup>25</sup> Dž. Hodžić, nav. delo, s. 237; M. Marjanović, “Od antropocentrične ka biocentričnoj etici i pravnoj regulaciji”, *Pravni život*, 12/2011, s. 527–537.

<sup>26</sup> N. Visković, *Sumorne godine. Nacionalizam. Bioetika. Globalizacija*, Split, 2003, s. 212–216.

<sup>27</sup> A. Čović, nav. delo, s. 18–21 i “Integrativna bioetika i problem istine”, *Arhe*, 12/2009, s. 185–187.

bioetika određuje kao “etička refleksija onoga stanja stvari koje se tiče odgovornosti postupanja čovjeka s životom”.<sup>28</sup>

U bioetici ima još mnogo kontroverzi, a čak se postavlja i pitanje nije li etika protiv bioetike?<sup>29</sup> Ovo pogotovo ako se ima u vidu da bioetika nije proizašla ni iz filozofske, ni iz tradicionalne medicinske etike, nego da je svoj autonomni početak imala u novoj situaciji u kojoj se našla medicinska praksa<sup>30</sup> sa sve upitnijim delovanjem novih biotehnologija. Međutim, treba reći da je bioetika nadrasla neposrednu moralnu refleksiju svojstvenu njenoj prvoj biomedicinskoj fazi, i to već u globalnoj, a naročito u integrativnoj fazi razvoja uzdižući se do nivoa etičke refleksije.<sup>31</sup> Jedan od sociološki najrelevantnijih nedostataka bioetičkih rasprava je što se previše polaže na kritiku posledica, a premalo na kritiku uzroka opšteg ugrožavanja života i celokupne zemaljske prirode.<sup>32</sup> Isto tako, ako bioetika označava etička pitanja koja proizlaze iz ljudskog odnosa prema životu, onda u njoj postoje dva principa – preskriptivni i deskriptivni. Dok se preskriptivni princip odnosi na određivanje onoga što je dobro a šta loše u tom odnosu, deskriptivni opisuje moralne interakcije i odgovornosti prema životu.<sup>33</sup> Ako je paradigma izuzetno plodna ideja koja na nov način strukturiše našu sliku sveta, onda je očigledno da ekološka ili bioetička paradigma odgovornosti za život mora još mnogo puta biti interpretirana i reinterpretirana da bi, doista, korenito promenila našu sliku sveta i, naročito, ponašanje.

Postavlja se pitanje kakve su reperkusije bioetičkih razmatranja o etici odgovornosti za život na pravo, pravnu etiku i pravnu nauku uopšte. Ovo utoliko

---

<sup>28</sup> Navedeno prema: M. Perović, “Etičke granice bioetike”, *Arhe*, 12/2009, s. 13. – Da bismo argumentovali prethodni stav biće dovoljno da navedemo samo nekoliko naslova ili podnaslova naučnih radova kod naših suseda kod kojih je bioetika značajno razvijena, a u popriličnoj meri već i institucionalizovana (I. Zagorac – H. Jurić, “Bioetika u Hrvatskoj”, *Filozofska istraživanja*, 3/2008, s. 601–611): *Odgovornost za život*. Zbornik radova. Znanstveni simpozij. Baška Voda, 1–3. listopada 1999, Split, 2000, 670 s.; I. Cifrić, “Antropocentrična i biocentrična odgovornost za život”, *Socijalna ekologija*, 3/2005, s. 195–215; “Odgovornost za život u kontekstu bioetičkih pitanja”, *Socijalna ekologija*, 4/2005, s. 295–396 i *Bioetička ekumena – Odgovornost za život susvijeta*, Zagreb, 2007. Takođe i: A. Šarčević, “Etika odgovornosti u krizi svijeta: znanstveno-tehničke civilizacije”, *Dijalog*, 3/2004, s. 135–176.

<sup>29</sup> M. Perović, nav. delo, s. 18–24.

<sup>30</sup> A. Čović, nav. delo (2011), s. 18.

<sup>31</sup> A. Čović, *Etika i bioetika. Razmišljanja na pragu bioetičke epohe*, Zagreb, 2004; I. Zagorac – H. Jurić, nav. delo, s. 603.

<sup>32</sup> M. Perović, nav. delo, s. 9.

<sup>33</sup> D. Macer, “Bioetika u Japanu i Aziji”, *Društvena istraživanja*, 3–4/1996, s. 671.

pre što bioetika traži pravne okvire ili biopravo.<sup>34</sup> “Opštom svešču o ugroženosti životne sredine treba razvijati ekološku etiku koju je pozitivno pravo nemoćno da ostvari. Samo visok stepen razuma kao atribut racionalne koncepcije prirodnog prava može uživati nadu za ekološku etiku budućnosti koja će biti u stanju da sačuva vrednosti prirode i preda ih generacijama koje dolaze.”<sup>35</sup> Stoga se i može reći: “Ekološka odgovornost, za razliku od drugih vrsta odgovornosti ima još jednu dimenziju više, a ona se ogleda u odgovornosti sadašnjih prema budućim generacijama koje će živeti na istoj planeti Zemlji.”<sup>36</sup> “Kao put za obnovu praktične filozofije u smislu pravne etike, pokazuje se koncept odgovornosti.”<sup>37</sup>

Ako se pogleda linija evolucije deliktne odgovornosti, onda se uočava njena trihotomna osnova – “subjektivna odgovornost po osnovu krivice; objektivna odgovornost bez obzira na krivicu kada su u pitanju opasne stvari i opasne aktivnosti; i najzad, socijalizacija odgovornosti kao mogući put odgovornosti u uslovi- ma savremene tehnike i tehnološke civilizacije.”<sup>38</sup> Pri tome treba imati u vidu da nasuprot “subjektivne retrospektivne odgovornosti, prospektivna i kolektivna odgovornost nemaju čvrstu socijalno-etičku osnovu” i da “proširivanje pojma odgovornosti na prospektivnu i kolektivnu odgovornost, bez jasne filozofsko-pravne osnove, slabi poziciju ideje pravde.”<sup>39</sup>

Primetno je kašnjenje pravne ekozaštite kao zaštite prirodnih dobara i ljudske okoline, koja i u razvijenim zemljama Zapada pokriva pravne praznine u ovoj oblasti tek od sredine 20. veka. U svetu postoje mnoge slabosti njihovog sadašnjeg pravnog obuhvata, “uključujući nedostatan utjecaj ekološke etike i bioetike na ovu tek nastajuću pravnu granu.”<sup>40</sup> Bioetičko zakonodavstvo se počelo razvijati na svim nivoima – od savetodavnih kodeksa i deklaracija do obavezujućih zakona, kako na nacionalnom tako i na međunarodnom planu, a tematski od biomedicine, preko zaštite životne sredine do životinjskih prava. Važno je istaći da se

<sup>34</sup> L. Tomašević, “Razvojni put bioetike - od mostovne bioetike do bioprava i ljubavi prema životu”, u: *Na granicama Riječi* (N. Ančić, ur.), Split, 2005, s. 243–257.

<sup>35</sup> S. Perović, “Prirodno pravo i odgovornost”, uvodna reč na 24. susretu Kopaoničke škole prirodnog prava, Kopaonik, 13–17. decembra 2011. – *Završni dokument*, Beograd, 2012. s. 50.

<sup>36</sup> S. Perović, nav. delo, s. 48.

<sup>37</sup> D. Vrban, *Sociologija prava*, Zagreb, 2006, s. 185. Opširnije u poglavlju pod naslovom “Praktična filozofija i pravo. Etika odgovornosti”, s. 179–186.

<sup>38</sup> S. Perović, nav. delo, s. 41. Detaljnije o ove tri vrste odgovornosti na s. 41–44.

<sup>39</sup> V. Kambovski, “Filozofsko-pravni aspekt retrospektivne, prospektivne i kolektivne odgovornosti,” *Pravni život*, 12/2011. s. 524.

<sup>40</sup> N. Visković, “Ekologija i pravo”, u: *Odgovornost za život*, pomenuti simpozijum, sa koga su nam bili dostupni samo sažeci u elektronskom obliku.



bioetika ne iscrpljuje u dijagnozi već da obuhvata i delovanje na legislativu.<sup>41</sup> To pokazuje i primer Hrvatske, u kojoj je doneto devet zakona i drugih dokumenata u kojima su sadržani zaključci iz bioetičkih rasprava koje su vođene. Međutim, "Lošinska deklaracija o bioetičkom suverenitetu" (2004) je predstavljala reakciju na nezadovoljavajuće stanje pravne regulacije nekih bioetičkih pitanja u ovoj zemlji.<sup>42</sup>

Posebno je širok dijapazon mogućnih uticaja bioetike na biomedicinsko pravo.<sup>43</sup> Međutim, bioetička uporišta postoje čak i za korporativnu društvenu odgovornost. Naime, ova vrsta odgovornosti ima svoje pravne ali i etičke aspekte, a postala je prepoznatljiva u stručnoj literaturi i zaživela je u praksi SAD i Zapadne Evrope tek na samom kraju 20. veka. Ona podrazumeva ne samo internu (unutar korporacije) nego i eksternu odgovornost – prema poslovnim partnerima, dobavljačima, potrošačima, zaštiti ljudskih prava, lokalnoj zajednici, globalnim problemima životne sredine. U svemu tome još postoje mnoge dileme i nejasnoće, posebno u domenu zakonske regulacije. I na ovaj način se pokazuje da bioetika prelazi granice akademskih rasprava i da počinje da se ostvaruje kao društvena odgovornost.<sup>44</sup> Naravno, u mnogim svojim oblastima, bioetika zadire još uvek samo u sferu mekog prava, ali to je danas postao uobičajeni način etabliranja pravne regulacije.

Možemo zaključiti da je Maks Veber inicirao, a Hans Jonas najviše razradio koncepciju etike odgovornosti. Veber je etiku odgovornosti (*Verantwortungsethik*) suprotstavio etici čiste volje (*Gesinnungsethik*). Razmotrene su još neke razlike između deontološke i teleološke etičke tradicije i zalaganja za tvrdu i meku normativnu regulaciju. Jonasova etika okrenuta je odgovornosti za budućnost čovečanstva ali i života kao života na Zemlji. Bioetika se od nove medicinske etike transformisala u globalnu bioetiku a danas se nalazi u fazi integrativne bioetike. Ekološka ili bioetička paradigma sve više postaje paradigma za 21. vek, a njen centralni princip je odgovornost za život kao vrednost. Uticaj bioetike na bioetičko zakonodavstvo je potencijalno vrlo veliki ali se danas još uvek nalazi u sferi mekog prava.

---

<sup>41</sup> Moralni ali i vrednosno-normativni iskazi uopšte imaju tri dimenzije ili vrste značenja - saznajno, ekspresivno i delatnosno. – S. Stojanović, *Savremena meta-etika*, Beograd, 1991, s. 236.

<sup>42</sup> I. Zagorac – H. Jurić, nav. delo, s. 603, 606–607, 610.

<sup>43</sup> N. Visković, "Bioetika i bioomedicinsko pravo", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 1-2/1995. s. 67–83.

<sup>44</sup> M. Rinčić Lerga, "Bioetička uporišta korporativne društvene odgovornosti," *Društvena istraživanja*, 4–5/2009, s. 807–8123; A. R. Jonsen, "Social Responsibilities of Bioethics", *Journal of Urban Health*, Vol. 78, No. 1, March, 2001, p. 21–28.

MILOŠ MARJANOVIĆ, Ph.D.,  
Professor, Faculty of Law, Novi Sad

TOWARD THE ETHICS OF RESPONSIBILITY  
IN BIOETHICS AND LEGAL ETHICS

Summary

Max Weber was initiated, and Hans Jonas developed a conception of ethical responsibility. Weber's ethic of responsibility (*Verantwortungsethik*) is opposed to the ethics of pure will or conviction (*Gesinnungsethik*). Discussed are still some differences between deontological and teleological ethical tradition and commitment to hard and soft normative regulation. Jonas' ethics faces the responsibility for the future of humanity and life as life on Earth. Bioethics is transformed from new biomedical into global bioethics and it is currently in a phase of integrative bioethics. Environmental or bioethical paradigm is becoming a paradigm for the 21st century, and its central principle is the principle of the responsibility for life as a value. Impact of bioethics to the bioethical legislation is potentially very large, but it still is today in the field of soft law.

ĐURICA KRSTIĆ

## MORAL I PRAVO U NAŠE DOBA

TEORIJA HERBERTA L. A. HARTA

Tema ovogodišnjeg jubilarnog Dvadeset petog skupa Kopaoničke škole – *Moral i pravo*, kao i tolike druge pre nje, daje priliku da se oblast prava ispita iz još jednog značajnog aspekta filozofije i prakse prava i da se moćnim reflektorom kao što je moral osvetli jedan od tamnih segmenata pravnog neba ukoliko se pođe od zaključka da u opštoj krizi našeg doba postoji i značajna kriza morala u sferi prava. Pitanje morala i njegovog odnosa prema pravu zanimalo je mnoge velike umove prošlosti i modernosti, pa je nemoguće ukratko predstaviti čak i najjednostavnije teze o tom složenom pitanju.

Možda se zato treba ograničiti na skicu, na spominjanje pojedinih inspirativnih pojedinosti iz mora postojećih radova. U tom smislu jedan autor van uže oblasti prava nudi nam neku vrstu uvodnog okvira iz domena krize savremenog razvoja sociokulturnog sistema Zapada koja utiče i na raspravu o moralu i njegovoj vezi sa pravom. To je harvardski profesor Pitirim Sorokin koji je u svojoj knjizi *Kriza našeg doba*<sup>1</sup> još 1934. – dakle, pre gotovo osamdeset godina, konstatovao ono što i danas važi u tom kontekstu: “Po svemu sudeći, organizam Zapadnog društva i kulture doživljava jednu od najdubljih i najznačajnijih kriza svog živo-

---

Dr Đurica Krstić, član Odbora SANU za izvore srpskog prava; pravni ekspert UN, Beograd.

<sup>1</sup> Sorokin, P.A., *Crisis of Our Age*, New York, 1941.

ta. Ta kriza je neuobičajeno velika, njena dubina je neizmerna, njen kraj nije ni na vidiku, a obuhvata čitavo to društvo. To je *kriza čulne kulture* koja je sada u svojoj fazi zrelosti, kulture koja je dominirala Zapadnim svetom poslednjih pet vekova. Istovremeno, to je i kriza ugovornog (kapitalističkog) društva povezanog sa tom kulturom. U tom smislu mi doživljavamo jedan od najoštrijih zaokreta grčko-rimske i zapadne kulture u njihovim prelascima iz ideacione u čulnu, i iz čulne u ideacionu fazu.“ Tu dijagnozu krize našeg doba samo su frapantno potvrdile gigantske katastrofe do kojih je došlo posle te 1934, katastrofe koje Sorokin tada, naravno, nije mogao uzeti u obzir. “Nema [naime] nijednog segmenta naše kulture niti svesti savremenog čoveka koji nije zahvaćen ovim nepogrešivim simptomima... koji su postali naročito uočljivi krajem devetnaestog i početkom dvadesetog veka... a odnose se na slikarstvo, vajarstvo, muziku i književnost, na... kretanja u sferi otkrića i pronalazaka, primarnih načela nauke, filozofije, religije, *etike i prava*, kao i na one segmente koji se tiču ratova i revolucije...”<sup>2</sup> Ne treba se onda čuditi i ako mnogi ne shvataju sasvim šta se događa... i da nije reč samo o ‘prosperitetu’, ‘demokratiji’ ili ‘kapitalizmu’ ... već o opštem procesu koji je zahvatio čitavu savremenu (čulnu) kulturu, društvo i čoveka uopšte.”<sup>3</sup> I dalje: “Treba li se isto tako čuditi beskrajnom mnoštvu većih i manjih kriza koje su nas plavile poslednjih decenija kao okeanski talasi? Bile su to krize na političkom, poljoprivrednom, ekonomskom i industrijskom planu, krize proizvodnje i raspodele, krize morala, religije, nauke, umetnosti. Obuhvatale su oblasti kao što su imovina, država, porodica, industrija, republika i monarhija, autokratija i demokratija, diktatura i samouprava... Bile su to krize istine, lepote, pravde, pravičnosti i krize čitavog sistema vrednosti.”<sup>4</sup>

I jedan naš pomalo zaboravljeni teoretičar i sociolog prava – Živan Spasojević (1876–1938), čiji je zapaženi rad *Nacrt jedne opšte teorije prava* ponovo objavljen 1989,<sup>5</sup> pruža nam takođe svojevrzni uvod u temu kad kaže: “Osnovni problem pravne teorije sažet je u pitanju gde je pravo, a gde nepravo? Je li pravo sve ono i samo ono što je formulirano kao pozitivna norma, kako se do njega dolazi i kakav stav tu ima da zauzme nauka? ... Pitanje je oštro postavljeno pre blizu 40 godina kad je počelo veliko kretanje u pravu, izazvano konstatacijom da mehani-

<sup>2</sup> P. Sorokin, *Društvena i kulturna dinamika – promena u velikim sistemima umetnosti, istine, etike, prava i društvenih odnosa* (preveo Đurica Krstić), CID, Podgorica, 2002, str. 557.

<sup>3</sup> *Ibidem*.

<sup>4</sup> P. Sorokin, *Društvena i kulturna dinamika...* str. 557-558.

<sup>5</sup> Živan Spasojević, *Nacrt jedne opšte teorije prava* (priredio za štampu Božidar Marković), SANU, Odeljenje društvenih nauka, knj. 8 Iz teorije prava, Beograd, 1989.

zam države i nauka ne idu uporedo sa životom.”<sup>6</sup> Između redova u ovoj formuli-  
ciji krije se i kontroverzna dihotomija pravo – moral.

Za uvod u našu temu značajan je i Adam Smit, znameniti otac ekonomske  
nauke i tvorac dela *Istraživanje prirode i uzroka bogatstva naroda* (1776). On je  
temi morala posvetio posebnu, u literaturi manje poznatu knjigu, (za njega) neo-  
bičnog naslova: *Teorija moralnih osećanja*, napisanu 17 godina pre *Bogatstva na-  
roda* (1759), koja već po svojim ključnim rečima i naslovima poglavlja: *saoseća-  
nje, prosuđivanje prikladnosti, društvena društvena stanja, sebična duševna stanja,  
dejstva blagostanja i nemaštine na čovekove ideje o prikladnosti akcije, pravednost  
i dobričinstvo, osećanje dužnosti, osećanje moralnog odobravanja i neodobravanja,  
o sistemima moralne filozofije, čovekoljubivost, samovolja*, predstavlja vredan tekst  
u velikoj galeriji razmišljanja o pitanjima odnosa prava i moralnosti koju danas u  
našim raspravama o ovoj velikoj temi ni mi ne bi trebalo da zanemarimo.

Još jedan autor, uslovno naše gore list – Svetozar-Stiv Pejović obrađivao je  
uže pitanje *moralne opravdanosti prava privatne svojine*, što je aspekt ‘od koga se  
živi’ – bitan za uspešan ekonomski razvoj društva,<sup>7</sup> te ga ne treba izostaviti iz ra-  
sprave.

Ovaj referat smo, međutim, zasnovali na teoriji engleskog teoretičara prava  
Herberta L. A. Harta, koji u svom glavnom delu *Pojam prava*<sup>8</sup>, koje je sam nazvao  
‘ogledom u deskriptivnoj sociologiji’, obrađuje i temu opšteg i posebnog odnosa  
morala i prava. Prema Kostu Čavoškom u predgovoru ovoj knjizi, reč je, u stvari,  
o ogledu u oblasti analitičke jurisprudencije u kome Hart otkriva ono što je u teo-  
riji poznato (N. Mek-Kormik) kao ‘sistemski kvalitet prava’ svojstven samo razvi-  
jenom pravnom sistemu koji najbolje izražava pravilo priznanja (*rule of recogniti-  
on*) na osnovu koga *prepoznajemo i priznajemo* važeće, pozitivno pravo.<sup>9</sup>

Ono što odmah pada u oči jeste da Hart, u svojoj zamisli prava uopšte, ni-  
malo ne zanemaruje moral. Tumačeći ovaj stav, komentatori njegovog dela isti-  
ču da, po njemu, osnovu pravnog sistema čine konkretne temeljne i opšteprihva-  
ćene norme kojima se utvrđuje postupak donošenja zakona. S jedne strane, kako  
se u teoriji inače zapaža, te osnovne norme su po svojoj prirodi moralne jer svo-

---

<sup>6</sup> Ž. Spasojević, *op. cit.*, str. 106.

<sup>7</sup> Svetozar Pejović, Enriko Kolombato, *Norma i ekonomska efikasnost*, CID, Podgorica, 2011  
(prevod: Đ. Krstić), str. 112–121.

<sup>8</sup> Herbert L. A. Hart, *Pojam prava* (redaktor Kosta Čavoški; prevod: Krznarić Nikola), CID,  
Podgorica, 1994. Naslov originala: *The Concept of Law*, Oxford University Press, 1961. O moralnosti  
i pravu u sličnom duhu je još jedno delo u oblasti engleske pravne teorije – Lon I. Fuller, *The Mora-  
lity of Law*, New Haven, Yale University Press, 1965.

<sup>9</sup> H. Hart, *op. cit.*, str. 6.

ju delotvornost izvode iz opšteg prihvatanja koje počiva na uverenju da su ispravne i neophodne. S druge, pak, strane, u praktičnom delovanju pravnog sistema te norme se smatraju uobičajenim pravnim regulama. Otuda sledi da one predstavljaju osobeno spajanje prava i morala, mesto u kome se, kako kaže Čavoški, ta dva fenomena susreću.<sup>10</sup> No, odmah treba reći i da puka činjenica što se neka pravna norma ne uklapa u moralna merila ne dovodi do toga da ona više nije pravna norma. I obrnuto, iz puke činjenice da je neka norma moralno poželjna ne sledi da je ona i pravna norma.<sup>11</sup>

Hart je raspravu o temama moralnosti i prava smestio u dva poglavlja: 'Pravda i moral' i 'Pravo i moral'; u njihovim okvirima on razlaže pitanja načela pravde, moralne i pravne obaveze i moralnih ideala kombinovanih sa društvenom kritikom – u jednom (osmom) poglavlju, a zatim se obraća pitanjima prirodnog prava i pravnog pozitivizma, minimalne sadržine prirodnog prava i pravne i moralne validnosti – u sledećem (devetom) poglavlju. Kako se vidi, uloga teorije prirodnog prava u raspravi o moralu i pravu u Hartovom pristupu veoma je značajna. Međutim, on do svojih zaključaka dolazi tumačeći i mnoga druga pitanja koja su vezana za suštinu prava, pravnu teoriju i filozofiju prava koja, razume se, u sklopu jednog referata nije moguće ni pobrojati.

U oči upadaju, već od početnih poglavlja mnogi aspekti posmatranja kojima se analiza razuđuje i koji se postepeno stapaju u jedinstvene i slojevite zaključke i zahtev za jednom definicijom prava, ponekad dobijajući i formu jednostavnih pitanja: 'šta je pravo?' ili 'kakva je priroda (ili suština) prava?'

Hart na početku pomenutog osmog poglavlja konstatuje postojanje opšteg uverenja teoretičara da između morala i prava postoji veza koja je u izvesnom smislu *nužna* i da upravo nju treba posmatrati kao centralnu u pokušaju da se analizira sam pojam prava. Na tom mestu on u raspravu odmah uvodi i pojam pravde, navodeći reči Sv. Avgustina: 'Bez pravde, države su samo pljačkaške bande, ali velike'. No, možda se najjasnije tumačenje pojmova 'nužan' i 'moral' vezuje za *tomističku tradiciju prirodnog prava* po kojoj postoje načela istinskog morala i pravde koje ljudski um može dokučiti razumom i bez pomoći otkrovenja iako su ona božanskog porekla; sa time je povezan zaključak da se zakoni koje je čovek stvorio, a koji su u suprotnosti sa ovim načelima, ne smatraju validnim pravom – *lex iniusta non est lex*.<sup>12</sup>

Prema jednoj tezi koju pravnici često koriste u ocenjivanju validnosti prava, ideje pravde i morala su koegzistentne. Hart, međutim, tu tezu pobija na konkret-

<sup>10</sup> H. L. A. Hart, *Pojam prava*, predgovor, str. 15–16.

<sup>11</sup> H. L. A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford: Clarendon Press, 1983, str. 55.

<sup>12</sup> H.L.A. Hart, *op. cit.* (u prethodnoj napomeni), str. 194.

nim primerima razlike između shvatanja morala u svakodnevnom životu i shvatanja koje se odnosi na njegovo korišćenja u kritici pravnih poslova i situacija.

Značajan elemenat u raspravi je i opšte načelo po kome pojedinci u međusobnim odnosima polažu pravo na relativnu jednakost ili nejednakost. Time se tradicionalno misli na ravnotežu ali i na srazmeru. To je ono toliko poznato načelo: *'Iste slučajeve prosuđuj na isti način'* što međutim, po njemu, zahteva i dodatak: *'a različite prosuđuj na različit način.'*

U izgradnji validnog zaključka o vezi između prava i morala takođe važan elemenat jeste pravna praksa, primena zakona. Veza između tog aspekta pravde i samog pojma sudskog postupka koji uspostavlja norma veoma je bliska. Ona je čak neke znamenite mislioce navela da poistovete pravdu s povinovanjem zakonu ali, po Hartu, to je, jednostavno, pogrešno – osim ako terminu 'zakon' ne pridamo mnogo šire značenje. Inače, samo razmatranje sklopa pitanja pravednosti ili nepravednosti zakona, za koje se kaže da vrše raspodelu zakonskih opterećenja i povlastica među pojedincima, složeno je i u velikoj meri zavisi od konkretnih osobina i drugih okolnosti subjekata prava, a zatim od pravnih situacija, od grane prava i mnogih drugih elemenata.

Kad je reč o pravednosti i moralu, pažnju zaslužuje i Hartov komentar o objektivnoj odgovornosti, odgovornosti bez krivice (*strict* ili *absolute liability* po angloameričkoj terminologiji). Naime, konflikt u građanskoj parnici između pravde i opšteg dobra koji daje povod za ovu vrstu odgovornosti, rešava se u korist ovog drugog. Postoji granica – kako kaže Hart – do koje bilo koje društvo može da se posluži pravnom prinudom, čak i onda kad je učinjeno moralno nedelo. Nasuprot tome, zakon može u ime opšteg dobra prisiliti pojedinca da nadoknadi štetu za povredu nanetu drugom, čak i kad, gledajući iz aspekta morala, a imajući u vidu pravednost, tu ne bi postojala ovakva obaveza. To je slučaj u kome je odgovornost za štetu objektivna i nevezana sa namerom da se učini povreda ili sa propustom da se preduzmu mere predostrožnosti.<sup>13</sup>

Hart je uočio da pravda predstavlja samo jedan segment morala i ne odnosi se primarno na ponašanje pojedinaca već na način kako se postupa sa čitavim kategorijama pojedinaca, klasama ljudi. Načela pravde, drugim rečima, ne iscrpljuju pojam morala i sva kritika usmerena sa moralnog stanovišta ne upućuje se u ime pravde. Zato on s pravom uključuje u analizu i potrebu određivanja onih načela, normi i standarda koji se tiču ponašanja pojedinaca i, u stvari, definisanja konkretnog ponašanja kao moralno obavezujućeg. Tu se ipak odmah nailazi na teškoće: izvesna načela ili norme neki ljudi smatraju moralnim a drugi ne, a i tamo gde postoji saglasnost u ovom pogledu još uvek može doći do neslaganja u filo-

---

<sup>13</sup> H.L.A. Hart, *op. cit.*, str. 205.



zofskom pristupu kada je reč o statusu ili kad se misli na preostali deo ljudskog saznanja i iskustva.<sup>14</sup>

Hart dalje u analizi pokazuje da moralne i pravne norme imaju neke zapanjujuće sličnosti i zajedničku terminologiju po tome što ih shvatamo kao obavezujuće nezavisno od pritiska pojedinca koji je njima obavezan i što počivaju na jačkom društvenom pritisku da ih se pojedinci pridržavaju. Povinovati se i pravnim i moralnim normama nije stvar pohvale već minimalan doprinos društvenom životu koji treba uzeti kao nešto normalno. To su situacije koje se stalno ponavljaju u životu a ne samo u izuzetnim slučajevima. On s pravom zato zaključuje da i jedne i druge norme postavljaju zahteve koje očigledno mora zadovoljiti bilo koja grupa ljudskih bića ako želi da i dalje živi zajedno.

Predmet dalje obrade naše teme je i *društvena kritika*. Polazna rečenica je nedvosmislena: moralna obaveza i dužnost jesu kamen temeljac društvenog morala, ali ne i njegova celina. U tom pogledu četiri kriterijuma koja su obrazložena da bi se načinila razlika između moralne obaveze i ostalih oblika društvenih standarda ili normi – važnost obaveze, nemogućnost svesne promene, voluntaristički karakter moralnih prekršaja i specifičan oblik moralnog pritiska – u izvšenom smislu samo su formalni kriterijumi. Međutim, kako ispravno zaključuje Hart, i tačno je i bitno da moral obuhvata mnogo više od onoga što predstavlja obaveze i dužnosti koje se poštuju u svakodnevnom životu. To su, prema tome, samo temelji morala koje treba tražiti s one strane prihvaćenog, zajedničkog morala datog društva.

Još jedan aspekta morala zaslužuju pažnju: u sklopu svakog morala, uporedo sa strukturom imperativnih moralnih obaveza i relativno jasnih normi koje ih određuju, postoje i izvesni *moralni ideali*. Njihovo ostvarenje ne smatra se, kao kod dužnosti, nečim prirodnim, već činom koji zaslužuje pohvalu. Heroj i svetac su ekstremi koji čine više od onoga što nalaže dužnost. Mnoge moralne vrline su stoga svojstva koja podrazumevaju sposobnost i spremnost da se preko granice određene dužnošću pokaže briga za interes drugih ljudi ili žrtvuje lični interes što se u suštini time zahteva.

Posebnu pažnju u analizi Hart poklonja *prirodnom pravu i pravnom pozitivizmu*. Pri tom polazi od činjenica da postoje različite vrste odnosa između prava i morala i da se ne može dovoditi u pitanje da je nastajanje prava u svim epohama i u svim delovima sveta bilo pod snažnim uticajem i konvencionalnog morala i ideala posebnih društvenih grupa. Pored ovih, i mnoga druga pitanja tiču se odnosa prava i morala. Jedno od njih o kojima on posebno govori tiče se odnosa između prirodnog prava i pravnog pozitivizma. Pravni pozitivizam, kao što nam je

<sup>14</sup> H.L.A. Hart, *op. cit.*, str. 207.

poznato iz mnogih radova na Kopaoničkoj školi, najjasnije je pobijan u teoriji-  
ma o prirodnom pravu po kojima postoje izvesna načela ljudskog ponašanja koja  
treba da otkrije ljudski razum i u koje se pravo koje je stvorio čovek mora uklo-  
piti da bi bilo validno. Po drugom pristupu, pravo se posmatra na manje raciona-  
listički način, pa se njegova validnost povezuje sa moralnom vrednošću. O ovom  
pitanju postoji ogromna literatura, od Platona do naših dana, a čitav spor je oko  
toga da li načini na koje ljudi treba da se ponašaju mogu biti otkriveni razumom.  
U ovom segmentu Hart polemše i sa tezama kritičara prirodnog prava kao što su  
Bentam, Mill i drugi. On pri tom napominje da je učenje o prirodnom pravu deo  
jedne starije koncepcije prirode u kojoj opazajni svet nije samo pozornica na ko-  
joj uočavamo pravilnosti, dok saznanje prirode nije samo percipiranje tih istih  
pravilnosti. Naprotiv, shodno tom starijem gledištu, svaka vrsta postojećih stvari,  
i ljudskih, i živih i neživih, shvaćena je ne samo da teži da očuva sopstvenu egzi-  
stenciju, već i da je dovede do određenog optimalnog stanja koje predstavlja neko  
specifično dobro – ili krajnji cilj (*telos, finis*) koji mu je prikladan. Ovo je teleološ-  
ka koncepcija prirode jer govori o stupnjevima savršenosti koju stvari realizuju.  
U ovu raspravu on uključuje formulaciju 'oslabljene verzije teorije prirodnog pra-  
va' svedene na opstanak (*perseverare in esse suo*), prosto kao najnižu tačku jednog  
mnogo kompleksnijeg pojma čovekovog krajnjeg cilja ili dobra za čoveka. Uvodi  
i Aristotela, koji je pod tim pojmom podrazumevao negovanje intelekta zbog nje-  
ga samog, kao i Tomu Akvinskog, za koga to predstavlja poznanje Boga.<sup>15</sup> I jedan  
i drugi stav, međutim, mogu se osporiti i bili su osporavani. Drugi mislioci, kao  
Hobs i Hjum, spuštali su svoj kriterijum pa su u skromnom cilju da se preživi vi-  
deli osnovni element koji u empirijskoj ravni daje valjani smisao terminološkom  
određenju onoga što nazivamo *prirodno pravo*. Po tom mišljenju, ljudska priroda  
ne može niukom slučaju opstati bez udruživanja pojedinaca, a do tog udruživanja  
nikad ne bi moglo doći da se nisu uvažavali zakoni pravičnosti i pravde (Hjum, u  
*Raspravi o ljudskoj prirodi*, Sarajevo 1983, III, deo 'o pravdi i nepravdi').

Govoreći o minimalnom sadržaju prirodnog prava i njegovoj povezanosti  
sa moralom, Hart ističe neophodnost ukazivanja na specifičnost i različitost ra-  
cionalne veze između prirodnih činjenica i sadržaja pravnih i moralnih normi.  
Na ovaj način, još uvek mlade nauke – psihologija i sociologija, mogu možda bo-  
lje otkriti da se, ukoliko nisu zadovoljeni odogovarajući fizički, psihološki ili eko-  
nomski uslovi, npr. ako se deca u porodici ne hrane ili podižu na određeni način,  
neće biti moguće uspostaviti bilo kakav sistem zakona ili moralni kodeks. Ulogu  
u ovom kompleksu pitanja pri tom igraju 'opštepriznate istine' kao što su:

---

<sup>15</sup> H.L.A. Hart, *op. cit.*, str. 227–233.

1) *čovekova ranjivost*; naime, kad bi ljudi izgubili svoju ranjivost jedni u odnosu na druge, nestao bi i očigledan razlog postojanja najkarakterističnije odredbe prava i morala – ne ubij!

2) *približna jednakost* (iako se ljudi među sobom razlikuju po mnogo čemu, nijedan pojedinac nije toliko snažniji od drugih ljudi da je u stanju da, bez saradnje s drugima, dominira njima; ovaj fenomen dobro ilustruje činjenica odnosa u međunarodnoj zajednici koji su uslovlili ograničenost funkcionisanja međunarodnog prava kao organizovanog sistema prinude;

3) *ograničeni altruizam* (činjenica da ljudi nisu ni potpuno zli ni potpuno dobri – ni anđeli ni đavoli – čini postojeći sistem uzajamnog uvažavanja nužnim i mogućim);

4) *oskudica resursa* (oskudica izaziva podelu rada čak i u najmanjoj ljudskoj grupi, kao i neophodnost organizacije ekonomskog života, tržišta, ugovornih prava i obaveza o najprostijem vidu svojine i sl.);

5) *ograničeno razumevanje i jačina volje* (činjenice koje uslovljavaju nužnost normi o licima i svojini, kao i o datim obećanjima jednostavne su, a zajednička korist od njih je očigledna. Većina ljudi je u stanju da ih uoči i da žrtvuje neposredne kratkoročne interese, što je uslov za poštovanje tih normi; notorno je, međutim, da svi su ponekad spremni da prednost daju svom neposrednom interesu i to je nesumnjivo jedan od unutrašnjih motiva korupcije, i kad ne bi bilo institucija za otkrivanje i kažnjavanje tako motivisanih postupaka, mnogi bi podlegli iskušenju. Opštepoznate činjenice, prema tome, ne samo što otkrivaju suštinu značenja učenja o prirodnom pravu, već su i od ogromne važnosti za razumevanje prava i morala uopšte. Te činjenice, kako Hart dokazuje, ukazuju i na veliku *vrednost uzajamnog uvažavanja* koje u životu tako dobro zamenjuje zakonske sankcije.<sup>16</sup>

Međutim, sistem uzajamnog uvažavanja koji prožima i pravo i moral može u različitim društvima da obuhvati različite vrste ljudi. I mada je pravo jednog društva ponekad išlo ispred prihvaćenog morala, u normalnim situacijama pravo prati moral, što, pak, ne mora značiti i da je sa progresivnog stanovišta takvo pravo i duboko moralno. Svet je, kao što znamo, još uvek pun diskriminacije po mnogim osnovima (rasa, boja kože, političko ili drugo uverenje, veroispovest...). Ova bolna činjenica ljudske istorije dovoljna je da ilustruje drugu žalosnu činjenicu – da društvo ponekad, nažalost, ne mora uzajamno uvažavanje kroz svoj sistem da ponudi svim svojim članovima.

Na kraju dva poglavlja u kojima detaljno razmatra problem veze morala i prava, Hart daje smernice za dalje proučavanje. I pored značajnih koristi koje pruža moderni razvijeni pravni sistem, sa svom svojom aparaturom i adaptabil-

---

<sup>16</sup> H.L.A. Hart, *op. cit.*, str. 235–240.

nošću na promene i usavršavanje, cena koja se zato plaća je ogromna. To je rizik centralno organizovane vlasti koja se lako može upotrebiti za tlačenje izvesnog broja ljudi bez čije podrške ona može, i to na način koji nije bio moguć u nekadašnjem jednostavnijem režimu u kome su vladale primarne norme. Zato se javlja misao da možda postoji i neki drugi način kojim pravo *mora* da se saobrazi moralu, pored onog postojećeg predstavljenog kao minimalni sadržaj prirodnog prava. Taj način zahteva brižljivo ispitivanje i u tom smislu Hart predlaže šest oblika ostvarenja ove ideje preispitivanja celokupnog problema odnosa prava i morala. Na samom kraju ovog referata zato ih samo navodimo.

1) *Moć i autoritet nisu jedine delotvorne poluge funkcionisanja vlasti*; pravni sistem mora da počiva na izvesnoj moralnoj obavezi ili na ubeđenju u moralnu vrednost samog sistema; sistem, drugim rečima, ne može da se oslanja samo na голу moć čoveka nad čovekom: 'naredbe pod pretnjom' i 'poslušnost iz navike' nisu dovoljni za razumevanje osnove pravnog sistema i ideje pravne validnosti.

2) Pravo svake savremene države pokazuje na bezbroj načina uticaj i prihvaćenog društvenog morala i širih moralnih ideala. Ti uticaji zalaze u pravo otvoreno, kroz zakonodavstvo, ili neprimetno i sporo, kroz sudsku praksu. Njihova raznovrsnost i načini na koje pravo odslikava moral još uvek nisu dovoljno istraženi, pa je i to polje budućeg rada.

3) *Zakoni se moraju adekvatno tumačiti* da bi se mogli primenjivati u konkretnim slučajevima, a najčešće otvoreni sadržaj prava ostavlja širok prostor za kreativno delovanje u tom smislu koje se u nekim sistemima naziva zakonodavnom funkcijom, a sudije se, tumačeći zakone parlamenta ili precedente, ne nalaze pred alternativama slepog, arbitrarnog izbora ili mehaničke dedukcije na osnovu normi sa unapred određenim značenjem. Odluke često podrazumevaju izbor među moralnim vrednostima, naročito kad su u pitanju važna konstitucionalna pitanja. Pri tom značajnu ulogu imaju vrline sudije kao što su nepristrasnost, neutralnost u pristupu alternativama, briga za interes svih na koje se odluka može odnositi i težnja da se razloži neko prihvatljivo opšte načelo kao racionalna osnova za odluku.

4) Relevantna u ovom kontekstu je i *kritika prava u kojoj su moguća neslaganja i oko odgovarajućih moralnih standarda* kao i oko pojedinosti sa kojima pravo treba da bude u saglasnosti sa moralom. Drugim rečima, da li moral sa kojim pravo treba da je saglasno da bi bilo valjano podrazumeva prihvaćeni moral grupe čije je to pravo, čak i kad počiva na praznoverju ili odražava povlastice koje ta grupa ima i kada je potpora sistemu zaštite od potčinjenih klasa? Ili, da li moral označava standarde koji su prosvetljeni jer počivaju na verovanju u ono što predstavlja činjenično stanje i što ti standardi svim ljudskim bićima daju pravo

na podjednako uvažavanje i poštovanje? Na primer, nepristrasnost, onakva kako je shvataju engleski i američki pravници kad je reč o standardu pravnog postupka obezbeđuje konkretnu primenu načela 'prirodne pravde'.

5) Još jedan pravac budućeg ispitivanja odnosi se na *načela legaliteta i pravde* kod kojih se javlja mogućnost da je razlika između dobrog pravnog sistema, delimično saglasnog sa moralom i pravdom – i onog sistema sa kojim to nije slučaj – pogrešna, jer do minimuma pravde se nužno dolazi kad god se javno obnarodovanim i sudski primenjivanim opštim normama vrši kontrola ljudskog ponašanja.

I, najzad, 6) *Pravna validnost i opiranje pravu* kao elemenat teme posebno ukazuju na svu istančanost i kompleksnost moralnih problema i njihovog odnosa prema pravu. U periodu posle Drugog svetskog rata, na primer, nastao je problem za sudove posleratne Nemačke oko proglašavanja krivim lica koja su vršila zločine na osnovu zakona koji su kršili prirodno pravo i time bili ništavi.<sup>17</sup> Hart s ovim u vezi, između ostalog, zaključuje da pojam prava kojim se dopušta uspostavljanje razlike između nevalidnosti zakona i njegove nemoralnosti omogućuje da se shvati sva složenost ovih pitanja, kako u teoriji tako i u praksi. S druge strane, uži pojam prava kojim se negira pravna validnost nepravdenih normi može da nas zaslepi da ih ne vidimo. Može se, naime, zaključiti da su nemački potkazivači zbog kojih su ljudi kažnjavani po monstruoznim zakonima počinili ono što je moral zabranjivao. Ipak, moral može takođe nalagati da država kazni samo one koji su, čineći zlo, počinili ono što je država zabranjivala u to vreme. To nalaže poznato načelo *nulla poena sine lege*. Ako se mora pogaziti to načelo da bi se izbegla veća nepravda od onoga što se žrtvovalo, bitno je da se čitav problem jasno identifikuje i racionalno razloži. Slučaj retroaktivne kazne ipak nije slučaj običnog kažnjavanja za delo koje je u datom vremenu bilo nezakonito, što je argument koji se može istaći protiv ekstremne pozitivističke teze.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> Videti kontroverznu presudu Oberlandesgericht Bamberg (27.07.1945), 5 *Sueddeutsche Juristen-Zeitung*, 207; nav. prema H.L.A. Hart, *Legal Positivism and the Separation of Law and Morals*, u *Harvard Law Review*, lxxi (1958) i u L. Fuller, *Positivism and Fidelity to Law*, ibid, p. 630. Citat prema H.L.A. Hart, *Pojam prava*, str. 252.

<sup>18</sup> 'Egzistencija prava je jedna stvar, njegova vrlina ili porok je druge' (Austin, *The Province of Jurisprudence Defined*, predavanje V, str. 184-5); 'Pravo jedne države nije idealno, već nešto što stvarno postoji...nije to nešto što bi trebalo da bude, već nešto što jeste' (Gray, *The Nature and the Sources of the Law*, str. 213); 'Pravne norme mogu posedovati bilo kakav sadržaj' (Kelsen, *General Theory of Law and State*, str. 113). Nav. prema H.L.A. Hart, *Pojam prava*, 250-252.

ĐURICA KRSTIĆ, LLD, MCL  
Member, Legal Sources Board, Academy of  
Sciences and Arts; UN Legal Expert, Belgrade

MORALITY AND LAW IN OUR AGE  
Theory of Herbert L. A. Hart

Summary

The connection between law and morality has been, and still is, the subject-matter of inquiry by many authors. The present report is a review of arguments treating various aspects of that complex issue of philosophical and practical legal nature in an attempt to shed some light to that eternal question involving phenomena such as justice, equity, social conduct, just and unjust law, natural law, interpretation of law, judge-made law, the role of law-maker, etc.

Among authors such as P. Sorokin (who underlines the element of crisis), Adam Smith (who discusses in the form of a whole book the theory of moral sentiments), Ž. Spasojević (the author of a draft of the general theory of law), S. Pejović (treating the issue of morality of right to private property), the work of professor H. L. A. Hart (printed in nine editions until 1978) is presented to a degree possible in a report of the present size. Reviewed in the report and elaborated are the following notions and conceptions: legal and moral obligation, justice as a special part of morality and its role in the implementation of law, justice and equality, justice and general welfare, moral duty, morality and human needs and interests, natural law and its opposition to legal positivism in the optics of law and morality, interpretation of laws and statutes and the role of judge, criticism of law from the standpoint of the right of all people to due process in law, principles of legality and justice, etc.

Also pointed out are the topics of that complex question requiring further research which has to include, among other matters, also the idea that the pure might and authority are not the only levers of functioning of state and legal order in order for it to be in conformity to moral and legal rules. In conclusion, it is clear that the law of every modern state shows in many different ways the influence of generally accepted moral ideals. These influences penetrate in the law in an open way – through legislation, and unperceivably and slowly, through judicial practice. Their diversity as well as ways the law reflects the morality are still to be the subject of further study the scope of which should not be limited to the science of law.





## MORALNOST PRAVA I PRAVEDNOST MORALA

### U V O D

U radu se istražuje odnos morala i prava sa stanovišta primene prava. Tada, otkrivamo da se odnos između ovih kategorija nužno uspostavlja posredstvom pravde kao univerzalne ali i ključne pravne vrednosti. U triparticiji koja se uspostavlja: moral – pravda – pravo, u pravcu dubljeg sagledavanja praktično svih aspekata pravnog fenomena, naročito treba obraditi odnos morala i pravde. Opet, u kontekstu problematike primene prava, ova triparticija se ispoljava kroz jednu novu koju čine moral – pravda – sloboda. Drugim rečima, ovaj rad ukazuje da je sloboda osnovni kanon tumačenja prava tj. metod sudijskog rada, a posmatranje procesa donošenja sudske odluke iz predloženog ugla (triparticija moral – pravda – sloboda) ima za cilj da pruži dodatnu argumentaciju u tom pravcu. Sve ovo je potrebno stoga što, po našem sudu, ideja o slobodi kao kanonu tumačenja i primene prava još nije zauzela mesto koje joj u pravnoj hermeneutici pripada.

Inače, osnovni problemi pravne hermeneutike, naročito pitanja prirode jurističkog zaključka i tehnologije njegovog izvođenja (kanoni tumačenja prava), rešavaju se prevashodno u susretu logike i aksiologije. Kada se radi o logici, model silogističke prirode pravnog rasuđivanja počiva na naivnoj pretpostavci da valjan logički oblik može da bude garancija ispravne sadržine. U krajnjoj liniji, ovaj

pristup se temelji na ideji o logičkoj i sadržinskoj zaokruženosti, celovitosti i samodovoljnosti pravnog sistema, koju su do krajnjih konsekvenci izveli škola egzegeze i konceptualna jurisprudencija.<sup>1</sup> Shvatanje koje suštinu pravnog rezonovanja vezuje za njegovu formalnu strukturu sreće se u čistom obliku, kada se pravno rasuđivanje tretira kao kategorički silogizam (modus *Barbara*), na primer kod U. Kluga, ili kod nas, kod Ž. Perića.<sup>2</sup> Model silogističke interpretacije se javlja i u jednom mešovitom obliku, gde se ističe kako je izricanje pravde daleko kompleksniji proces koji prevazilazi prosto supsumiranje činjenica pod opštu normu. Unutar ovog gledišta se zapravo zastupa ideja o deduktivno-induktivnoj prirodi jurističkog zaključka.<sup>3</sup>

U svakom slučaju, osnovni problem silogistike, taj što se ona bavi obrazlažanjem istine (*ars demonstrandi*) a ne iznalaženjem istine (*ars inveniendi*), odnosno što se fokusira prevashodno ili isključivo na formu a ne sadržinu zaključivanja (kvalitet premisa), naročito dolazi do izražaja u primeni prava jer pravno rezonovanje spada u ovu drugu sferu zaključivanja.

Na temelju ove manjkavosti formalne logike implementirane na pravno rasuđivanje, gde se zapravo zanemaruje stvaralački aspekt procesa izricanja pravde, izrastaju vrednujuća jurisprudencija i teorija argumentacije. Evo nekoliko citata koji ubedljivo izražavaju poziciju ovog pristupa u odnosu na silogistiku. U. Nojman obrazlaže iscrpno ideju po kojoj “zaključak koji se označava kao pravni silogizam ima supstancijalni, neanalitički karakter”.<sup>4</sup> Još ubedljivije zvuče reči H. Perelmana na ovu temu kada kaže: “Ono što je specifično u rasuđivanju sudije, to nikako nije formalno ispravno izvođenje nekog zaključka polazeći od premisa – po tome izvođenje u pravu nije ništa posebno – već su to rasuđivanja koja dovode do utrdivanja tih premisa u okviru važećeg pravnog sistema”.<sup>5</sup> Kod nas, ovu poziciju zastupa J. Hasanbegović koja ističe: “Ono što je u pravu bitno i što je novo, ne nalazi se u zaključku dijalektičkog silogizma već u njegovim premisama. Insistiranje na silogističkoj formi samo potiskuje ta saznanja, ostavljajući privid logičke utemeljenosti i ispravnosti”.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> Detaljnije kod: Budimir Košutić, *Uvod u jurisprudenciju*, Podgorica 2008, 269–271, Jasminka Hasanbegović, *Topika i pravo*, Beograd 2005, 394–397, Radmila Vasić, Kosta Čavoški, *Uvod u pravo II*, Beograd 1997, 241–245.

<sup>2</sup> Ulrich Klug, *Juristische Logik*, Berlin-Heidelberg-New York 1982, 48, Živojin Perić, *O školama u pravu*, Beograd 1921, 25.

<sup>3</sup> Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin-Göttingen-Heidelberg, 1960, 149–160, Karl Engisch, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, Heidelberg 1963, 19, 26.

<sup>4</sup> Ulfrid Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, Darmstadt 1986, 19.

<sup>5</sup> Haim Perelman, *Pravo, moral i filozofija*, Beograd 1983, 95.

<sup>6</sup> Jasminka Hasanbegović, *Perelmanova pravna logika kao nova retorika*, Beograd 2006, 197.

Teorija argumentacije i vrednujuća jurisprudencija hipostaziraju aksiološku dimenziju pravnog rasuđivanja ali iz različite perspektive: vrednujuća jurisprudencija polazeći od istraživanja funkcija prava, a teorija argumentacije pre svega polazeći od pokušaja izgradnje logike vrednosnih sudova. Tačke vezivanja svih pravaca teorije argumentacije i vrednujuće jurisprudencije su sledeće: 1. Pravno rasuđivanje je dijalektičkog a ne apodiktičkog karaktera; 2. Priroda pravnog rasuđivanja se određuje polazeći od sadržine gornje premise; 3. Pravno rasuđivanje ima prevashodno aksiološku (teleološku) prirodu; 4. Teleološka priroda pravnog rasuđivanja (uz dominaciju objektivno-teleološkog metoda tumačenja) nameće pitanje slobode kao metoda jurističkog rada (sudijska sloboda kao kanon tumačenja prava).

Na ovoj osnovi zasniva se i postmodernistička rekonstrukcija u pravnoj hermeneutici koja govori o voluntarističkoj prirodi pravnog zaključka, odnosno koja potencira ideju o slobodi kao kanonu tumačenja prava. Polazeći od R. Paunda, ovde možemo svrstati sva ona gledišta koja ukazuju da suština pravnog rasuđivanja nije u prilagođavanju slučaja normi, već obrnuto, u prilagođavanju norme datom slučaju.<sup>7</sup> Ova gledišta se ispoljavaju u raznim oblicima, psihologističkom, naročito prisutnom u skandinavskom pravnom realizmu (A. Ros), pragmatikom, koje dominira u nemačkoj pravnoj hermeneutici a oslanja se na filozofsku tradiciju H. G. Gadamera (V. Hasemer), empirističkom, koji zastupa američki pravni realizam (O. V. Holms, K. Levelin), itd. Tako na primer, A. Ros smatra da je tumačenje zakona od strane sudija u toj meri konstruktivno da primena standardnih kanona tumačenja predstavlja tek argumentativnu fasadu koja prikriva veliku slobodu koja se sudijama nužno mora priznati kada primenjuju pravo.<sup>8</sup> U Nemačkoj, V. Hasemer, G. Hirš, E. Simon, ističu značaj objektivno - teleološkog metoda (što je počev od 60-ih godina XX veka došlo do izražaja i u praksi nemačkog Saveznog Ustavnog suda – *Bverf* 1, 299/312), ali idu dalje od K. Larenca, V. Kanarisa, A. Kaufmana i drugih, te stoje na stanovištu da teleološko tumačenje nije iznalaženje značenja (*Auslegung*), već umetanje značenja (*Einlegung*). Kod Hasemera se kriterijum tumačenja krije u glavi sudije čime se zagovara neograničena sloboda odlučivanja, a vezanost sudije zakonom proglašava za mit tradicionalne pravne hermeneutike.<sup>9</sup> Američki pravni realizam takođe ukazuje na slobodu sudije kao metod izricanja pravde, slobodu koja je posledica složenosti društvenih od-

---

<sup>7</sup> Rosko Paund, *Uvod u filozofiju prava*, Podgorica 1996, 107.

<sup>8</sup> Alf Ros, *Pravo i pravda*, Podgorica 1996, 165, 175, 180.

<sup>9</sup> Winfried Hassemer, "Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik", *Rechtstheorie* 1/2008, 10, 3.

nosa usled čega je sudija u odlučivanju uglavnom prepušten sam sebi,<sup>10</sup> ili posledica činjenice da voljni aspekt odlučivanja preteže nad svim ostalima.<sup>11</sup>

Imajući u vidu izloženo, može se reći da su teorija argumentacije, pre toga škola slobodnog prava, vrednujuća i sociološka jurisprudencija, ukazale na problem slobode u izricanju pravde, dok je postmodernistička rekonstrukcija otišla korak dalje i pitanje metoda primene prava formulisala upravo kao pitanje slobode sudijskog odlučivanja, odnosno sudijsku slobodu uzdigla na rang ključnog kanona tumačenja prava.

Međutim, u odnosu na pitanje slobode sudijskog rada pravna hermeneutika se i dalje postavlja sa dosta opreza i velikim podozrenjem. Dokaz ove metodološke nelagode vidimo kroz uobičajenu formulu kojom se prikriva sudijska sloboda. Naime, u okviru jedne šire dileme, oko toga da li je sudska presuda izvor prava ili ne, stvaralačka dimenzija izricanja pravde se najčešće izražava sintagmom "sudsko dopunjujuće stvaranje prava" koja ima eufemistički karakter i zapravo prikriva prostor velike slobode koja stoji pred sudijom u postupku primene prava. Osim toga, sudsko dopunjujuće stvaranje prava se ograničava samo na slučajeve kada postoji praznina u zakonu ili u pravnim principima, čime se dodatno prikriva sloboda kao metod sudijskog rada koja nije izuzetak (samo u slučaju pravnih praznina) već pravilo.<sup>12</sup>

Naravno, postoje i opravdani razlozi podozrenja prema slobodi kao kanonu tumačenja prava. Pomenimo po nama dva ključna, od kojih je jedan šireg, socijalno-istorijskog, a drugi užeg, čisto metodološkog karaktera.

Radbruhova formula (zakonsko nepravo), nastala kao rezultat teorijsko – metodološkog osvešćenja pravne nauke i pravničke struke nakon strahota II Svetuskog rata, kada su zloupotreba prava i pravno nasilje dobili najmonstruoznije oblike, velika su opomena i primer kako arbitrarnost i voluntarizam vrlo lako mogu da uđu u parlament i sudnicu, sa nesagledivim posledicama po pravni porredak i društvo u celini. Zato je sloboda sudijskog rada dugo bila na lošem glasu u pravnoj hermeneutici. Pomenimo samo upornu i razornu kritiku B. Ritera u tom pravcu. U diskusiji koja se rasplamsala između njega i V. Hasemera u periodu između 2008/2009. godine, na temu odnosa između subjektivnog (istorijskog) i objektivnog tumačenja, B. Riter je izneo vrlo ubedljive razloge gde otkrivamo kako je objektivno-teleološko tumačenje subjektivnije od subjektivnog tumačenja, što znači da sudije nisu više sluge zakona nego gospodari pravnog po-

<sup>10</sup> Karl N. Llewellyn, "A Realistic Jurisprudence: The Next Step", *Jurisprudence: Realism in the Theory and Practice*, Chicago 1962, 17.

<sup>11</sup> Jerome Frank, *Law and the Modern Mind*, New York 1930, 112.

<sup>12</sup> Franc Bidlinski, *Pravna metodologija*, Podgorica 2011, 73–74.

retka. On upozorava: "Tumačiti se može samo ono što se nalazi u zakonu kao volja za regulisanjem i cilj regulisanja. Ne postoji jedna zasebna volja zakona. Takva fikcija vodi u svet pravnih bajki. Ako se prizivaju volja i duh zakona, onda se ne pojavljuje ništa drugo nego volja prizivača",<sup>13</sup> i dalje, gde kaže kako sudijska sloboda "stvara nasuprot tome prostor za sudijino samovoljno odstupanje od zakona i za sopstveno, nelegitimno sudijsko stvaranje prava".<sup>14</sup> Naravno, postoji mnogo razloga koji opravdavaju primenu objektivno-teleološkog metoda, no nećemo se zadržavati na tom problemu jer nije u kontekstu ciljeva rada. Ono našta ukazuje nekoliko poslednjih redova jeste nagomilano istorijsko iskustvo gde vidimo kako se sudijska sloboda vrlo lako i jednostavno izvrgava u arbitrnost i samovolju.

Drugi razlog podozrenja prema slobodi kao metodu sudijskog rada više je metodološke prirode. Naime, i kada priznamo slobodu u delovanju sudije, i kada se borimo za afirmaciju slobode kao kanona tumačenja prava, postavlja se pitanje metodizacije te slobode, tj. formulisanja procedura koje će biti brana arbitrnosti o kojoj smo govorili. Nažalost, zagovornici sudijske slobode (objektivno-teleološkog metoda), na primer V. Hasemer, nisu dali iole pouzdane standarde metodizacije sudijske slobode, koji se na primer, kod njega, svode na oprezno, pažljivo i kreativno tumačenje zakona.<sup>15</sup>

Međutim, bez obzira na ove razloge i mnogobrojne argumente koji ih mogu potvrditi, stojimo na stanovištu da ima još ubedljivijih razloga koji ukazuju na to da je sloboda sudijskog rada nužnost procesa izricanja pravde i praktično najvažniji kanon tumačenja prava. Među njima ističemo: namernu nedovršenost zakona, nepouzdanost postojećih kanona tumačenja prava, složenost i dinamiku društvenih odnosa i sadržinsku neodređenost vrednosnih načela (moralno-pravnih principa) na kojima se temelji pravni poredak. U nastavku ovog odeljka ukratko ćemo se osvrnuti na ove razloge afirmacije sudijske slobode, a zatim, u sledeća dva odeljka posvetiti posebnu pažnju poslednjem koji smo naveli (sadržinska neodređenost temeljnih vrednosnih načela pravnog poretka).

Namerna nedovršenost zakona – o kojoj govori A. Kaufman,<sup>16</sup> odnosno otvoreni sadržaj zakona – što je interpretacija H. Harta na istu temu,<sup>17</sup> proizvodi hermeneutički značajne posledice. Naime, nedovršenost zakona je, kako ističe D. Basta "*conditio sine qua non* njegove funkcije. Drugim rečima, samo nepotpun za-

---

<sup>13</sup> Bernd Ruthers, "Methodenfragen als Verfassungfragen", *Rechtstheorie*, 3/2009, 262.

<sup>14</sup> *Ibid.*, 264.

<sup>15</sup> W. Hasemer, 11, 19.

<sup>16</sup> Artur Kaufman, *Pravo i razumevanje prava*, Beograd-Valjevo 1998, 30.

<sup>17</sup> Herbert Hart, *Pojam prava*, Podgorica-Cetinje 1994, 163.

kon može uspešno odigrati ulogu koja mu je namenjena”.<sup>18</sup> To u isto vreme znači da se zakon upotpunjava tek u odnosu na činjenično stanje datog slučaja. Ovde se ne radi o supsumpciji slučaja pod opštu normu, već o dijalektici normativnog i faktičkog koja se uspostavlja posredstvom sudijske slobode, što je nužnost a ne izuzetak, odnosno po Hasemeru, dobitak a ne gubitak za pravnu hermeneutiku.<sup>19</sup>

Nepouzdanost kanona tumačenja prava (i tumačenja uopšte) nije novina najmanje počev od Šlajermahera koji je zasnovao i univerzalizovao nesporazum kao osnovni princip i usud tumačenja. Njegovo upozorenje da “hermeneutička pravila moraju biti više metoda”,<sup>20</sup> obara naivnu pretpostavku tradicionalne hermeneutike da je razumevanje u komunikaciji između dva subjekta pravilo a nerazumevanje izuzetak. Šlajermaher je zapravo, kao niko pre njega, ukazao na napetost između teksta i uznačenog autorovog značenja i smisla koji tekst ima za tumača, odnosno on je prvi čitavu hermeneutiku utemeljio na nesporazumu.<sup>21</sup> Posle Šlajermahera, ideju hermeneutičkog opreza najsnažnije je izrazio M. Hajdeger. Kod njega, ta ideja se ispoljava kao mogućnost samonesporazuma prilikom suočavanja sa sopstvenom predstrukturuom razumevanja.<sup>22</sup> Samonesporazum o kome je ovde reč posledica je činjenice da tumačenje nije tek rasvetljavanje razumevanja, već otkrivanje projektovanih mogućnosti sadržanih u razumevanju.<sup>23</sup> Sve to konačno znači da kanoni tumačenja uopšte nisu pouzdan put ka otkrivanju smisla neke poruke (opšte pravne norme), i to pre svega imajući u vidu kontekst tumačenja. Ova nepouzdanost kanona tumačenja stoga otvara prostor nužne slobode u tumačenju, koja možda najviše dolazi do izražaja u postupku primene prava.

Složenost i dinamika društvenih odnosa je takođe okolnost koja otvara potrebu za slobodom kao metodom sudijskog rada. Do ovoga dolazi, pozivamo se na koncizan stav znamenitog predstavnika naše predratne sociologije prava Ž. Spasojevića na ovu temu, stoga što je iz različitih i mnogobrojnih razloga parlamentarna mašina isuviše spora i ne uspeva da prati ukorak život.<sup>24</sup> Usled toga, nastaju praznine u zakonu, praznine koje se popunjavaju pre svega analogijom a

<sup>18</sup> Danilo Basta, “Pravna hermeneutika Artura Kaufmana”, *Osnovni problemi filozofije prava* (ur. M. Šuković), Podgorica 1994, 207.

<sup>19</sup> W. Hassemer, 7.

<sup>20</sup> Friedrich Daniel Ernst Schleiermacher, *Hermneutik und Kritik* (Hgrs. V. M. Frank), Frankfurt/M 1977, 84.

<sup>21</sup> *Ibid.*, 81, 92, 328.

<sup>22</sup> Martin Hajdeger, *Bitak i vreme*, Beograd 2007, 186.

<sup>23</sup> *Ibid.*, 184.

<sup>24</sup> Živan Spasojević, *Nacrt jedne opšte teorije prava*, Beograd 1989, 21.

generalno logikom objektivnog tumačenja zakona. Ovde se ponovo susrećemo sa slobodom, s obzirom da analogija i objektivno – teleološki metod tumačenja, u najvećoj mogućoj meri počivaju na slobodnom sudijskom vrednovanju.<sup>25</sup>

Najzad, dolazimo i do sadržinske neodređenosti temeljnih vrednosnih načela (moralno-pravnih principa) pravnog poretka, koja takođe čini slobodu ključnom metodom tumačenja prava. O tome će biti reči u nastavku rada tako što će se konstruisati dva modela triparticije (moral – pravda – pravo i moral – pravda – sloboda)

#### MORAL – PRAVDA – PRAVO

Razmatranje odnosa morala i prava sa stanovišta primene prava podrazumeva da se ovom odnosu mora dati dinamička dimenzija. Jedini način da to postignemo jeste da zauzmemo teleološku perspektivu, odnosno da odnos morala i prava posmatramo sa stanovišta ključnih vrednosti na kojima se temelji pravni poredak, koje su zapravo ciljevi koje treba ostvariti stvaranjem i primenom prava. Tada, možemo pribeći nekoj vrsti teleološke redukcije i sve pravne vrednosti svesti na jednu ključnu – vrednost pravde i pravičnosti (pravičnost – pravda pojedinačnog slučaja), ili kako kaže T. Fiveg “svaki pravni poredak – stvoren bilo kako, gde i kada – u svakom slučaju mora nastupiti s pretenzijom da bude pravedan”.<sup>26</sup>

Osim toga, posmatrano i sa jednog šireg stanovišta odnos između morala i prava može se, a gotovo izvesno i mora posmatrati posredstvom pravde kao ključne vrednosti pravnog poretka i društvene organizacije uopšte. Razlog otkrivamo u činjenici da se između pravde i morala može uspostaviti znak jednakosti. Tada govorimo o etičkoj dimenziji pravde i o pravednosti morala.

Ovaj pristup pronalazimo u razvijenom obliku kod H. Perelmana. Osim toga, Perelman zaslužuje da bude pomenut kao jedan od ključnih autora koji prirodu pravnog zaključka posmatra sa stanovišta kvaliteta njegovih premisa a ne logičkog odnosa koji postoji između tih premisa.<sup>27</sup> U tom pravcu on je pokušao da izgradi logiku vrednosnih sudova koja bi ove učinila nezavisnim od proizvoljnosti pojedinca (sudije).<sup>28</sup> U odnosu na pitanje odnosa morala i prava, odnosno morala i pravde vidimo da je srazmera ključni pojam koji ih vezuje i uspostavlja znak jednakosti između njih. Perelman kaže: “Da bi postojao moralni sud potreb-

---

<sup>25</sup> *Ibid.*, 85, 87.

<sup>26</sup> Teodor Fiveg, *Topika i jurisprudencija*, Beograd 1987, 114.

<sup>27</sup> Iscrpan prikaz ovih gledišta u našoj literaturi kod: Jasminka Hasanbegović, *Perelmanova pravna logika kao nova retorika*, Beograd 2006, 18–23.

<sup>28</sup> Haim Perelman, *Pravo, moral, filozofija*, Beograd 1984, 39–40.



no je oceniti situacije svrstavajući ih u kategorije, tretirajući na isti način suštinski slične situacije. U tome je pravilo pravde, koje, izraženo u formulacijama koje ga različito utvrđuju, dovodi isto tako do zlatnog pravila (Voli bližnjeg svog kao sebe samog; Ne čini bližnjem svom ono što ne bi želeo tebi da se čini).<sup>29</sup> On dalje ističe da moralni principi daju direktive opšteg značaja, naglašavajući umesne i važne elemente u moralnom većanju, pri čemu se upravo u primeni prava, gde su moralni principi ovaploćeni kroz pravdu, najbolje vidi njihova funkcija, a to je donošenje odgovarajuće sudske odluke.<sup>30</sup>

O tome da se odnos između morala i prava uspostavlja posredstvom pravde govori i H. Hart. Međutim, čini se da njegova analiza nema dubinu poput Perelmanove. Naprosto, on postulativno i lapidarno tretira odnos između pravde i morala smatrajući ih sinonimima,<sup>31</sup> za razliku od Perelmana koji traži njihov zajednički imenitelj (srazmera, ravnoteža u pravcu kategorisanja sličnih situacija). Ova sinonimnost dolazi na primer do izražaja u izjavama gde se kaže kako "prihvatanje moralne obaveze da se poštuje zakon, u nekim slučajevima, može se poništiti jačom moralnom obavezom da se ne poštuju moralno *nepravedni zakoni*".<sup>32</sup> Po Hartu, koegzistentnost morala i pravde predstavlja posledicu činjenice da je u pravu pitanje moralne kritike u smislu pravde ili nepravde drugačije, specifičnije i korisnije nego izražavanje pomoću nekih drugih moralnih sudova (dobar, loš, itd.).<sup>33</sup> Na ovaj način funkciju izjednačavanja morala i pravde posmatra i Perelman. On ističe kako je deontička priroda kategorijalnog para pravedno – nepravedno najpogodniji način transponovanja moralnih imperativa u pravni poredak.<sup>34</sup>

U izvesnom obliku, izjednačavanje morala i pravde otkrivamo i kod L. Fullera. On pravi razliku između moralnosti dužnosti (spoljašnja moralnost prava) i moralnosti aspiracije (unutrašnja moralnost prava).<sup>35</sup> Kada govori o unutrašnjoj moralnosti prava L. Fuller zapravo ističe poželjnosti, kvalitete pravnog poretka koji omogućavaju njegovo zasnivanje, prepoznavanje, i na kraju, primenu. On izdvaja osam tih osobina (opštost prava, stalnost u vremenu, zakoni ne smeju od građana da traže nemoguće, oni ne smeju biti retroaktivni niti kontradiktorni, zakoni moraju biti jasni i moraju biti objavljeni, i najzad, podudarnost iz-

<sup>29</sup> *Ibid.*, 94.

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

<sup>31</sup> H. Hart, 194–195.

<sup>32</sup> *Ibid.*, 195.

<sup>33</sup> *Ibid.*, 196.

<sup>34</sup> H. Perelman, 89.

<sup>35</sup> Lon L. Fuller, *Moralnost prava*, Podgorica 1999, 10–15.

među objavljenih pravila i načina na koji se ona primenjuju).<sup>36</sup> Dalje, kako ističe sam Fuller, ove poželjne osobine pravnog poretka su univerzalne i čine neku vrstu proceduralnog prirodnog prava.<sup>37</sup> Kada tim kvalitetima prava po izloženoj logici pridamo aksiološki karakter i kada ih posmatramo zajedno, može se reći da oni imaju zajednički imenitelj i da u svom jedinstvu zapravo izražavaju zahtev za pravednošću pravnog poretka (u skladu sa terminologijom autora, to bi značilo da unutrašnja moralnost prava izražava neku vrstu formalne pravde). U svakom slučaju i ovde, na primeru respektabilnog autora pravne filozofije kao što je L. Fuller, čija je osnovna preokupacija istraživanje odnosa morala i prava, pravda se, doduše implicitno, pojavljuje kao nezaobilazna kategorija u razjašnjenju tog odnosa.

Najzad, dolazimo do kritične tačke u analizi naše triparticije. Naime, izjednačavanje morala i pravde ne može da otkloni jednu poteškoću u primeni prava na koju je naišao i otvoreno je priznao sam Perelman u svom pokušaju da zasnuje logiku vrednosnih sudova, koja će ove učiniti nezavisnim od proizvoljnosti pojedinaca, odnosno od arbitrarnosti sudija. Radi se o *sadržinskoj neodređenosti* moralnih načela i pravnih vrednosti (pre svega pravde), koja u etici izaziva moralni skepticizam, a u primeni prava volutarizam, arbitrarnost i samovlašće. Prema tome, čitava prethodna diskusija dovodi nas do još jedne triparticije, koja se izvodi iz prethodne, a koja je nužna za razmatranje odnosa morala (pravde) i prava posmatrano iz ugla primene prava.

#### MORAL – PRAVDA – SLOBODA

Perelmanov pokušaj zasnivanja logike vrednosnih sudova posledica je njegovog neprihvatanja radikalizma i ekstremizma u aksiologiji, izraženog kroz suprotstavljanje racionalističkog dogmatizma i moralnog skepticizma.<sup>38</sup> Njegov put u diskusijama o moralu i pravdi je put rearfimacije praktičke filozofije zbog čega se naročito posvetio analizi pravničkog rasuđivanja, koje, po njemu, svojim tehnikama i načinom na koji sudija usaglašava poštovanje pravnog formalizma i iskustva predstavlja najpogodniji okvir “za objašnjenje, u moralu, odgovarajućih uloga teorije i iskustva, moralnih principa i moralnog suda”.<sup>39</sup>

Perelman, u gotovo ispovednom tonu, govori o svojim višegodišnjim istraživanjima i pokušajima (u saradnji sa Lisi Olbrechts – Titekorn) da zasnuje logiku vrednosnih sudova. U tom pravcu on ističe kako su vrednosti, različiti ideali sa-

---

<sup>36</sup> *Ibid.*, 49-92.

<sup>37</sup> *Ibid.*, 98.

<sup>38</sup> Detaljnije o poreklu Perelmanove nove retorike (topike) kod: J. Hasanbegović, 24–34.

<sup>39</sup> H. Perelman, 94.

vršenog društva u svojoj suštini proizvoljni, utoliko što “ni iskustvo, ni indukcija koju ono odobrava, ni stroga dedukcija zaista ne mogu da garantuju prelaz sa onoga što je dato, sa objektivne činjenice, sa onoga što je istinito, na ideal koji želimo da ostvarimo, na vrednosti koje on ističe i pravila koja on opravdava”.<sup>40</sup> Međutim, iako prihvata da se vrednosti ne mogu dokazivati, Perelman ne prihvata da se one ne mogu racionalno opravdavati.

Perelman pravi razliku između kulturološke i sadržinske promenljivosti i neodređenosti moralnih principa. Ova prva podrazumeva mogućnost da se vrednosti menjaju od jednog društva do drugog, od čoveka do čoveka, a da pri tom nijedan razlog ne bi mogao da bude iznet u prilog jednih ili drugih. Međutim, Perelman veću pažnju posvećuje sadržinskoj neodređenosti vrednosnih stavova. On polazi od toga da se teorijski morali razilaze, dok se praktični morali poklapaju, odnosno smatra da “u praksi konkretne moralnosti dosta retko nailazimo na osnovno neslaganje u pogledu krajnjih principa, već pre svega na opšte slaganje u pogledu principa, praćeno čestim neslaganjem u pogledu njihove primene u pojedinačnim slučajevima”,<sup>41</sup> i dalje “različite moralne principe ljudi koji pripadaju različitim kulturnim sredinama ne osporavaju, nego ih tumače na razne načine, a ti pokušaji tumačenja nisu nikad konačni”.<sup>42</sup>

Usmeravajući pažnju pre svega ka sadržinskoj neodređenosti moralnih (vrednosnih) principa, Perelman izvlači konačan zaključak na ovu temu jednim retoričkim pitanjem: “Mogu li se uopšte zamisliti moralni principi koji ne sadrže nejasne i neprecizne izraze koji zahtevaju tumačenja, često kontroverzna u njihovoj primeni”.<sup>43</sup>

Polazeći od ove perspektive, ali posmatrano u odnosu na problem primene prava, postavljaju se dva pitanja: prvo, kako se u procesu izricanja pravde ispoljava sadržinska neodređenost vrednosnih (moralno – pravnih) principa, i drugo, kako se prevazilazi ta sadržinska neodređenost moralnih stavova u primeni prava, i generalno, prilikom izvođenja moralnih sudova.

Perelman se nije posebno odredio u odnosu na prvo pitanje. To je i logično s obzirom da – bez obzira na oštromna izlaganja o pravnom rasuđivanju, antinomijama ili prazninama u pravu – njegova osnovna preokupacija ide u pravcu dokazivanja kako pravo pruža model praktičkog rasuđivanja koji je podoban za razumevanje sfere moralnog života, tj. koji je podoban za racionalno opravdavanje vrednosnih stavova (moralnih principa).

<sup>40</sup> *Ibid.*, 40.

<sup>41</sup> *Ibid.*, 86.

<sup>42</sup> *Ibid.*, 86–87.

<sup>43</sup> *Ibid.*, 92.

S obzirom na osnovne ciljeve rada, ni ovde se nećemo podrobnije izjašnjavati u odnosu na prvo pitanje koje smo postavili. Ovim povodom, dovoljno je reći da se u primeni prava aksiološka problematika prelijeva u teleološku, odnosno vrednosna načela se ispoljavaju kroz ciljeve koje treba ostvariti u postupku stvaranja i primene prava. Tada, neodređenost vrednosnih načela se u primeni prava ispoljava kroz neodređenost ciljeva koje treba ostvariti. Ta neodređenost u ciljevima se manifestuje na više načina: kao zastarelost ciljeva, protivrečnost ciljeva, nedovršenost ciljeva (preciziranje ciljeva je ostavljeno sudiji, na primer kada zakonodavac izričito upućuje sudiju na primenu principa pravičnosti prilikom odlučivanja – čl. 55, 133, 141, 143, 169, 178, 182, itd. Zakona o obligacionim odnosima), nepreciznost ciljeva (ciljevi nisu pažljivo formulisani), nejasnost ciljeva (ciljevi regulisanja se ne mogu otkriti u legislativnoj prošlosti ili nam nedostaje istorijski materijal za procenu u tom pravcu), alternativnost ciljeva, itd.

Drugo pitanje, o tome kako se u postupku primene prava prevazilazi sadržinska neodređenost vrednosnih načela, neposredna je tema ovog rada. I opet, kao u slučaju namerne nedovršenosti zakona, nepouzdanosti kanona tumačenja, te karakteristika društvenih odnosa koji se pravom regulišu, odgovor je isti – sudijska sloboda, sloboda kao kanon tumačenja prava. O tome, H. Perelman kaže: “Što su izrazi jedne norme manje jasni i precizni, sudiji je data veća sloboda, veća je i elastičnost norme koju sudija može da primeni u prilikama i situacijama najmanje predvidljivim”.<sup>44</sup> Naravno, pozivanje na Perelmana u ovom slučaju u kontekstu je njegovih preokupacija na temu prirode vrednosnih sudova i afirmacije praktičke filozofije, što je oblast u kojoj je on dao znatan doprinos ( nekako u isto vreme, pedesetih godina XX veka, nezavisno jedan od drugoga, i raznim povodima, pojavljuje se niz dugih autora koji su doprineli preporodu praktične filozofije: T. Fiveg, G. H. Riht, E. R. Kurcijus, S. Tulmin, itd.). Međutim, zalaganje za slobodu kao metod jurističkog rada mnogo je starije i snažnije u matičnoj sferi ove problematike – pravnoj hermeneutici. Počev od H. Kantoroviča i pripadnika škole slobodnog prava, pa do moderne vrednujuće (konstruktivne) jurisprudencije, danas se formirao čitav pokret i jedinstven front koji se suprotstavlja nekritičkoj implementaciji silogističke logike u oblast pravnog rasuđivanja. Trenutno je stanje takvo da u sporu između mehaničke i stvaralačke jurisprudencije ova prva gubi bitku, mada topos logičko-mehaničke funkcije pravosuđa i dalje žilavo opstaje u sudnici.<sup>45</sup> Podsetimo se samo fine ironije kojom H. Kantorovič, pre više od jednog veka, izlaže kritici mehaničku jurisprudenciju: “Jurisprudencija se vaz-

---

<sup>44</sup> *Ibid.*, 92.

<sup>45</sup> Regina Ogorek, *Richterkonig oder Subsumptionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, Frankfurt/Main 1986, 366.

da sa samopouzdanjem upuštala u svoj nemogući zadatak, stalno je iznova pokušavala da s malim brojem svojih ključeva otključa sve brave, pa tako nije mogla izbeći da se čas lati kalauza a čas da razbija brave”.<sup>46</sup>

I konačno, dolazimo do najdelikatnijeg pitanja stvaralačke jurisprudencije i jurističke hermeneutike uopšte, a to je pitanje metodizacije sudijske slobode, ili kako kažu R. Vasić i K. Čavoški: “Glavna teškoća s kojom se suočavaju pobornici stvaralačke uloge sudije prilikom tumačenja i primene zakona jeste skoro nerešiv zadatak da se sudiji omogući veća sloboda, a u isti mah izbegne mogućnost njenog izvrgavanja u samovolju”.<sup>47</sup>

Već na početku rada istaknut je doprinos teorije argumentacije u pravcu afirmacije slobode kao metoda sudijskog rada. Njen odgovor na problem metodizacije sudijske slobode sadržan je u jednoj reči – topika. I ovde se prvo treba pozvati na Perelmana, s obzirom da njegova nova retorika s početka 60-ih godina XX veka predstavlja pionirski rad u zasnivanju teorije argumentacije i obnovi topičkog mišljenja u vezi sa jurisprudencijom.<sup>48</sup> No, nezavisno od ove okolnosti postoji mnogo dublji razlozi pozivanja na Perelmana i njegova topička shvatanja. Naime, glavni tok reafirmacije topičke jurisprudencije usmeren je, kao što pokazuje primer T. Fivoga, na suprotstavljanje topike aksiomatici, odnosno topičkog mišljenja kao problemskog (aporetičkog), sistemskom (apodiktičkom) mišljenju.<sup>49</sup>

Nasuprot tome, Perelman uspostavlja vezu između topike i jurisprudencije tako što u sferi primene prava pronalazi model praktičkog rasuđivanja koji je pogodan za diskutovanje temeljnih pitanja moralne filozofije, odnosno koji omogućava racionalno opravdavanje vrednosti.

U svojim istraživanjima gde pokušava da zasnuje logiku vrednosnih sudova Perelman dolazi do pesimističkog stava da ni indukcija niti dedukcija mogu da garantuju prelaz sa onoga što jeste na ono što treba.<sup>50</sup> On postavlja i osnovno pitanje u istom tonu: “Ali, treba li iz toga izvući mnogo opštiji zaključak, naime da su osnovne vrednosti i norme koje upravljaju našim delanjem strane svakoj raci-

<sup>46</sup> Herman Kantorovič, *Borba za pravnu nauku*, Beograd 2006, 22.

<sup>47</sup> R. Vasić, K. Čavoški, 251.

<sup>48</sup> Inače se začetnikom obnove topike posle Drugog svetskog rata smatra Ernst Robert Kurcius svojim delom “Evropska književnost i latinsko srednjovekovje”, iz 1948. godine. No, kako vidimo iz imena ovog rada, u pitanju je oblast književnosti. Autor ne dovodi u vezu topiku i jurisprudenciju, te se stoga među prve obnovitelje topičke jurisprudencije (termin Gerharda Štruka) u ovom periodu mora svrstati H. Perelman.

<sup>49</sup> T. Fivog, 95–109. U našoj literaturi na ovu temu kod: Jasminka Hasanbegović, *Topika i pravo*, Beograd 2005, 323, 406–408, 411.

<sup>50</sup> H. Perelma, 40.

onalnosti, da se ne mogu kritikovati niti opravdavati, da je svako raspravljanje u vezi s njima samo izraz naših interesa i naših strasti”.<sup>51</sup>

Međutim, on se dalje pita da li treba pristati na shvatanje uma i rasuđivanje na koje nas je navikla moderna logika, da li nešto što u formalnologičkom smislu predstavlja grešku, u dijalektičkom smislu može biti prihvatljivo (prelaz sa jeste na treba). *On ovu dilemu ne formuliše kao problem opravdavanja krajnjih principa, nego kao problem njihovog tumačenja u pojedinačnom slučaju imajući u vidu sadržinsku neodređenost osnovnih principa.*<sup>52</sup> U tom pravcu on se poziva na induktivnu teoriju morala Levi-Brila gde se teorijski morali razilaze a praktični poklapaju, tj. gde se opšti principi potvrđuju ili opovrgavaju u “konfrontaciji iskustva sa posledicama koje odatle proizilaze”.<sup>53</sup>

Međutim, Perelman ide dalje i osim mišljenja pojedinih filozofa (Levi – Bril, A. Šopenhauer, Dž. S. Mil) pronalazi jedno šire stanovišta kojim opravdava svoj pristup. O tome on kaže: “Deset godina rada, u saradnji sa g-đom L. Olbreh-ts-Titeka dovelo nas je *ne* do logike sudova vrednosti koju smo tražili, već do logike koju su savremeni logičari odavno zanemarili i potpuno zaboravili, logike koja je dugo razvijana još od antičkog doba, u starim raspravama o retorici i u Topikama”.<sup>54</sup>

Osim toga, vezano za odnos morala i prava, te topike i prava, Perelman ističe da upravo jurisprudencija pruža model praktičnog rasuđivanja koji je podoban za diskusiju o utemeljenju osnovnih moralnih principa, tj. da pravna hermeneutika pruža matricu za racionalno opravdavanje vrednosti. On kaže: “No zar se treba okrenuti matematičkom modelu da bi nam se objasnila uloga i značaj tih principa? Meni se čini da se njihovo značenje i njihov interes mogu razumeti samo poredi ih sa osnovnim principima prava”.<sup>55</sup>

Ovim stavom Perelman se na još jedan način suprotstavlja dominantnoj struji u razvijanju topike nakon Drugog svetskog rata. Naime, iz izloženog proizilazi da topici nije potrebna reafirmacija, da je ona živa, da dela, i to upravo u jurisprudenciji, ili bolje reći u sudnici, u postupku izricanja pravde (primeni prava), nezavisno od teorijskih orijentacija u jurističkoj i opštoj hermeneutici, i nezavisno što u ovoj prvoj dominira model silogističke prirode jurističkog rasuđivanja.

Najzad, i najvažnije. Pored značaja topičke jurisprudencije za zasnivanje moralne (praktičke) filozofije, Perelmanov tok misli ukazuje na još jednu funkciju

---

<sup>51</sup> *Ibid.*, 41.

<sup>52</sup> *Ibid.*, 87.

<sup>53</sup> *Ibid.*, 90.

<sup>54</sup> *Ibid.*, 43.

<sup>55</sup> *Ibid.*, 91–92.

topičkog mišljenja u jurisprudenciji, tj. postupku primene prava. Naime, posmatranje opštih moralnih principa, odnosno pravnih načela – pre svega pravde koju po svojoj sadržini Perelman izjednačava sa suštinom morala – iz ugla tumačenja a ne iz ugla njihovog opravdavanja (dokazivanja, izvođenja uvek iz još viših, ili jednog najvišeg principa), otkriva sadržinsku neodređenost tih principa koja upravo i zahteva njihovo tumačenje. Sadržinska neodređenost opštih pravnih principa u procesu primene prava podrazumeva sudijsku slobodu (uz druge razloge koji nameću slobodu kao metod sudijskog rada). U odnosu na ovu okolnost topika, kao tehnika pronalaženja i korišćenja argumenata na osnovu neke tačke gledišta, nije samo veština problemskog mišljenja već, upravo zato, upravo kao takva, i način metodizacije slobode, tj. metod ograničavanja i kanalisanja sudijske slobode. Ova funkcija topičkog mišljenja izrasta iz njenog dijalektičkog, odnosno dijaloškog karaktera, zapravo, u krajnjoj liniji, iz intersubjektivnosti dijaloga. Kako kaže Perelman: “Opravdati neki princip ne znači učiniti ga zavisnim od nekog drugog principa koji se smatra fundamentalnijim, već opovrgnuti zamerke koje su bile suprotstavljene njegovom važenju, nadahnjujući se drugim principima”.<sup>56</sup>

Naravno, to opovrgavanje zamerki po pravilu izaziva potrebu za drugačijim tumačenjem kritikovanih principa i drugačijim argumentima. Prema tome, suština topičke metodizacije slobode je u sučeljavanju argumenata i perspektiva na temelju kojih se ti argumenti izvode. *Na ovaj način se, po Perelmanu, opšti principi usavršavaju polazeći od iskustva.* On kaže: “Moralni život, kao i pravni život, i još više no on, pretpostavlja pravila i uputstva o kojima iskustvo i refleksija o iskustvu treba stalno iznova da misle i da ih iznova prilagođavaju težnjama ljudi koji se nalaze pred problemima egzistencije”.<sup>57</sup>

U odnosu na izloženo, u pogledu topičke metodizacije sudijske slobode, imali bi da dodamo sledeće. Prvo, sintagmu “usavršavanje principa” koju koristi Perelman, a kako bi čitav koncept dobio svoju jasnoću i pun značaj, trebalo bi zameniti onom gde se govori o “ispunjavanju sadržinom principa”. To je zapravo pravi smisao dijaloga i argumentacije: pronalaženjem i korišćenjem argumenata opšti principi (pravna načela) ispunjavaju se sadržinom za potrebe konkretnog slučaja polazeći od iskustvenih činjenica tog slučaja, tj. polazeći od problema koji je izazvao diskusiju. Drugo, u ovom postupku se susrećemo sa dijalogom dve strane u sporu povodom nekog problema, ali, još važnije, dijalogom koji se u sudskoj odluci zaokružuje kao dijalektičko prožimanje normativnog i faktičkog. Treće, polazeći od izloženog, topički način mišljenja nesporno predstavlja jedan od načina metodizacije sudijske slobode, jednu od tehnika kanalisanja i ograničava-

<sup>56</sup> *Ibid.*, 87

<sup>57</sup> *Ibid.*, 88.



nja te slobode. Naravno, postavlja se pitanje u kojoj meri topika može da odgovori ovom složenom i odgovornom zadatku, u kojoj meri može biti pouzdana brana sudijskoj arbitrarnosti i samovolji.

No, to je već tema za neku drugu raspravu.<sup>58</sup> U ovom slučaju, i s obzirom na zadatak temu, gde se proces primene prava posmatra pre svega sa aksiološkog stanovišta, čini nam se da smo uspeli da dokažemo kako se odnos između morala i prava u donošenju sudske odluke uspostavlja posredstvom pravde, i da usled izloženih razloga u konačnici dobija izgled triparticije moral – pravda – sloboda. Tada, ako priznamo da je sloboda ključni kanon tumačenja i primene prava, ostaje nam stalna profesionalna briga i potreba usavršavanja tehnika metodizacije te slobode. U tom pravcu, i na izloženi način, topičko mišljenje, odnosno topička jurisprudencija sigurno može dati odgovarajući doprinos.

SAŠA B. BOVAN, LL.D.,  
Associate Professor, Faculty of Law  
University of Belgrade

## MORALITY OF LAW AND JUSTICE OF MORALE

### Summary

The paper investigates the relationship of morale and law from the standpoint of law implementation. Therefore we discover that the relation between these categories is necessarily created through justice as an universal but also key legal merit. In the context of the issue of law imple-

---

<sup>58</sup> Napomenimo samo da je topika, odnosno čitava teorija argumentacije jedinstvena u tome da se je njen zadatak istraživanje kvaliteta premisa a ne logičkog odnosa između premisa, i da topičko mišljenje počinje sa problemom (topičko mišljenje kao problemsko mišljenje, T. Fiveg, 62). Međutim, problemski karakter argumentativnog mišljenja podrazumeva neki konkretan slučaj koji zapravo čini malu premisu pravnog zaključka (bez obzira da li taj zaključak tretirali kao verovatan ili nužan). Teorija argumentacije ovu okolnost u velikoj meri previda ili ignoriše i bavi se uglavnom velikom premisom (vrednosnom dimenzijom pravnog zaključka, ciljevima koje treba ostvariti opštom pravnom normom), što je njen veliki hendikep. O tome kod: Carsten Backer, "Der Syllogismus als Grundstruktur des juristischen Begründens?", *Rechtstheorie* 3/2009, 411. O značaju premise činjeničnog stanja (male premise) za razumevanje prirode pravnog rasuđivanja, detaljnije kod: Hans Joachim Koch, Helmut Ruesmann, *Juristische Begründungslehre*, München 1982, 271–345, Arne Upmeier, "Der Sachverhalt im juristischen Streit", *Der juristische Streit. Recht zwischen Rhetorik, Argumentation und Dogmatik* (Hg. G. Kreuzbauer, S. Augeneder), Stuttgart 2004, 124–133.

mentation, the tripartite: moral – justice – law is expressed through another one, whose elements are: morality – justice – freedom. Finally, starting from the given (ethical-axiological) perspective, the paper states that liberty is the basic canon of law interpretation, i.e. the method of judicial work.

The paper also demonstrates the reasons which make the judicial liberty the key canon of judicial work, and among them the indefiniteness of content of the basic moral-legal principles (foremost it is justice) is especially analysed. In the end the paper shows the possibilities of topical way of thinking in the methodisation of judicial liberty so that it would not deteriorate into arbitry and judicial highhandedness.

RADIVOJ STEPANOV,  
ANA NEŠIĆ

## PRAVO I MORAL U RADBRUHOVOJ FILOZOFIJI PRAVA

PRAVNIČKA I PORODIČNA BIOGRAFIJA RADBRUHA

Gustav Radbruch je rođen u protestantskoj porodici u burno vreme nemačkog ujedinjenja, nastajanja “Drugog nemačkog rajha” i stvaranja čuvenog Bizmarkovog<sup>1</sup> “socijalnog i radnog zakonodavstva”. Stvaranje jedinstvene Nemačke Bizmark je sprovodio nepokolebljivom logikom “snage krvi i čelika” i Radbruchovo odrastanje proteklo je u složenim zbivanjima tzv. čelične epohe i stvaranja “gvozdеноg sistema Nemačke”. Ni kasnije, kao ugledan nemački pravnik, univerzitetski profesor i “carevinski ministar”, nije živeo u blagorodnim društvenim i političkim prilikama. U godinama pod Hitlerom,<sup>2</sup> kroz (svoje) lično, porodično i profesionalno iskustvo, Radbruch je pretrpeo teške godine nacističkog pirovanja nad pravom i pravdom, purifikacijom morala, varvaskog kršenja elementarnih ljudskih prava, privatnog vlasništva i pravne sigurnosti. Grubo je sklonjen sa šefa katedre

---

Dr Radivoj Stepanov, profesor Filozofskog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu.

Ana Nešić, MSc sociologije, Filozofski fakultet, Novi Sad.

<sup>1</sup> Otto Eduard Leopold von Bismark-Schömhausen (1815–1898), kancelar Pruske i ujedinjene Nemačke 1862–1890. godine.

<sup>2</sup> Adolf Hitler (1889–1945), nemački političar, kancelar (od 1934) s diktatorskim ovlašćenjima, vođa Nacionalsocijalističke radničke partije i nacističke Nemačke od 1933. do 1945. godine.

na fakultetu; “nacističkom milošću” dodeljena mu je uloga bibliotekara. Radeći u bibliotečkoj osami, uprkos svemu, dočekaio je pad zloglasnog “Trećeg rajha”. O primerima nečovečnosti tog totalitarnog, fašističkog režima izneo je svoj sud u posleratnim pravno-filozofskim spisima.

Radbruh se u Libeku školovao u “Katarineumu”, gde je kao *primus omnium* maturirao. Njegovi školski drugovi bili su Erih Mihzam<sup>3</sup> i Tomas Man.<sup>4</sup>

Iako je bio sklon “lepim umetnostima” (schönen Künsten), Radbruh se po očevoj želji “okrenuo” studijama prava i pravnih nauka u Minhenu, Lajpcigu i Berlinu. Državni ispit iz prava položio je 1901. godine u Berlinu. Kao pravnik usavršava se kod poznatog nemačkog reformatora krivičnog prava Franca fon Lista (Franz von Liszt, 1851–1919).<sup>5</sup> Doktorsku tezu iz filozofije krivičnog prava koja glasi: *Učenje o adekvatnom uzroku (Die Lehre von der adäquaten Verursachung)* odbranio je 1902. godine, a 1903. habilitirao je na raspravi: *Pojam činidbe u njegovom značenju za krivičnopravni sistem (Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem)* i postao privatni docent na Pravnom fakultetu Ruprecht-Karls-univerziteta (Ruprecht-Karls-Universität) u Hajdelbergu. Svoj prvi udžbenik: *Uvod u pravnu nauku (Einführung in die Rechtswissenschaft)* objavio je 1910. a nekoliko godina docnije objavio je knjigu *Osnovi pravne filozofije (Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1914)*.

U Hajdelbergu G. Radbruh ulazi u krug viđenih intelektualaca kojem pripada: utemeljivač opšte sociologije i pravni sociolog M. Veber (Maximilian Carl Emil Weber, 1864–1920) koji je, takođe, predavao u Hajdelbergu, A. Kronfeld (Arthur Kronfeld, 1886–1941) poznati nemački psihijatar, O. Majerhof (Otto Fritz Meyerhof, 1884–1951) istaknuti nemački fizičar i biohemičar, L. Nelson (Leonard Nelson, 1882–1927) pedagog i politički angažovani filozof u oblasti logike i etike, mladi književnik E. Blas (Ernst Blass, 1890–1939), koji je pripadao ranom ekspresionizmu, a za je čije novine – “Argonaut”<sup>6</sup> – G. Radbruh povremeno pisao kolumne. Preko prijatelja iz “badenskog kruga” Radbruh je povezan i sa K. Jaspersom (Karl Theodor Jaspers, 1883–1969) uglednim psihijatrom koji je širom kulturne javnosti Nemačke poznat kao filozof, posebno po delu: *Pitanje kri-*

<sup>3</sup> Erich Kurt Mühsam (1878–1934), politički aktivista, anarhista, publicista i književnik koga su ubili nacisti.

<sup>4</sup> Thomas Mann (1875–1955), nobelovac, esejista i romanopisac, filantrop i socijalni kritičar, deklarisan anti-fašista, koji se pred grubim i otvorenim pretnjama nacionalsocijalizma sklonio u Švajcarsku.

<sup>5</sup> U svom čuvenom “Marburškom programu” iz 1882. godine F. v. List je “insistirao na jednoj specijalno preventivnoj orijentisanoj reformi sistema krivičnopravnih sankcija” (A. Eser).

<sup>6</sup> U grčkoj mitologiji “argonauti” su junaci koji su otplovili u Kolhidu da bi pronašli “zlatno runo”. Ime su dobili po lađi Argo.

vice (*Die Schuldfrage*, 1946). Pod snažnim uticajem ovog “hajdelberškog intelektualnog kruga” Radbruch se uključio u pokret preporoda filozofije prava koji je početka XX veka označen kao “Povratak Kantu” (“Zurück zu Kant”). Taj pokret predstavlja sintezu prirodno-istorijskog i racionalističkog pristupa stvarnosti, a na području filozofije prava on se ispoljava kao pokušaj prevladavanja pozitivizma u svim njegovim ograničavajućim osobinama.

Uprkos izboru za vanrednog profesora na Pravnom fakultetu u Hajdelbergu, Radbruch za to zvanje nije dobio potvrdu državnih prosvetnih vlasti. Zbog toga prelazi na Univerzitet u Kenigsbergu gde je predavao Krivično pravo, Krivični sudski postupak i Filozofiju prava.

I pored činjenice da je bio univerzitetski profesor, Nemačka šalje Radbruha na Zapadni front (Landwehr-Infanterie-Regiment Nr. 111) u Prvom svetskom ratu, (od 1915. do 1918), gde je i ranjen. Nemačka soldateska isto je postupila i prema pravnom filozofu Emilu Lasku koji se nije vratio iz rata. Nakon što se Prvi svetski rat završio, Radbruch preuzima katedru na Pravnom fakultetu u Kilu. Tamo Gustav Radbruch ozbiljno “ulazi” u politiku i postaje član Socijaldemokratske partije Nemačke. Postao je poslanik 1920.godine, a godinu dana kasnije i ministar pravde. U svojstvu “carevinskog ministra” dao je značajan doprinos na izradi projekta novog nemačkog krivičnog zakona. Radbruch je u svojoj ličnosti kao profesor filozofije prava, kao političar i kao intelektualac objedinjavao izuzetnu snagu i imaginaciju da kreira jednu modernu koncepciju krivičnog zakona Nemačke u vreme (postojanja) Vajmarske Republike. Njegov Nacrt krivičnog zakona raskinuo je sa mnogim tradicionalnim tabuima, pre svega zalagao se za ukidanje smrtno kazne i za poseban tretman “učinioca iz ubeđenja” (Eser, 1989). Raspuštanjem Rajshtaga, krivičnopravna reforma Vajmarske Republike i zakonodavni projekat G. Radbruha propali su sa njom zajedno.

Nakon kratkog vremena provedenog u politici, Radbruch se vraća predavanjima i Univerzitetu. Obnavlja izdanja svojih ranije objavljenih knjiga i postaje redovni profesor u Hajdelbergu 1926. godine. Godine 1932. objavljuje svoju najznačajniju i najpoznatiju pravno-filozofsku studiju: *Filozofija prava (Rechtsphilosophie)*. Godine 1935/36. boravio je na Univerzitetu u Kembridžu (Engleska) gde je pripremio iscrpnu raspravu o engleskom pravu: *Duh engleskog prava (Der Geist des englischen Recht)*.

Nakon dolaska Hitlera na vlast, Gustav Radbruch je uklonjen iz nastave. I pored toga što je bio carevinski ministar pravde u Vajmarskoj Republici, što je predstavljao ugledno profesorsko ime (kojeg je “pratila reputacija neokantovca”), našao se na udaru opskurnog fašističkog režima. Tada dobija brojne pozive da pređe na druge ugledne univerzitete u Švajcarsku i SAD, ali on prihvata da živi u osami, izolovan od javnog i političkog života, “daleko od očiju” strukovne javno-

sti, u univerzitetskoj biblioteci u Hajdelbergu. Tu nastavlja svoja istraživanja istorije nemačkog krivičnog prava i priprema monografiju o velikom krivičaru A. fon Fojerbahu (1775–1833).<sup>7</sup>

Posle rata, 1945. “vraćen” je na položaj dekana Pravnog fakulteta u Hajdelbergu i postaje član Akademije nauka u Berlinu. Nekoliko dana nakon svog 71. rođendana (21. novembra) Gustav Radbruch je iznenada preminuo u Hajdelbergu 23. novembra 1949. godine.

Njegov rukopis “Pet minuta filozofije prava” (1945) pridodat docnije njegovoj knjizi “*Filozofija prava*” i posle više od pola veka privlači interes pravnih istoričara, otklanja ne samo zaborav sa Radbruchovog imena, već skreće pažnju na aktuelnost njegovog filozofskog dela i pravnog učenja, naročito u onim sredinama i vremenu kad su pravne vrednosti sistemski ignorisane i poremećene.

#### FILOZOFIJA PRAVA: “PRAVO I MORAL”

Pojam prava je kulturni pojam i time je kao “pojam jedne stvarnosti” povezan sa vrednošću. Već time što je pojam prava povezan sa vrednošću on je, po logici stvari, ili kako kaže Radbruch, “po svom smislu određen da služi ideji pravde” (Radbruch: 1980: 44, 95). Pravo je ona stvarnost čiji je smisao da služi pravnoj vrednosti, ideji prava. Pojam prava je usmeren na ideju prava. Dakako, ideja prava ne može biti ništa drugo nego pravda. “*Est autem ius iustitia, sicut a matre sua, ergo prius fuit iustitia quam ius* – pravo potiče od pravde kao od svoje majke: prema tome, pre je nastala pravda od prava” (Radbruch 1980: 44-45). Iz takvog pojma prava može se izvesti razlika između samog prava i drugih vrsta normi, naročito onih koje su mu “najsrodnije” – morala i običaja, moralnih i običajnih normi.

Šta je otuda *pravo* a šta *moral*? Radbruch daje eksplicitan odgovor: i pravo i moral su “kulturni pojmovi, pojmovi povezani s vrednošću koji se mogu definisati samo pomoću ideje vrednosti na koju su orijentisani. Pravo je stvarnost čiji je smisao da *služi pravdi*, a moral je stvarnost čiji je smisao da *predstavlja ideju dobrotoga*. Dakle, reč je o dve stvarnosti koje imaju različite ciljeve: kod prava to je pravda, a kod morala to je dobrota/dobrotnost.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach bio je nemački naučnik na polju prava (deutscher Rechtsgelehrter), osnivač moderne nemačke nauke krivičnog prava i tvorac Krivičnog zakona Bajerna iz 1813. godine. U Jeni 1792. godine započinje najpre studije filozofije a potom i prava, da bi već 1802. godine stekao vanrednu profesuru i prešao na Univerzitet u Kulu na kojem se i Radbruch našao jedan vek kasnije, takođe kao profesor prava.

<sup>8</sup> Radbruch naglašava da je nemoguće pronaći neku ideju vrednosti na koju bi se mogao orijentisati običaj zbog čega otpada i uporedivost (samerljivost) prava i morala s jedne strane, i običaja

Da li su pravo i moral uporedivi? Ako se, kao što se to uobičajeno čini, pravo i moral, pravno i etičko, “dobro postave jedno pored drugog” tada imamo, konstatuje Radbruch, “nesamerljive veličine”. Zašto? Zbog toga što je “pravo kulturni pojam a etičko dobro vrednosni pojam” (Radbruch 1980: 52). Upoređivati se mogu ili dva vrednosna pojma kao što su *pravda* i *etičko dobro* ili dva kulturna pojma kao što su *pravo* i *moral*. Uobičajeno je da se diferencija, razlika, između prava i morala označava izrazom “*spoljašnji karakter prava*”, odnosno sintagmom “*unutrašnji karakter morala*”.

U tom odnosu ili formuli između *spoljašnjeg karaktera prava* i *unutrašnjeg karaktera morala* krije se više *različitih značenja*: prema *supstratu prava i morala*; prema *subjektu svrhe prava i morala*; prema *načinu obvezivanja (obavezivanja) prava i morala*; prema *izvorima njihovog važenja*.

Prvo značenje, vezano za suprotnost “*spoljašnji – unutrašnji*” karakter vezano je za *supstrat prava i morala*. Naime, veruje se *da spoljašnje ponašanje podleže pravnom, a unutrašnje ponašanje moralnom regulisanju!* Jer spoljašnje ponašanje je vidljivo, za razliku od unutrašnjeg koje to nije: *cogitationis poenam nemo partitur* – niko ne može biti kažnjen za razmišljanje. Ali, pravno iskustvo zna i za unutrašnje ponašanje, “koje je često relativno” ali koje može da se podvrgne pravnoj regulativi ili pravnom dejstvu. To su slučajevi *kada je unutrašnje ponašanje merodavno za pravno tretiranje nekog određenog spoljašnjeg ponašanja* (poverenje, namera, iskušenje itd.).

Spoljašnje ponašanje je po mišljenju Radbruha dostupno moralnom, a unutrašnje ponašanje pravnom prosuđivanju (Radbruch 1980: 53-4). Ne postoji oblast unutrašnjeg i spoljašnjeg ponašanja koja se ne bi mogla podvrgnuti kako moralnom tako i pravnom vrednovanju. Razlika “u predmetu” između prava i morala može se izraziti i kao “*razlika u usmerenosti njihovih interesa*: za spoljašnje ponašanje zanima se moral samo ukoliko se od njega može očekivati neko spoljno ponašanje (kad se, na primer, u zločinačkom delu suštinski vidi samo jedan simptom za zločinačku duhovnu nastrojenost njegovog počinioca, koja ima za pravo značaj samo kao mogući izvor sledećih/novih zločinačkih dela). Tu je Radbruch upravo anticipirao ono što je došlo docnije u “*Pet minuta filozofije prava*”.

Drugo značenje vezano za antitezu “*spoljašnji – unutrašnji*” karakter može imati u vidu *subjekta svrhe prava i morala*. Naime, pravna vrednost karakteriše neku radnju kao – *dobru za zajednički život*, a moralna vrednost naprosto kao – *dobru*, nevezano za svrhe, kaže Radbruch. Jer, pravna vrednost je vrednost neke radnje za druge “ili za ukupnost drugih”, a moralna vrednost je naprosto vrednost neke radnje. Radbruch podseća da je još sholastika imala običaj da kaže da je mo-

---

s druge strane. Običaj se ne može koordinirati sa drugim kulturnim pojmovima jer on nema mesto u sistemu kulturnih pojmova (Radbruch 1980: 66).



ral *ab agendi* – potiče od subjekata, a pravo *ad alterum* – usmereno prema drugima. To znači, u pravu, da uvek onaj ko je u obavezi, ima prema sebi onog ko je u ovlašćenju, a u moralu, onome ko je u moralnoj obavezi “samo se simbolički pridodaje” neko ko je u ovlašćenju. Dakle, kod prava može se govoriti o “obavezi i dužnosti”, a kod morala, ne može se govoriti o “obavezi i dužnosti” već samo o – obavezi. Ni takozvane moralne obaveze prema drugima nisu u tom smislu da bi se njihovo ispunjenje moglo tražiti od drugih; i tu Radbruch navodi poznatu biblijsko-mitsku moralnu sentencu “ko Tebe udari po jednom obarzu Ti mu okreni i drugi” koja ne počiva na *recipročnoj dužnosti*.

Treće značenje vezano za suprotstavljanje “*spoljašnji – unutrašnji*” karakter prava i morala odnosi se na “različitost njihovih *načina obvezivanja*” (Radbruch 1980: 56). Radbruch to objašnjava tako što moral zahteva da se obaveza izvrši, zato što to nalaže *osećanje obaveznosti*, dok pravo dopušta i nalaže da se obaveza izvrši ne samo zbog osećanja obaveznosti, nego i usled drugih pobuda: straha od sankcije, lišenja slobode, javne osude, sramote, lišavanja imovine itd. Moral je dovoljna samo *duhovna nastrojenost* koja odgovara normama, a pravu je *potrebno ponašanje* koje odgovara propisima, ili “kao što se Kant izrazio: moral zahteva ‚moralnost‘, a pravo samo ‚legalnost‘” (Radbruch 1980: 56).

Sledstveno toj logici, moralnost i legalnost ne označavaju razliku u načinima obvezivanja već razliku u supstratima – moral ima za “predmet” pojedinačnog čoveka sa njegovim pobudama, a pravo zajednički život, u kome se pojavljuje samo spoljašnje (a tek posredno i unutrašnje) ponašanje pojedinačnog čoveka bez njegovih pobuda (kao što je to kod morala). Tako shvaćena legalnost, istina, nije specifična samo za pravo, nego je zajednička svim vrednostima koje nemaju za svoj predmet pojedinačnog čoveka i njegove pobude, to znači i “logičkim i estetskim vrednostima”. Na osnovu toga proizilazi da pravne norme u svom praobliku imaju karakter merila po kojima se meri zajednički život pojedinaca, a ne karakter zapovesti upućenih pojedincima, da je pravo po svom prvobitnom karakteru “sastavljeno iz normi vrednovanja” a ne iz “normi određivanja”. Pošto pravo ne želi samo da *proceni* ljudsko ponašanje nego i da ga *dovede do prikladnog* ponašanja, pravna pravila se otuda pretvaraju u “imperative”<sup>9</sup> – zabrane i zapovesti koje *određuju* ljudsku volju – a ne u “norme određivanja” koje vrednuju ljudsku volju (Radbruch, 1980: 58). U okviru ove treće distinkcije između prava i morala Radbruch pravi veoma suptilnu difrenciju između norme i imperativa potrebnu u daljoj operacionalizaciji njegove “*Filozofije prava*” i “*Pet minuta filozofije prava*”. Naime, Radbruch normu vidi kao “nestvarnost” koja želi da bude ostvarena, a imperativ kao “stvar-

<sup>9</sup> Radbruch pod “imperativom”, imperativnom formom podrazumeva svaki oblik težnje za utvrđivanjem motiva izgovorenom ili napisanom rečju: smisaoni i gramatički imperativ (Radbruch 1980: 58).

nost” koja hoće da djeluje (Radbruch 1980: 5). Norma želi *da bude svrha*, a imperativ *samo sredstvo za svrhu*. Norma kao svrha nije zadovoljena pre nego što sama bude ispunjena, imperativ kao puko sredstvo za svrhu, gasi se, gubi svoj smisao, kada njegova svrha bude ostvarena. Norma zahteva ponašanje saobrazno normi, imperativ se zadovoljava ponašanjem saobraznim imperativu. Drugim rečima, norma zahteva moralnost a imperativ legalnost! (Radbruch 1980: 58-9).

Četvrto značenje vezano za suprotstavljanje “*spoljašnji – unutrašnji*” karakter prava i morala leži u *različitosti izvora njihovog važenja*. Naime, pravu se pripisuje – *heteronomija*, a moralu – *autonomija*. Pravo, prema onima koji su mu potčinjeni pristupa spolja kao tuđa volja koja obavezuje, a moralnu normu (moralne zakone) nameće svakome samo vlastita moralna ličnost. Pravo i moral se po sadržini svojih zahteva “poklapaju samo delimično i slučajno. Veza između te dve normativne oblasti sastoji se “(...) u tome što je moral s jedne strane *svrha prava* a s druge strane *osnov njegovog (pravno) obavezujućeg važenja*” (Radbruch 1980: 61).

Iz toga slede dve osnovne pravno-filozofske premise:

– Samo moral može obrazložiti obavezujuću snagu prava. Iz pravnih propisa može se izvesti “neko *moranje* ali nikada neko *trebanje*”.

– Sankcija prava od strane morala moguća je zato što *pravo* bez obzira na raznolikost svoje sadržine *ima moral kao svrhu*. Pravo ne služi moralu pomoću pravnih obaveza koje nalaže, nego pomoću subjektivnih prava *koja daje*. Pravo nije okrenuto moralu onom svojom stranom na kojoj su obaveze, nego onom svojom stranom na kojoj su *subjektivna prava*. Upravo otuda je pravo samo *mogućnost morala*, pa baš zbog toga i mogućnost *nemorala*. Pravo može samo da omogućiti moral a ne i da ga iznudi. Moralno nastaje iz slobode a ne iz prinude (iznude) (Radbruch 1980: 62, 63, 64).

U “*Filozofiji prava*” Radbruch na početku poglavlja *Pravo i moral*, kao filozofsku sponu prema “*Pet minuta filozofije prava*” navodi sledeću misao švedskog književnika Strindberga<sup>10</sup>: “*Uvek su, uostalom, želeli da moralni zakoni ostanu što neodređeniji. Zašto ih nisu utvrdili zapisujući ih i štampajući ih kao božanski i građanski zakon? Možda zato što bi pošteno napisan moralni zakon morao obuhvatiti i ljudska prava.*”

#### “PET MINUTA FILOZOFIJE PRAVA”

U posleratnom razdoblju Gustav Radbruch je objavio četiri kraća pravno-filozofska rada. Svi ovi radovi zajedno, predstavljaju jedan kritički način iščitavanja

---

<sup>10</sup> Johan August Strindberg (1849–1912) jedan od najpoznatijih švedskih autora, književnik, slikar i fotograf. Uzimaju ga kao jednog od osnivača modernog pozorišta.

pozitivističke filozofije prava i bacanja snažnog afirmativnog svetla na jusnaturalizam i nastavak filozofskog promišljanja prava i morala u novom kontekstu postvajmarske Nemačke<sup>11</sup>.

Prvi, najznačajniji, najpoznatiji i najviše analiziran posleratni Radbruchov tekst nosi naziv *Pet minuta filozofije prava*, a napisan je 1945. godine, tek što su ratne trube utihnule. Drugi njegov rad, pod naslovom *Nove partije – novi duh* napisan je te iste 1945. godine. Treći tekst *Zakonsko nepravo i nadzakonsko pravo* usledio je 1946. godine, a poslednji, neposredno pre smrti, 1949. godine, objavljen Radbruchov rad zvao se *Pravda i milosrđe*.

U tekstovima iz perioda posle Drugog svetskog rata, dakle, od 1945. do 1949., naročito u *Pet minuta filozofije prava* – Radbruch će, po mišljenju nekih pravnih analitičara “eksplicitno insistirati na tezi da svako pravo – *da bi uopšte bilo pravo* – mora ovaplotiti jedan minimum pravde, koji prevazilazi puku činjenicu ozakonjenosti” (Molnar 1996: 18).

Šta je sadržaj Radbruchovih *Pet minuta filozofije prava* objavljenih odmah nakon završetka Drugog svetskog rata?

U “prvom minutu” Radbruch osporava bezrezervnu i bezgraničnu (“slepu”) odanost (prema) pravnom pozitivizmu. Zapovest je zapovest – i to važi za vojnika. Zakon je zakon – i to važi za pravnika! Ali kad vojnik uvidi da je svrha zapovesti – zločin, “prestaje dužnost” na poslušnost, prestaje pravo na poštovanje zapovesti. Slično je i kod pravnika. Kad pravnik misli da nema izuzetka u poštovanju pozitivnog prava i kad mu ponestaje osećaj za prirodno pravo, tada zločinački zakoni mogu postati važeći i oni će izjednačiti pravo i silu “po uverljivoj logici” da samo tamo gde ima sile, tu može biti i “prava” (Radbruch 1980: 265 /*Pet minuta filozofije prava*/).

“Drugi minut” postavlja (pozitivno) pravo iz nerazumne u razumno, iz narkadne u logičku ravan. Ne sme se razmišljati na način da “sve što koristi narodu predstavlja pravo”. Upravo suprotno: treba razmišljati tako da “samo ono što predstavlja pravo, koristi narodu”. Razlika između ova dva stanovišta je suštinska. U prvom slučaju, na primer, “samovolja, kršenje ugovora, protivpravnost, samo ako koriste narodu predstavljaju pravo”. To praktično znači da “ono što se nosiocu državne vlasti učini opštekorisnim”, da se bezrezervno podrži “svaka pomisao i svaka ćud despota”, da se donose “kazne bez zakona i presude”, itd. – dakle, da i

<sup>11</sup> Radovi *Pet minuta filozofije prava* i *Zakonsko nepravo i nadzakonsko pravo* su izrazito pravno-filozofskog, dok su tekstovi *Nove partije – novi duh* i *Pravda i milosrđe* pretežno političko-filozofskog karaktera. Utisak je i to, da su prva dva rada pisana s neokantovskih filozofskih pozicija, dok se druga dva rada približavaju njegovom, od školskog doba sticanom i usvajanom, protestantsko-hrišćanskom svetonazoru. (Svi ovi tekstovi pridodati su kao aneks njegovoj knjizi *Filozofija prava*).

takve nerazumne stvari mogu da predstavljaju, mogu da čine pravo. Na taj način izjednačavanje prava i tobožnje koristi za narod, pretvara pravnu državu u državu neprava. U drugom slučaju, kad “samo ono što predstavlja pravo, koristi narodu”, tada konverzija pravne države u državu neprava nije izvodljiva (Isto).

“Treći minut” određuje pravo kao volju (hotnju) za pravdom. Pravda, otuđa, znači: “suditi ne vodeći računa o ličnosti, meriti sve istim merilom”. Pravda, shodno tome, počiva u *poopštivosti* prava – u istoj (jednako)j primeni prava na sve, pod istim uslovima. Kada se upotrebljavaju različiti aršini pravde i prava – kada za “ubijanje političkih neistomišljenika” ili za “ubijanje ljudi neke druge rase” nema volje za izvršavanjem pravde, a za iste ili slične postupke se prema političkom protivniku primenjuju drakonske i nepravedne kazne – tada nema ni prava ni pravde. “Kad zakoni svesno opovrgavaju volju za pravdom [...] onda ti zakoni nemaju važenje [...] onda i pravnici moraju naći hrabrosti da im poreknu karakter prava”. I gde se “bez razlike” ne vrši pravda – neće postojati ni svet /*Fiat justitia et pereat mundus*/ (Radbruch 1980: 266).

“Četvrti minut”, u dopuni sa *Zakonskim nepravom i nadzakonskim pravom*, stepenuje pravne vrednosti kroz povezanost legislativne i protestantske opcije pravednosti. Pravda je najviša pravna vrednost. Nakon pravde, sledi pravna sigurnost koja “zauzima neko čudno mesto između svrsishodnosti i pravde”. Tamo gde nastaje sukob između pravne sigurnosti i pravde, između zakona, koji se sadržinski može pobijati, ali koji je pozitivan, i između pravednog prava koje nije dobilo ni pravnu formu, doista postoji sukob pravde sa samom sobom, postoji “sukob između prividne i stvarne pravde”. Taj konflikt dobro izražava i Jevandelje kroz kontradiktornosti naredbi. Jedna naredba kaže: “Pokoravajte se vlasti koja ima moć nad vama”, a druga, dijametralno suprotna naredba, upućuje da: “Boga treba više slušati nego čoveka”. Taj sukob između pravde i pravne sigurnosti mogao bi se rešiti tako da pozitivno pravo ima prednost i kad je sadržinski nepravedno i nesvrshodno, osim u slučaju kad pozitivni zakon u toliko nepodnošljivoj meri protivureči pravdi, da zakon kao “neispravno pravo” mora odsupiti pred pravdom. Veoma je teško “načelno” povući oštru granicu između slučajeva “zakonskog neprava” i “zakona koji važe uprkos neispravne sadržine”. Ali sasvim “konkretno” ta granica se može odrediti “kad se jednakost, koja čini jezgro pravde, prilikom donošenja propisa pozitivnog prava svesno osporava. U tom konkretnom slučaju “zakon nije samo neispravno pravo već on uopšte nema pravnu prirodu” (Radbruch 1980: 266-7, 288-9, /*Pet minuta filozofije prava/Zakonsko ne-pravo i nadzakonsko pravo*/)<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> Čini se da je ovaj “četvrti minut” podstakao razmišljanja da se u Radbruhoj filozofskoj konstrukciji mogu uočiti tri tipa prava: “pravedno pravo”, “podnošljivo nepravedno pravo” i “ne-

“Peti minut” potvrđuje da su /prirodno/ pravna načela “jača od svakog pravnog propisa”. Zakon koji je suprotan tim načelima ne može da važi! Ta načela – kaže Radbruch – nazivamo prirodno pravo ili umno pravo.

Šta daje “ubedljivost” prirodnim ili umnom pravu? Zbog čega treba primeniti prirodno pravo kad kapaciteti pravednosti pozitivnog prava ponestanu ili su očigledno nedovoljni? Odgovor je sledeći: prirodno pravo ima trajnu čvrstinu i snagu koja nastaje na tekovinama civilizacijske kulture prava i na “dalekosežnoj saglasnosti mišljenja” ljudi o stvarnim demokratskim i političkim vrednostima (Habeas Corpus Act, 1679; Deklaracija o nezavisnosti, 1776; Deklaracija o pravima čoveka i građanina, 1789; Bil o pravima, 1787; itd.). Samo “namerna skepsa” može imati nedoumice u pogledu održivosti prirodnog prava (Radbruch 1980: 267).

### ZAKLJUČAK

Upravo na ovom “petom minutu” filozofije prava Radbruch je prevladao “rigidnu privlačnost” pozitivizma i ovde se oslanja na “objektivno postojane temelje” prirodnog prava. Zbog čega Radbruch to čini u svojim posleratnim pravno-filozofskim razmišljanjima?

Prvo, Radbruch zna da je ideja prirodnog prava neobično jaka i privlačna, da je postojana u pravnoj misli, nauci i praksi gotovo dvadeset i pet vekova, da je ta ideja starija od mnogih religija i da je sama neka vrsta pravne religije. Ideja prirodnog prava bila je žestoko napadana i osporavana, uz nju se vezuju razne kontroverze, ali njena održivost (i sada) je ipak neosporna. I pored povremenih potiskivanja ideja jusnaturalizma, ona se uvek vraća u pravni i društveni život kroz pokrete “neojusnaturalizma”.

Drugo, ideja prirodnog prava, naročito od vremena političke Moderne i racionalnog jusnaturalizma ima snažan uticaj na revolucionarna politička zbivanja poslednja tri veka. Gotovo bi se moglo reći da je prirodno-pravna ideja bila više korišćena kao politička doktrina nego kao pravna koncepcija.

Treće, tzv. “zakonski pozitivizam” i uopšte pozitivistički *mainstream* u XIX i prvoj polovini XX veka nije doveo u pitanje niti je degradirao ideju jusnaturalizma. Pozitivizam je pravo izvodio iz pravne kulture koja nastanak i prestanak prava vidi isključivo kroz odluke ljudi i države, mimo kojih i bez čije volje, prava

podnošljivo nepravedno pravo” (koje se može smatrati “zakonskim nepravom”). Nije isključeno da se može govoriti i o četvrtom tipu prava, tj. pozitivnih zakona, kada normotvorac “svesno ide na diskriminaciju ljudi” (tj. norma je direktno usmerena na stvaranje nejednakosti) i u tom slučaju ne nastaje nikakvo pravo već goli voluntarizam, jer je svako pozitivno pravo po svom smislu određeno ne da služi samovolji već da služi pravdi (Molnar 1996: 33 i dalje).

nema i ne može biti. Pokazalo se, ipak, da kada je pozitivno pravo zapadalo u krizu, reafirmacija prirodnog prava održavala je život prava (pravni život) u funkciji. Pozitivizam nije uspeo u meri u kojoj se od njega očekivalo. Norma doneta od strane ljudi, i samim tim obeležena "relativizmom", kulturom, mentalnim kapacitetom i dalekovidošću svojih tvoraca, nikada nije mogla postati neupitna. Uvek je ostajalo ostajalo pitanje da li je i koliko je – norma, zakon, pravo pravo – primere na stvarnom životu kojeg reguliše.

Najzad, pravna i društvena istorija poznaju mnoštvo primera kako su u vremenima krize i razočarenja u političke i zakonodavne prilike, prirodno pravo i moral pružali izlaz iz lavirinta u kome se čovek i zajednica mogu naći i inspirisali normotvorca na reformski preobražaj zakonodavstva i prava.

Minuli XX vek je u poslednjim decenijama dotrajavanja, posebno u našim prilikama, živeo u opakoj groznici ignoracije prava, političke diktature i raspada sistema državnih – pravnih, pravosudnih i političkih – institucija. U (ovoj) prvoj deceniji trećeg milenijuma prirodno pravo nalazi svoje (zaslužno) mesto i u nacionalnom i u međunarodnom pravu. Prisustvo prirodnopravnih principa, načela i vrednosti u međunarodnom pravu i radu međunarodnih sudova od posebne je važnosti. Veoma često, domaće (nacionalno) pravo nema dovoljne civilizacijske kapacitete da prevlada svoju ružnu političku prošlost i zakonodavnu praksu. Još uvek, u nacionalnom pravu nema snažnog skupa etičkih, praktičkih i empirijskih imperativa koji mogu da budu "izvor prava" i racionalna dopuna ili kompenzacija zakonodavnim i drugim pravnim propisima primerenih i prilagođenih zbilji.

S druge strane, međunarodno pravo, od tog Radbruhovog vremena i njegovih "*Pet minuta filozofije prava*" daleko više i upornije vraća u svoje delovanje etos i pravdu. Pozitivisticka koncepcija, prema kojoj se može suditi jedino na osnovu propisanog pravila – "iz forme" prava pala je pred argumentom "suštine prava".

#### *Literatura:*

- Eser, A. (1989). Sto godina nemačkog krivičnog zakonodavstva. U: "JRKK" /*Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, Beograd, april-jun, 1989, vol. 27, br. 2, (37–55).
- Faso, G. (2007). *Istorija filozofije prava*. Podgorica: CID, Univerzitet Mediteran; Beograd: Biograf.
- Kubinjec, J. (2009). *Filozofija pravnih vrednosti*. Novi Sad: Advokatska komora Vojvodine.
- Molnar, A. (1996). Radbruhova formula u Dreierovoj interpretaciji. U: "*Pravni život*", Beograd, br.12, tom IV, 1996, (35–48).
- Radbruch, G. (1980). *Filozofija prava*. Beograd: Nolit.
- Stepanov, R., Vukadinović, G. (2000). *Pravna misao XX veka*. Novi Sad: Futura.

RADIVOJ STEPANOV, LL.D.,  
Professor, Faculty of Philosophy, Novi Sad  
ANA NEŠIĆ  
MSc Sociology, Faculty of Philosophy, Novi Sad

LAW AND MORALITY IN LEGAL PHILOSOPHY  
OF GUSTAV RADBRUCH

Summary

German jurisprudence has given, in the past, the legal names of international stature and importance. It is rare that the state and the nation can boast such titans of legal science that made valuable contributions to law, such as Emil Lask, Hans Kelsen, Max Weber, Karl Schmidt, Niklas Luhmann, Arthur Kaufman, Ernst Eduard Hirsch, Manfred Rehbinder and others. All of them left their “personal impressions” in theory, sociology and philosophy of law. And they all had a very peculiar personal biography and destiny in professional and public life. In this constellation of the great German jurists of the twentieth century, Gustav Radbruch (Gustav Radbruch, Luebeck, 1878. – Heidelberg, 1949) has a particularly prominent place. He left behind works whose topicality does not lose its significance.

On the contrary, the philosophy of Gustav Radbruch is recognizable today, because it affects the essence of legal, anthropological and sociological questions. The time in which we live occasionally reveals its ugly face and it is precisely what Radbruch writes about in his philosophical works. Arrival of the Nazis in Germany marked the conflict of this cruel and inhuman totalitarian regime with Radbruhs philosophy of law and with him personally. His basic philosophical message in terms of law and positivism, after the Second World War and the collapse of Nazism, Radbruch stated in his famous legal writing: “*Five minutes of philosophy of law*” (1945). There, it is explicitly denied a rigid positivist principle that “the most vile right applies until it is in effect”. To this philosophical formula Radbruch did not come suddenly and with bitterness.

On the contrary, everything that he later gave in his philosophy comes from the knowledge, experience and culture from his major work “*Philosophy of Right*” (1932). In the book chapter entitled “*Law and Morality*” Radbruch expressed the subtle relationship between law and morality, which served him as a pretext for his “*Five minutes of philosophy of law*”.



MILICA TORBICA

## ODNOS PRAVA I MORALA

### U V O D

Pravo i moral su veoma bliski. Pravne norme kao i moralne predstavljaju najvažnije društvene norme. Pravo i moral se vrlo često upoređuju, utvrđuju se njihove sličnosti i razlike, njihove veze i uzajamni uticaj. Skoro da nema autora koji je govorio bilo o moralu bilo o pravu, a da nije raspravljao i o odnosu između pojave o kojoj govori i one druge. Razlika između prava i morala, kao sistema normi, je prvenstveno formalna i prvenstveno u sankciji. Pravne norme imaju državnu sankciju, a moralne norme nemaju. Razlika dalje postoji i u stvaranju jedne i druge vrste normi. Pravo stvara država, bilo neposredno bilo posredno, sankcionisanjem ponašanja koje je suprotno normama koje je neko drugi stvorio. Moral stvara neorganizovano, rasuto društvo. Pravna norma je uslovna, hipotetička norma, a moralna je bezuslovna, kategorička norma. Bilo kako bilo, teško je osporiti tvrđenje da su pravo i moral od izuzetnog značaja za formiranje i regulisanje odnosa unutar ljudske zajednice. I pravo i moral predstavljaju sisteme pravila kojima se određuje, usmerava i vrednosno procenjuje ljudsko ponašanje. U tom smislu, svaki pokušaj razumevanja čoveka, društva i države direktno ili indirektno vodi ka razmišljanju kako o pravu tako i o moralu. Složeni karakter društvenih odnosa pokazuje da se moral i pravo teško mogu posmatrati kao dve zasebne i za-

---

Milica Torbica, master, savetnik u Republičkom geodetskom zavodu.

okružene celine. Vrednovanje i usmeravanje ljudskog ponašanja i postupaka putem prava i morala je moguće samo ukoliko se ove dve veličine postave u složen kontekst njihovih odnosa.

Kroz istoriju teorijske misli nailazimo na pregršt tvrdnji, stavova i opravdanja koja vode od potpunog poistovećivanja prava i morala i njihove nerazdvojivosti, do dijametralno suprotnog gledišta. Tako, odnos prava i morala prirodno-pravna teorija posmatra iz perspektive tvrdnje o identitetu. Ova filozofsko-pravna teorija počiva na stavu da postoji jedinstvo pravnih i etičkih normi. Najpoznatiji filozof srednjeg veka Sv. Toma Akvinski tako smatra da razumom saznatljivi principi morala i etike čine sistem normi koji je nadređen pozitivno-pravnom poretku. Svaki propis koji nije u saglasnosti sa prirodno-pravnim principima ne može biti validan. Prirodno-pravni principi važe kao normativni uzor pozitivno-pravnim propisima. Međutim, bez obzira na to koliko je teorijski brižljivo razvijan, koncept prirodnog prava doveo je do niza neprihvatljivih konsekvenci oličenih u pravnoj nesigurnosti i pravnoj samovolji u zakonodavstvu. Takvo stanje u društvu i državi, kao i potreba za sigurnošću kapitalističke ekonomije u njenom ekspanzivnom razvoju je dovela do kritike i odbacivanja koncepcije prirodnog prava u XIX veku. Teorija prirodnog prava je zamenjena pravnim pozitivizmom koji je fokusiran na činjenično iskustvo i principe logike. Kao takav, pravni pozitivizam je stvorio potpuno drugačiji teorijski okvir za razumevanje prava i težište prebacio na formu i strukturu prava. Pravo se shvata kao skup procesa lišenih moralnog ili bilo kog drugog za pravnu normu relevantnog sadržaja. Sloganom "Pravo je pravo" pravni pozitivizam je naglasio tendenciju odbacivanja metafizičkog pogleda na svet i svih normativnih nejasnoća i neodređenosti karakterističnih za raniji period. Pravni pozitivizam je nastojao da uspostavi stabilan pravni poredak insistirajući na određenosti kako u domenu stvaranja tako i u domenu primene prava. Razvoj pozitivistički orijentisane pravne nauke doveo je do značajne kodifikacije pravnog života u XIX veku na području Evropskog kontinenta, što svakako nije jedina zasluga ovog teorijskog pravca. Međutim, logika pravnog pozitivizma je dovela do striktnog odvajanja prava i morala, što joj svakako nije za pohvalu. Činjenica samog postojanja pravnog sistema nije dovoljna da se na adekvatan način propišu obaveze i zaštite prava i interesi građana. Upravo suprotno, u političkom poretku zasnovanom na duboko nemoralnim i nepravednim ideološkim sadržajima, pravni sistem prelazi u svoju suprotnost. Na taj način umesto "pravo", pravni sistem počinje da primenjuje "nepravo". Život u takvim političkim procesima karakteriše postojanje moralno loših zakona. Iskustva nacističke Nemačke oličena u lišavanju života ogromnog broja nevinih ljudi i masovnih kršenja ljudskih prava i sloboda nisu samo svedočanstvo o upotrebi državnog aparata u cilju ostvarivanja moralno spornih ideala. Ona su dokaz

da legitimno doneti propisi bez odgovarajuće moralne sadržine mogu dovesti do uspostavljanja režima organizovanog terora i sprovođenja genocida nad nevinim žrtvama. Međutim, ovo iskustvo autoritarnih i totalitarnih političkih poredaka u XX veku nije jedinstveno. Nakon ovih surovih istorijskih događaja i primera, ponovo se u pravnoj filozofiji obnavlja učenje o prirodnom pravu. Osvežavaju se teorije o razlici između prirodnog prava i pravnog pozitivizma i kao glavno filozofsko-pravno stanovište ponovo se postavlja tvrdjenje o identitetu prava i morala. Tako se ponovo i na nov način, nakon ogromnih ljudskih žrtava i načinjene nenadoknadive štete, obnavlja ideja o jedinstvu i ukazuje na složenost odnosa prava i morala.

Zbog svega navedenog, preispitivanje prava u odnosu prema drugim i drugačijim sistemima je izuzetno značajno i neophodno u svim periodima razvoja društvene i pravne misli. Nije tajna da je za pravnika uvek pozitivno pravo, pravo koje se aktuelno primenjuje i koje je na pravnoj snazi, upravo ono pravo koje je najispravnije, najrealnije i najbolje. Međutim, upravo ta realnost društvenih odnosa i pojava može da dovede do zablude, da onemoguću razlučivanje dobrog od lošeg prava, pravednog od nepravednog, moralnog od nemoralnog. Zbog svega navedenog, u savremenim uslovima i izraženim društvenim promenama neophodno je da teoretičar zadrži objektivnost, tragajući za objektivnom istinom i samostalnom pozicijom u društvenoj misli. Neophodno je da pravna misao stalno, iznova i iznova, preispituje moralnost i etičnost pravnog sistema na kojem počiva pravni poredak koji se primenjuje, baš zbog bojazni što se svako “nepravo” može, barem za trenutak, učiniti kao “pravo”.

## POJAM PRAVA I MORALA

### *Pojam prava*

Savremeni pravni mislilac H.L.A. Hart je primetio da: “Mali je broj pitanja o ljudskom društvu koja su ozbiljni mislioci postavljali i na njih odgovarali s takvom upornošću, na tako različite, čudne, pa čak i paradoksalne načine kao što je pitanje: “Šta je pravo?”<sup>1</sup> Posmatrajući pravnu teoriju u poslednjih sto i pedeset godina primećujemo da na višeznačnost termina pravo ukazuju mnogi autori. Zbog nedostatka opšteprihvaćenog termina i značenja javljaju se brojni nesporedumi i različite definicije. Jedan broj pisaca pod pravom podrazumeva određenu vrstu društvenih odnosa, određeno iskustvo ili način na koji zvanične vlasti re-

---

<sup>1</sup> H.L.A. Hart, *Pojam prava*, Podgorica 1994, str. 20.

šavaju sporove, kao i predviđanje kakvu će odluku doneti sudovi itd.<sup>2</sup> U svakodnevnom govoru pod pravom se podrazumevaju različite pravne pojave, pravo se shvata kao jedna vrsta društvenih normi ili norme koje se trenutno primenjuju.

Pravo se proučava i razmatra još od antičkih vremena kada se misao o pravu javila kao poseban i nov oblik ljudske duhovnosti. Čovek je u tom periodu počeo da razmišlja racionalno, da menja svoj sudbinski odnos prema svetu i mitske predstave o moći bogova sa podvođenjem prirodnih i ljudskih stvari pod zajedničke pojmove mišljenja. Na taj način je čovek predstave o svom životu, kako političkom, pravnom, religijskom i svakom drugom, počeo da zasniva na slobodi, jednakosti, poretku, harmoniji i duhovnosti.<sup>3</sup> Antičko učenje o prirodnom pravu dostiže svoj vrhunac sa Aristotelom (384–322 g.p.n.e.) koji je smatrao da je pravo nešto proporcionalno jer proporcionalno predstavlja sredinu, proporcija je jednakost odnosa, a pravedno je proporcionalno.<sup>4</sup> Kod Aristotela po prvi put u istoriji pojma prava nalazimo definiciju prava. Prirodno je (pravo) ono koje svuda ima istu važnost i ne zavisi od toga da li je usvojeno ili ne. Za pozitivno pravo je bilo sporedno da li je glasilo ovako i onako, ali otkako je zakonski ustanovljeno to više nije nevažno.<sup>5</sup> Stoičari (IV v.p.n.e. do II v.p.n.e. Zenon, Marko Tulije Ciceron, Epiktet, Marko Aurelije) su činili sponu između antičkog i srednjovekovnog prava, a njihova povezanost sa rimskim carstvom je bila plodotvorna u smislu učenja i određivanja pojma prava. Učenje o pojmu prirodnog prava se razvijalo u zavisnosti od istorijskih uslova razvitka rimskog pozitivnog prava, koje na kraju postojanja rimske imperije dobija izrazito religioznu sadržinu. U vreme klasičnog perioda rimskog prava, Ulpijan je u svojim *Digestama* postavio univerzalnu definiciju pojma prava koja glasi: *ius est ars boni et aequi* – pravo je umeće (veština) dobrog i pravičnog. Pravo je umetnost (veština) poput retorike, muzike ili medicine toga vremena, i zato je ono umetnost dobrog i pravičnog. I od najjednostavnijeg prava traži se da pronade zadovoljavajuća rešenja u svim situacijama koje nastaju vezane za čoveka, između ljudi, u društvu, u sporovima ili sukobima koji se mogu pojaviti među njima.

Ideja prirodnog prava koja je dominirala celim antičkim periodom preuzeta je i u srednjem veku. Prvi i najveći sistematičar hrišćanskog učenja iz doba patristike<sup>6</sup> je bio *Aurelije Augustin* (354–430 g.n.e.) koji je od Platona preuzeo uče-

<sup>2</sup> N. Visković, *Pojam prava*, Split 1981, str. 3.

<sup>3</sup> M. Peri, *Intelektualna istorija Evrope*, Beograd 2000, str. 24.

<sup>4</sup> Aristotel, *Nikomahova etika*, Beograd 1980, str. 114. (1130a)

<sup>5</sup> Aristotel, *Politika*, Beograd 1960, str. 7. (1253a).

<sup>6</sup> Patristika, filozofija crkvenih otaca, označava period povezivanja hrišćanstva sa autentičnom filozofijom, posebno sa Platonom i neoplatonizmom, koje su izvršili crkveni oci.

nje o idejama, ali je ideje preneo u božiji duh i Večni zakon koji je identičan sa božjim razumom ili voljom i nepromenljiv kao i sam Bog. Hrišćanska prirodna pravna teorija je dostigla svoj vrhunac u delima Tome Akvinskog, najvećeg sholastičkog<sup>7</sup> filozofa. Toma Akvinski postavlja božanski zakon, prirodni zakon i ljudski zakon odnosno pozitivno pravo, u osnovu svoje pravne i političke doktrine. Prirodni zakon izvodi iz božanskog zakona kao objektivne i univerzalne vrednosti čiji je izvor božanski razum. Ljudski zakon je tvorevina čoveka, koji polazeći od apstraktnih principa prirodnog prava, stvara pozitivno pravo koje predstavlja posebnu, konkretizovanu primenu prirodnog prava. Ljudski zakon potiče iz prirodnog prava i ne sme mu protivurečiti, kao što ne sme protivurečiti ni božanskom zakonu. Ukoliko im protivureči, on je tiranski, nije u skladu za razumom i ne mora biti poštovan jer predstavlja izopačenje zakona.

U novom veku nastaju brojne pravno-teorijske i pravno-filozofske škole i pravci koji izučavaju pojam prava. Najpoznatiji mislioci novog veka su: Francisko Suarez (1548–1617), Nikolo Makijaveli (1469–1527), Tomas Mor (1478–1535), potom R. Dekart, H. Grocijus, T. Hobs, DŽ. Lok, B. Spinoza, Ž. Ž. Ruso, I. Kant, F. Hegel. Prirodnim pravom novog veka u potpunosti vlada racionalistički pojam nauke, pri čemu je *ratio* ne samo sredstvo spoznaje prava već i njegov izvor. U ovom periodu se pravna filozofija izdvojila iz teologije, a prirodno pravo se sekularizovalo. Moderno prirodno pravo ističe da čovek prethodi svakom obliku društvenog organizovanja, uključujući i državu. Pojedinaac je nosilac izvesnih neotuđivih prava koja stiče rođenjem i koja se stoga nazivaju prirodnim pravima. To ujedno znači da ova prava čoveku niko – pa ni država – ne može osporiti, niti oduzeti. Upravo efikasna zaštita individualnih prava jeste jedini razlog zbog koga ljudi napuštaju prirodno stanje i obrazuju državu i zbog toga se država ne može ni razumeti ni opravdati iz same sebe. Ona je samo sredstvo koje ljudi stvaraju radi očuvanja svojih prirodnih i neotuđivih prava.<sup>8</sup> U celini posmatrano prirodno pravo u građanskim revolucijama i u kasnijem procesu kodifikacije i pravnog uobličavanja novog društva imalo je tri osnovne karakteristike: ono je izvor individualnih sloboda i prava, granica legitimnog delovanja političke vlasti i osnov pozitivnog prava. F. Hegel je svojom filozofijom nagovestio kraj teorije prirodnog prava smatrajući da: “ono što je po sebi pravo, postavljeno je u njegovom objektivnom opstanku – a pravo je ovim određenjem pozitivno pravo”.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> Sholastika potiče od latinske reči *sholastica* što znači škola. Reč je o školskoj filozofiji i sholastička misao se razvila u okviru hrišćanske crkve.

<sup>8</sup> P. Jovanović, N. Dimitrijević, *Savremeni politički sistemi Prvi deo*, Novi Sad 1991, str. 83. i dalje.

<sup>9</sup> F. Hegel, *Osnovne crte filozofije prava*, Sarajevo 1964.

Razvoj pravne misli savremene pravne teorije izražen je kroz četiri glavna toka: nemačke, francuske, italijanske i angloameričke teorije i filozofije prava. Značajan doprinos pojmu prava dali su pravni mislioci: Rosko Paund, Gustav Radbruch, Hans Kelzen, Lon Fuller, Herbert Hart, Niklas Luman i drugi. Kao i u drugim zemljama, i našu teorijsko-pravnu misao obeležava mnoštvo različitih odgovora na pitanje šta je pravo. Tražeći odgovor na navedeno pitanje, uočavaju se tri osnovne dimenzije stvarnosti: normativna, vrednosna i sociološka, na koje se misli kada se govori o pravu. Uzimajući u obzir sve tri navedene dimenzije, pravo je poseban društveni proces u kome su ponašanja, vrednosni stavovi i normativna sfera uzročno i funkcionalno povezani i međuzavisni. Pravo tako čini dinamično jedinstvo normi, određenih konfliktnih društvenih odnosa, vrednosnih stavova i ciljeva.<sup>10</sup> Pravo je izuzetno složena društvena pojava koja u sebi sadrži sadejstvo mnogih elemenata, odnosa, pravila i ponašanja. Nema najbolje definicije prava. Do brojnih pojmova i definicija prava došlo se iz više razloga i treba uzeti u obzir specifičnost društvenih uslova različitih istorijskih perioda kada su definicije nastajale, a zatim i osobenost autorskog razmišljanja na ovu temu. Cilj moderne pravne nauke je da sistematizuje nivo građe do kojeg je tokom vremena došla i da, u skladu sa modernim shvatanjem pravne nauke, utemelji sopstvenu definiciju prava.

### *Pojam morala*

Termin moral treba razumeti kao skup društvenih normi koje subjekat oseća kao sopstvenu bezuslovnu, samociljnu obavezu, zasnovanu na dobrom kao samostalnoj vrhovnoj vrednosti. Tu obavezu čovek oseća celim svojim bićem, a ne samo razumom. Dobro se određuje po sebi, prema njegovoj visokoj vrednosti i važnosti koju ono ima za život i ličnost čoveka, iako se može odrediti i kao ono čime su ispunjene i zbog čega se izvršavaju moralne norme, ili kao osnovni element ispravnog života, ili kao delatni oblik kojim se stvara sreća ili najveća sreća za veliki broj ljudi.<sup>11</sup> Zlo je, sa druge strane, negacija dobra, nešto loše, ono što ne valja, nešto što treba izbegavati i ne treba činiti. Osobita karakteristika morala i etike je upravo ovaj dualitet i različitost osnovnih kategorija. Na ovaj način je izražena suprotstavljenost moralnih određenja u smislu njihove isključivosti. Kategorijama dobro i zlo razgraničavaju se namere, ciljevi i radnje u oblasti morala. Skup društvenih moralnih normi je moral u objektivnom smislu, a njihov odraz

<sup>10</sup> G. Vukadinović, *Teorija države i prava* 2, Novi Sad 2002, str. 35.

<sup>11</sup> K. Temkov, *Dobro, bolje, najbolje - Etika za mlade*, Niš 2003, str. 7.

u individualnoj psihi je moral u subjektivnom smislu. Subjektivni moral je, pri metićemo, tesno povezan sa savešću. Međutim, savest nije samo individualno reagovanje na objektivnu moralnu normu već predstavlja i jedan psihički odnos. U našoj psihi, savešću, motivisani smo i odlučujemo o udovoljavanju ili neudovoljavanju moralnim normama. Na isti način doživljavamo pozitivnu ili negativnu sankciju određene moralne norme kao stanje zadovoljstva ili nezadovoljstva, ponosa ili stida, spokojsstva ili nemira. Negativno psihičko stanje u vezi sa tim obično se naziva "griža savesti". Uvreženo je mišljenje da je griža savesti vrsta sankcije za prekršaj moralne norme. Međutim, grižu savesti predstavlja unutrašnja, psihička reakcija, a sankcija norme je nešto što je objektivno, određeno objektivnim autoritetom koji stoji iza sankcije.<sup>12</sup> U okviru moralne norme, sankcija je, doduše često nedovoljno jasno, ipak unapred određena i zato ima izvesne objektivne elemente, dok su reakcije savesti subjektivne te su kao takve različite kod različitih ljudi. Kao primer treba navesti da asocijalni tipovi ljudi i kriminalci ne osećaju grižu savesti ni za najgnusnije postupke, dok kod lica koja su socijalno usmerena i vaspitana takav osećaj postoji i za mali moralni prekršaj. Griža savesti liči na sankciju i predstavlja neprijatnost kao posledicu povrede moralne norme, dok društvo na čoveka u tom slučaju primenjuje spoljašnje sankcije uz istovremeni zahtev da on oseća grižu savesti. Sa savešću, kao slobodnim psihičkim opredeljenjem, ima veze autonomija volje pojedinca. Ono što je važno za autonomiju volje je svest o odgovornosti koja je posledica voljom preduzete radnje ili uzdržavanja od iste, a ono što je važno za savest je voljno preuzimanje odgovornosti i posledica odgovornosti za određenu radnju ili uzdržavanje od činjenja regulisano etičkim merilima.

Moralna sfera života čoveka se sastoji od velikog broja vrednosti koje su povezane izvorom moralnih saznanja, načinom njihovog potvrđivanja kao i sa izgradnjom dobrog i prihvatljivog moralnog kriterijuma. Svest o moralu, formiranje određenih principa, njihovo prihvatanje, sleđenje i provera u osnovi su moralne delatnosti koje nastaju i koje se izvršavaju u razumu čoveka. Čovek u moral unosi i strast, emociju. U tom smislu proizlazi da se u moralnom delovanju čovek predstavlja ceo, ono što zaista jeste, šta želi da bude, za šta se zalaže, o čemu mašta. Sve navedeno predstavlja jednu osnovu morala koja utiče na čovekovo stvaranje slike o tome šta je dobro i pravilno, te stvaranje ocene o sopstvenim postupcima posebno onim prema drugim ljudima, kao i ocenjivanje postupaka drugih ljudi. Ipak, u izgradnji moralne svesti i rukovođenju moralnim postupanjem najveći značaj ima čovekov um. Razum, racionalnost je najvažniji deo intelektualnog kapaciteta čoveka. Razum predstavlja sposobnost pravilnog, logičkog, kri-

---

<sup>12</sup> A. Gams, *Nagon i norma*, Beograd 1995, str. 65.



tičkog, principijelnog mišljenja. Razum je sposobnost za usmeravanje čovekove svesti ka saznanju, rukovodilac čovekovog postupanja, potencijal za sagledavanje posledica delovanja i za ispravljanje prethodnih zamisli, za samokritično preispitivanje celog svog postojanja, svog vrednosnog sistema, etičkih načela i konkretnih moralnih normi.<sup>13</sup> Racionalnost je čovekova najveća moć i kao takva ona je istovremeno i pokretač morala. Samo racionalnom procenom i ocenom čovek može da odabere i izgradi ono postupanje koje će biti najviše ljudsko i koje će biti veoma važno za njega kao jedinku i kao vrstu. Život u građanskom društvu i život za složene odgovornosti treba da podrazumeva život "u skladu sa razumom" kao trajni zadatak svakog pojedinca u razvijenom svetu. Moral kao vrednost i ljudska delatnost nije besmislen i slučajan. On ne postoji samo za pojedince i fanatike "dobrog". Čovek jedino razumom može pronaći sopstveni istinski moral, sopstveno dobro, i obezbediti zadovoljstvo samim sobom i svojim postupanjem.

#### ODNOS PRAVA I MORALA

Posmatrajući društvena pravila ponašanja drevnih naroda, Grka i Rimljana, primećujemo da oni nisu pravili razliku između pojmova pravnih i običajnih pravila, moralnih standarda i starinskog shvatanja poštenja. Obrasci ponašanja i delovanja su kod njih bili čvrsto isprepleteni u svom prvenstveno magijsko-religijskom karakteru. Kod Grka i Rimljana je postojala jednakost značenja izraza "pravo" za sve pojave koje mi danas razlikujemo: pravo, moral i običaj. Ovu povezanost pravnih i moralnih standarda ponašanja možemo primetiti u svakom udžbeniku klasične jurisprudencije gde je pravo označeno kao veština spajanja dobrog i pravednog. Da su pravo i moral prvobitno predstavljali jedinstvo, ukazuju nam i svi stari zakonici i sve religijske, svete knjige koje predstavljaju u stvari i moralne, pravne i običajene kodekse. Ne ulazeći u dublje analiziranje religijskih sistema islama i judaizma možemo primetiti da su Kuran, kao sveta knjiga islamske religije i Tora, kao sveta knjiga Jevreja, važili kao univezalni normativni zakon, koji treba da se primenjuje u svim sferama društvenog života. Za islam i judaizam je karakteristično da pravo ima "sveti" karakter, da sve što čovek čini predstavlja i njegovo duhovno izbavljenje i versko angažovanje. Tek je hrišćanstvo, za razliku od drugih velikih religija, u antičkom dobu, odbacivanjem svake veze sa državom i pravom, omogućilo svojevrsnu emancipaciju prava, prvenstveno na rimskom tlu. To je stvorilo osnovu za nastanak racionalnijeg i pravno-tehnički uobličijenog modela prava i pravničkog mišljenja.

<sup>13</sup> K. Temkov, *Dobro, bolje, najbolje - Etika za mlade*, Niš 2003, str. 117.

Prvobitno razdvajanje prava i morala, kako je već navedeno, nastupa kod Rimljana u kasnijoj etapi razvoja rimskog društva i države. Da je visoka moralnost rimskog prava u tom periodu došla u pitanje, potvrđuje nam i izreka Tacita: "Više vrede dobri običaji (poštenje) nego dobri zakoni". Puno zakona, pa čak i kada oni predstavljaju dobre zakona, svakako ne znači više prava, odnosno više moralnosti i pravednosti. Jasno je bilo da je već tada, još u rimskom pravu, pravo izgubilo vrlinu da je moralno i uzvišeno i sve je više u svesti ljudi počela da se učvršćuje misao o tome da je "zakon samo zakon". Tome u prilog govori i jedna sačuvana rimska izreka: *Ius appellatur non quia iustum est, sed quia inbetur* što znači da se pravo tako naziva ne zbog toga što je pravedno, već što je tako naređeno. Različitost između prava i morala se u rimskom pravu javila u obliku pitanja o granicama dozvoljenosti insistiranja na korišćenju ličnog – subjektivnog prava. Što se pravne terminologije tiče, to pitanje se izražavalo u ispitivanju opravdanosti postojanja instituta zloupotrebe subjektivnog prava.<sup>14</sup> Time je veza između prava i morala prekinuta, iako je teorijska svest o njihovom definitivnom raskolu sazrela kasnije, u teorijskim razmatranjima nemačkog filozofa I. Kanta.

U XVII i XVIII veku n.e. dolazi do širenja evropskog intelektualnog pokreta, prosvetiteljstva, u kojem su se ideje u vezi sa Bogom, razumom, prirodom i čovekom izmešale u pogled na svet inspirisan revolucionarnim tokovima u umetnosti, filozofiji i politici. Glavni oslonac prosvetiteljske misli bilo je korišćenje i slavljenje razuma. Za prosvetiteljske mislioce prihvaćeni autoritet, bilo u nauci ili religiji, morao je da bude podvrgnut ispitivanju "oslobođenih umova". Čovek prosvetiteljstva je verovao da sve istine koje su mu potrebne za praktično oblikovanje života može crpiti iz svog vlastitog duha, svog vlastitog uma. Filozofija i društveno delovanje I. Kanta je bilo rukovođeno upravo načelima i osnovama prosvetiteljstva. Suštinu Kantove moralne filozofije je moguće objasniti naglašavanjem njena tri bitna momenta. Prvenstveno, Kant smatra da vrhovno materijalno dobro ne postoji, a da moral, odnosno moralni zakon, egzistira u svakoj svesti, svakom zdravom ljudskom razumu. To se može zaključiti iz rečenice: "Nemoguće je zamisliti igde išta na svetu, pa čak i van njega, što bi se bez ograničenja moglo smatrati dobrim, osim jedino dobre volje".<sup>15</sup> Kant je ovde postavio razliku između svog stanovišta i dotadašnje moralne filozofije smatrajući da nema nekog vrhovnog moralnog dobra izvan ljudske volje, odnosno samog čoveka. Drugo, Kant je mišljenja da je "dobra volja", odnosno moralni zakon univerzalno prisutan u čoveku i da postoji bez obzira i nezavisno od iskustva, običaja ili navike. Odnosno, ono što zapravo treba smatrati moralom, ne zavisi od materijalnih principa, nače-

---

<sup>14</sup> D. Babić, *Pravo i moral, eseji iz filozofije prava*, Osijek 1987, str. 16.

<sup>15</sup> I. Kant, *Zasnivanje metafizike morala*, Beograd 1981, str. 23.

la, iskustva. Moral je u potpunosti lišen svakog subjektivizma, on je univerzalno prisutan u čoveku. Treće, Kant smatra da je takav moralni princip čisto formalan, a to naglašava rečenicom: "Deluj tako, da maksima tvoje volje u svako doba ujedno može da važi kao princip opšteg zakonodavstva".<sup>16</sup> Samo dobra volja, kao čisto htenje, daje čovekovoj delatnosti atribut moralnosti, moralnog principa. Odnosno, moralnost nekog dela nije ni u kakvoj vezi sa onim što se hoće, već na koji način se hoće.

Kant smatra da je ličnost identična sa slobodnim bićem, da ličnost postoji ukoliko sama sebe može slobodno obavezati i time doživeti sopstveno dostojanstvo. Ovim je naglašen primat čoveka kao umnog bića i na taj način izražena ideja o autonomnosti ljudskog bića u moralnom smislu. U moralu čovek se pokorava samo sebi kao ličnosti, odnosno umnom biću. Moralni zakon ne može da postoji ukoliko ne postoji sloboda čoveka kao umnog bića koja predstavlja njegovu osnovu. Kantova filozofija je ispunjena dihotomijom. Tako je i sa posmatranjem pojmova prava i morala i njihovog odnosa. Pravna dužnost, je po njegovom mišljenju, ona dužnost na koju se može izvršiti spoljna prinuda. Nasuprot tome, postoji moralna dužnost, dužnost vrline koja se ostvaruje samoprinudom, unutrašnjim zakonodavstvom dobre volje. Upravo to predstavlja Kantov kategorički imperativ. U procesu voljnog delovanja koje je opredeljeno nekim pravilom postoje tri momenta: motiv, pravilo i postupak. Ukoliko su prisutna sva tri momenta radi se o moralu. Ako nekoj zapovesti ili obavezi u pravilu odgovaraju pravilo i postupak, a postoji indiferentnost prema motivu, radi se o pravu. Tako je pojam prava određen kao prisilna legalnost i postoji samo kao način održavanja opšte spoljašnje slobode pojedinca. Ono nije ni u kakvoj vezi sa motivom i ne predstavlja istinsku slobodu za pojedinca. Kada volja prima zakon za pravilo svog ponašanja u društvu i ispunjava njegovu zapovest ne polazeći pri tom od čiste težnje za ispunjenjem nego od nekih drugih motiva, onda volja vrši samo jedno zakonito, a ne i moralno delovanje. Tome u prilog govori sledeća rečenica: "Prosto slaganje ili neslaganje neke radnje sa zakonom bez obzira na njenog pokretača zove se legalitet (zakonitost), a ona u kojoj je ideja dužnosti na osnovu zakona ujedno pokretač radnje zove se njen moralitet (ćudorednost)".<sup>17</sup> Pravo tako predstavlja kratko rečeno *moranje*, dok je moral, u smislu celokupne Kantove etičke pozicije, jedno čisto *trebanje*.<sup>18</sup> Kantovo teorijsko odvajanje prava i morala dovelo je u kasnijem razvoju građanske opšte nauke o pravu do nastajanja mnogostrukih konsekvenci. Naime, u građanskom društvu u kome vlada neprestana socijalna borba, duštvu

<sup>16</sup> I. Kant, *Kritika praktičnog uma*, Zagreb 1974, str. 64.

<sup>17</sup> I. Kant, *Zasnivanje metafizike morala*, Beograd 1981, str. 21.

<sup>18</sup> D. Babić, *Pravo i moral, eseji iz filozofije prava*, Osijek 1987, str. 37.

u kome vlada maksima “čovjek je čoveku vuk”, naglašavanje stroge vezanosti pravnim poretkom znači naglašavanje socijalne važnosti državne prinude. Pravo tako postaje nezamenljivo sredstvo održavanja mira u društvu i garant očuvanja pojedinačne “spoljašnje” slobode svakog člana društvene zajednice.

Krajem XIX veka situacija se bitno menja i javljaju se mnoge teorijske konstrukcije pravnih mislilaca koji su nastojali da moral i pravo ponovo vrate u isti kolosek, da pokažu njihovu bitnu povezanost posebno u smislu moralnog oplemenjivanja prava. To je bilo neophodno sa obzirom da je odbačena doktrina prirodnog prava kao navodno apstraktna. Naime, umesto prirodnog prava kao uzora pozitivnom pravu, postavlja se moral koji predstavlja meru pravednosti pozitivnog prava. Teorija je bila stanovišta da pozitivno pravo ne treba menjati, ono važi i tako treba i da ostane. Smatralo se da u okviru pozitivnog prava treba menjati samo ono što nije dobro, ono što treba prevazići. Došlo se do ideje da te loše delove pozitivnog prava treba zameniti moralom, te se tako postavio zahtev za više morala u pravu. Za ovaj period razvoja društva je karakteristično shvaćanje da moralni zahtevi proističu iz bića zajednice, iz njene opšte volje. Moral tako prestaje da bude stvar pojedinca i postaje pitanje moralnog života čitavog društva. U tom smislu treba pomenuti teorijsku koncepciju G. Jelineka, nemačkog pravnog pisca. On je izneo tezu o pravu kao “etičkom minimumu.”<sup>19</sup> Njegovo gledište je bilo pod uticajem socijalne etike koja je moral posmatrala kao skup normi koje zavise od društvenog postojanja i razvitka i koje norme utiču na ljudsku volju kao zapovesti koje teže biti ostvarene. Ciljevi morala, prema Jelineku, su opstanak društva, kao primarni, i razvoj i napredovanje društva, kao sekundarni cilj. Bez morala društvo ne bi moglo ni da postoji, a kamoli da se razvija. Na moral se gleda kao na viši i raniji poredak, a pravo sledi iza morala, više ili manje ga prihvatajući i obezbeđujući mu primenu. Ukoliko pravo posmatramo kao garant ostvarenja osnovnog cilja morala, ono tada predstavlja najmanji deo morala, odnosno “minimum morala” ili “etički minimum”. Mana navedene teorije je što se ona u stvari odnosi na jedan jedini moral i to vladajući, kao i na jedno jedino pravo. Iskustvo nam pokazuje da je odnos između vladajućeg morala i prava sasvim drugačiji od odnosa između drugih moralnih sistema jednog društva i prava. Jelinek tako, po mišljenju mnogih pravnika i etičara, nije do kraja povezo pravo i moral.

Nasuprot Jelinekovoformuli “etičkog minimuma” razvilo se gledište o pravu kao “etičkom maksimumu” koje je obrazlagao poznati ruski pisac L. N. Tolstoj prilikom polemisanja o shvaćanju najpoznatijeg pravnika tog vremena, L. Petra-

---

<sup>19</sup> D. Babić, *Pravo i moral, eseji iz filozofije prava*, Osijek 1987, str. 48.

žickog.<sup>20</sup> Naime, Tolstoj je mišljenja da ne postoji značajniji ljudski odnos izvan odnosa kao izraza zajedništva zasnovanog na ljubavi, hrišćanskoj ljubavi i etici. Tolstoj ne priznaje pravu nikakvu vrednost izvan etičkih relacija.

Ponovljeno povezivanje prava i morala i postavljanje zahteva za moralnim oplemenjenjem prava nije ni malo čudna ideja koja se razvila krajem XIX veka. Naime, građansko društvo nije više moglo olako prelaziti preko klasnih sukoba i ignorisati velike sukobe interesa u situaciji ekonomskih i političkih promena koje su srušile stari liberalizam. Država monopolskog kapitalizma zahtevala je politički pluralizam u kojem bi ona zauzela poziciju treće, nepristrasne socijalne klase. U takvom vremenu se razvilo jedno čisto pravno mišljenje da postoji mogućnost osiguranja jednakosti i pravednosti i ublažavanja krajnosti formalističkog liberalnog prava, ukoliko se pravo moralno "oplemeni". Razvojem i delovanjem "škole slobodnog prava" u potpunosti se opovrgavaju postavke pravnog legalizma karakterističnog za pravo liberalnog perioda. Osnovno načelo primene prava postaje "pojmovna jurisprudencija" koje veliča ulogu sudije za slobodnim istraživanjem i stvaralačkim razvijanjem prava. Uloga slobodnog prava je da nadomesti izgubljeno prirodno pravo koje je u ovo doba skoro potpuno odbačeno kao apstraktno i nejasno. Međutim, ova ideja "moralnog oplemenjivanja prava" nije dugo trajala. Najbolji primer za to je stvaranje nemačke totalitarne države u kojoj je pravo do kraja postalo politička naredba u interesu socijalnih apstrakcija kao što su narod, nacija, partija, klasa.

Vodeći predstavnik i utemeljivač "čiste teorije prava" početkom XX veka je bio Hans Kelzen, austrijski pravni filozof. Ovaj filozofski pravac podrazumeva da pravna nauka, kao i samo pravo, može da barata isključivo činjenicama i normama. Pravo, prema Kelzenu<sup>21</sup>, predstavlja sistem pravnih normi kojima je osnovna karakteristika njihovo važenje. Pravo predstavlja ono što je norma, a norma mora da iskaže samo ono što treba da bude, mahom jezički izražena kao svojevrсна zapovest. Dakle, norma predstavlja ono što treba što ima da bude, a ne ono što jeste. "Čistoј teoriji prava" značajna je samo logička struktura norme, a nikako njena etička vrednost. Pojam prava i pravna nauka su do kraja formalizovane. Važenje normi nije uslovljeno ni sadržajem društvenih odnosa, ni ostvarenjem normi u ponašanju onih kojima je ona upućena, ni vrednostima koje čine sastavni deo norme. Prema Kelzenu, društvene odnose, vrednosti, etiku, moral treba potpuno isključiti iz pravne nauke iz razloga što su to pojave koje uslovljavaju stvaranje i primenu pravnih pravila i ne čine sadržaj pojma prava. Kelzenova "čista teorija prava" razmatra samo pozitivno pravo, norme koje važe u prostoru i vremenu

<sup>20</sup> D. Babić, *Pravo i moral, eseji iz filozofije prava*, Osijek 1987, str. 50.

<sup>21</sup> H. Kelzen, *Opšta teorija prava i države*, Beograd 1998, str. 16.

i norme koje je stvorio čovek. U potpunosti je ovom teorijom isključeno postojanje prirodnog prava u svom karakterističnom smislu, odnosno u potpunosti je isključeno ono pravo za koje se pretpostavlja da ga je stvorio Bog ili njemu sličan entitet. Kao osnov celokupnog prava, Kelzen se opredelio za jednu osnovnu ustavnu normu, pranormu koju ustanovljava ustavotvorna vlast.

Ova teorija prava je svakako obogatila pravnu teoriju, ali u pravnoj praksi nije imala takav domašaj iz razloga što se njome pravo objašnjava samo jednostrano, normativistički, potpunim zanemarivanjem uticaja realnih društvenih odnosa na pravo. Ovakvim gledištem je davano do znanja da ni volja vladajuće klase ne predstavlja deo prava. Pravo se ima primeniti onakvo kakvo jeste. Time je, sa druge strane, sama vlast obezbeđivala svoju vladavinu i čvrst pravni poredak koji je kao takav dat i u čije vrednovanje i ocenjivanje ne treba zalaziti.

#### ZAKLJUČAK

Odnos između prava i morala nije prost i jednostavan. Ova relacija ima veoma složenu i isprepletanu strukturu. Stoga, nikako ne možemo u potpunosti prihvatiti jednostrana i oprečna tradicionalna mišljenja o odnosu prava i morala. Moral i pravo nisu niti u potpunom jedinstvu, niti su potpuno odvojeni. Veza između morala i prava je, naprotiv, vrlo delikatna i specifična. U određenim momentima moral i pravo se međusobno dodiruju i nadopunjavaju, ali se istovremeno i jasno razlikuju. Postoje pravne norme u okviru pravnog poretka koje po sadržaju počivaju na istim racionalnim osnovama kao i moralne norme. Nadalje, iskustvene činjenice kojima se opisuje ljudska priroda i ljudsko društvo predstavljaju osnovne pretpostavke kako prava tako i morala. Moralna sfera života čoveka se sastoji od velikog broja vrednosti koje su povezane izvorom moralnih saznanja, načinom njihovog potvrđivanja kao i sa izgradnjom dobrog i prihvatljivog moralnog kriterijuma. Svest o moralu, formiranje određenih principa, njihovo prihvatanje, sleđenje i provera u osnovi su moralne delatnosti koje nastaju i koje se izvršavaju u razumu čoveka. U tom smislu proizlazi da se u moralnom delovanju čovek predstavlja ceo, ono što zaista jeste, šta želi da bude, za šta se zalaže, o čemu mašta. Ipak, u izgradnji moralne svesti i rukovođenju moralnim postupanjem najveći značaj ima čovekov um. Razum, racionalnost je najvažniji deo intelektualnog kapaciteta čoveka. Razum predstavlja sposobnost pravilnog, logičkog, kritičkog, principijelnog mišljenja. Racionalnost je čovekova najveća moć i kao takav istovremeno i pokretač morala. Samo racionalnom procenom i ocenom čovek može da odabere i izgradi ono postupanje koje će biti najviše ljudsko i koje će biti veoma važno za njega kao jedinku i kao vrstu. Život u građanskom društvu i život

za složene odgovornosti treba da podrazumeva život “u skladu sa razumom” kao trajni zadatak svakog pojedinca u razvijenom svetu. Moral kao vrednost i ljudska delatnost nije besmislen i slučajan. Sledstveno tome, moralnost našeg pokoravanja pravnom sistemu države u kojoj živimo određuje se prema tome da li taj pravni sistem na adekvatan način uzima u obzir faktičke karakteristike ljudske prirode, ljudskog razuma i socijalnih odnosa.

Primećujemo da je istraživanje odnosa prava i morala jedno od fundamentalnih pitanja pravne filozofije. Svakako, i ovo pitanje, kao i svako drugo teorijsko pitanje, ima svoju istorijsku problematiku i nije pošteđeno kontroverzi kako teorije tako i prakse. Značaj ovog problema je svakako u tome što se može i mora posmatrati u sadašnjem vremenu. Nakon više od decenije života u poretku neprava i nasilja aktuelni smisao istraživanja odnosa prava i morala barem indirektno može doprineti procesu traganja za istinom i uzrocima kulturno-civilizacijskog propadanja na prostorima bivše Jugoslavije. Na taj način se može uticati i na formiranje optimističnog teorijskog stava kao potpore izgradnji demokratskog pravnog poretka u pravom smislu te reči.

MILICA TORBICA, LL.M.,  
European master in law, advisor in  
Republic Surveying Bureau

## LAW AND MORALITY RELATION

### Summary

Research regarding law and morality relation is one of the fundamental issues of jurisprudence. Law and morality are extremely significant for the formation and regulating of the relations within human community. Both the law and the morality represent the system of rules by means of which human behavior is established, directed and valued. Valuation and directing of human behavior and actions by means of law and morality are only possible if those two quantities are placed within a complex context of their relation. Throughout the history of the theoretic thoughts, we have encountered a vast number of claims, attitudes and justifications that lead from complete identification of law and morality and their inseparability to the diametrically opposite point of view. Apart from presentation on similarities and differences between the law and morality in general, the author will pay special attention to relations between law and morality which are directly conditioned by the relation between natural and positive law in different periods of development of social relationships and theoretic thoughts.



## ETIČKI ASPEKTI ELEKTRONSKE TRGOVINE

### U V O D

Internet i njegova upotreba u elektronskoj trgovini pokreću velika etička društvena i politička pitanja od neviđenih razmera za računarske tehnologije. Čitave sekcije dnevnih novina i magazina su posvećene socijalnom uticaju Interneta. Zašto se ovo dešava? Zašto je Internet uzrok tolikih savremenih kontroverzi? Deo odgovora leži u osnovnim karakteristikama Internet tehnologije i načinima njegovog korišćenja u poslovnim kompanijama. Internet tehnologija i njena primena u elektronskoj trgovini lomi postojeće društvene i poslovne veze i shvatanja. Živimo u “informacionom društvu”, gde moć i bogatstvo postaju sve zavisniji od informacija i znanja. Kontroverze vezane za informacije su često neslaganja oko moći, bogatstva, uticaja i druge stvari koje se smatraju vrednim. Kao i druge, relativno starije tehnologije, kao što su parne mašine, struja, telefon i televizija, i internet i elektronska trgovina mogu se koristiti u cilju postizanja društvenog napretka, i najvećim delom se to i ostvaruje. Ipak, iste tehnologije mogu da se koriste za kriminal, degradaciju okruženja i ugrožavanje visoko cenjenih društvenih i socijalnih vrednosti.

Elektronska trgovina i internet pokreću mnoga etička i socijalna pitanja, koja se teško mogu klasificirati kako bi se uočila njihova međusobna povezanost.

Etička, socijalna i politička pitanja su međusobno povezana. Na individualnom nivou se postavlja pitanje – Šta ja treba da uradim? – dok na društvenom i političkom nivou pitanje glasi: Šta bi mi kao društvo i vlast, morali da uradimo? U tom pogledu, najveća etička, socijalna i politička pitanja koja su vezana za E-trgovinu mogu biti sublimirana u četiri kategorije<sup>1</sup>.

*Pravo na informacije:* Kakva prava nad svojim ličnim informacijama imaju lica u uslovima onlajn trgovanja, ili u njihovim domovima, u situaciji kada sofisticirane internet tehnologije prikupljaju te informacije vrlo efikasno i sveprisutno?

*Pravo na vlasništvo:* Kako može tradicionalno pravo vlasništva biti sprovedeno u internet okruženju u situaciji kada se sa lakoćom mogu producirati savršene kopije zaštićenih dela i iste distribuirati širom sveta u samo nekoliko sekundi?

*Upravljanje:* Da li internet i elektronska trgovina trebaju biti regulisani javnim zakonima? U tom slučaju, koja su nadležna zakonodavna tela – državna ili internacionalna tela?

*Javna bezbednost i blagostanje:* Koje se aktivnosti moraju preduzeti kako bi se obezbedio pravičan pristup internetu i kanalima E-trgovine? Da li su određeni internet sadržaji i aktivnosti pretnja za javnu bezbednost i blagostanje (pornografija, onlajn kockanje)?

Društvo i individue su, manje ili više, u etičkoj ravnoteži uspostavljenu delikatnim balansiranjem svih društvenih faktora-individua, biznis entiteta i političkih institucija. Usvajanjem novih tehnoloških dostignuća kao što su internet i E-trgovina, odjednom se individue, kompanije i političke institucije suočavaju sa novim odnosima i mogućnostima. Na primer, individue otkrivaju da mogu preuzeti savršene digitalne kopije muzičkih melodija sa interneta bez plaćanja, nešto što bi bilo nemoguće, ili daleko teže, kod starije tehnologije sa kompaktnim diskovima. Ovo je moguće i pored činjenice da ti muzički sadržaji još uvek "pripadaju", u pravnom smislu, vlasnicima autorskih prava – muzičarima i diskografskim kompanijama. Dalje, kompanije otkrivaju nove mogućnosti za biznis i zaradu od sakupljanja ovih digitalnih muzičkih sadržaja ili kreiranja mehanizma za njihovu distribuciju, i pored toga što nemaju vlasništvo nad njim u tradicionalnom smislu. Vlasti i zakonodavne institucije će biti primorani da donesu nove zakone o zaštiti, vlasništvu i načinu korišćenja ovih autorskih dela. Možda će proteći više godina dok se ne razvije nova svest, shvatanja, novi zakoni i načini prihvatljivog ponašanja u ovoj sferi socijalnog uticaja. U međuvremenu, i individue i menadžeri će morati pronaći pravi put kroz ove sive, polulegalne oblasti poslovanja, kroz

---

<sup>1</sup> Laudon C. K., Traver C.G., E-Commerce-Business, Technology, Society, 5-th Edition, Prentice Hall, 2009, str. 485.

lavirint i konflikte etičkih principa, bez jasnih zakonskih ili kulturnih smernica. Pitanje je – da li je moguće doneti pravu odluku u tim i takvim uslovima?!?

Etika je u srži socijalnih i političkih debata o internetu. Etika je nauka o principima koje mogu koristiti individue i organizacije kako bi ustanovili ispravnost svojih postupaka. U etici se pretpostavlja da su individue slobodne u pogledu izbora, ali kada raspolažu sa više alternativa, postavlja se pitanje – koji je korektni moralni izbor? Disperzija etike na kompanije i na celokupno društvo može biti teško, ali ne i nemoguće. U zapadnoj kulturi postoje tri principa zajednička za sve etičke škole: odgovornost, prihvatanje odgovornosti i zakonska obavezanost. Odgovornost znači da su sva bića, individue, organizacije i društva, odgovorna za svoje postupke. Prihvatanje odgovornosti podrazumeva da su svi subjekti odgovorni pred drugima, a zakonska odgovornost postavlja sve te odnose u nekom zakonskom okviru, pre svega u onim društvima i sistemima u kojim postoji autoritet koji donosi zakone kojima se garantuje nadoknada štete u predviđenom pravnom procesu.

#### PRAVO NA PRIVATNOST I INFORMACIJE

Privatnost je moralno pravo individua da egistiraju same, oslobođene nadzora ili uticaja drugih individua ili organizacija, uključujući i državu. Privatnost je stožer slobode, bez nje kao slobodu razmišljanja, pisanja, planiranja, udruživanja, ne postoji ni socijalna ni politička sloboda. Privatnost informacija je podvrsta privatnosti. Pravo na privatnost informacija podrazumeva da određene informacije ne trebaju biti kontrolisane ili sakupljane od strane države ili kompanija, bez obzira na postojanje ovlašćenja za takvu aktivnost. Koncept individualne kontrole nad ličnim informacijama je u srži koncepta privatnosti.

Postoje dve vrste pretnji za individualnu privatnost na internetu: prva dolazi iz privatnog sektora i odnosi se na lične informacije koje se prikupljaju i koriste (zloupotrebljavaju) od strane komercijalnih veb stranica, i druga koja potiče iz javnog sektora i odnosi se na personalne informacije koje prikupljaju i koriste državne i lokalne vlasti. Ove se pretnje konceptualno razlikuju, ali su tesno povezane u praksi, s tim što se vlasti sve češće obraćaju internet provajderima radi obezbeđivanja obaveštajnih podataka o individuama ili grupama.

Internet pruža idalno okruženje za napade na ličnu privatnost miliona korisnika. Najveća etička pitanja kod E-trgovine odnose se na privatnost-pod kojim uslovima se može povrediti privatnost? Koje je logično, operativno, pravno, poslovno, na kraju i etičko, opravdanje za upad u tuđe živote, makar to bilo diskretni nadzor, ispitivanje tržišta ili neka druga sredstva?

Veb stranice za E-trgovinu prikupljaju najrazličnije informacije od korisnika ili o korisnicima koji posećuju njihovu stranicu. Neki od podataka predstavljaju informacije za ličnu identifikaciju, koje su definisane kao informacije koje se mogu koristiti za identifikovanje, lociranje ili kontaktiranje. Drugi podaci su anonimne informacije koje su sastavljene od demografskih podataka, informacijama o ponašanju potrošača, uzrast, profesija, poštanski prefiks, etnička pripadnost i druge informacije, koje omogućuju kolektiranje generalizovanih podataka, bez mogućnosti za ličnu identifikaciju korisnika usluga. Marketinške mreže i pretraživači (brauzeri) takođe prate ponašanje korisnika putem kolačića, špijunskog softvera i ostalih tehnika.

#### PRIPREMA PROFILA I BIHEJVORISTIČKO OPREDELJENJE CILJNE PUBLIKE

Svakog dana, enorman broj ljudi koriste usluge interneta. Trgovci žele da imaju informacije o ovim ljudima, o njihovim sferama interesovanja, o njihovoj kupovnoj moći. Preciznije i kompletnije informacije omogućuju snažan ciljani marketing i predviđanje tržišta. Naoružani ovakvim informacijama, trgovci mogu kreirati efikasne reklamne kampanje, upućene određenoj target grupi ili individuama. Mnoge veb stranice omogućuju trećim stranama da postavе “kolačiće” (cookies) na hard disku posetilaca, kako bi se kreirali profili o njihovim potrebama i afinitetima. Kolačići su postojani, njihovo praćenje se aktivira prilikom povezivanja korisnika na internetu. Profili su sastavljeni od digitalnih slika koje karakterišu ponašanje individualnih lica i grupa na internetu. Anonimni profili sadrže opšte informacije o specifično ili ciljano upućenim grupama, dok su lični profili jedna vrsta lične karte korisnika usluga, sa podacima koje sadrže elektronske adrese, fizičke adrese, telefonske brojeve i dr.

Reklamne mreže poseduju sposobnost preciznog praćenja ponašanja korisnika, kao i sva pretraživanja hiljade i hiljade artikala na internetu, popunjavanja formulara o referencama i pregledanja stranica. Oni imaju tehničku mogućnost dinamičnog prisposobljavanja potrebama korisnika, sa promptnim kreiranjem slika i informacija. Neke kompanije postavljaju špijunске programe na kompjuterima korisnika koji kolektiraju informacije o aktivnostima korisnika i istovremeno postavljaju reklame na njihovim kompjuterima. Najkorišćeni internet servis za pretraživanje podataka Gugl (Google) je 2008. godine predstavio program za pretraživanje Hrom (Chrome) koji ima intuitivnu opciju da automatski predlaže slična pretraživanja svakog puta kada korisnik ukuca neki termin. Ovo možemo smatrati sofisticiranim uređajem za praćenje korisnika iz razloga što ovaj

program zauvek registruje svako tipkanje na tastaturi, čime (neovlašćeno!) gradi i kreira korisničke profile potrošača.

Ono što se razlikuje u ovim naporima za kreiranje internet profila i biheviorističkom opredeljenju target publike (u poređenju sa tradicionalnim metodima), je opseg i intenzitet mreže podataka i sposobnost za manipulaciju sa okruženjem, u korist trgovaca. Najveći deo ovih aktivnosti odvija se u pozadini, bez znanja i saglasnosti kupca i u izuzetno kratkom tajmingu. Ovo neodoljivo potseća na realnu implementaciju poznate knjige Džordža Orvela, "1984" i njenog glavnog karaktera Big Brother.

U svojoj odbrani, kompanije za mrežno oglašavanje potenciraju da izrada veb profila nosi određene prednosti i benefite i za potrošače. Konkretno, ovi profili omogućuju ciljano usmeravanje korisnika, sa sigurnošću da će korisnicima biti prezentirane reklame koje se odnose na one proizvode i usluge za koje je korisnik već projavio interes. Ovo bi, u korist korisnika, drastično umanjilo vreme potrebno za pretraživanje i "gubljenje vremena" na internetu. Ipak, iskustvo ukazuje na činjenicu da, čim pre ljudi postanu svesni toga da se svaki njihov korak prati, postoji mala verovatnoća da će se oni opet usuditi da istražuju osetljive ili čak kompromitujuće teme na internetu ili posećivati kontroverzne veb stranice.

Sa aspekta zaštite privatnosti, mreže za oglašavanje pokreću pitanja o tome ko sve može da pregleda i da koristi informacije u vlasništvu privatnih kompanija, dali će profili korisnika biti povezani sa realnim informacijama lične prirode (ime, matični broj, bankarski račun...), odsustvo kompetentnog nadzora na upotrebu informacija, nedostatak izbora za korisnike, nedostatak procedura za reviziju i izmene. Sva ova pitanja prouzrokuju visoki nivo nepoverenja kod korisnika i strah od invazije na njihovu privatnost, što direktno utiče na pad interesovanja i obavljenih transakcija E-trgovine. Nove veb tehnologije su nepobedive i omogućuju jeftinu, efikasnu i, nadasve profitabilnu, invaziju na individualnu privatnost.

#### PRAVNA ZAŠTITA

U SAD, Kanadi i Nemačkoj pravo privatnosti je ili eksplicitno garantovano ili se može pronaći u konstitutivnim pravnim aktima i dokumentima kao što su ustavi i specifični statuti. U Engleskoj i SAD, takođe postoji tradicija zaštite privatnosti bazirana na običajnom pravu. Na primer, u SAD u precedentnom pravu su definisana četiri prekršaja vezana za privatnost koji uključuju: povredu prava individualaca prouzrokovanu od strane druge privatne strane, remećenje privatnosti, javno otkrivanje privatnih, ličnih podataka, i javno predstavljanje lica ili

prisvajanje imena ili izgleda neke ličnosti (ovo se najčešće odnosi na poznate ličnosti) u komercijalne svrhe.

U Evropi je zaštita privatnosti daleko rigoroznije uređena u poređenju sa SAD. U SAD je privatnim organizacijama i kompanijama dozvoljeno da koriste lične identifikacione podatke, prikupljene u komercijalnim transakcijama bez prethodne saglasnosti korisnika. U SAD se zakon za zaštitu privatnosti ne sprovodi preko federalnih agencija i tela, on se primenjuje putem samoregulacije samih kompanija i individua koje, da bi ostvarili zaštitu, moraju da pokrenu sudski postupak za nadoknadu štete. Ovo je prilično skupa opcija i retko se primenjuje. Evropski pristup zaštite privatnosti je daleko sveobuhvatniji. Evropske države ne dozvoljavaju kompanijama da prikupljaju i koriste lične informacije bez prethodne saglasnosti klijenata. Postoje nacionalne agencije za zaštitu podataka koje prate stanje u društvu, primaju žalbe građana i aktivno sprovode zakone za zaštitu privatnosti.

U 1998. godini je stupila na snagu Direktiva Evropske komisija za zaštitu podataka. Direktiva je zasnovana na doktrini o fer praksi u pogledu informacija, sa pojačanom kontrolom individua nad njihovim ličnim podacima. Direktiva zahteva da kompanije moraju informisati korisnike usluga i kupce dali planiraju da sačuvaju njihove podatke, da dobiju njihovu saglasnost za to i da ih informišu o načinu čuvanja podataka i njihovom korišćenju. Takođe, Direktiva zabranjuje prenos ličnih informacija i podataka i njihovo korišćenje od strane organizacija i država koje nemaju ustanovljene slične politike privatnosti. Ovo praktično znači da podaci sakupljeni u Evropi od strane američkih kompanija ne mogu i ne smeju biti prenešeni i obrađivani u SAD. Ovo može potencijalno ugroziti trgovinsku razmenu od 350–500 milijardi dolara na godišnjem nivou između Evrope i SAD.

#### PRAVA INTELEKTUALNE SVOJINE

Posle privatnosti, najkontroverznije etičko, socijalno i političko pitanje vezano za E-trgovinu je pravo intelektualne svojine. Ona obuhvata sve materijalne i nematerijalne produkte ljudske pameti. Kreator intelektualnog dela poseduje to delo, ono pretstavlja njegovu svojinu. Na primer, ako kreirate veb stranicu za E-trgovinu, ona pripada vama i imate ekskluzivna prava korišćenja ove svojine na koji bilo način, u okviru zakona. Međutim, ona dela koja su u elektronskom, digitalnom obliku izmiču kontroli, otežan je pristup i upotreba, a njihova neovlašćena distribucija i kopiranje se ne mogu sprečiti. Internet tehnički omogućuje milionima korisnicima da izrađuju savršene kopije različitih dela i iste distribuiraju, najčešće besplatno, stotinama milionima korisnika na internetu. Proliferacija inova-

cija se dešava izuzetno brzo, a time internet demonstrira potencijal za devastaciju tradicionalnih koncepta i (ne)implementaciju Zakona o intelektualnoj svojini.

Najveća etička pitanja vezana za E-trgovinu i intelektualnu svojinu zadiru u opštu svest ljudi i odnose se na način na koji bi morali tretirati tuđu svojinu. Sa socijalnog aspekta postavljaju se sledeća pitanja: dali postoji kontinuitet vrednosti u zaštiti intelektualne svojine u eri interneta? Kako pozicionirati društvo i odnose u što povoljnijoj poziciji u pogledu primene koncepta svojine nematerijalnih ideja? Da li je društvo primorano da određena tehnološka dostignuća mora proglašiti nezakonskim iz razloga što imaju nepovoljan uticaj na intelektualnu svojinu? Iz pravne perspektive moramo postaviti pitanje: kako možemo i moramo regulisati internet i E-trgovinu u cilju zaštite institucije intelektualne svojine, ne potcejujući njihov uticaj i implikacije po društvo, a istovremeno razmišljajući o njihovom razvoju i porastu?

#### DA LI SE INTERNET MOŽE KONTROLISATI?

Na početku ere interneta smatralo se da se internet u mnogome razlikuje od svih prethodnih tehnologija. Bilo je razmišljanja da se internet ne može kontrolisati, imajući u obzir njegov decentralizirani dizajn, sposobnost da prelazi granice i njegovu osnovnu tehnologiju za prenos paketa podataka koja onemogućava praćenje i kontrolu sadržaja poruka i informacija. Ipak, stanovišta se menjaju i mnoge države i korporacije nameću i povećavaju kontrolu nad internetom<sup>2</sup>. Sa tehničkog aspekta, internet se može vrlo lako kontrolisati, pratiti i regulisati sa centralnih lokacija (mrežne tačke pristupa, kao i serveri i ruteri u mreži). Tako, na primer, Kina, Saudijska Arabija, Severna Koreja, Tajland i mnoge druge države imaju politiku cenzure preko kontrole centralizovanih rutera u vlasništvu države, čime upravljaju unutrašnjim i međunarodnim internet saobraćajem. Ova "vlast" nad internetom pruža mogućnost blokiranja pristupa domicila određenim američkim i evropskim veb stranicama, pod izgovorom zaštite od "neprijateljske propagande". U Kini svi internet provajderi moraju dobiti specijalnu licencu koju izdaje Kinesko Ministarstvo za informatičku industriju i, u okviru ovlašćenja koja im ta licenca pruža, najstrožije je zabranjena distribucija bilo kakvih informacija koje mogu naneti štetu državi, ili koja sadrže pornografiju, kockanje i veličanje kultova. Čak i u vreme trajanja Olimpijskih igara u Pekingu 2008. godine, Kina je

---

<sup>2</sup> Markoff John, *What the Dormouse Said: How the 60s Counterculture Shaped the Personal Computer Industry*, 2005, str. 134.



rutinski cenzurisala pristup zapadnim medijima, uključujući i veb stranicu BBC.com.

Države i vlade širom sveta tvrde da sprovode politike javne bezbednosti, socijalnog mira i blagostanja. Ovi napori generiraju zakone kojim se pokušava da se uredi sve društvene sfere. U kontekstu interneta, svi raniji oblici elektronskih medija (telegraf, telefon, radio, televizija...) su bili regulisani od strane svih država koja pokušavaju da razviju racionalno komercijalno telekomunikaciono okruženje i da kontrolišu informacije plasirane na medijima. Takav režim može se smatrati uvredljivim za određene moćne grupacije u društvu i može postati opasan po državu. Novine i ostali štampani mediji su najčešće izvan kontrole države, pre svega zbog ustavno zaštićene i proklamovane slobode govora. Sa druge strana, elektronski mediji (radio, televizija) su izloženiji regulaciji i cenzuri sadržaja iz razloga što koriste spektar frekvencija u javnom vlasništvu. U pogledu interneta i E-trgovine, kritična pravna i etička pitanja su fokusirana na zaštitu dece, sprečavanje pornografije u javnim medijima, kontrolu kockanja i zaštitu javnog zdravlja putem ograničenja prodaje lekova, cigareta i alkohola.

IGOR KAMBOVSKI, LL.D.,  
Assistant Professor, Faculty of Law FON University, Skopje

## ETHICAL ASPECTS OF E-COMMERCE

### Summary

The rapid expansion of electronic commerce has created enormous opportunities for economic efficiency of companies and wide choice for consumers. Use of the Internet for e-commerce activities provides some benefits to consumers in their daily lives. On the other hand, the Internet is a new environment for unethical behavior. Although e-commerce has experienced tremendous growth over the past decade, consumer concerns about ethical issues, also continues to grow. Ethical issues such as security, privacy, reliability and fraud on the Internet are the main problems that limit the growth of sales and e-commerce in globalization process.

## PRAVO NA ŽIVOT U EVOLUTIVNOJ PRAKSI EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

### U V O D

Pravo na život, primarno pravo svakog ljudskog bića<sup>1</sup>, je oduvek zaokupljalo pažnju ne samo pravnika, već i lekara, kriminologa, filozofa, klerika, itd. Ono je neophodna pretpostavka svih ostalih ljudskih prava<sup>2</sup>. Ipak se radi o pravu koje nije bezuslovno zaštićeno, jer član 2, stav 1 Evropske konvencije za ljudska prava ne isključuje smrtnu kaznu kad ona usledi kao posledica izvršenja sudske presude. On glasi: "Pravo na život svakog lica zaštićeno je zakonom. Niko ne sme biti namerno lišen života, osim prilikom izvršenja presude suda kojom je osuđen za zločin za koji je ova kazna predviđena zakonom".

Drugi stav ovog člana precizno predviđa situacije u kojima se lišavanje života ne smatra protivpravnim: "Lišenje života se ne smatra protivnim ovom članu ako proistekne iz upotrebe sile koja je apsolutno nužna: (a) radi odbrane nekog lica od nezakonitog nasilja; (b) da bi se izvršilo zakonito hapšenje ili sprečilo bekstvo lica zakonito lišenog slobode; (v) prilikom zakonitih mera koje se preduzimaju u cilju suzbijanja nereda ili pobune".

---

Dr Edo Korljan, šef odeljenja za razvoj javnog i privatnog prava, Savet Evrope, Strazbur.

<sup>1</sup> Neki autori smatraju da se radi o jedinom prirodnom pravu. Vidi opširnije u Z. Stojanović, "Pravo na život kao prirodno pravo čoveka", *Pravni život*, br. 9/1997, tom 1, Beograd, str. 1.

<sup>2</sup> Z. Stojanović, "Prirodno pravo na život i krivično pravo", *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, vol. 36, br. 1, 1998, str. 5.

Presude u predmetima koji se tiču ovog prava čine jednu od najobimnijih i najdinamičnijih grupa presuda u celokupnoj sudskoj praksi nastaloj na osnovu Evropske konvencije za ljudska prava, mada je Sud prvu presudu u pogledu člana 2 doneo tek 1995. godine<sup>3</sup>.

Sud u Strazburu smatra član 2 jednom od najvažnijih odredbi Konvencije, mada u njoj ne postoji formalna hijerarhija prava, što znači da Konvencija ne bi dala prednost jednom pravu u odnosu na drugo ukoliko su dva prava u sukobu. Konvencija se mora posmatrati kao celina, jer prava sadržana u njoj ne deluju izolovano jedna od drugih. Pristup Suda može se jedino razumeti pozivanjem na njegove odluke po svim relevantnim članovima, jer je Sud u više navrata pokazao tendenciju da interpretira Konvenciju u njenoj celosti<sup>4</sup>. Slučajevi koji se odnose na jedno pitanje, štaviše, često su podvedeni pod različite članove, kao što je slučaj *inter alia* sa vršenjem abortusa, potpomognutim samoubistvom i nesavesnim lečenjem.

Bez obzira na prethodno, u odnosu na pravo na život, osnovno, primarno i prirodno pravo svakog ljudskog bića, Sud je u presudi Velikog veća u predmetu McCann i ostali protiv Ujedinjenog Kraljevstva našao za shodno da naglasi:

“Član 2 spada u jednu od osnovnih odredbi Konvencije – odredbu koja, u mirnodopsko vreme, ne priznaje derogaciju po članu 15. Zajedno sa članom 3 Konvencije [zabrana mučenja], on takođe oličava jednu od osnovnih vrednosti demokratskih društava koja čine Savet Evrope<sup>5</sup>”

Zbog toga, “njegove odredbe moraju biti strogo tumačene<sup>6</sup>”

Obaveze države, prema članu 2, sastoje se od tri osnovna aspekta: obaveze da se država uzdrži od nezakonitog lišavanja života, obaveze da sprovede istragu u slučaju smrti nastale pod sumnjivim ili posebnim okolnostima, i od pozitivne obaveze države da preduzme korake kako bi sprečila gubitak života koji se može izbeći<sup>7</sup>.

Član 2 sadrži opštu obavezu da se pravo na život zaštiti “zakonom” (stav 1) i zabranu lišenja života, koja je ograničena nizom izuzetaka (stav 2). Ovo je slično strukturi članova 8–11 Konvencije.

<sup>3</sup> Radi se o slučaju McCann and others v. United Kingdom, appl. no. 18984/91.

<sup>4</sup> D. Popović, “The Emergence of the European Human Rights Law”, Eleven International Publishing, Hag, 2011, str. 49.

<sup>5</sup> McCann and others v. United Kingdom, appl. no. 18984/91, παράραφ 147.

<sup>6</sup> Ibid.

<sup>7</sup> C. Ovey and R. White, “The European Convention on Human Rights”, Fourth Edition, Oxford University Press, 2006, crp. 56.

Član 2 štiti svačije pravo na život, osim prava na život životinja i prava na postojanje pravnih lica<sup>8</sup>.

Sud je razmatrao nekoliko osnovnih grupa slučajeva.

### *Smrt koja nastupi kao posledica upotrebe sile*

U ovim slučajevima, Evropski Sud je često bio prinuđen da se bavi i pitanjima organizacije policije i planiranja i kontrole policijskih akcija<sup>9</sup>. Slično tome, kad neko umre u pritvoru ili zatvoru, država mora da pruži razumno objašnjenje kako je do smrtnog ishoda došlo.

Član 2 zahteva temeljnu, marljivu, delotvornu i sveobuhvatnu istragu, vođenu na brz i ekspeditivan način, u kojoj rodbina žrtve može da učestvuje, istragu koja je vođena od strane tela nezavisnog od lica koja su upletena u događaje i na način koji garantuje dovoljan nadzor javnosti. Podnosilac predstavlke i/ili njegova bliska rodbina bi trebalo da budu uključeni u obimu koji je neophodan da zaštiti njihove legitimne interese. Istraga mora da bude sposobna da odredi uzrok smrti, a u slučajevima kada je fizička sila upotrebljena, da utvrdi da li je ona bila opravdana. Ona bi trebalo da dovede do identifikovanja i kažnjavanja odgovornih pojedinaca. Obaveza istrage "nije obaveza rezultata, već sredstava", tako da bi istraga trebalo da pomogne da osigura odgovornost zvaničnika i obezbedi da oni ne mogu delovati nekažnjeno. Nije na Sudu da detaljno odredi koje bi procedure trebalo primeniti, i u tom pogledu država uživa široko polje slobodne procedure, ali su određene karakteristike istrage neophodne za održavanje poverenja javnosti u vladavinu prava i pomažu da se spreči dosluh ili da se toleriše nezakonito ponašanje. Trebalo bi obaviti radnje, kao što su *inter alia* uzimanje izjave očevidaca, pravljenje obdukcijskog izveštaja, ispitivanje veštaka, uključujući balističare, te proveriti da li zapisnici odgovaraju zvaničnoj verziji događaja.

Vlasti imaju zadatak da obezbede da vođenje istrage bude nezavisno, drugim rečima da nema hijerarhijske, institucionalne ili praktične veze sa službenim licima čije se ponašanje istražuje. Jednom kada slučaj postane poznat vlastima, one bi trebalo da deluju po sopstvenoj inicijativi. Od posebnog je značaja spremnost suda da posegne za standardima o upotrebi sile razvijenim u okviru drugih organizacija, kao što je UN<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Videti Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece. Trebalo bi imati u vidu da član 1 Prvog Protokola izričito daje pravo mirnog uživanja imovine "svakom fizičkom i pravnom licu"; radi se o jedinjoj odredbi te vrste u Konvenciji i njenim dodatnim protokolima.

<sup>9</sup> Makaratzis v. Greece, appl. no. 40385/99.

<sup>10</sup> Osnovni principi upotrebe sile i vatrenog oružja od strane pripadnika organa reda, dokument usvojen na Osmom kongresu UN o sprečavanju zločina 1990. godine.

*Prisilni nestanci lica*

Drugu veliku grupu slučajeva predstavljaju prisilni nestanci ljudi. Jedna tako gruba povreda ljudskih prava kao što je prisilni nestanak lica povlači za sobom kršenje mnogih građanskih, političkih, ekonomskih i socijalnih prava, uključujući pravo na život, pravo na zaštitu fizičkog integriteta, pravo na uvažavanje osobe kao ličnosti pred zakonom, pravo na ličnu slobodu i bezbednost, pravo na porodični život, pravo na zdravlje, itd. Od nedavno se u međunarodnom pravu često spominje jedno novo pravo, "pravo na istinu", s obzirom da je postignuta saglasnost da postoji pravo da se sazna sudbina nestalih. Treba imati na umu da je prisilni nestanak često zločin dužeg trajanja, zločin koji traje sve dok se ne utvrdi boravište (često zatvor ili nezvanično mesto pritvaranja) ili sudbina nestalog lica.

Zato nije iznenađujuće što je Evropski sud ustanovio niz standarda koji jasno definišu obaveze države u slučaju nestanka lica. Najočiglednija među njima je delotvorna istraga.

U slučajevima u kojima su postojali dokazi da je lice nestalo posle pritvaranja, Sud je smatrao da u propustu države da istraži šta se sa pritvorenikom desilo ima osnova za povredu člana 2, ukoliko postoji dovoljno posrednih dokaza na osnovu kojih se može ustanoviti da je ta osoba preminula u pritvoru. Jedan od glavnih kriterijuma sigurno je dužina vremenskog perioda u toku kojeg nije bilo nikakvih informacija u vezi sa žrtvom. U druge faktore spadaju: saznanje da je osoba pritvorena ili uhapšena (ili barem da je bila pod kontrolom pripadnika državnih organa kada je poslednji put viđena); postojanje okolnosti opasnih po život u trenutku kada je osoba pritvorena; odsustvo bilo kakvih pouzdanih informacija i razumnog objašnjenja od strane vlasti o tome šta se sa pritvorenikom desilo. Ukoliko u predmetu postoje ovi faktori, Sud osnovano može da pretpostavi da je podnosilac predstavke mrtav, te da je došlo do povrede člana 2.

*Abortus i pravo na život nerođenog deteta*

Složene pravne i etičke dileme u vezi sa prekidom trudnoće i pravima nerođenog deteta zaslužuju poseban osvrt, jer Evropska konvencija ne definiše ko je "svako" čiji bi život trebalo da bude zaštićen. Dok jedni smatraju da život počinje začećem, drugi smatraju da počinje tek činom rođenja<sup>11</sup>. Ovde je Sud bio veoma oprezan i odbio je da odluči da li se član 2 Evropske konvencije o ljudskim pravima primenjuje na život fetusa. Konvencija ne razjašnjava šta "život" jeste, niti kada zaštita iz člana 2 počinje ili se završava. Zapravo, u odsustvu evrop-

<sup>11</sup> Tako Američka konvencija o ljudskim pravim u svom članu 4 predviđa da život počinje od začeća.

ske (i svetske) saglasnosti na pravnom i naučnom nivou po tom pitanju, Evropska Komisija za ljudska prava (dok je postojala) nije bila voljna, kao ni Sud danas, da odredi precizne standarde u tom smislu.

Sud je uveren da niti je poželjno, pa čak ni moguće, “apstraktno odgovoriti na pitanje da li je nerođeno dete osoba za potrebe člana 2 Konvencije (*personne* u tekstu na francuskom jeziku)”. Komisija i Sud tako ocenjuju pitanja koja se odnose na početak života od slučaja do slučaja, ostavljajući značajnu slobodu država.

Komisija je još 1961. godine odbila da preispita kompatibilnost zakona o abortusu *in abstracto* sa članom 2 Konvencije. U predmetu *Bruggemann and Scheuten protiv Nemačke*<sup>12</sup>, Komisija je istakla da se „član 8, stav 1 ne može tumačiti kao da su trudnoća i prekid trudnoće, u principu, isključivo u domenu privatnog života majke” i potom razmatrala da li bi fetus ipak mogao da se smatra oblikom “života”. Ovakva nejasna tumačenja – koja su se zasnivala na nerešenom pitanju stepena priznavanja interesa fetusa u smislu člana 2 – javila su se i kasnije, u slučajevima kao *H v. Norway*<sup>13</sup> ili *Open Door Counselling and Dublin Well Woman v. Ireland*<sup>14</sup>.

Sud je pitanja u vezi sa abortusom i pravima fetusa i nerođenog deteta najdetaljnije obradio u slučaju *Vo protiv Francuske*<sup>15</sup> koji je presuđen 2004. godine. Taj slučaj objedinjuje gotovo sve što je praksa suda u Strazburu do sada izrekla na ove teme, uključujući sveprisutne i poznate dileme.

U tom slučaju, podnosilac predstavke bila je gospođa *Thi-Nho Vo*, državljanka Francuske vijetnamskog porekla, koja je u vreme kada se dogodio slučaj koji je doveo do pokretanja sudskog postupka bila u šestom mesecu trudnoće. Ona je 27. novembra 1991. godine bila na rutinskoj kontroli trudnoće u lionskoj Opštoj bolnici. Istog dana, druga žena, gđa *Thi Than Van Vo*, imala je zakazano skidanje spirale u toj istoj bolnici. Usled tragične zabune koja je nastala, jer su obe žene imale isto prezime, lekar koji je pregledao ženu koja je kasnije tužila probio joj je matericu, što je dovelo do curenja plodove vode, i ona je morala da se podvrgne terapijskom abortusu. Tada je izgubila devojčicu, staru oko 20 nedelja, tešku 375 grama i dugačku 28 santimetara.

Gospođa *Vo* započinje svoju bitku kroz francuski pravni sistem. Ona i njen muž podneli su 1991. godine krivičnu tužbu optuživši lekara za nemarno postupanje, da bi kasnije optužba bila prekvalifikovana na ubistvo iz nehata. Apelacioni sud je osudio lekara za ubistvo iz nehata, ali je Kasacioni sud, najviša sudska in-

---

<sup>12</sup> Appl. no. 6959/75.

<sup>13</sup> Appl. no. 17004/90.

<sup>14</sup> Appl. no. 14234/88.

<sup>15</sup> Appl. no. 53924/00.

stanca u Francuskoj, preinačio presudu Apelacionog suda, smatrajući da činjenice iznete u ovom predmetu ne pružaju osnov za optužbu za ubistvo iz nehata. Time je Sud odbio da razmatra fetus kao ljudsko biće koje ima pravo da bude zaštićeno krivičnim zakonodavstvom. Mnogi analitičari su kritikovali ovaj stav, i isticali apsurdnost situacije u kojoj je lice koje prouzrokuje povredu lica iz nehata krivično odgovorno, dok ono koje skrivi smrt fetusa nije. Takođe se kritikovala činjenica da neko ko živi samo nekoliko minuta bude priznat kao žrtva i da shodno tome uživa pravnu zaštitu, dok je osoba koja umre *in utero* nepriznata i ignorisana od strane prava<sup>16</sup>.

Gospođa Vo se konačno obratila Evropskom sudu za ljudska prava, žaleći se na povredu člana 2 Konvencije, tvrdeći da dete koje je začeto nije običan zbir ćelija ili objekat, već ljudsko biće. Braneci logiku svojih sudova, francuska vlada je s pravom pred Sudom podvlačila da ni medicina ni metafizika još uvek nisu odgovorile na pitanje kada fetus postaje ljudsko biće.

Sud je odmah priznao da se našao pred veoma delikatnim pravnim, ali i filozofskim, religioznim i etičkim problemom. Sud, kao uostalom ni pravo ni medicina, ne postoji van društva, u nekakvom vakuumu, i mora da uzme u obzir mišljenja lekara, pravnika, embriologa, drugih naučnika, klerika, etičara i filozofa. Posle temeljnog razmatranja, Sud je zaključio: "iz rekapitulacije sudske prakse sledi da se u okolnostima koje su do danas ispitala institucije osnovane po Konvenciji – tj. u različitim zakonima o abortusu – nerođeno dete ne smatra "osobom" koja je direktno zaštićena članom 2 Konvencije i da ukoliko nerođeno dete ima "pravo na život", ono je implicitno ograničeno pravima i interesima majke".

Po mišljenju autora ovog rada, Evropski sud za ljudska prava još uvek nema razvijen pravni mehanizam kojim garantuje pravo na pristup abortusu, jer takvo pravo formalno i ne postoji, već ga sudija mora garantovati trudnicama evolutivnom interpretacijom Konvencije. Zanimljivo je da se skorašnji predmeti kojima se bavio Evropski sud za ljudska prava u vezi sa abortusom ili pravom nerođenog deteta često zasnivaju na navodnoj povredi članova 3<sup>17</sup>, 8<sup>18</sup>, 10<sup>19</sup> ili drugih članova, a ne na povredi člana 2, kojim se štiti pravo na život. U predstavkama se ističe patnja majke, a ne status fetusa. Međutim, iako država ima široko polje slobodne procene u ovoj oblasti, njeno delovanje je ipak ograničeno, jer mora da pronađe ravnotežu između svojih interesa i interesa majke i njenog prava na život. Ima mnogo istine u tvrdnji da filozofi i naučnici mogu da nastave da raspravljaju o tome kada počinje život, ali zakon mora da definiše ono što namerava da štiti.

<sup>16</sup> E. Korljan, "Tragedija gospođe Vo", Danas, 22. septembar 2005. str. 8.

<sup>17</sup> Pravo da se ne bude mučen ili izložen nečovečnom ili ponižavajućem postupanju ili kažnjavanju.

<sup>18</sup> Ova odredba garantuje pravo na privatni i porodični život.

<sup>19</sup> Član 10 garantuje pravo na slobodu izražavanja.



### Zdravstvena nega

Sledeća velika grupa pitanja u oblasti prava na život se odnosi na zdravstvenu negu. U više navrata je pokušavano da se dokaže da član 2 Evropske konvencije zahteva od država da pruže odgovarajući stepen zdravstvene nege za lica koja su u njenoj nadležnosti<sup>20</sup>. Konačno je zaključeno da se svaki nedostatak u pružanju zdravstvene nege koji rezultira smrtnim ishodom ne mora smatrati povredom člana 2, uzimajući u obzir da država raspolaže ograničenim ljudskim i materijalnim resursima<sup>21</sup>.

Iako Evropska konvencija ne garantuje samo po sebi pravo na besplatno medicinsko lečenje ili specifične medicinske usluge, Sud je u mnogim predmetima smatrao da je član 8 relevantan za predstavke koje se odnose na nedovoljnu dostupnost zdravstvenih usluga. Sud ističe da nije u njegovom domenu da preispituje stručno mišljenje lekara<sup>22</sup>. Države-potpisnice su u obavezi da organizuju sistem zdravstvene zaštite na način koji će obezbediti da aktivno postupanje po slobodnoj savesti od strane zdravstvenih radnika ni na koji način ne ometa pacijente da im budu pružene usluge na koje imaju pravo<sup>23</sup>.

Sud je ovoj oblasti zaključio da bi bolnice, kako državne tako i privatne, trebalo da donesu pravila i protokole kojima bi se zaštitio život. U ovom kontekstu, postoji i obaveza da se uspostavi efektivan pravosudni sistem koji će utvrditi uzrok smrti koja je nastupila u bolnici, kao i eventualnu odgovornost zdravstvenih radnika.

Sud je potom utvrdio da “u specifičnoj oblasti medicinskog nehata, pozitivna obaveza koju predviđa član 2, može na primer biti ispunjena ako pravni sistem pruži žrtvama građansko-pravni lek, sam ili zajedno sa krivično-pravnim lekom, omogućavajući ustanovljavanje odgovornosti umešanih doktora”.

Po mišljenju nekih sudija, “krivični postupak je, *par excellence*, lek koji najviše odgovara proceduralnim zahtevima člana 2” zato što “se iz prakse Suda u Strazburu vidi da pozitivne obaveze države obavezane Konvencijom nalažu da se obezbede odgovarajuće procedure kako bi se efikasno istražili smrtni slučajevi i utvrdilo da li su, i kako, odgovorne osobe umešane u oduzimanje života<sup>24</sup>.” Ove

---

<sup>20</sup> Interrights Manual for Lawyers, The right to life under the ECHR (article 2), страна 35, London, 2008.

<sup>21</sup> Ibid.

<sup>22</sup> Види Glass v. United Kingdom, appl. no. 61827/00.

<sup>23</sup> Pichon and Sajou v. France, appl. no. 49853/99, ECHR 2001-X.

<sup>24</sup> Podnosioci predstavke, bubrežni bolesnici, su se žalili da su im bili obezbeđeni samo najnužniji lekovi i tretmani, mada su i za njih morali da plate. Zato su trpeli jake bolove i životi su im bili ugroženi. Naveli su da pacijenti koji nisu imali novca da plate ovakvo lečenje preminuli.

sudije su pravilno<sup>25</sup> primetile da su građansko-pravni postupci u osnovi namenjeni zadovoljavanju privatnih interesa i materijalnih aspekata odnosa među ljudima, te da oni ne zadovoljavaju zahtev za izražavanjem javnog neslaganja sa krivičnim delom, kao što je oduzimanje života, makar ono bilo izvršeno iz nehata, i najčešće ne garantuju potpunu i iscrpnu istragu o uzroku smrti. Ovo gledište ima solidno uporište u pozitivnom pravu, i sklon sam da mu se priklonim.

U slučaju *Pentiacova v. Moldova*<sup>26</sup>, Sud se susreo sa slučajem razmerno siromašne zemlje u kojoj zdravstveni sistem nema sredstava da obezbedi adekvatnu negu pacijentima. Sud je istakao da bi bilo poželjno da se takva nega obezbedi svim pacijentima, ali je ponovio da države imaju široko polje slobodne procene u ovoj oblasti, posebno kada se radi o raspodeli ograničenih finansijskih sredstava. Zanimljivo je da je ovde Sud zauzeo stav kojim praktično oslobađa siromašnu državu obaveza prema Konvenciji. Bez obzira na finansijsku i ekonomsku situaciju, postoji minimum prava koji u svakom slučaju mora biti garantovan i zaštićen, a pravo na život, kao osnovno pravo, bi moralo da bude među njima.

U jednom dugom periodu medicinska greška se razmatrala iz ugla člana 6 Evropske konvencije, koji garantuje pravo na pravično i pošteno suđenje, najčešće zato što slučajevi pred Sudom nisu doveli do smrti lica, već u najgorem slučaju do invalidnosti<sup>27</sup>, do neispunjavanja obaveze za suđenjem u razumnom roku<sup>28</sup>, ili su se bavili pitanjem pravne pomoći<sup>29</sup>.

### *Životna sredina i pravo na život*

Sledeća vrsta slučajeva koja se do sada pojavila pred Sudom su oni u kojima je lišenje života nastupilo kao posledica drugih faktora, kao što su ekološke katastrofe.

U vreme izrade Konvencije, pre više od 60 godina, životna sredina nije predstavljala jednu od konkretnih vrednosti koju je trebalo zaštititi. Sud u Strazburu ipak smatra da određena prava zajamčena Konvencijom sadrže elemente prava životne sredine, mada se ljudska prava i prava životne sredine razlikuju ne samo po teoretskim polaznim osnovama, već i po obimu zaštite koju pružaju. Iako se prava životne sredine i ljudska prava često posmatraju kao dve odvo-

<sup>25</sup> Sudije Rozakis, Stražnicka, Bonello i Zupančič. Videti paragraf 53 presude.

<sup>26</sup> Appl. no. 14462/03.

<sup>27</sup> *El-Masry v. Austria*, appl. no. 61930/00.

<sup>28</sup> *Lawdon v. Germany*, appl. no. 29510/04.

<sup>29</sup> *Mehmet and Suna Jagit v. Turkey*, appl. no. 14635/03.

jene oblasti, ona su blisko povezana, jer uživanje ljudskih prava zahteva postojanje funkcionalnog ekosistema i zdrave životne sredine. Pravo na zdravu životnu sredinu se danas nalazi u korpusu prava solidarnosti, tzv. prava treće generacije<sup>30</sup>.

Pojedina ljudska prava sa elementima prava životne sredine obuhvaćena su Konvencijom i praksom Evropskog suda, doduše uglavnom iz perspektive člana 8, koji se tiče prava na zaštitu od ozbiljnog zagađenja koje utiče na dom ili porodični život pojedinca. Međutim, sudije Volš (Walsh) i Jambreč (Jambreč) su navele da je "možda... došlo vreme da sudska praksa Suda u pogledu člana 2... počne da se razvija, da se u okviru nje razviju odgovarajuća implicitna prava, artikulišu situacije u kojima postoji stvarna i ozbiljna opasnost po život, odnosno po različite aspekte prava na život<sup>31</sup>." Pa ipak, ako opasnost po životnu sredinu istovremeno predstavlja i pretnju po pravo na život, čini se da ne postoji razlog da Evropski sud za ljudska prava u budućnosti ne donese presudu po članu 2 koja se odnosi na rizik po ljudski život vezan za pitanje životne sredine.

Sud je stao na stanovište da, kada se razmatra da li su u ovoj oblasti nacionalne vlasti ispunile svoje pozitivne obaveze iz člana 2, ne bi trebalo praviti razliku između radnji, emisija i nemarnog postupanja države. Od ključnog značaja je slučaj *Oneryildiz v. Turkey*, u kojem je došlo do povrede člana 2, u kojem su turske vlasti imale obavezu da preduzmu operativne mere u cilju zaštite ljudskih života, što nisu uradile<sup>32</sup>.

Čini se da su se putevi ljudskih prava i prava životne sredine sreli, i da bi dalje mogli da nastave u istom smeru. U tom smislu, pravac u kome se odnedavno razvijaju evropski standardi u ovoj oblasti samo potvrđuje da postoji veća svest o dužnostima koje nacionalni državni organi imaju u pogledu životne sredine<sup>33</sup>.

### *Eutanazija*

Poslednja grupa slučajeva se odnosi na eutanaziju, koja je u nekim evropskim državama odskora ozakonjena<sup>34</sup> (istina, pod strogim uslovima).

U pravnom smislu, eutanazija podrazumeva namerno okončanje života od strane drugoga, a na izričit zahtev osobe koja želi da umre. Ona je u suprotnosti

---

<sup>30</sup> I. Krstić, "Pravo na zdravu životnu sredinu u korpusu ljudskih prava", *Pravni život*, br. 9/2005, Beograd, tom I, str. 620.

<sup>31</sup> K. Cook, "Environmental Rights as Human Rights", Sweet and Maxwell LTD, 2002, crp. 207.

<sup>32</sup> *Oneryildiz v. Turkey*, appl. no. 48939/99, paragraf 119.

<sup>33</sup> L. Loucaides, "Environmental Protection Through the jurisprudence of the European Convention on Human Rights", *The British Yearbook of International Law*, Volume 75, issue 1 str. 257.

<sup>34</sup> Švajcarska, Belgija, Holandija, Luksemburg.

sa mnogim etičkim, moralnim, verskim i pravnim principima. Većina filozofskih stavova, društvenih normi i sistema verovanja oblikovana je istorijskim događajima i iracionalnošću verskih ubeđenja, poput judeo-hrišćanske svetosti života. Stoga ne iznenađuje činjenica da je samoubistvo uz pomoć lekara, gde lekar pomaže pacijentu da okonča život po sopstvenoj želji (i pod strogo propisanim uslovima i kriterijumima), retko legalno. Brojna evropska zakonodavstva eutanaziju smatraju privilegovanim ubistvom, koje nije izjednačeno sa običnim.

U malom broju predmeta koji su u ovoj oblasti vođeni pred nacionalnim sudovima ili u Strazburu kritikovan je propust države da zaštiti ljudska prava pojedinaca ili da spreči njihovo kršenje time što nije dozvolila potpomognuto samoubistvo ili nije oslobodila pomagača u samoubistvu krivičnog gonjenja.

Čuveni slučaj Dajen Priti (Diane Pretty)<sup>35</sup> izazvao je burnu debatu, ne samo među pravnicima. Jedna filmska ekipa<sup>36</sup> snimila je poslednje trenutke njenog života i time učinila ovaj slučaj poznatim širokoj javnosti – kako sa pravne, tako i sa ljudske tačke gledišta. Gospođa Priti patila je od oboljenja motornih neurona i želela je da izbegne vrlo bolnu smrt koja je bila izvesna. Ona je izjavila: “Hoću da umrem brzo i bez mučenja, u svojoj kući i okružena svojom porodicom.” Raspravljajući njen slučaj, Gornji dom britanskog parlamenta odbacio je njen argument da je pravo na smrt jednako pravu na život, smatrajući da je pravo na smrt antiteza pravu na život, čime je odbacio tumačenje člana 2 po kojem ovaj član uključuje i pravo na smrt. Ona i njen suprug uložili su žalbu, potom su se bezuspešno obraćali raznim sudovima u Velikoj Britaniji, da bi na kraju podneli predstavku Sudu u Strazburu, zahtevajući da se njenom suprugu garantuje izuzeće od krivičnog gonjenja ako joj bude pomogao da sebi oduzme život. Budući da eutanazija ne spada u izuzetke predviđene članom 2, stavom 2 Evropske konvencije o ljudskim pravima, Sud je bio prinuđen da ispita postoji li “pravo na smrt”. Evropski sud doneo je istorijsku odluku da podrži stav Gornjeg doma, uz obrazloženje da pravo na život samo po sebi ne daje pravo i na smrt, čime je automatski bila isključena mogućnost ukidanja zakonske zabrane potpomognutog samoubistva:

“Član 2, ako se ne pribegne jezičkom iskrivljavanju, ne može da se tumači kao da prenosi dijametralno suprotno pravo, odnosno pravo na smrt; niti može da tvori pravo na samoopredeljenje u smislu prenošenja prava na pojedinca da odabere smrt umesto života. Shodno tome, Sud smatra da nikakvo pravo na umiranje, bilo od trećeg lica ili uz pomoć državnih organa, ne proističe iz člana 2 Konvencije.”

<sup>35</sup> Pretty v. United Kingdom, appl. no. 2346/02.

<sup>36</sup> BBC Panorama, 12 May 2002, 10:45pm.

Sud je ponovio svoj poznati stav da postoji obaveza države da zaštiti život i zaključio da se pravo na život ne može tumačiti u svojoj negaciji, tj. kao pravo na prekid života ili pravo na smrt. Gospođa Priti je na kraju preminula u bolnici, pod tačno onakvim uslovima koje je želela da izbegne, samo dve nedelje posle presude Evropskog Suda.

Ovde se radi o veoma kritikovanoj odluci Evropskog suda koja je izazvala brojne pravne diskusije i komentare. Slažem se sa autorima koji smatraju da je ovo tumačenje Suda najuže, najkonzervativnije i najneliberalnije moguće<sup>37</sup>. Međutim, Sud je uvažio mogućnost da ovakva pitanja mogu da daju povoda za preispitivanje opsega člana 8 i prava na privatni život koji on reguliše.

Neki od najuglednijih stručnjaka ocenili su da "...institucije u Strazburu ni dan danas ne uvažavaju princip po kome je očuvanje "kvaliteta" života relevantan faktor<sup>38</sup>," te da ne žele da podrivaju vrhovnu poziciju prava na život *vis-a-vis* drugih prava propisanih Konvencijom. Da je doneo presudu u korist gospođe Priti koja je podnela žalbu pozivajući se na član 2 Konvencije, Sud bi morao da proširi svoju "dugačku" listu izuzetaka, što po svemu sudeći nema nameru da uradi.

Ipak, treba imati u vidu da je "...Konvencija živ instrument koji... mora da se tumači u svetlu današnjih okolnosti<sup>39</sup>." To znači da će lični i pojedinačni interesi biti uvažavani i zaštićeni pravom kada (i ako) to zahteva društvo i stavovi koji se menjaju<sup>40</sup>. Uveren sam da će Sud u budućnosti donositi odluke vezane za ovu oblast ne samo na osnovu principa koje je sam postavio, već i na osnovu informacija o razvoju nacionalnih zakonodavstava o eutanaziji, bilo restriktivnih ili popustljivijih. Odredbe Konvencije su okrenute budućnosti, i biće razvijane u svetlu okolnosti koje se menjaju<sup>41</sup>.

## ZAKLJUČAK

Odnos prema pravu na život, vrhovnom i osnovnom pravu, ali tako često kršenom i relativizovanom, svedoči o odnosu prema istoriji čovečanstva, ali i o njegovoj budućnosti. Istorija Evrope je prepuna neslavnih perioda, od inkvizicije,

---

<sup>37</sup> A.C. Grayling, "A Good Death", Guardian, 27 October 2001.

<sup>38</sup> C. Ovey and R.C. White, *ibid*.

<sup>39</sup> Tyrer v. United Kingdom, (1978), Evropski sud za ljudska prava, serija A.26, stav 31.

<sup>40</sup> Treba pomenuti da je u anketi koja je nedavno sprovedena u Velikoj Britaniji, 74% ispitanika izjavilo da bi lekarima trebalo da bude dozvoljeno da pomognu smrtno bolesnim pacijentima da okončaju život.

<sup>41</sup> L. Wildhaber, *The European Court of Human Rights 1998-2006-History, Achievements, Reform*. Kehl-Strasbourg-Arlington, 2006, str. 63. Radi se o bivšem predsedniku Suda.

kolonijalizma, fašizma i komunizma, tokom kojih je ovo pravo bilo negirano. Bez obzira na to što su odluke Evropskog suda nesavršene, ponekad pravnički neelegantne ili jednostavno logički manjkave, one doprinose sveevropskom konsenzusu o važnosti zaštite prava na život.

Zato praćenje jurisprudencije Evropskog suda u oblasti prava na život, temi gotovo enciklopedijske prirode, predstavlja važan zadatak za budućnost, bez obzira što Sud još uvek nije obradio mnoge teme, kao što je npr. nasilje u sportu i povreda prava na život u ovoj oblasti<sup>42</sup>, kao i u oblasti nuklearnog otpada, teme koju je obrađivao Komitet za ljudska prava UN<sup>43</sup>. Verujem da je sazrelo vreme da se i u Srbiji povede temeljna rasprava o eutanaziji, ali i drugim temama vezanim za pravo na život, prvenstveno o nestancima lica i upotrebi smrtonosne sile od strane državnih organa. Pitanje odgovornosti za lekarske greške je takođe jedna od tema sa kojima će se sudska praksa u Srbiji sve češće susretati.

Kao što je sudija Pauer zaključila, "pitanja koja se nalaze između medicine i prava, i posebno ljudskih prava, su složena i fascinantna. Kako će države ugovornice na njih odgovoriti, pod budnim okom strazburškog suda, zavisi ne samo od toga kakvi su Evropljani danas, već i kakvi bi želeli da postanu sutra<sup>44</sup>".

EDO KORLJAN, LL.D.,  
Head of Public and Private Law Development Unit,  
Avenue de l'Europe, Council of Europe, Strasbourg

## THE RIGHT TO LIFE IN EVOLUTIVE JURISPRUDENCE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

### Summarz

The main topic of the article is the comprehensive and rich jurisprudence of the European Court regarding the right to life and the standards developed by the Court in this domain. Judge-

---

<sup>42</sup> N. Delić, "Krivično delo nasilničkog ponašanja na sportskoj priredbi ili javnom skupu", *Pravni život* 9/2011, tom I, Beograd, str. 239.

<sup>43</sup> Ovo telo smatra da bi države trebalo da preduzmu sve moguće mere kako bi smanjile smrtnost dece i produžile životni vek, te da bi trebalo da štite ljudski život od opasnosti od nuklearnog otpada. Videti u M. Nowak, "International Covenant on Civil and Political Rights", N. P. Engel, 2005, str. 121.

<sup>44</sup> A. Power, "Medical practice and Convention principles, recent case-law of the European Court of Human Rights", na konferenciji "The ever-growing challenge of medical liability: national and European responses", održanoj 2. i 3. juna 2008. godine u Savetu Evrope u Strazburu. Council of Europe Publishing, 2009, str. 151-160.

ments relating to the right to life represent one of the most dynamic and voluminous groups of judgements in the Court's entire jurisprudence, although it made the first judgement regarding the right to life only in 1995.

The right to life is not absolute and it is not unconditionally protected, as the European Convention does not rule out the lawful death penalty. The Convention foresees some exceptional situations in which the deprivation of life is not illegal.

The Court has considered several main groups of cases, such as those concerning death as a consequence of the use of force, forced disappearances, ecological disasters, then following abortion and the rights of the unborn child, health care (including medical errors), and euthanasia, where the right to life could not be interpreted in its negation, i.e. as the right to die. It is hoped that a discussion on these issues in Serbia would start or be re-launched.





## FULEROVA MORALNOST KOJA ČINI PRAVO MOGUĆIM

### U V O D

Lon Fuller (Lon Luvois Fuller, 1902-1978) je bio istaknuti američki pravni teoretičar, profesor filozofije prava i jurisprudencije na Jelskom i Harvardskom Univerzitetu. Po oceni Roberta Samersa, “bio je jedan od četiri najvažnija američka pravna teoretičara u poslednjih sto godina”<sup>1</sup>. Fullerova zasluga se ogleda u tome što je u svom čuvenom delu *Moralnost prava*, izneo stanovište da validnost prava zavisi od kvaliteta njegovog sadržaja, a ne samo od autoriteta njegovog izvora, kao i da je “nemoguće povući oštru liniju između prava i morala”<sup>2</sup>. Publikovana 1964. godine, *Moralnost prava* izazvala je veliko interesovanje i mnogobrojne pohvale Fullerovog dela, ali i žestoke kritike i osporavanja. Za nepune tri godine od prvog izdanja 1964. godine, gotovo pedeset pravnih pisaca različitih orijentacija pisalo je njegove prikaze, među kojima Hart, Perelman, Dvorkin, Samers, i mnogi drugi<sup>3</sup>. O značaju ovog dela dovoljno govori i činjenica da je samo godinu dana

---

Dr Sanja Đurđić, docent Fakulteta za pravne i poslovne studije, Novi Sad.

<sup>1</sup> Summers, R.: *Lon L. Fuller*, Stanford, California, 1984, 1.

<sup>2</sup> Isto.

<sup>3</sup> Vidi listu najznačajnijih prikaza knjige *Moralnost prava*, u Fuller, L.: *Moralnost prava*, Podgorica, 1999, 241–242.

nakon njegovog objavljivanja održan Simpozijum njemu posvećen<sup>4</sup>. Fulerova *Moralnost prava*, takođe, je bila predmet ocena i u brojnim člancima šireg domašaja<sup>5</sup>.

Osnovni razlog velikog interesovanja, ali i istovremenog žestokog osporavanja Fulerove *Moralnosti prava* počiva u činjenici da se ovo delo, čija se glavna ideja ogleda u insistiranju na nužnoj i pojmovnoj povezanosti prava sa moralom, pojavilo u vreme nesumnjive dominacije pravnog pozitivizma u američkoj jurisprudenciji.

Koncepcija moralnosti koja čini pravo mogućim nastala je kao reakcija na višedecenijsku dominaciju tradicije Džona Ostina, Džona Čipmena Greja, Olive-  
ra Vendela Holmsa i Hansa Kelzena u angloameričkoj pravnoj filozofiji. Očigledno je Fulerovo nezadovoljstvo postavkama analitičkog pravnog pozitivizma koji je dostigao kulminaciju u XIX veku radovima Džona Ostina i njegovih sledbenika.

Osnovni razlog konflikta između analitičkog pravnog pozitivizma i Fulera bila je pozitivistička teza o razdvajanju prava i morala. Naime, još krajem XVIII i početkom XIX veka Džeremi Bentam i Džon Ostin su insistirali na neophodnosti razlikovanja i razdvajanja prava kakvo jeste i prava kakvo bi trebalo da bude. Za njih je ova distinkcija jednostavna, ali suštinska i oni osuđuju prirodnopravne mislioce za njeno zamagljivanje<sup>6</sup>. Svoje stanovište Ostin je izrazio na sledeći način: "Postojanje prava je jedna stvar, njegova valjanost ili nevaljanost, druga. Jedno je pitanje da li pravo postoji ili nepostoji, a drugo da li ono odgovara nekom prethodnom standardu. Pravo, kakvo sada imamo, jeste pravo, iako ga mi možda ne odobravamo ili ono možda odstupa od sadržaja koji mi odobravamo ili neodobravamo. Ova istina, formalno sročena u vidu nekog apstraktnog stava, toliko je jednostavna i očigledna da je naprosto jalovo dalje insistirati na njoj"<sup>7</sup>. Osnovnom manom pravnika Bentam je smatrao njihovo ubeđenje da su jeste i treba jedno i neodvojivo.

Upravo je ovakva pozitivistička i utilitaristička tradicija koja je sve od kraja XVIII i početka XIX veka dominirala u angloameričkoj jurisprudenciji izazvala

<sup>4</sup> The Morality of Law – A Simposium; 10 *Vilanova Law Review*, 1965, 631–678; najznačajniji prilozu su bili: Murray, J.: *Introduction to the Morality of Law*; Dworkin, R.: *The Elusive Morality of Law*; Cohen, M.: *Law, Morality and Purpose*; Fuller, L.: *A Reply of Professors Cohen and Dworkin*, itd.

<sup>5</sup> Vidi, Anastaplo: Natural Right and the American Lawyer, *Wisconsin Law Review*, 1965, 322–43; Dworkin, R.: Philosophy, Morality and Law – Observations Prompted by Professor Fuller's Novel Claim, 113 *University of Pennsylvania Law Review*, 1965, 668–90; Hughes: 1964 *Annual Survey of American Law - Jurisprudence*, New York University, 1965, 693–97; King: The Concept, The Idea and the Morality of Law, *Cambridge Law Journal*, 1966, 106–28; Lewan: Die Rechtsphilosophie Lon Fullers, *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 1966, 377–413; Sturm: Lon Fuller's Multidimensional Natural Law Theory, 18 *Stanford Law Review*, 1966, 612–39.

<sup>6</sup> Hart, H.: *Pozitivizam i razdvajanje morala i prava*, u: Hart, H.: *Ogledi iz filozofije prava*, Beograd, 2003, 55.

<sup>7</sup> Austin, J.: *The Province of Jurisprudence Determined*, London, 1954, 184–185.

Fulerovo nezadovoljstvo prvenstveno načinom na koji je rešavala pitanje odnosa prava i morala. Tako je Fulerova koncepcija unutrašnje moralnosti prava nastala kao posledica njegove reakcije na tradiciju analitičkog pravnog pozitivizma koju su generalno delili Ostin, Kelzen i Hart.

Insistirajući na neophodnosti razlikovanja između prava i dobrog prava, Fuller ističe: “u oblasti hotimične ljudske delatnosti...vrednosti i biće nisu dve različite stvari, već dva aspekta integralne stvarnosti”<sup>8</sup>. Tako su u svetu činjenica, kao i u svetu prava, koji su u neprestanom pokretu “jeste i treba nerazdvojno smešani”<sup>9</sup>. Baveći se problematikom odnosa “jeste” i “treba”, prava i morala, došao je do zaključka da je osnovni uzrok mnogih nejasnoća u raspravama o odnosu između prava i morala ne razumevanje i ne uočavanje razlike između dve vrste moralnosti: moralnosti dužnosti i moralnosti aspiracije.

#### DVE VRSTE MORALNOSTI

Nezadovoljan postojećom literaturom koja se bavi odnosom prava i morala, smatrajući njenim osnovnim nedostatkom neuspeh da objasni značenje samog morala, Fuller je izložio svoje učenje o moralu. Ono je veoma značajno, budući da je neophodno za razumevanje njegove koncepcije o moralnosti prava.

Fuller razlikuje dve vrste moralnosti: moralnost dužnosti i moralnost aspiracije. Glavnim uzrokom neuspešnosti dotadašnjih rasprava o odnosu prava i morala smatra činjenicu da sveobuhvatne implikacije pomenutog razlikovanja dve vrste moralnosti uopšte nisu zapažene, niti su dovoljno u njima razvijene<sup>10</sup>. U pravnoj teoriji, “sfera aspiracija (vrlina, ideala) uvek je više marginalizovana, jer se većina teoretičara uvek fokusirala na pravna pravila i dužnosti”<sup>11</sup>.

Pod moralnošću aspiracije Fuller podrazumeva moralnost koja kreće od vrha ljudskog dostignuća, izvrsnosti i najpotpunije realizacije ljudskih sposobnosti. Za razliku od nje, moralnost dužnosti polazi sa dna. Ona utvrđuje jedan minimum pravila i zahteva kojima se obezbeđuje egzistencija društvenog poretka. Bez pravila koja ona postavlja društveni poredak je nemoguć, odnosno, “društveni poredak usmeren ka izvesnim specifičnim ciljevima mora promašiti svoju

---

<sup>8</sup> Fuller, L.: *Moralnost prava*, 11.

<sup>9</sup> Isto, 64.

<sup>10</sup> Isto, 11.

<sup>11</sup> Van der Burg, W.: *The Morality of Aspiration: A Neglected Dimension of Law and Morality*, in: *Rediscovering Fuller: Essays on Implicit Law and Institutional Design*, eds. Witteveen, W. J., Van der Burg, W., Amsterdam, 1999, 169.

metu”<sup>12</sup>. Moralnost dužnosti postavlja zahteve koji su nužni za opstanak društvenog poretka i društvenog života. Fuller dovodi u vezu moralnost dužnosti i princip reciprociteta. Naime, po njemu, najveći broj moralnih i pravnih dužnosti proizilazi i izvodi se iz reciprociteta. U tom smislu, on je preformulisao *Zlatno pravilo*<sup>13</sup> da glasi: “Čim dobijem jemstvo da ćeš me tretirati onako kako bi ti sam želeo da budeš tretiran, biću spreman, sa svoje strane, da tebi pružim sličan tretman”<sup>14</sup>. Navedenim pravilom samo se potvrđuje činjenica da se društvo održava sveprožimajućom vezom reciprociteta, smatra Fuller. Zlatnom pravilu dodaje sledeću kvalifikaciju: “Čim postane savršeno jasno da nemaš nikakve namere da me tretiraš onako kako bi sam želeo da budeš tretiran, smatraću sebe oslobođenim obaveze da te tretiram onako kako bi ti želeo da budeš tretiran”<sup>15</sup>. Za Fullera je pojam reciprociteta implicitan samom pojmu dužnosti, pogotovo kada su u pitanju dužnosti prema društvu ili prema drugom odgovornom ljudskom biću. Ovo stoga što je upravo reciprocitet taj koji održava i omogućava društvenu interakciju.

Za razliku od moralnosti dužnosti koja kreće sa dna i predstavlja zahteve koji su nužni za održanje društvene interakcije i društvenog poretka, koja ljudskim bićima nameće obaveze koje su oni dužni izvršiti zarad navedenog cilja – egzistencije društvenog poretka, moralnost aspiracije kreće od vrhova ljudskih težnji i najpotpunijeg ostvarenja ljudskih sposobnosti. Moralnost aspiracije, nasuprot moralnosti dužnosti koja je oblik “prisiljavanja (prinude) slobodne samovolje”<sup>16</sup>, ne nameće nikakve zahteve ljudskim bićima, već ih usmerava i sugerise na koji način mogu najefikasnije da razviju svoje mogućnosti i da žive život dostojan i vredan ljudskih sposobnosti. Ona podstiče najuzvišenije težnje ka ljudskoj izvrsnosti, odnosno, najviše vrhove ljudskih sposobnosti kojima ljudska bića trebaju da teže. Afirmiše vrhovna dostignuća za koja su ljudska bića sposobna i predstavlja izazov izvrsnosti. Stoga se moralnost aspiracije, za razliku od moralnosti dužnosti, ne obraća imperativnim glasom, već rečima pohvale, sugestije, dobrog saveta i ohrabrenja. U Fulerovom delu, moralnost aspiracije shvaćena je kao moralnost ljudske aspiracije. Iz tog razloga, “ona ne može da odbije ljudski kvalitet ljudskim bićima, a da time ne pobije samu sebe”<sup>17</sup>. Odricanjem ljudskog kvaliteta onima koji ga poseduju moralnost aspiracije bi, po Fulleru, izgubila svoj integritet.

<sup>12</sup> Fuller, L.: *Moralnost prava*, 11.

<sup>13</sup> Uporedi, Kant, I.: *Metafizika morala*, Podgorica, 1993, 33.

<sup>14</sup> Fuller, L.: *Moralnost prava*, 25.

<sup>15</sup> Isto, 26.

<sup>16</sup> Kant, I.: *Metafizika morala*, 181.

<sup>17</sup> Fuller, L.: *Moralnost prava*, 183.

Na pitanje kakav je odnos između moralnosti dužnosti i moralnosti aspiracije, sa jedne, i unutrašnje moralnosti prava, sa druge strane, Fuller odgovara da se unutrašnja moralnost prava rasprostire kako na oblast moralnosti dužnosti, tako i na oblast moralnosti aspiracije. Pravni sistem, svakako, počiva na zabranama iz kojih se sastoje dužnosti. Međutim, osim dužnosti, pravni sistem sadrži brojna pravila kojima se stvaraju uslovi neophodni za racionalnu egzistenciju ljudskih bića i razvoj njihovih sposobnosti putem svrsishodnih i kreativnih aktivnosti. To znači da unutrašnja moralnost prava obuhvata i moralnost dužnosti i moralnost aspiracije. Iako podrazumeva brojne moralne i pravne dužnosti, ona, usled velikog broja zahteva koji imaju afirmativni i kreativni kvalitet, nije podesna da bude realizovana pomoću dužnosti, bile one moralne ili pravne. Iz ovoga se može zaključiti da je "unutrašnja moralnost prava osuđena da ostane, uglavnom, moralnost aspiracije, a ne dužnosti"<sup>18</sup>. Ovo stoga što ona prevashodno obuhvata zahteve afirmativne prirode čiji je cilj omogućavanje realizacije, ne bilo kakvog, već dobrog pravnog sistema. Činjenica da unutrašnja moralnost prava teži ostvarenju dobrog pravnog sistema putem kreativnih i afirmativnih zahteva, a manje putem moralnih i pravnih dužnosti, to je, iako ona obuhvata obe vrste moralnosti, u većoj meri čini moralnošću aspiracije. Dakle, iako unutrašnja moralnost prava svoj specifični kvalitet dobija iz činjenice da se odnosi na stvaranje i realizaciju pravnih dužnosti, ona, za Fullera, ipak prevashodno mora biti moralnost aspiracije.

#### UNUTRAŠNJA MORALNOST PRAVA

U vreme kada je pravni pozitivizam, doktrina koja insistira na tezi o odvojenosti prava i morala, dominirao angloameričkom jurisprudencijom, pojavio se njegov veliki kritičar Lon Fuller koji je u svom delu *Moralnost prava* razvio sekularnu i proceduralnu varijantu jusnaturalizma. Tvrdnja "da su pravo i moral ne samo povezani, već da su tesno povezani"<sup>19</sup>, teza o nužnoj povezanosti prava sa moralom, izneta u periodu kada je pravni pozitivizam još uvek bio vladajuća doktrina, izazvala je burne reakcije i žestoke kritike. Dovoljno je pomenuti njegovu polemiku sa Hartom, kao i činjenicu da su predstavnici analitičkog pravnog pozitivizma, kao najoštriji kritičari, od objavljivanja *Moralnosti prava* 1964. godine do njenog drugog izdanja 1969. godine, napisali nešto manje od stotinu stranica kritičkih komentara Fullerovog dela.

---

<sup>18</sup> Fuller, L.: *Moralnost prava*, 47.

<sup>19</sup> Macleod-Cullinane, B.: *Lon L. Fuller and the Enterprise of Law*, London, 1995, 1.

Međutim, privlačnost Fulerove koncepcije unutrašnje moralnosti prava ogleda se u tome što predstavlja pokušaj prevazilaženja jaza koji je postojao između pravnog pozitivizma i jusnaturalizma. Izgedalo je da ova koncepcija nudi treći pol u debati između pravnog pozitivizma i prirodnopravnih teorija. Naime, klasične prirodnopravne teorije tvrde da postoje univerzalne moralne norme kojima se pravni sistem mora povinovati ukoliko zaista želi biti istinsko pravo. Po njima, moral određuje sadržinu prava. Nasuprot tome, pozitivisti zastupaju stav da ne treba mešati činjenice sa vrednostima, odnosno, da pitanje šta pravo jeste ne bi trebalo mešati sa pitanjem šta bi pravo trebalo da bude. Oni insistiraju na distinkciji prava i morala. Svestan teškoće daljeg formulisanja grupe univerzalnih supstancijalnih normativnih kriterijuma za suštinu prava, Fuller odbacuje prirodnopravnu ideju po kojoj moral nužno nameće sadržinu prava. Međutim, on je uveren da pravo nužno predstavlja predmet proceduralne moralnosti. Stoga se prirodnopravni elementi u njegovom delu reflektuju “više na brigu o legalitetu, ili due process-u, nego na brigu o suštini ili sadržini prava”<sup>20</sup>. Njegova unutrašnja moralnost prava predstavlja set proceduralnih kriterijuma koji sadrže standarde, uputstva ili ideale kojima pravni sistem treba da teži.

Osnovu Fulerovog proceduralnog jusnaturalizma predstavlja pojam svrhe. Ovo iz razloga što, prema Fulleru, “u svim pravnim sistemima, stvaranje i primena pravnih pravila se rukovode principima povezanim sa svrhom tih pravila”<sup>21</sup>. Ljudska aktivnost je, za Fullera, ciljno orjentisana, odnosno, svrsishodna u smislu da se ljudi angažuju u pojedinim aktivnostima u nameri da ostvare određeni cilj. Budući da je ljudska aktivnost esencijalno svrsishodna, pojedinačne ljudske aktivnosti mogu se razumeti samo upućivanjem na njihove svrhe i ciljeve. Polazeći od toga da je i stvaranje prava svrsishodna aktivnost, ona se može razumeti samo kroz upoznavanje njene esencijalne vrednosti i svrhe. Tako, Fuller pravo definiše kao svrsishodnu delatnost podvođenja ljudskog ponašanja vladavini pravila. Polazeći od stava da pravo predstavlja svrsishodni poduhvat podvođenja ljudskog ponašanja vladavini pravila, identifikuje osam konstitutivnih elemenata zakonitosti<sup>22</sup>. Ovakvo shvatanje prava mora da uključi ideju da je osnovna funkcija prava da stvori i održi društveni poredak, kroz podređivanje ljudskog ponašanja vladavini opštih pravila prema kojima oni mogu da usmeravaju svoje ponašanje. Da bi se smatralo pravom ono, po Fulleru, mora biti sposobno da ostvaruje suštinsku funkciju uređivanja ljudskog ponašanja, odnosno, održanja društvenog poretka.

<sup>20</sup> Harris, P.: *An Introduction to Law*, Cambridge, 2007, 35.

<sup>21</sup> Tebbit, M.: *Philosophy of Law*, New York, 2007, 45.

<sup>22</sup> George, R.: Reason, Freedom, and the Rule of Law: Their Significance in the Natural Law Tradition, *The American Journal of Jurisprudence*, 2001, vol. 46, 250.

Svim društvima zajednička je potreba da se određene vrste ljudskog ponašanja podrede izričitoj kontroli pomoću pravila. Upravo zbog toga što predstavlja svrshodni poduhvat, “pravo ispoljava strukturalne konstante koje pravni teoretičar može da otkrije i tretira kao uniformnosti u datom fakticitetu”<sup>23</sup>. Takve strukturalne konstante koje omogućavaju pravu da ostvaruje svoju esencijalnu funkciju uređivanja ljudskog ponašanja i obezbeđivanja društvenog poretka, Fuller nalazi u osam principa zakonitosti, tj. osam standarda pravne izvrsnosti. Principi zakonitosti, odnosno, formalni kriterijumi koji sačinjavaju unutrašnju moralnost prava jesu: opštost prava; promulgacija; zabrana retroaktivnog dejstva zakona; jasnost zakona; zabrana kontradikcija u zakonima; zabrana zahtevanja nemogućeg; postojanost zakona; i podudarnost između službene akcije (primene) i objavljenog pravila.

Prema Fulleru, nijedan sistem pravila koji bar minimalno ne zadovoljava navedene principe zakonitosti ne može ostvarivati svoju esencijalnu funkciju održavanja društvenog poretka kroz upotrebu pravila koja uređuju ljudsko ponašanje. Iz ovoga proizilazi da je za Fullera egzistencija prava shvaćena kao vladavina prava stvar stepena<sup>24</sup>. Naime, od ostvarenosti principa zakonitosti zavisi stepen vladavine prava u datom pravnom sistemu. Ocena pravnog sistema kao dobrog ili lošeg, pravednog ili nepravednog, do toga da li se uopšte radi o pravnom sistemu ili ne, uslovljena je stepenom realizacije konstitutivnih elemenata zakonitosti. To ga navodi na zaključak da su navedeni principi unutrašnji principi u smislu da su oni ugrađeni u uslove od kojih zavisi egzistencija prava. Stoga ukazuje “da bi dovoljno veliko odstupanje od principa zakonitosti imalo za ishod nešto što ne bi, prosto, predstavljalo loše pravo, nego nešto što uopšte nije pravo”<sup>25</sup>. Upravo iz navedenog razloga, što principi unutrašnje moralnosti prava omogućavaju egzistenciju prava, u smislu da njihovo narušavanje i neostvarivanje za posledicu nema loše pravo, već nešto što uopšte nije pravo, Fuller koncepciju unutrašnje moralnosti prava naziva još i *moralnost koja čini pravo mogućim* ili *moralnost koja omogućava pravo*. Takvi interni principi konstituišu moralnost, budući da pravo nužno ima pozitivnu moralnu vrednost u dva pogleda: pravo omogućava državu u kojoj postoji društveni poredak; i to čini poštovanjem ljudske autonomije putem pravila kojima se rukovodi ponašanje. Pošto nema sistema pravila koji bi mogao ostvariti ove moralne vrednosti bez minimalnog pokoravanja principima zakonitosti, prema Fulleru, sledi da oni konstituišu moralnost. Ugrađenost navedenih moralnih prin-

---

<sup>23</sup> Fuller, L.: *Moralnost prava*, 151.

<sup>24</sup> Slična ocena se može naći kod George, R.: *Reason, Freedom, and the Rule of Law: Their Significance in the Natural Law Tradition*, 250.

<sup>25</sup> Fuller, L.: *Moralnost prava*, 197.



cipa u egzistencijalne uslove prava čini ih unutrašnjim i time oni izražavaju pojmovnu vezu između prava i morala.

Zastupajući tezu o nužnoj i pojmovnoj vezi prava i morala, Fuller se u sporu između pravnog pozitivizma i jusnaturalizma ne drži trećeg puta, već se svrstava na stranu jusnaturalizma. Međutim, njegov jusnaturalizam je fundamentalno različit od klasičnih prirodno-pravnih shvatanja. Ovo stoga što se Fuller, polazeći od stava da se treba razlikovati prirodno pravo sa supstancijalnim ciljevima i prirodno pravo koje se bavi procedurama i institucijama, za razliku od klasičnog jusnaturalizma koji prihvata supstancijalno prirodno pravo koje se bavi ciljevima koje pravna pravila trebaju ostvarivati, opredelio za proceduralno prirodno pravo. Iz tog razloga, odbacuje klasično prirodno-pravno stanovište po kome je sadržina prava nužno podređena moralu. Naprotiv, smatra da moral nameće određene proceduralne mehanizme i formalne standarde stvaranja i primene prava. Ono što je on nazvao unutrašnjom moralnošću prava, zapravo, kako sam kaže, predstavlja "proceduralnu verziju prirodnog prava"<sup>26</sup>. Nije reč o dogmatičkoj, supstancijalnoj prirodno-pravnoj poziciji, "već o poziciji utemeljenoj na određenim proceduralnim načelima široko povezanim sa vladavinom prava"<sup>27</sup>.

U pitanju je proceduralni jusnaturalizam zbog toga što se Fuller ne bavi supstancijalnim ciljevima prava, već "načinima na koji se sistem upravljanja ljudskog ponašanja mora konstruisati i primenjivati ako treba da bude efikasan i da istovremeno ostane ono što cilja da bude"<sup>28</sup>. Vezu između prava i morala identifikuje na višem nivou apstrakcije od klasičnih jusnaturalista. Naime, klasično prirodno-pravno shvatanje je da moral određuje sadržinu pojedinačnih zakona. Nasuprot tome, Fullerovo stanovište je da moral obezbeđuje i omogućava egzistenciju pravnog sistema, jer ukoliko navedeni principi nisu ispunjeni to uopšte nije pravni sistem tj. pravo. Tvrdi da je poštovanje principa unutrašnje moralnosti prava istovremeno i "fundamentalno za pravo i inherentno moralno"<sup>29</sup>. On favorizuje pristup proceduralnog prirodnog prava i nudi standarde pravne izvrsnosti kojima sistem pravila stremi i otelovljuje ih u unutrašnjoj moralnosti prava. Usled toga je unutrašnja moralnost prava, u suštini, moralnost aspiracije. Zakoni *treba* da su promulgirani; *treba* da su jasni; pravila *treba* da su opšta, itd. Najveći broj zahteva za izvrsnošću prava ne može se lako izraziti kao dužnost. To osuđuje unutrašnju moralnost prava da ostane, u najvećoj meri, moralnost aspiracije, a ne dužnosti,

<sup>26</sup> Fuller, L.: *Moralnost prava*, 98.

<sup>27</sup> Lacey, N.: *Philosophy, Political Morality and History: Explaining The Enduring Resonance of the Hart-Fuller Debate*, *New York University Law Review*, vol. 83, 1070.

<sup>28</sup> Fuller, L.: *Moralnost prava*, 98.

<sup>29</sup> Waldron, J.: *Positivism and Legality: Hart's Equivocal Response to Fuller*, *New York University Law Review*, vol. 83, 1135.

iako ona svoj specifični kvalitet dobija iz činjenice da se tiče stvaranja i realizacije pravnih dužnosti, zaključuje Fuller<sup>30</sup>.

Iz razloga što koncepcija unutrašnje moralnosti prava predstavlja verziju proceduralnog jusnaturalizma, ona je indiferentna prema supstancijalnim ciljevima prava. Njima se, po mišljenju Fulera, bavi spoljašnja moralnost prava, koja određuje ciljeve koje pravo treba da realizuje. On "pravi razliku između morala izvan prava i morala u pravu, a ovaj poslednji se sastoji od niza načela koja se tiču pravnog sveta, a kojima svako pozitivno pravo treba da se prilagodi. Ta načela ... nemaju suštinsku, nego proceduralnu prirodu, u smislu da označavaju procedure koje pravo mora da sledi da bi dostiglo cilj da podredi ljudsko ponašanje vladavini normi"<sup>31</sup>. Iako je unutrašnja moralnost prava neutralna prema mnogim etičkim pitanjima, ona nije i ne može biti neutralna u odnosu na gledišta o prirodi čoveka. Naime, pravo shvaćeno kao svrsishodan poduhvat podređivanja ljudskog ponašanja vladavini pravila nužno podrazumeva "privrženost gledištu da je čovek, ili da može da postane, odgovoran agent, sposoban da shvati i poštuje pravila i da je odgovoran za svoje postupke"<sup>32</sup>. Unutrašnjoj moralnosti prava je svojstveno shvatanje čoveka kao odgovornog centra akcije tj. moralno odgovornog agenta<sup>33</sup> sposobnog da shvati pravila i da se u svom postupanju njima rukovodi, kao i da snosi odgovornost za njihovo kršenje. Čovekov život uređuju moralnost dužnosti i aspiracije, čija priroda određuje ulogu, ciljeve i granice prava. Koncepcija unutrašnje moralnosti prava koja je, u osnovi, moralnost aspiracije ima sličnosti sa koncepcijom "negativne slobode" po kojoj je čovek slobodan da postupa po svojoj volji, tako da se obezbeđuje da sloboda jednog čoveka ne narušava jednaku slobodu bilo kog drugog čoveka<sup>34</sup>. U njoj, svi ljudi imaju jednaku slobodu da teže izvrsnosti, da nastoje ostvariti svoje najveće domete, ali, pri tome, ne smeju narušavati ili ograničavati jednaku takvu slobodu drugog čoveka. Unutrašnja moralnost prava omogućava poredak u kome postoji moralnost aspiracije koja se ostvaruje kroz slobodan život ljudi, odnosno, mogućnost da ljudi žive slobodno i da slobodno razmenjuju dobra i usluge. Fuller u čoveku vidi kapacitet da promeni svoje postupke putem svesnih odluka. Uloga prava, shvaćenog kao poduhvat podređivanja ljudskog ponašanja vladavini pravila, počinje da omogućava čoveku društvenu orijentaciju.

---

<sup>30</sup> Fuller, L.: *Moralnost prava*, 171.

<sup>31</sup> Faso, G.: *Istorija filozofije prava*, Podgorica, 2007, 678.

<sup>32</sup> Fuller, L.: *Moralnost prava*, 163.

<sup>33</sup> Shvatanje čoveka kao moralnog agenta (aktera) nalazimo i kod Gewirth, A.: *Reason and Morality*, Chicago, 1978, 135.

<sup>34</sup> Uporedi, Kant, I.: *Metafizika morala*, 33.

Fuler smatra da svrha prava jeste određeni idealni razvoj ljudskih kapaciteta koji je i krajnja vrednost ljudskog života što, svakako, predstavlja moralnost aspiracije. Svako odstupanje od principa unutrašnje moralnosti prava predstavlja narušavanje ljudskog dostojanstva čoveka kao odgovornog agenta. Suditi o njegovim akcijama na osnovu neobjavljenih ili retroaktivnih zakona, "ili mu narediti da učini što je nemoguće, znači preneti mu vašu ravnodušnost za njegovu moć samo-određenja"<sup>35</sup>. Unutrašnja moralnost prava tesno je povezana sa shvatanjem čoveka kao svesnog i odgovornog centra akcije. Usled toga, ukoliko bi se usvojilo gledište da je čovek nesposoban za odgovornu akciju, da nije slobodan i odgovoran subjekt, "pravna moralnost gubi razlog svog postojanja"<sup>36</sup>, zato što se time čovek isključivo svodi na puki objekat na koji se dela. Na osnovu svega navedenog Fuller zaključuje da je moralnost aspiracije, nužno i prvenstveno, moralnost ljudske aspiracije. Stoga, ona ne može da porekne ljudski kvalitet ljudskim bićima, a da time ne pobije samu sebe, odnosno, da time ne izgubi svoj integritet.

Međutim, činjenica da je unutrašnja moralnost prava indiferentna prema supstancijalnim ciljevima i da sa jednakom efikasnošću ona može služiti različitim ciljevima nikako ne znači da "svaki suštinski cilj može da se usvoji bez kompromitovanja zakonitosti"<sup>37</sup>. Dakle, iako je u pitanju proceduralni ili institucionalni jusnaturalizam, on ipak utiče na supstancijalne ciljeve u tom smislu što ograničava ciljeve koji se mogu realizovati pomoću prava, odnosno, utiče da sadržina pozitivnog prava ne može biti arbitrarna niti etički irelevantna. Iako proceduralnog karaktera, principima unutrašnje moralnosti prava Fuller uspostavlja vezu između forme i suštine, tj. između proceduralne i supstancijalne moralnosti, budući da "usklađenost sa ovim proceduralnim principima tokom vremena stvara "čisto pravo" u supstancijalnom smislu"<sup>38</sup>. Na taj način, Fuller izvodi minimalnu sadržinu supstancijalnog prirodnog prava. Najpre se osvrće na ono što je Hart u svom delu *Pojam prava* izložio pod nazivom *minimalni sadržaj prirodnog prava*<sup>39</sup>, a što ocenjuje kao "jednu vrstu minimalne moralnosti dužnosti"<sup>40</sup>. Pri tome se kritički izražava o Hartovoj tvrdnji da u teleološkim elementima koji se javljaju u moralnom i pravnom mišljenju postoji prećutna pretpostavka da je opstanak pravi cilj ljudske aktivnosti. Smatra da opstanak jeste nužni preduslov svakog ljudskog dostignuća i akcije, odnosno, preduslov za postizanje drugih ciljeva

<sup>35</sup> Fuller, L.: *Moralnost prava*, 163.

<sup>36</sup> Isto.

<sup>37</sup> Fuller, L.: *Moralnost prava*, 154.

<sup>38</sup> Lacey, N.: *Philosophy, Political Morality and History: Explaining The Enduring Resonance of the Hart-Fuller Debate*, 1070.

<sup>39</sup> Hart, H.: *Pojam prava*, Podgorica, 1994, 235–242.

<sup>40</sup> Fuller, L.: *Moralnost prava*, 184.

i dobara, ali, za razliku od Harta, ne misli da opstanak time postaje jezgro i centralni element tj. glavni cilj celokupnom ljudskom trudu. Ne slaže se sa Hartom da je opstanak taj koji motiviše svu ljudsku aktivnost. Nasuprot Hartu, veruje da “kada bismo bili prisiljeni da izaberemo princip koji podržava i nadahnjuje svaku ljudsku aspiraciju, našli bismo da je on u cilju da se održi komunikacija sa nama bližnjima”<sup>41</sup>. *Moralnost prava* završava reafirmišući potrebu otvorene komunikacije između ljudi. Bez takvog širenja znanja i svesne i promišljene koordinacije sa drugim ljudima, razvijeni sistem ne bi mogao funkcionisati i ljudska egzistencija bi bila ugrožena. Zato u komunikaciji vidi, ne samo uslov opstanaka, već način života. Po njemu, ostvarivanje komunikacije “može da utiče na proširenje ili suženje granice samoga života”<sup>42</sup>. Stoga, kao centralni i neosporni princip supstancijalnog prirodnog prava Fuller postulira princip komunikacije. Iz toga proizilazi da je, za Fullera, pravo svrsishodan poduhvat koji omogućava i održava takvu komunikaciju i koordinaciju između ljudi, a bez koje opstanak ne bi bio moguć.

#### PRINCIPI UNUTRAŠNJE MORALNOSTI PRAVA

U delu *Moralnost prava* Fuller je, posluživši se alegorijom koja se odnosi na vladavinu monarha Reksa, izložio osam načina neuspešnog stvaranja prava, odnosno, jasno izraženih puteva koji u stvaranju sistema pravnih pravila vode neuspehu. Formuliseo ih je na sledeći način: “Prvi i najočigledniji počiva u neuspehu da se uopšte stvore pravila, tako da se svako pitanje mora rešiti na ad hoc osnovi. Drugi putevi su: 2) neuspeh da se objave ili barem učine dostupnim pravila za koja se očekuje da će ih poštovati subjekt na koga se odnose; 3) zloupotreba retroaktivnog zakonodavstva, koje ne samo što po sebi ne može da usmerava akciju nego podriiva integritet pravila koja su po dejstvu prospektivna, pošto ih stavlja pod pretnju retrospektivne promene; 4) neuspeh da se pravila učine razumljivim; 5) donošenje kontradiktornih pravila ili 6) pravila koja zahtevaju ponašanje koje je izvan moći subjekta; 7) preduzimanje čestih promena u pravilima tako da subjekt ne može na osnovu njih da orijentiše svoju akciju; i konačno 8) neuspeh u podudaranju između pravila onako kako su objavljena i njihove stvarne primene”<sup>43</sup>. Iz ovoga izvodi osam principa unutrašnje moralnosti prava, odnosno, osam standarda pravne izvrsnosti kojima pravni sistem treba da teži. Ti principi su sledeći: opštost prava; promulgacija; zabrana zloupotrebe retroaktivnog zakonodavstva; jasnost zakona; zabrana kontradikcija u zakonima; zabrana zahte-

---

<sup>41</sup> Isto, 185.

<sup>42</sup> Fuller, L.: *Moralnost prava*, 186.

<sup>43</sup> Isto, 42–43.

vanja nemogućeg; postojanost zakona; i podudarnost između objavljenog pravila i njegove službene primene (službene akcije).

Navedeni principi unutrašnje moralnosti prava su formalni kriterijumi, odnosno, institucionalni standardi pravne izvrsnosti kojima pravni sistem treba da stremi. Oni su i egzistencijalni uslovi prava, uslovi od kojih zavisi egzistencija prava. Ovo stoga što potpuni neuspeh, u bilo kom od ovih osam smerova, ne proizvodi prosto loš sistem prava, već “nešto što se ne može uopšte nazvati pravim sistemom”<sup>44</sup>.

### ZAKLJUČAK

#### Proceduralna moralnost kao uslov supstancijalne moralnosti prava

Velika zasluga Lona Fulera ogleda se u tome što je u vreme izrazite dominacije pravnog pozitivizma u američkoj jurisprudenciji napravio zaokret naglašavajući nužnu i pojmovnu vezu prava sa moralom. Njegova koncepcija unutrašnje moralnosti prava je varijanta proceduralne prirodnopravne teorije. Principi unutrašnje moralnosti prava predstavljaju proceduralne i institucionalne standarde stvaranja i praktične primene prava. Međutim, to ne znači da je spoljašnja ili supstancijalna moralnost u njegovoj koncepciji potpuno zanemarena. Naprotiv, doslednom primenom i ostvarivanjem principa unutrašnje moralnosti prava, doprineće se i omogućiti istovremena realizacija spoljašnje (supstancijalne) moralnosti prava.

Fulerovo povezivanje proceduralne (unutrašnje) moralnosti sa supstancijalnom (spoljašnjom) odražava jednu staru ideju koju je on pronašao u klasičnoj grčkoj filozofiji<sup>45</sup>. Naime, u Platonovoj *Državi* Sokrat povezuje efikasnost sa dobrom<sup>46</sup>. Tako i Fuller stoji na stanovištu da je efikasnost kompatibilna sa dobrom<sup>47</sup>, usled čega ne priznaje odvojenost između efikasnosti i moralnosti. Stoga smatra da je proceduralna (unutrašnja) moralnost pretpostavka supstancijalne (spoljašnje) moralnosti. Fullerov proceduralni jusnaturalizam je posledica njegove svesti o izuzetnoj važnosti procedura, institucija i formi za vladavinu prava. Samo pomoću odgovarajućih institucionalnih i proceduralnih sredstava i jem-

---

<sup>44</sup> Fuller, L.: *Moralnost prava*, 43.

<sup>45</sup> O uticaju grčke filozofije na Fulera vidi Moffat, R.C.: Lon Fuller: Natural Lawyer After All, *The American Journal of Jurisprudence*, 1981, vol. 26.

<sup>46</sup> Platon: *Država*, Beograd, 1993, 31.

<sup>47</sup> Fuller, L.: Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart, 71 *Harvard Law Review*, 1958.

stava može se ostvariti vladavina prava. Poštovanje odgovarajućih institucionalnih i proceduralnih standarda stvaranja i primene prava omogućava ostvarivanje i odgovarajućih supstancijalnih ciljeva prava, odnosno, supstancijalne moralnosti prava.

Fulerova koncepcija unutrašnje moralnosti prava bila je izložena žestokim kritikama, posebno od strane predstavnika novih analitičkih pravnikâ: Harta, Dvorkina, Samersa i Koena. Zajedničko mišljenje navedene četvorice Fulerovih kritičara jeste da pojam unutrašnje moralnosti prava otkriva Fulerovu konfuziju između pojma efikasnosti i moralnosti. Oni smatraju da su principi unutrašnje moralnosti prava, zapravo, unutrašnji standardi efikasnosti, a ne moralnosti.

Postepeno i najoštrij kritičari<sup>48</sup> priznaju da je za postojanje prava i efikasnog pravnog sistema neophodno nešto slično Fulerovim principima zakonitosti. Tako je u svom delu *Pojam prava* Hart prihvatio da je u cilju dovođenja prava u egzistenciju neophodno minimalno poštovanje onoga što "pravnici nazivaju principima zakonitosti"<sup>49</sup>. Javljaju se i ocene da "Fulerovi "kanoni"... predstavljaju podnošljiv početak za stvaranje skupa uslova nužnih za postojanje (savremenog) pravnog sistema ... Može se osporavati Fulerova lista, ali nema sumnje da je neka lista ove vrste ispravna"<sup>50</sup>. Takođe, i Dvorkinov stav je sledeći: "Ja prihvatom Fulerov zaključak da u nekom stepenu poštovanje njegovih osam kanona prava jeste nužno za stvaranje (ili što je jednako važno, primenu) bilo kog prava, čak i lošeg prava"<sup>51</sup>. Samers koji je žestoko osporavao Fullera, ipak i sam priznaje: "Čak ni neki od (Fulerovih) protivnika ne bi opovrgli da, ako uopšte treba da imamo pravo, mi moramo da donekle poštujemo (njegove) principe zakonitosti"<sup>52</sup>. Sa uviđanjem značaja Fulerovog učenja kritička oštrica se ublažava. To se najbolje vidi na primeru Roberta Samersa koji je od žestokog Fulerovog kritičara postao gotovo apologeta njegovog učenja, ubrajajući njegovo delo *Moralnost prava* među najvažnija dela u istoriji američke pravne filozofije. Uvodeći nas u odnos između morala i prava Fuller nam, po oceni Samersa, pruža teoriju prava velikog praktičnog značaja. Njegovu *Moralnost prava* smatra najboljom diskusijom o zahtevima vladavine prava u postojećoj literaturi.

---

<sup>48</sup> Pregled najznačajniji kritika upućenih Fulleru vidi u Nicholson, P.P.: *The Internal Morality of Law: Fuller and His Critics*, *Ethics*, 1974, 84.

<sup>49</sup> Hart, H.: *Pojam prava*, 202.

<sup>50</sup> Cohen, M.: *Law, Morality and Purpose*, *The Morality of Law – A Symposium*, *Vilanova Law Review*, 1965, 648.

<sup>51</sup> Dworkin, R.: *Philosophy, Morality and Law – Observations Prompted by Professor Fuller's Novel Claim*, 113 *University of Pennsylvania Law Review*, 1965, 669.

<sup>52</sup> Summers, R.: *Professor Fuller on Morality and Law*, 18 *Journal of Legal Education*, 1965, 25.

Fuler je odigrao značajnu ulogu u američkoj jurisprudenciji, budući da je ponovo pokrenuo vekovima staru polemiku oko toga da li se kriterijum važenja prava nalazi jedino u formalnom kriterijumu unutar sistema pozitivnog prava, što je bio stav pozitivista, ili se mora dodati moralni element formalnom kriterijumu, što je bilo stanovište jusnaturalista. Njegov doprinos se ogleda u tome što je, u periodu nesumnjive dominacije pravnog pozitivizma, insistirao na nužnoj i pojmovnoj vezi prava sa moralom. Kao rezultat takvog polazišta nastala je koncepcija unutrašnje moralnosti prava. Budući da su njeni principi ugrađeni u egzistencijalne uslove prava, odnosno, da ukoliko oni nisu ispunjeni ne može biti govora o pravu, ona je, zapravo, moralnost koja čini pravo mogućim.

Dakle, po Fuleru, neophodan je jedan minimum moralnosti tj. ispunjenosti moralnih principa da bi pravo uopšte bilo moguće. U protivnom nije reč o lošem pravu, već o nečemu što uopšte nije pravo. Fulerovi principi unutrašnje moralnosti prava predstavljaju proceduralne i institucionalne standarde pravne izvrsnosti kojima pravni sistem treba da teži. Aspiracija pravnog sistema ka savršenstvu u zakonitosti ogleda se u težnji ka realizaciji osam principa unutrašnje moralnosti prava. Međutim, Fuller ne insistira na potpunoj realizaciji svakog principa ponaosob, jer bi to bila utopija. Pošavši od stava da insistiranje na tome da svaki princip unutrašnje moralnosti prava bude realizovan do perfekcije vodi u utopiju, smatra najvažnijim pronalaženje mere u kojoj navedeni principi trebaju biti razvijeni i postići njihovu međusobnu ravnotežu. Ovo stoga što svih osam poželjnosti zajedno čine jednu jedinstvenu i skladnu celinu koja predstavlja jedinstveno sredstvo za ostvarenje osnovnog cilja – što razvijenijeg i boljeg pravnog sistema tj. vladavine prava. Zato Fulerov cilj nije razvitak svake poželjnosti ponaosob do perfekcije, već njihov skladan poredak.

Međutim, problem je što ovaj poredak nije trajan i nepromenljiv. Naprotiv, sa promenama okolnosti i poredak poželjnosti se može promeniti. “Tako, nepromišljeno odstupanje od jedne poželjnosti, može zahtevati kompenzirajuće odstupanje od druge ... zanemarivanje jedne poželjnosti može da baci dodatan teret na drugu; tako, kada se zakoni često menjaju, zahtev njihovog objavljivanja postaje stroži. Drugim rečima, pod promenjenim okolnostima elementi zakonitosti moraju da se kombinuju i rekombinuju u skladu sa nečim što liči na ekonomsku kalkulaciju, što će ih prilagoditi trenutnom slučaju”<sup>53</sup>. Stoga je, po Fuleru, najvažnije da se u slučajevima antinomija između principa unutrašnje moralnosti prava, oni međusobno uravnoteže tako da se uspostavi njihov skladan poredak. Za to je neophodno proceniti do koje mere se navedene poželjnosti trebaju razvijati, kao i znati u slučaju njihovih antinomija kojoj poželjnosti treba dati priori-

<sup>53</sup> Fuller, L.: *Moralnost prava*, 105-106.



tet. Svestan težine i ozbiljnosti ovog zadatka Fuller je zaključio: “lako je videti da zakoni treba da budu jasno izraženi kao generalna pravila koja su po dejstvu pro-spektivna i dostupna saznanju svakog građanina. Međutim, znati kako, pod ko-jim okolnostima, i u kojoj ravnoteži ove stvari treba postići, ne predstavlja manje, nego da se bude zakonodavac”<sup>54</sup>.

Unutrašnja moralnost prava, a samim tim i pravni sistem koji ostvaruje njene principe, teži pravdi i ljudskom dostojanstvu. Poštovanje minimuma zah-teva unutrašnje moralnosti prava neophodno je za egzistenciju pravnog sistema. Međutim, to ne znači da je takav pravni sistem samim tim i pravedan. Realizaci-ja principa unutrašnje moralnosti prava jeste nužan, ali nije i dovoljan uslov za ostvarenje pravednog pravnog sistema. Učenjem o unutrašnjoj moralnosti prava i specifičnim shvatanjem prirode i funkcije prava, Fuller je razvio posebnu varijantu prirodnopravnog učenja – proceduralni jusnaturalizam.

SANJA ĐURĐIĆ, LL.D.,  
Assistant Professor, Faculty of Legal  
and Business studies, Novi Sad

## FULLER'S MORALITY THAT MAKES LAW POSSIBLE

### Summary

This paper analyzes Lon Fuller's conception “internal morality of law”. Lon Fuller was a fa-mous legal philosopher, who wrote the *The morality of law* in 1964., discussing the connection be-tween law and morality. At a time when legal positivism, the doctrine that law and morality must be separated was dominated in american jurisprudence, Fuller developed an original humanistic per-spective based on the idea that law itself, as a human institution, naturally generates a specifically le-gal morality that is the proper starting point for the solution to the problems of legal theory. He ar-gued that principles of legality constitute the internal morality of law. Fuller's claim supposes that observance of the principles of legality is both fundamental to law and inherently moral. In his view, law – the process of subjecting human conduct to the governance of rules, was informed by an in-ternal morality of aspiration. He insists that the law and morality not only connected but closely re-lated. Fuller developed his procedural natural law philosophy in an effort to overcome the breach between positivism and iusnaturalism and he invented the concept of morality that makes law pos-sible.

---

<sup>54</sup> Fuller, L.: *Moralnost prava*, 95.





RADOMIR PRELEVIĆ

## PRAVDA U BOGIŠIĆEVOJ KODIFIKACIJI

### U V O D

Kao što je Tezej, držeći se Arijadnine niti našao izlaz iz lavirinta u Knososu, tako je i Valtazar Bogišić 1888. godine, držeći se Pravde, pobjedonosno izašao iz pravnog lavirinta sa Opštim imovinskim zakonikom za Knjaževinu Crnu Goru u visoko podignutoj ruci. On nikada nije zaboravio svoju Arijadninu nit – Pravdu, pa je zbog toga pravda našla svoje prostrano mjesto u njegovom zakonskom tekstu, a zajedno sa njom i Pravičnost. Zato je Pravda ona zlatna nit od koje je izatkan “Opšti imovinski zakonik”.

Pored teksta iz OIZ-a, u svojim radovima različite vrste i namjene, uvijek povezanim sa Opštim imovinskim zakonikom, on je pravdu snažno afirmisao, kako profesor Perović na Kopaoničkoj školi prirodnog prava reče, kao stožernu vrlinu prava. To shvatanje pravde ostalo je jedinstveno sve do naših dana i ovaj rad je posvećen odredbama Opšteg imovinskog zakonika u kojima je neposredno sadržan pojam pravde i koje zbog toga čine da Bogišićeva kodifikacija trajno zrači pravdom, pravicom i pravičnošću.

Cjelovitost i postojanost Bogišićevog shvatanja pojma pravde, koje je oživotvoreno u Opštem imovinskom zakoniku za Knjaževinu Crnu Goru iz 1888. godine najbolje je izraženo u mišljenju da “Bogišićeva kodifikacija predstavlja delo umnosti prava. Delo koje je istovremeno zasnovano na univerzalnim vred-

nostima prava i autentičnosti “samorodice” i pravne svijesti jedne sredine koja je pravdu uzdigla do platonske stožerne vrline. Učinila je to, snagom svoje duhovne slobode i legitimne pravde koja je ovde, sa transcendentnih, našla odzvanika u Njegoševom proviđenju: *gle divnoga sada viđenija, sunce pravde i zemlju ogrija*.<sup>1</sup>

Opšti imovinski zakonik sastoji se od ukupno 1031 članova. Od toga broja zadnjih 265 članova odnose se na “objašnjenja, određenja, dopune” – dio VI Zakonika.

Pojam “pravda” nalazimo u deset članova OIZ-a, od kojih su šest situirani u prvih pet djelova Zakonika ( čl. 1–766) koji predstavljaju normativni dio Zakonika (u užem smislu), a preostala četiri člana su situirana u njegovom VI dijelu (čl. 767–1031) koji nosi naziv “objašnjenja, određenja, dopune”. Uz pravdu, pojam “pravica” pomenut je u četiri člana OIZ-a, a pojam “pravičnost” pomenut je samo jedan put i to uz pravdu i pravicu.

Veoma je uočljivo i za OIZ karakteristično, što u njemu pojam “pravda” nema jedno, odnosno jedinstveno značenje, već se pojavljuje u različitim značenjima: prvi put pravdi se daje klasično aristotelovsko značenje *iustitie* koje je zastupljeno i u Heksagonu katoličke škole prirodnog prava, drugi put se pravdom naziva suđenje (parnica, proces), treći put ona ima značenje akta kojim se pokreće suđenje, tj. tužbe, a četvrti put pravdom se označava sami sud. Pored ovih značenja, prema samom slovu OIZ-a, pravda može imati i druga značenja, ali će u radu pažnja biti usmjerena na četiri pomenuta.

#### PRAVDA JE IUSTITIA

1.1. Već na samom početku OIZ-a, u “uvodnim pravilima i navođenjima”, u članu 3 pravda je uvedena u zakonski tekst na sledeći način:

“Ako za neki osobiti posao ili slučaj ne budu ni u zakonima ni u običajima određena pravila, red se je vladati po podobju (781) drugih sličnih pravila, ili pak riješiti slučaj po opštim osnovama pravde i pravice (782)”.

Upravo ova odredba je u literaturi najčešće citirana i razmatrana, najviše zbog povoljnosti koje pruža za upoređivanje sa odgovarajućim odredbama Code civil-a, Austrijskog građanskog zakonika, Srpskog građanskog zakonika, Njemačkog građanskog zakonika, Švajcarskog građanskog zakonika i drugih velikih kodifikacija građanskog prava. Tako, profesor B. Marković za svoju tezu da zakonodavci često izričito upućuju sudiju da rješava po pravičnosti, navodi primjere:

<sup>1</sup> Perović dr Slobodan, “Prirodno pravo u Opštem imovniškom zakoniku za Knjaževinu Crnu Goru”, Podgorica, Decembar 1998. godine, str. 71.

“§ 8 našeg (srpskog) Građanskog zakonika, §§ 851, 904 Austrijskog, član 3. Crnogorskog imovinskog zakonika, članovi 565, 1135, 1854 Code civil-a, kao i član 133 i 138 Njemačkog građanskog zakonika i član 1 i 4 Švajcarskog građanskog zakonika.”<sup>2</sup>

Takođe, i profesorka E. Karajović upoređuje član 3 OIZ-a sa članom 8 Srpskog imovinskog zakonika, članom 12 Code civil-a i paragrafom 7 Austrijskog Građanskog zakonika i zaključuje: “Valtazar Bogišić, jedan od najvećih pravnika u nas druge polovine XIX i početka ovog veka, pisac Opšteg imovinskog zakonika za Crnu Goru, iako u osnovi prihvata učenje istorijskoppravne škole, u svom Zakoniku se poziva na ideje prirodnog prava.”<sup>3</sup>

1.2. Aristotelova maksima prema kojoj “ići sudiji znači ići pravdi”<sup>4</sup> afirmisana je u čl. 17 Opšteg imovinskog zakonika koji se odnosi na zaštitu imovine:

”Svak je vlastan, poradi zaštite i postizanja svojih imovinskih prava, obratiti se k sudovima, gdje će, ko god on bio, nalaziti potpuno jednaku pravdu. U posebnom će zakonu biti izložen red i način kojim sudovi postupaju, razviđajući imovinske parnice i dijeleći pravdu.”

1.3. Bogišićevo, u više prilika ponovljeno stanovište da pravo mora biti zasnovano na pravdi, budući je pravda osnovni izvor prava, reljefno je izraženo u članu 99 koji govori o jednom slučaju kod “vlasničkog *preuzma*”<sup>5</sup>:

“U opšte onaj u koga je nađena tuđa stvar treba da je njenu vlasniku povratiti, i to, osim slučaja čl. 101, bez ikakve naknade, koju može tražiti od onoga od koga mu je došla, ako, po opštim pravilima pravde, ima na to kakva prava.”

1.4. Kao što je pomenuto, dio VI Opšteg imovinskog zakonika - “objašnjenja, određenja, dopune”, sadrži i odgovarajuća objašnjenja pojma pravde.

U prvoj od tih odredbi – čl. 767, st. 1, pravda ima ono njeno osnovno značenje – *iustitia*:

“U ovome su Zakoniku izložena pravila za imovinske poslove i prilike koje među ljudima bivaju (768), u koliko se pravde i zakona tiču.”

---

<sup>2</sup> Marković, S. dr Božidar “O pravičnosti i pozitivnom pravu”, “Pravni život”, br. 9–10/1994. Str. 593, 597; izvod iz doktorske disertacije Božidara S. Markovića pod naslovom “Essai sur les rapports entre la notion de Justice et l’elaboration du Droit prive positif” odbranjena i publikovana u Parizu 1930. ( Librarie Arthur Rousseau).

<sup>3</sup> Karajović dr Emilija, “Pravda i pravičnost u kodifikacijama građanskog prava kod nas”, “Pravni život”, br 11–12/1994, str. 1597.

<sup>4</sup> Aristotel, Nikomahova etika, Kultura, Beograd, 1970, knjiga V, str. 121.

<sup>5</sup> Znači: povraćaj nezakonito oduzete ili zadržane stvari, čl. 99 i 833 Opšteg Imovinskog Zakonika.

1.5. U nastavku, kad govori “o zakonima i pravilima uopšte”, posebno o tumačenju zakona, OIZ u čl. 776 prvenstveno vodi računa o tome da se kome ne bi “nepravda činila”:

“Kad se god kakav zakon tumači, najprije valja odrediti, u koliko treba, prosti razum i smisao samih riječi.

Svu tu radnju treba vršiti prosto, prirodno i bez natege, bez zavrtice, bez ikakve pomisli u naprijed začete. Treba, takođe, neprestano i to na umu imati, da u zakonodavca nije nikako moglo namjere biti da povlađuje kakvo suđenje kojim bi se ma kome, na temelju nejasna pravila, nepravda činila.”

1.6. Nakon ovoga, u članu 777. OIZ-a, sudija se upućuje na čl. 3. kojim je pravda i uvedena u OIZ:

“Ako se na osnovi takoga promatranja pokaže, da uzakonitelj nije, pri postavljanju pravila, mislio o vrsti poslova o kojoj je riječ, biva, kao da o tome ni pravila u zakonu nema.

U takome je slučaju sudcu postupati po onome što je naređeno u članku 2-om i 3-em ovoga Zakonika, ali ukoliko se god može, imajući pred očima opšti smjer i duh ostalih zakona koji se bave poslovima jednake ili podobne ruke.”

1.7. Konačno, u članu 782. OIZ-a nalazimo Bogišićevo sintetizovano objašnjenje pojma pravde, a koje je, inače, opširnije izloženo u njegovim teorijskim radovima. Ta sinteza glasi:

“Temelj je, razumije se, i zakonu i zakonitu običaju, pravda i pravica, te kad sudac sudi po pravilima uzetim iz zakona ili iz zakonita običaja, on svakako radi na osnovi pravde i pravice. Ipak, pravila po kojima on sudi, već je zakonodavac i narodni život otuda izveo. Tek, kad ni u zakonu ni u običaju nema prilična pravila za neki posao, a nije ga moguće ni podobjem naći, pravda i pravica postaju za sudca neposrednim izvorom, iz koga on pravce treba da crpi svoje pravilo, prema osobitoj prirodi posla koji se sudi. Ta se radnja i zove: suđenje po pravdi i pravici.

U takome suđenju sudija treba da, ocjenjujući sa svake strane prilike posla, pazi osobito na to, što časni ljudi drže da je pravo, i što je u skladu sa javnim vjerovanjem i poštenjem, bez kojih ne može biti uredna *saobraštaja* među ljudima. I ako sudija to sve radi po duši i savjesti, on opet treba da pazi, koliko je god moguće, i na razum i mišljenje naroda ili razreda ljudi kojima su obični poslovi te ruke.

Različna značenja same riječi pravda (kao suđenje, sud) jasna su sama po sebi, već po položaju *koje riječ zauzimalje u pojedinim rečenicima.*”

Ovo objašnjenje pravde sve do danas plijeni pažnju naučne javnosti i inspirisaće profesora B. Markovića da kaže:

“Suđenje po pravičnosti – što je vrlo dobro formulisano u članu 782 Bogišićevog Imovinskog zakonika – pretpostavlja jedno od najobjektivnijih mje-

rila, a to je, kao što smo pokazali, formulom nedeformisana ocena vrednosti jednoga društva u datom trenutku.”<sup>6</sup>

Takođe inspirisaće i profesora Galeva da na Kopaoničkoj školi prirodnoga prava konstatuje da:

“Opredjeljenje čl. 782 Crnogorskog imovinskog zakonika od 1888. godine i postavljeni zahtjevi pred sudom kao imperativi, o kojima on mora da vodi računa prilikom vrednovanja konkretnog slučaja koji rješava, bez daljeg su dovoljna garancija o tome da će presuđeno prema pravdi i pravičnosti biti objektivno, a ne subjektivno presuđivanje.”<sup>7</sup>

I profesor Orlić je, imajući u vidu ovu višestruko dragocjenu odredbu OIZ-a, zapisao:

“U Zakoniku je došlo do izražaja narodno osećanje prava, njegovi pogledi, uverenje i pojmovi o onome što je dobro i pravo. U isto vreme ovo pravničko delo upoznavalo je Crnogorce sa modernim pravnim institucijama i približavalo im je evropsko shvatanje prava stvoreno na rimskoj pravnoj tradiciji...”

Posredan uticaj Opšteg imovinskog zakonika bio je od izuzetnog značaja za našu pravnu kulturu i daleko je prevazilazio njegovo pravno važenje. Domašaj ovog velikog i lepog pravničkog ostvarenja bio je dalekosežan; on je utirao i obasjavao put modernoj pravnoj misli na tlu Južnih Slovena, kao što je i uticao na pojedine pravnike između dva rata da traže nova rešenja u zakonodavstvu.”<sup>8</sup>

#### PRAVDA JE SUĐENJE (PARNICA, PROCES)

1.8. U odredbi čl. 245. koji se odnosi na zaštitu od evikcije kod ugovora o kupovini, pravdom se naziva samo suđenje, tj. građanski proces:

“Kad ko podigne parnicu protiv kupca, prodavac treba da se, radi obrane, pridruži kupcu u pravdi ili da na njegovo mjesto stupi. Kad prodavac to ne učini, njemu će šteta biti ako kupac izgubi pravdu, osim ako dokaže, da taj gubitak dolazi od kakva nemara ili zla lukavstva kupčeva.”

1.9. U značenju suđenje (parnica, proces) pojam pravda je upotrijebljen i u čl. 473. koji se odnosi na nagodbu (poravnanje):

“Nagodba može biti o svakome poslu ili dugu koji je u pravdi, ili o kome inače ima kakve sumnje, u koliko bi se o takome poslu ili dugu mogli i inače ugovori glaviti.”

---

<sup>6</sup> Marković, S. dr Božidar, Ibid., str. 624–625.

<sup>7</sup> Galev, dr Gale, Pravda pravičnost i pravo, Pravni život, br. 12/2005, str. 758.

<sup>8</sup> Orlić, dr Miodrag, Uticaj Bogišićevog dela na naše zakonodavstvo, Arhiv za pravne i društvene nauke, br. 1–2, Beograd, 2006., Jubilarni broj Arhiva 1996–2006, str. 786.

1.10. Da je u to vrijeme bilo uobičajeno da se pod terminom pravda razumije riječ suđenje (parnica, proces) potvrđuje i Ministarska Naredba br. 90 od 11. decembra 1896. godine, koju je potpisao sam dr Valtazar Bogišić u svojstvu ministra pravde Knjaževine Crne Gore, o uređenju pristavne službe u Velikom sudu i Okružnim Kapetanstvima, čiji čl. 6 glasi:

“Pravilo je: svaki spis koji s dvora dopane u sud, treba zavoditi pod osebiti redni broj. Po tome, zavodiće se kao osebiti broj svojedbrojni spisi:

b) sve prozbe, tražbe, žalbe, saopćenja itd. koje dolaze od pojedinih strana-ka, pa bili to spisi kojima se počinje kakva pravda, ili se predaju poznije, tečajem već otpočete parnice...”<sup>9</sup>

#### PRAVDA JE TUŽBA

Kao što smo vidjeli, do sada je u OIZ-u pravdom nazivana kako iustitia tako i suđenje (parnica, proces). Međutim, u členu 400 OIZ-a pojavljuje se i tužba kao treće značenje pojma pravde. Ta odredba odnosi se na ovlašćenja punomoćnika, i glasi:

“Ako granice povjere nijesu bile potanko nacrtane, o njezinu se obimu treba vladati prema prilikama, i prema prirodi i vrsti posla. Ipak povjerenik, ako nije naročito ovlašten, nikako ne može:

đ) podići pravdu protiv koga;...”<sup>10</sup>

#### PRAVDA JE SUD

U već citiranom členu 782 OIZ-a (tač. 1.7. ovoga rada), u njegovom trećem stavu izričito stoji da je SUD jedno od osnovnih značenja riječi pravda, prema tome, Sud je ne samo oličenje pravde, personifikacija pravde, itd., već je SUD sam po sebi PRAVDA. Što omogućava još jasniju asocijaciju o antološkom svojstvu suda, od one koju podstiče ranije citirana Aristotelova maksima (tač. 1.2. ovo-

---

<sup>9</sup> “Crnogorski zakonici 1796–1916, knjiga III, Istorijski institut RCG, Podgorica 1998. godine, str. 262.

<sup>10</sup> Dr Andra Đorđević, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu izradio je “Alfabetni spisak svijeh tehničkih termina u Opštem imovinskom zakoniku”, koji je objavljen u časopisu “Branic” br. 20, 21 i 22 1888. godine, sa izmjenama i dopunama u zagrebačkom “Mjesečniku” za oktobar 1889. godine, koji u stvari predstavlja registar pojmova, pod odrednicom “pravda” daje sledeće objašnjenje: suđenje, sud, podići pravdu, povesti spor (čl. 400f – u originalnom tekstu to odgovara čl. 400đ). Sve do 1903. to je bio jedini registar za “Opšti imovinski zakonik”. Tada je crnogorski pravnik S. Petrović objavio kao posebnu publikaciju “Registar za Opšti imovinski zakonik”.

ga rada). Ovo značenje pojma pravde je utoliko značajnije kada se ima u vidu da je značenje SUD za riječ pravda bilo zastupljeno i u pravnom govoru toga doba.<sup>11</sup>

#### SRODNI POJMOVI

Kod analize različitih značenja pojma “pravda” u Opštem imovinskom zakoniku, korisno je imati u vidu još i objašnjenje OIZ-a o sljedećim pojmovima: “običaj”, “podobje”, “pravo” i “pravila blagonaravlja i poštenja”.

1.11. Pojam “običaja” je objašnjen članom 779. OIZ-a:

“Običaj i njegovo pravilo, biva, u zakonskome smislu, ono pravilo koje se drži i koje vlada u narodnome i u sudskom životu, a nije ušlo među pravila zakonskog života.”

1.12. “Podobje”, koje u “Alfabetnom spisku svih tehničkih termina u Opštem imovinskom zakoniku” dr Andra Đorđevića, objašnjava: analogija; suđenje po analogiji (§10, Gr. Zak.), objašnjeno je u čl. 781. OIZ-a:

“Po podobju se vlada sudac, kad u nestašici upravo određenih pravila, za neku vrstu poslova, udešava svoje suđenje pram pravilima kakve druge, ali slične vrste poslova.”

1.13. Značenju pojma “pravo” posvećen je čl. 784. OIZ-a:

“Riječ pravo u ovome Zakoniku treba uzimati samo u smislu kakve zakonite moći i ovlasti (na pr. Petar ima pravo tražiti od Pavla pet stotina franaka, Ivan ima pravo da prelazi preko zemlje susjedove, itd.). Riječ se pravo doista, po primjeru tuđih jezika, uzimlje često i u smislu pravila ili zbira pravila, ali se ovaj Zakonik toga kloni, da bi se izbjegla zabuna i nerazumijevanje.”

1.14. A objašnjenje “pravila blagonaravlja i poštenja” dato je u čl. 785. OIZ-a:

“Pravilima blagonaravlja i poštenja, nazivlju se, u ovome Zakoniku, ona pravila obične ljuckote i pravičnosti, na pokoravanje kojima Vlast u opšte ne može svagda upravo da prinudi, ali zato narodna savjest svagda osudjuje one koji ta pravila prestupaju.”

1.15. Pominjanje pravde u Opštem imovinskom zakoniku završava se imenovanjem njenog najgoreg neprijatelja, i to u čl. 1011, koji glasi:

“Pravdi je nasilje najgori protivnik.”

Ova negativna definicija pravde ne bi bila potpuna bez objašnjenja samog nasilja, koje je u čl. 1012. definisano kao pravno nasilje na sledeći način:

“Kad bez suda i tvoju stvar nekome otmeš, nasilje je.”

---

<sup>11</sup> Mažuranić, Vladimir, “Pravno-povijesni rečnik”, JAZU, Zagreb, 1908–1922, str. 1078–1081, kao drugo značenje riječi “pravda” navodi: “judicum, sud, sudište”.



## ZAKLJUČAK

Razmatranje o značenjima pojma pravde u Opštem imovinskom zakoniku za Knjaževinu Crnu Goru iz 1888. godine omogućava izvođenje najmanje sledećih zaključaka:

i) Za ovu kodifikaciju građanskog prava karakteristična je naglašena odanost pravdi, prije svega kao izvoru prava, a zatim i kao mjerilu valjanosti prava;

ii) Za razliku od imanentne osobine pravne norme i prava uopšte, po kojoj upotrijebljeni pojmovi imaju tačno određeno jedinstveno značenje, u ovoj kodifikaciji pravda ima više značenja, koja su rijetko sinonimi (kao što su pravda i pravica), a najčešće su ta značenja veoma različita, odnosno raznorodna;

iii) Neka od značenja pojma pravde – kao što je tužba, suđenje, sud – mogu biti inspirativna i za savremene pravnike, bilo da se bave stvarnim pravom, njegovom primjenom ili pravnom naukom.

RADOMIR PRELEVIĆ, LL.D.,  
Attorney at law, Podgorica

## JUSTICE IN BOGIŠIĆ'S CODIFICATION

### Summary

In this paper, the author has presented the provisions of the General Property Code of the Principality Montenegro of 1888th, in which the concept of justice, has been explicitly represented.

Reflections on the meanings of the term justice led to the following conclusions:

i) This civil law codification is characteristic for its strong devotion to justice, primarily as a source of law, and further, as a criterion of the validity of law;

ii) Unlike the immanent characteristics of legal norms and law in general, where the terms have their own specific meanings, this codification, contains several meanings for justice, which are rarely synonyms (such as justice and fairness), but most frequently various and diverse.

iii) Some of the meanings of justice - lawsuit, trial or court, - may even be inspirational for contemporary lawyers, whether they are involved in property law, or its application, or law as a science.

Significant is to mention, that the preparation of this paper involved consulting scientific works published in the Kopaonic School of natural law, over recent years.

GORAN DAJOVIĆ

## TEORIJA PRAVA NA DELU

– Jedan primer analize pravnog koncepta –

### U V O D

Početak ove godine, u izdanju Cambridge University Press-a, pojavila se knjiga Miodraga Jovanovića, profesora Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, *Kolektivna prava – Jedna pravna teorija (Collective Rights, A Legal Theory)*.<sup>1</sup> Ovaj članak posvećen je upravo toj knjizi čije objavljivanje iz nekoliko razloga predstavlja značajan događaj za našu pravnu teoriju. Prvo, radi se o delu koje predstavlja zaokružen rezultat napora koje je autor uložio u poslednjih desetak godina, baveći se temom kolektivnih prava. Od njegove doktorske teze<sup>2</sup>, preko niza članaka u domaćim i inostranim časopisima<sup>3</sup>, prof. Jovanović je proučavao koncept kolektivnih prava, počevši od njegovih konkretnih pozitivnopravnih manifestacija, preko primene tog koncepta u specifičnom političkom kontekstu, da

---

Dr Goran Dajović, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

<sup>1</sup> Jovanović, Miodrag A.: *Collective Rights*, Cambridge University Press: Cambridge 2012, 230.

<sup>2</sup> Jovanović Miodrag A.: *Kolektivna prava u multikulturnim zajednicama*, Sl. Glasnik Beograd, 2004, 333.

<sup>3</sup> Up. npr. “Are There Collective Rights?” *Human Rights Review*, Vol. 11, No. 1/2010, 17–44; “Collective Rights – A Case Study of Interdisciplinary Approach in Jurisprudence”, *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, Spezial Beiheft, 2012, 111–127, itd.

bi najzad u ovoj knjizi razradio taj koncept do nivoa *jedne teorije* kolektivnih prava, koja je osobena i originalna i koja predstavlja vredan doprinos jurisprudenciji.

Drugi razlog zbog kojeg ova knjiga privlači naročitu pažnju je sama njena tema. Kao što autor umesno primećuje, radi se o jednom opštem pravnom konceptu *koji je u nastajanju*, ali koji je i od sve većeg praktičnog i političkog značaja. Stoga je ona ne samo doprinos teoriji, već i pravnoj praksi. Naime, ko može da se kvalifikuje kao subjekt kolektivnih prava, te šta ona uistinu jesu i kako se vrše, jesu prethodna pitanja koja tvorac prava mora da razreši pre nego što normira ovu materiju.

Najzad, treći razlog, koji i jeste naš glavni motiv za osvrt na ovu značajnu knjigu, jeste metodološka utemeljenost Jovanovićevog dela. U posebnom poglavlju, na samom početku knjige, autor izlaže svoju ideju o smislu i svrsi jurisprudencije, kao najopštije pravnoteorijske discipline, te o njenim metodama koje je i sam koristio u svojoj analizi pojma kolektivnih prava, jednog teorijskog ali i praktičnog pojma koji je, kako je već i rečeno, u procesu nastajanja i koji kao takav zahteva i poseban metodološki pristup. Zbog toga, Jovanović pre svega koristi sva sredstva iz arsenala konceptualne analize i to je glavna metoda na koju se u svom radu oslanja. I premda je njegovo delo uzoran primer primene tog metoda (čemu je, uostalom, i u ovom prilogu posvećena najveća pažnja) ne treba da se zanemari Jovanovićeva konstantna težnja da njegov rad ima multidisiplinarni i multimetodski karakter. On je, naime, uveren i to čini se s pravom, da bez pomoći empirijske analize i normativnih (aksioloških) razmatranja njegov zadatak na konstrukciji jedne teorije kolektivnih prava nikada ne bi mogao da bude u potpunosti izvršen.<sup>4</sup>

Zbog čega je pomenuti treći razlog bio inspiracija za ovaj prilog biće jasno, nadamo se, pri njegovom kraju. Ali nije na odmet da se već sada spomene, kako jedan primer dobre pravnoteorijske analize opšteg pravnog koncepta nije samo od koristi teoretičarima, već on može da bude obrazac na koji mogu da se ugledaju i drugi pravni stručnjaci, koji se bave manje opštim pravnim pojmovima. Zbog toga će u narednim odeljcima pažnja biti posvećena pre svega metodologiji koju je Jovanović koristio i razjašnjenju njenih osnovnih svojstava, te načinu na koji ju je on primenjivao. Ali pre toga, u prvom odeljku, u najkraćim crtama će se prikazati osnovne supstantivne ideje koje čine kostur njegove teorije kolektivnih prava.

<sup>4</sup> "Legal theory has to rely on the methodological assistance of social sciences, such as sociology and anthropology.....(T)he implementation of these methods is necessary for a coherent jurisprudential conceptualization of 'collective right' and its differentiation from other similar legal concepts. In taking this route, the proposed legal theory of collective rights, as a segment of general legal theory, does not abandon the description and analysis of valid legal norms as its primary methods, but it nonetheless emphasizes that, at least when dealing with the emerging legal concepts, axiological and sociological methods need to be employed as auxiliary ones." (Jovanović, Miodrag: *Collective rights*, 6–7).

*Jedna teorija kolektivnih prava*  
– glavne ideje

Već samim naslovom svoje knjige, Miodrag Jovanović je odredio i njen “žanr”. Naime, reč je o delu iz oblasti pravne teorije ili u terminima jezika na kojem je knjiga izdata, iz oblasti jurisprudencije. Istina, obično se uzima da je najvažniji predmet jurisprudencije sâmo pravo, tj. njegova priroda, u najopštijem smislu, ali svakako da se unutar ove discipline mnogi autori na teorijski način bave i drugim osnovnim pravnim konceptima, kao što su koncepti subjektivnog prava, pravne obaveze, krivice, uzročnosti, odgovornosti, itd. I upravo to čini prof. Jovanović, kada je u pitanju jedan važan savremeni pravni koncept – koncept kolektivnih prava. Ovom raspravom on pokušava da ustanovi jednu moguću pravnu teoriju o tom konceptu.

A šta jedna teorija o subjektivnim pravima (pa prema tome i o kolektivnim pravima) treba da objasni? Koja su to najvažnija pitanja kojima ona mora da se pozabavi? Jovanović smatra da bilo koja teorija o pravima mora da reši najmanje četiri problema. Prvo, ona mora da razjasni šta pravo štiti: nečiju moć volje ili nečiji interes. Drugo, mora da se odredi kakvi su obim i forma te zaštite. Treće, neophodno je da se opišu priroda odnosno svojstva potencijalnog nosioca prava. I najзад, kakva su to dobra u vezi s kojima može da postoji pravna pretenzija (str. 86).

Odgovor na prvo i najvažnije pitanje Jovanović je potražio u Razovoj interesnoj teoriji o subjektivnim pravima.<sup>5</sup> Naime, Jovanović odbacuje alternativnu teoriju volje, iz razloga koji su odavno i dobro poznati: ona se pokazala kao činjenično neadekvatna. Svojim insistiranjem na egzistenciji prava koja je zasnovana na moći volje subjekta da zahteva ispunjenje korelativne dužnosti, ova teorija iz kruga pravnih subjekata isključuje decu, mentalno obolele, kolektivitete, itd, a što je u oštroj suprotnosti kako s pojedinačnim pravnim porecima tako i s brojnim pravnim aktima međunarodnog prava, opšteg ili regionalnog karaktera, koji nesumnjivo utvrđuju da svako ljudsko biće ima pravo da mu se prizna pravni subjektivitet (str. 74). Zbog toga se Jovanović, u zasnivanju svoje vlastite teorije okreće rivalskoj, interesnoj teoriji prava<sup>6</sup>, koju najpregnantnije izražava Razova formula: “X has a right if and only if X can have rights and... an aspect of X’s well-being

---

<sup>5</sup> Raz, Joseph: *The Morality of Freedom*, Oxford: Oxford University Press, 1986, 165–92.

<sup>6</sup> Naravno da ova debata između dve glavne teorije subjektivnih prava ni približno ne može da se prikaže a pogotovo razreši u nekoliko redova teksta. Ali s obzirom da je Jovanovićev pokušaj zasnivanja jedne teorije kolektivnih prava pre svega usmeren ka pokušaju da se utvrdi i opravda postojanje kolektiviteta kao jedne zasebne vrste nosilaca prava (pored fizičkih i pravnih lica), jasno je da bi se u tom pokušaju već na prvom koraku sapleo, kada bi se oslonio na teoriju volje. Inače, o sličnostima i razlikama dve teorije up. npr. Kramer, Matthew: “On the Nature of Legal Rights“, *Cam-*

(his interest) is a sufficient reason for holding other person(s) to be under a duty". Drugi deo Razove definicije pak, odnosi se na određenje kapaciteta za posedovanje prava uopšte: "...pojedinaac je sposoban da poseduje prava ako i samo ako....je njegova dobrobit od najviše vrednosti".

Navedena definicija daje odgovor na prvo i treće, a posredno i na četvrto pitanje. Međutim, da li je ova definicija primenljiva i na koncept kolektivnih prava? Postoje li takva prava uopšte? Zapravo, postoje li "kolektivni interesi" koje bi takva prava štitila? I na kakvoj vrsti dobara bi mogli da se zasnjuju takvi kolektivni interesi, različiti od pojedinačnih interesa prostog zbira pojedinaca? Napose, ko može da bude "subjekt", nosilac takvih interesa, ako ne pojedinci i da li je "dobrobit" takvih subjekata "od najviše vrednosti"? Na sva ova pitanja, dakle, jedna teorija kolektivnih prava mora da pruži odgovore. I profesor Jovanović je u svojoj knjizi te odgovore dao.

Grupe, kolektiviteti i slično mogu da imaju određena prava samo na tkzv. "participativnim dobrima". To su dobra koja se mogu uživati samo od strane grupe kao celine, tj. njihova "upotreba" nije svodiva na prost zbir pojedinačnih "upotreba" od strane članova zajednice.<sup>7</sup> Ovo je intuitivno uverljiva teza i polazna tačka za svaku analizu kolektivnih prava. Zapravo, kako prof. Jovanović dodatno precizira, kolektivna prava su zamisliva i moguća samo nad onim što Čarls Tejlor naziva "društvenim dobrima koja su nesvodiva" (*irreducibly social goods*). Takva dobra su ona dobra koja zajednica opaža, prepoznaje kao dobra koja su "participativna", koja se mogu uživati samo od strane grupe kao celine.<sup>8</sup> Takva "komunalna" dobra su na primer jezik ili kulturno nasleđe, i samo takva dobra mogu da generišu specifičan kolektivni interes. Međutim, iako je kolektivni interes, generisan opisanom vrstom socijalnih dobara nužan uslov za postojanje kolektivnih prava (koja bi takav interes zaštitila), on nije i dovoljan uslov. U stvari, ni u teoriji a ni u praksi nije prihvaćeno da bilo koji skup pojedinaca koji bi imao neki zajednički interes nad određenim komunalnim dobrom može da bude subjekt kolektivnih prava.<sup>9</sup> I tako dospevamo do tačke kada postaje jasno da pitanje potencijalnog subjekta kolektivnih prava jeste u prvom planu kada se radi o konceptualizaciji tih

---

*bridge Law Journal*, 59(3), November 2000, 473–508, kao i od istog autora "Refining the interest theory of rights", *The American Journal of Jurisprudence*, vol 55 (2010), 31–39.

<sup>7</sup> Waldron, Jeremy: *Liberal Rights* (Cambridge University Press, 1993), 355.

<sup>8</sup> Ono što neko dobro, u krajnjoj liniji, čini nesvodivim društvenim ("participativnim") dobrom jeste činjenica da ono ima takvo značenje za datu zajednicu.

<sup>9</sup> Na primer, oni koji govore esperanto mogu da imaju zajednički interes da koriste taj jezik u komunikaciji s organima državne ili lokalne vlasti, ali nikome ne pada na um da bi taj interes mogao da bude zaštićen kolektivnim pravom na upotrebu esperanta u takvoj komunikaciji.

prava.<sup>10</sup> U tom smislu, glavni zadatak svoje teorije Jovanović vidi u utvrđivanju onih karakteristika koje grupa mora da poseduje da bi mogla da bude nosilac kolektivnih interesa<sup>11</sup> i sledstveno tome, nosilac prava.

Pristupajući ovom zadatku, Jovanović pre svega ističe da postoji razlika između “*kategorije* lica, u koju ulaze sva lica koja poseduju određene karakteristike (poput maloletnika ili penzionera) i “*grupe u pravom smislu te reči*, koja predstavlja skup ljudi koji zbog zajedničkih karakteristika koje dele sebe posmatraju kao posebnu grupu”.<sup>12</sup> “Kategorije” su tvorevina prava, dok suprotno njima, određene grupe (kao što su to, na primer, verske grupe ili domorodački narodi) već postoje kao takve. One nisu stvorene pravom, već postoje *de facto*, pre i nezavisno od prava (str.58) i moguće je na osnovu objektivnih kriterijuma odrediti njihove pripadnike.<sup>13</sup> U tom smislu, ako su takve grupe subjekti prava, onda bi one bile posebna vrsta pravnih subjekata, drugačija od pravnih lica.

Međutim, da bi jedna grupa bila potencijalni subjekt kolektivnih prava, nije samo dovoljno da ona postoji *kao grupa*, tj. da egzistira pre i nezavisno od pravnog sistema, već je nužno i da ona za sebe ima određenu moralnu vrednost. Jovanović naime tvrdi da određene grupe mogu da imaju sopstvenu moralnu vrednost. Prema ovom moralnom stajalištu, koje se naziva “vrednosnim kolektivizmom” (*value collectivism*), kulturni identitet i raznolikost neke grupe predstavljaju intrinzičnu, a ne instrumentalnu vrednost (vrednost po sebi, a ne vrednost u funkciji neke druge, više vrednosti). Iz tih razloga, da rezimiramo, bajkeri ili planinari ne mogu kao grupa da budu subjekti prava, dok Eskimi ili Amiši to mogu.

Stoga je *postojanje* određenih kolektiviteta ili zajednica (na primer, domorodačkih zajednica, nacionalnih ili verskih manjina) jedno moralno dobro po sebi i ono ne može biti redukovano na moralnu vrednost pojedinaca – pripadnika tih zajednica, i sledstveno tome, moralna prava tih kolektiviteta nisu svodiva na moralna prava njihovih članova. Poput nekih drugih autora<sup>14</sup> i Jovanović smatra da je istinski pravni subjektivitet grupe moguće konstruisati samo ako se ima na

---

<sup>10</sup> U tom smislu “the main objective of this study is to show that general legal theory should acknowledge the existence of collective rights and a new type of right-holder” (str. 72, fn. 29)

<sup>11</sup> Kako Jovanović ispravno primećuje, “...the whole mess with ‘collective rights’...is exactly about whether the status of a separate legal personality could be extended to groups qua groups” (str. 44).

<sup>12</sup> Miller, David: “Group Rights, Human Rights and Citizenship”, *European Journal of Philosophy* 2/2002, 178.

<sup>13</sup> McDonald, Michael: “Should Communities Have Rights? Reflections on Liberal Individualism”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 2/1991, 218–19.

<sup>14</sup> “Someone or something can hold rights only if it is the sort of thing to which duties can be owed and which is capable of being wronged. In other words, moral standing is a precondition of

umu ova vrednost koja se pojedinim grupama pripisuje. I upravo su pred-pravna egzistencija i ova moralna vrednost određenih kolektiviteta razlozi i opravdanja za postojanje posebne vrste pravnih subjekata kao nosilaca posebne vrste prava (kolektivnih prava) koja štite kolektivne interese takvih subjekata.

Na kraju, treba napomenuti i da prof. Jovanović uporno i uverljivo demistifikuje uvreženo shvatanje da su kolektivna prava ona prava koja se vrše u zajednici s drugim ljudima. Naime, kolektivna prava mogu da se vrše i od strane pojedinca – to je, recimo slučaj s privilegijom koju u Velikoj Britaniji imaju pripadnici Sika, a koja ih oslobađa obaveze da prilikom vožnje motora nose kacige.<sup>15</sup> (sect. 3.1). Takođe, ta tvrdnja ne važi ni kada se pogleda s njenog naličja, jer određena individualna subjektivna prava mogu da se vrše isključivo u zajednici s drugima, kao što je to slučaj s pravom na štrajk, na slobodu zbora ili udruživanja. Iako je jasno da pojedinac ne može sam, bez drugih da uživa ova prava, takođe je i u teoriji i u praksi nesporno da je reč o pojedinačnim subjektivnim pravima, a ne o kolektivnim pravima. Prema tome, *definiens* pojma kolektivnih prava ne može biti način njihovog vršenja (kolektivna prava su ona prava koja se vrše kolektivno), već se on mora potražiti, kao što smo već i napomenuli, u kolektivnom interesu<sup>16</sup> čijoj zaštiti ona služe kao i u specifičnoj prirodi nosilaca kolektivnih prava.

Ovo bi u najkraćim crtama bio prikaz osnovnih ideja koje je profesor Jovanović izneo i branio u svom delu. I kao i svaki prikaz i ovaj je neizbežno nepotpun i manjkav. Ipak, i kao takav, on će poslužiti svrsi, a to je da se opiše i razjasni metodologija koju je Jovanović koristio da bi došao do svojih zaključaka, a što će biti glavni predmet daljeg izlaganja. Ipak, pre toga, nije na odmet da se ukratko podsetimo ključnih svojstava glavnog metoda analitičke jurisprudencije, metoda koji je i Jovanović najviše koristio, kao i njegovih unutrašnjih ograničenja.

### *Nekoliko napomena o metodu jurisprudencije – svojstva konceptualne analize*

Valjano teoretisanje i filozofiranje u pravu ne može da započne drugačije, nego samorefleksijom o vlastitoj metodi. Po ovoj osobini, jurisprudencija je slič-

---

right-holding” (Jones, Peter: “Group Rights and Group Oppression”, *Journal of Political Philosophy* 4/1999, 361–2).

<sup>15</sup> Svakako, kolektivna prava mogu da se izvršavaju i kolektivno, tj. u zajednici s drugima (npr. pravo na nazive naseljenih mesta na maternjem jeziku) ili preko određenih predstavničkih tela ili organa (kao što je u Srbiji slučaj s nacionalnim savetima koji imaju nadležnosti u pitanjima informisanja, obrazovanja i tsl.).

<sup>16</sup> “What in all cases...qualifies the right as collective is the fact that it ultimately serves the interests of the group as such, and not of individuals” (str. 9).

na filozofskim disciplinama, a različita od gotovo svih ostalih pravnih disciplina. Kao što je već u uvodnim napomenama rečeno, tako je postupio i profesor Jovanović, baveći se nadugačko problemom metoda već u prvom poglavlju svoje knjige. I od tri primenjena metoda koja je već na samom početku najavio, bez sumnje je daleko najviše koristio metod konceptualne analize.

Konceptualna analiza se smatra glavnim metodom analitičke filozofije (ova-ko Jackson<sup>17</sup>, Beaney<sup>18</sup>), bilo da se ona posmatra kao proučavanje suštinskih, bilo kao proučavanje najvažnijih svojstava proučavanih pojmova. Dakle, konceptualna analiza daje definicije koncepata ili u modernijoj verziji, otkriva ono što je najočiglednije i najvažnije u vezi sa određenim konceptom. Ovo "otkrivanje", međutim, *ne odvija se kroz bilo kakva empirijska proučavanja*, već pre svega analizom sadržine pojma posredstvom intuicije<sup>19</sup>, kroz provere "otkrivenih" svojstava putem zamišljenih protivprimera u misaonim eksperimentima. Konceptualna analiza opisuje ili definiše koncepte u terminima drugih koncepata, jedan manje jasan ili uopšteniji vokabular koncepata svodi na fundamentalniji<sup>20</sup> (na primer, kad koristeći koncepte fizičkog sveta opisuje mentalna stanja ili kad recimo, poput Džona Ostina, opisuje koncept prava, svodeći ga na temeljnije pojmove naredbe, pretnje i suverena). Takođe, ona razdvaja i povlači razlike između povezanih koncepata, klasifikuje ih sa različitih tačaka gledišta, utvrđuje međusobne veze, određene logičke i druge implikacije koncepata, ona identifikuje i eliminiše tvrdnje koje nemaju smisla, itd.<sup>21</sup> Osim toga, kao što je već rečeno, uopšte nije obavezno da cilj analize bude otkrivanje suštinskih, nužnih karakteristika koncepta, analitičkih istina o konceptu, već izdvajanja onih važnih, istaknutih odlika koje opravdavaju postojanje jednog koncepta i koje pomažu da ga objasnimo.

Sve ove zadatke koji pred njim stoje, onaj koji se bavi konceptualnom analizom prevashodno obavlja oživljavajući, aktiviraći intuiciju<sup>22</sup>, koja nam ukazuje na

---

<sup>17</sup> Jackson, Frank: *From Metaphysics to Ethics: A Defence of Conceptual Analysis*, Oxford: Oxford University Press, 1998.

<sup>18</sup> Beaney, Michael. *Analysis*. u *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, ed. by Edward N. Zalta. 2003. <http://plato.stanford.edu/entries/analysis/>.

<sup>19</sup> Jackson, Frank: *op.cit.*, 31.

<sup>20</sup> Jackson, Franc: *op.cit.*, 28.

<sup>21</sup> Up. *Essays on Jurisprudence*, second series, ed R. Summers, London, 1973, 2. Ili kako to veli Brajs, konceptualnoanalitički metod "uzima pojmove, bilo opšte bilo stručne, koji su u tekućoj upotrebi. On nastoji da definiše ove pojmove, da ih klasifikuje, da objasni njihovu konotaciju, da pokaže njihove veze s drugim pojmovima... (Bryce, James: *Studies in History and Jurisprudence*, New York, 1901, 612).

<sup>22</sup> "Metodologija koju primenjujemo treba da stvori takav opis koncepta koji se podudara s onim što nam naša intuicija govori o tom konceptu." (Jackson, Franc: *op. cit.*, 28). Zbog toga



truizme koji postoje u vezi s određenim konceptima i pojavama koje ti koncepti označavaju. On to čini, naravno i kroz analizu *jezičke upotrebe* termina, kojima se analizirani koncepti denotiraju, jer je jezik jedini medijum pomoću kojeg možemo da dopremo do sadržine koncepata, i pomoću kojeg i iskazujemo naša intuitivna saznanja o konceptima. To znači da su prvobitna "meta" konceptualne analize najčešće tkzv. "narodni" koncepti, oni koncepti koji su određeni situacijama na koje referišu termini koje većina ljudi upotrebljava da bi te situacije označila, opisala. Ovo važi za tzv. heremeneutičke koncepte, a u koje spada i koncept prava i drugi opšti pravni koncepti. Ipak, treba istaći da predmet analize nije sam jezik, niti jedino upotreba nekog verbalnog iskaza, nekog termina. Konceptualna analiza je konceptualna, a ne lingvistička analiza. Kada to ne bi bilo tako, za određene nekog koncepta dovoljno bi bilo pogledati u rečnik i pročitati značenje termina koji taj koncept denotira.

Konačno, važna odlika konceptualne analize jeste da je ona analiza "a priori". Njome pokušavamo da razumemo i objasnimo koncepte, pre nego smo aktuelnim iskustvom sagledali stvari koje oni označavaju.<sup>23</sup> Proveravamo i ispitujemo našu intuiciju i druge pojmove koje povezujemo s analiziranim konceptom, ali sve to činimo *pre ili mimo* određenih empirijskih provera i upoređivanja.<sup>24</sup> Dakle, konceptualna analiza ograničava samu sebe na saznanja koja se tiču prevashodno koncepata, osvetljavajući njihovu sadržinu i određujući da li pojedine situacije jesu "pokrivene" datim konceptom ili ne. "Konceptualna analiza ne iznosi tvrdnje o prirodi sveta. Njene su tvrdnje deskriptivne, ali one su deskriptivne u pogledu koncepata i njihove upotrebe a ne u pogledu sveta oko nas."<sup>25</sup>

Konceptualna analiza izoštrava naše razumevanje i znanje o *konceptima*. A posredstvom koncepata, mi saznajemo nešto i o stvarima na koje se oni odnose. Ovo bolje razumevanje zapravo znači da se ono što koncept koji je u upotrebi (recimo koncept kolektivnih prava) prećutno sadrži, iznosi na videlo, da se posredstvom intuicije analiziraju fenomeni koje dati koncept jasno i nesumnjivo "po-

---

je "obraćanje intuiciji... najistaknutija karakteristika konceptualne analize..." (Farrell, Ian: *H.L.A. Hart and the Methodology of Jurisprudence*, Texas Law Review, vol. 84 (2006), 998).

<sup>23</sup> Bertrand Rasel je jednom prilikom konstatovao da je posao filozofa da otkriva istine o svetu razmišljajući, a ne opažajući.

<sup>24</sup> Istina, uz ogradu da kada posmatramo i samu upotrebu reči (jer i ona nam govori o intuitivnom razumevanju tog pojma) na jedan način već ulazimo u empirijsko proučavanje.

<sup>25</sup> Farrell, Ian: op. cit., str. 998–9. Ipak, treba napomenuti da postoje i autori koji, nasuprot ovoj "umerenoj" verziji konceptualne analize, zastupaju jednu robusniju ili "neumerenu" verziju, čiji bi rezultati na neki način važili i u realnom, empirijskom svetu. Ipak, iz razloga u koje se na ovom mestu ne može dublje ulaziti, prva verzija konceptualne analize je jedino metodološki održiva. Osim toga, Jovanović se, primenjujući analizu, i drži uglavnom te verzije.

kriva” i da se tako otkriva ona unutrašnja struktura ili zajednička svojstva koja postoje u svim tim “jasnim” slučajevima, a koja predstavljaju sadržinu datog koncepta. Ovo nam pak donosi i jedan dodatni dobitak: dobro objašnjen koncept pomaže nam da dobijemo odgovore koji se tiču i onih slučajeva koji su prethodno bili granični, koji su nejasni, za koje nismo bili načisto da li ih dati koncept pokriva, opisuje ili ne. Kao što to kaže Kamins, konceptualna analiza nam omogućava da dodjemo do saznanja koja “constitutes a bridge that transfers our relative certainty about the clear cases to an unclear case.”<sup>26</sup>

*Metodologija jedne teorije kolektivnih prava  
– primer metoda jurisprudencije na delu*

Došao je, najzad, i momenat da se pokaže kako ovaj postupak analize izgleda na delu, kada ga primenjuje prof. Jovanović u svom radu. Jer, nesumnjivo je da je njegovo delo pre svega “ogled iz analitičke jurisprudencije”. Ako ne po njegovoj izričito iskazanoj nameri<sup>27</sup>, a ono sigurno po svojoj strukturi i sadržini. Jovanović taj postupak započinje razlaganjem tekućeg koncepta (od kojeg zapravo postoje tek obrisi, jer se radi, podsetiću, o konceptu “u nastajanju”), navođenjem nekih *definicija* (npr. iz Ustava RS ili iz pojedinih akata međunarodnog prava) i obrazlaganjem konceptualnih “pukotina” u postojećem konceptualnom okviru. U tom obrazlaganju, on primenjuje *misaoni eksperiment*, zamišljajući moguće slučajeve (str.99), ali i navodeći stvarne protivprimere (str. 119). Na taj način, Jovanović diskredituje rivalske teorije kada je, recimo, reč o prirodi i strukturi dobara koja mogu da generišu kolektivne interese koji se štite kolektivnim pravima (str.98). Osim toga, on osporava i neke od uvreženih *intuitivnih* predstava o kolektivnim pravima, poput truizma da su kolektivna prava determinisana načinom njihovog vršenja. U skladu s tim, Jovanović smatra da ono što jedna teorija nužno

---

<sup>26</sup> Cummins, Robert: “Reflection on Reflective Equilibrium“, *Rethinking intuition: The psychology of intuition and its role in philosophical inquiry*, Michael R. DePaul & William Ramsey eds., 1998, str. 114.

<sup>27</sup> Premda s ovom konstatacijom treba biti oprezan, jer Jovanović na više mesta kaže da mu je namera da rasprši konceptualne nesporazume i nejasnoće koje okružuju koncept kolektivnih prava i druge, njemu srodne koncepte (up. na primer str. 84, 86, 110, 128). Ipak, analitičku prirodu svoje teorije najotvorenije otkriva kad kaže da je u radu zainteresovan prevashodno za pitanje“... koje se odnosi na to da se utvrdi da li u datom pravnom sistemu postoji posebna vrsta subjektivnog prava/naročit tip pravnog subjekta”, kao i da će se njegova studija poglaviti pozabaviti rasvetljavanjem “... unutrašnje strukture kolektivnih prava, a koja je različita od subjektivnih prava fizičkih lica i pravnih lica.” (str. 74).

mora da pruži jeste nova i valjana *klasifikacija* subjektivnih prava. Kažemo “valjana”, jer on smatra da prema postojećem (a pogrešnom!) osnovu za klasifikovanje, koji se zasniva upravo na načinu vršenja prava, nije moguće da se dopre do pojma kolektivnih prava. Do valjane klasifikacije se može dopreti samo pod uslovom ako se “pronađe jasan kriterijum za precizniju klasifikaciju kolektivnih i individualnih prava” (str. 64). Naravno, u skladu s njegovim stavom o tome šta jedna teorija o pravima mora da sadrži (o čemu je već bilo reči), taj kriterijum klasifikacije može da se odredi samo ako se prethodno valjano klasifikuju potencijalni nosioci, subjekti prava. I upravo tako stižemo do centralnog ali i metodološki najosetljivijeg pitanja u celoj Jovanovićevoj analizi – do pitanja ko može da bude subjekt kolektivnih prava. Jedan od glavnih ciljeva njegove teorije jeste nesumnjivo da razvede konceptualne nedoumice koje se tiču ovog ključnog pitanja. Ali to nisu samo konceptualne, već su i empirijske i normativne nedoumice. Jer pitanje subjekta kolektivnih prava može da se raščlani i razreši kroz najmanje tri potpitanja – i naravno kroz tri odgovora na ta tri potpitanja.

Prvo pitanje je da li i na koji način možemo da kažemo da jedna grupa ljudi *postoji kao grupa*, a to znači i nezavisno od konkretnog pravnog sistema. To pitanje je prevashodno empirijskog karaktera i naravno da odgovor na njega mogu pre svega da daju sociologija i antropologija, koristeći svoje vlastite empirijske metode. I Jovanović te odgovore upravo i dobija na taj način.

Sledeće pitanje, jasno odvojeno od ovog prvog, jeste da li grupe (kao grupe) mogu da budu subjekti prava. Ovo pitanje nije istog karaktera kao prvo. Ne postavlja se, naime, pitanje da li grupe zaista to *jesu*, već da li je zamislivo, da li je konceptualno moguće da one to budu. Da li grupa *kao grupa* može da bude subjekt prava, to je konceptualno pitanje. Ovom pitanju prof. Jovanović je posvetio puno pažnje i tragajući za odgovorom on se i poslužio glavnim metodom koji je koristio – konceptualnom analizom. Jer taj odgovor se dobija analizom postojećih koncepata subjekta prava, koncepta interesa (interesna teorija subjektivnih prava) i koncepta (“komunalnog” ili “participativnog”) dobra koje može da generiše pravno zaštićen interes. Međutim, osim što analizira ove koncepte i njihove međusobne odnose, Jovanović se (na primer kod koncepta “participativnih dobara”) poduhvata i njihove revizije, i to čini vrlo uverljivo. Sve u svemu, samo je konceptualnom analizom moguće da se povežu već postojeći i ustaljeni koncepti subjekta prava, interesa, dobra koje je objekt tog interesa u jedan sveobuhvatni i novi koncept kakav je koncept kolektivnih prava.

I najzad, treće pitanje u vezi s pravnim subjektivitetom grupe, jeste normativno pitanje. Kada su već dati pozitivni odgovori na potpitanja da li grupe postoje i da li one mogu da budu nosioci određenih prava, ostaje da se odgovori na pitanje da li one *treba da* budu nosioci tih prava. I pod kojim uslovima ili na osnovu

kojih razlogi one *treba* to da budu. Odgovor na ovo pitanje može da pruži samo određena aksiološka analiza koja će podupreti najpoželjnije moralno stajalište. Na prvi pogled se može učiniti da, prema Jovanoviću, moralni stav tzv. “vrednosnog kolektivism”, na najbolji način objašnjava i legitimizuje kolektivne interese, a najzad i kolektivna prava koja ih štite (str. 46). Međutim, pažljivijem čitaocu neće promaći Jovanovićeva izričita opaska, da njegovo delo nema pravopolitičke i moralnopolitičke aspiracije. Drugim rečima, on normativno-moralni stav “vrednosnog kolektivism” koristi da bi odgovorio pre svega na *drugo* pitanje, a ne na *treće* (iako nesumnjivo i na njega odgovara, barem posredno i na taj način, barem posrednu, povezuje *jeste i treba*).

Ipak, nije ovde na odmet da se istakne sledeće: odgovori na ova tri pitanja traže različite metode i ti odgovori ne proizilaze u potpunosti jedan iz drugog, iako donekle jesu međuzavisni. Naime, negativan odgovor na prvo pitanje verovatno bi prekratio dalju debatu oko konceptualizacije kolektivnih prava. Međutim, pozitivan odgovor na to pitanje ne povlači sa sobom i pozitivan odgovor na drugo pitanje. Kao što ni afirmativan odgovor na to pitanje ne podrazumeva pozitivan odgovor koji bi se dao na treće pitanje.

Ovo je istovremeno i najosetljivija tačka celokupne Jovanovićeve analize, upravo stoga što spaja tesnom vezom dva zadnja odgovora – konceptualni i normativni. Šta želimo da kažemo? Na primer, konceptualno je nemoguć brak s preminulom osobom ili je to tako barem u odnosu na *naš* postojeći koncept braka. Većina običnih posmatrača bi zapravo rekla da je to “nelogično”, “besmisleno” (na isti način kao što je nelogičan ili besmislen recimo okrugli kvadrat). Dakle, naš koncept braka *konceptualno nužno* podrazumeva porodičnu zajednicu dvoje živih, odraslih ljudskih bića, obično različitog pola.<sup>28</sup> U istom tom smislu, koncept kolektivnih prava, kako je to uostalom prof. Jovanović sjajno pokazao, konceptualno nužno implicira postojanje određenog koncepta kolektiva samog, a takođe i kolektivnih interesa koji opet konceptualno gledano, mogu da budu generisani isključivo određenom vrstom društvenih dobara. Međutim, nama izgleda, i to naglašavamo, da nije *konceptualno* nezamislivo da postoje kolektivna prava, a da se ne prihvata moralno stajalište “vrednosnog kolektivism”. Jer posledica tog neprihvatanja nije konceptualna nemogućnost kolektivnih prava, već eventualno samo praktična posledica da kolektivna prava ne bi nikada mogla da budu iznad individualnih prava, tj. kolektivni interes nikada ne bi nadvladavao privatni, pojedini-

---

<sup>28</sup> Ako bi to prestalo da bude tako, tj. ako bi brak recimo postojao i nakon smrti jednog od supružnika, to bi značilo da se naš koncept braka promenio. Uostalom, jednoj takvoj promeni već prisustvujemo u naše vreme, kada se u sve više zemalja od zajednice muškarca i žene, brak proširio i na zajednicu muškarca i muškarca odnosno žene i žene.

načni interes individue (bilo one unutar, bilo one izvan grupe). Možda bi kolektivna prava u tom slučaju imala, kako to Jovanović kaže, malo svrhe, ali u svakom slučaju ne bi bila “nezamisliva” ili “nelogična”. Najznačajnija posledica bi bila dale praktična – u odmeravanju konfliktnih interesa/prava, kolektivni interesi/prava uvek bi bili nadjačani interesima/pravima pojedinca.<sup>29</sup> To znači da Jovanovićeva teza o “vrednosnom kolektivismu” nije nužni deo koncepta kolektivnih prava, kao što on tvrdi, već bi se pre moglo reći da je ona normativna teza koja, Dvorkinovima jezikom rečeno, nastoji da interpretira koncept kolektivnih prava na najbolji mogući način, da ga prikaže “u najboljem svetlu”.<sup>30</sup> Uostalom i sam Jovanović tako kaže: “... (J)urisprudencija mora da izabere stranu i da argumentuje u korist vrednosnog stajališta koje bi *na bolji način podurplo* odgovarajuću pravnu praksu. Ja dokazujem da u tom smislu prednost treba dati stajalištu vrednosnog kolektivismu” (podvukao G.D). Međutim, upravo se i radi o tome da jurisprudencija to može, ali *ne mora*. A da bi to mogla, mora izaći iz deskripcije. Kao što i sam profesor Jovanović ispravno konstatuje:

“Ovo je argument iz domena pravne teorije, argument koji u metodološkom smislu *prevazilazi prostu deskripciju i analizu...*”

Ali čini se, takođe, da iz razloga koji su upravo navedeni, greši kad kaže:

“...Argument u ovoj knjizi nije u vezi s pitanjem zašto određeni kolektiviteti *treba* da imaju prava. To bi bio argument iz domena morala ili političke filozofije. Argument u ovoj knjizi je da su neka prava po samoj svojoj prirodi kolektivna i da bi odgovarajuća pravna praksa bila razumljivija, *koncept “kolektivnih prava” mora* biti zasnovan na normativno-moralnom stajalištu vrednosnog kolektivismu” (podvukao G.D).

## ZAKLJUČAK

Na samom kraju, mogli bismo se složiti s važnom (premda implicitnom) dvorkinovskom tezom našeg autora da pri utvrđivanju nekog pravnog koncepta treba povesti računa o cilju ili svrsi ustanove čiji se koncept utvrđuje. Drugim rečima, kod kolektivnih prava konkretno, taj cilj je zaštita kolektivnog interesa grupe koja objektivno postoji. Na osnovu ovoga, međutim, Jovanović ide korak predaleko, jer pokušava da u koncept kolektivnih prava unese element norma-

<sup>29</sup> Napominjem da se ovde ne govori o tome da li takav sistem postoji ili je postojao, već da li on može da postoji, da li je konceptualno zamisliv.

<sup>30</sup> Dworkin, Ronald: *Law's Empire*, Harvard University Press, 1986, 52.

tivno-moralne prirode. Prema njegovom mišljenju, *sam* koncept kolektivnih prava (zbog *svog cilja* i zbog *prirode nosilaca* tih prava) nužno u sebe uključuje jedan specifičan normativno-moralni stav<sup>31</sup> – “vrednosni kolektivism” ili moralno stajalište da su određene grupe moralna vrednost, dobro po sebi. To znači da bi bila konceptualno nezamisliva kolektivna prava koja bi se, recimo, oslanjala na normativno-moralno stajalište “vrednosnog individualizma” ili koja u *svom konceptu* uopšte ne bi sadržala bilo kakvo moralno opravdanje. Dakle, da ponovimo. Jovanović ne smatra da *samo* takve grupe *treba da* uživaju kolektivna prava (premda, kako je rečeno, to posredno proizilazi iz njegove analize), već on pre svega drži da naš koncept kolektivnih prava mora biti oblikovan tako da one *jedino mogu* da budu subjekti tih prava.

Ukoliko je ovo konačan Jovanovićev stav, onda nam on izgleda pogrešan<sup>32</sup>, baš kao što je pogrešno i Dvorkinovo konceptualno pripisivanje moralne funkcije pravu.<sup>33</sup> Pogrešan, jer baš kao i Dvorkin dovoljno jasno ne razdvaja konceptualna i normativno-moralna pitanja. Kažemo “ukoliko”, jer izgleda da je prof. Jovanoviću od ovog pitanja bilo znatno važnije da iz svih uglova osvetli jedan *koncept u nastajanju*, proučavajući ga celim setom raspoloživih metoda, kako bi na kraju krajeva opipljivu korist od njegove analize imala ne samo pravna teorija, nego i pravna praksa. A to je, na kraju krajeva, stav koji zaslužuje odobravanje, bez obzira i na određene nepreciznosti u primeni tih metoda.

Knjiga prof. Miodraga Jovanovića je jedna odlično napisana knjiga, delo koje bi služilo na čast i značajnijim pravnim kulturama od naše. Ona je to, ne samo zbog svojih supstancijalnih zaključaka, već i zbog načina na koji se do tih zaključaka došlo. Zbog toga, ta knjiga može da bude metodološki uzor svakome ko nastoji da osvetli ili definiše neki opšti pravni koncept, a naročito koncept u nastajanju ili sporan koncept. Nastojanja prof. Jovanovića da u svom radu na neki način integriše tri glavna metoda jurisprudencije i pravne nauke uopšte – empirijski, konceptualni i aksiološki – dala su u ovoj knjizi tako opipljiv rezultat da svako ko se bavi pravnom naukom može iz njegovog napora da izvuče itekako korisne pouke. Nadamo se da smo ovim kratkim prilogom uspeli, barem done-

---

<sup>31</sup> Te dve stvari Jovanović izričito povezuje kada veli “...(B)ecause this way the putative rationale of the respective body of international and municipal law will be rendered more intelligible, I necessarily make a normative-moral point of view” (str. 49).

<sup>32</sup> A recimo iz sledećeg njegovog navoda proizilazi da to jeste njegov stav: “In order to construct the concept of collective rights, legal theory has to tackle not only analytical questions, but normative ones as well. More precisely, it has to take a normative-moral point of view at the level of concept formation” (str. 7).

<sup>33</sup> Opširnije o kritici ovog Dvorkinovog stava up. Dajović, Goran: *O metajurisprudenciji (II) – jurisprudencija, deskriptivna ili normativna?* (Pravo i društvo, Beograd, br. 3/2010, str.9–29).

kle, da pokažemo da takva procena nije proistekla iz kolegijalne kurtoazije, već iz opravdanog uverenja u njenu ispravnost.

GORAN DAJOVIĆ, LL.D.,  
Assistant Professor, Faculty of Law  
University of Belgrade

LEGAL THEORY AT WORK  
– An instance of good (conceptual) analysis –

Summary

In this article author analysis the new book of professor Miodrag Jovanović, *Collective rights. A Legal Theory*. This book has two main achievements. The first one is substantial: it is the content of conclusions, which Jovanovic derives in the pivotal parts of the book. These conclusions are shortly described in the first part of this article.

Jurisprudence does not only record actual conceptual framework of law, but it scrutinizes and reconsiders this framework. It is just the point which professor Jovanovic explicitly states in many places, and most extensively in separate section on the very beginning of the book. And the second chief accomplishment of the book strictly speaking, is related just with these methodological insights. In the second section of the article the author comments few general methodological theses concerning conceptual analysis, which is the method used in this book by prof. Jovanovic. The topic which is analysed in the third part of the article is exactly the way in which Jovanovic apply conceptual analysis on the concept of collective rights. The author argues that it is an example for good legal research and in that respect, methodologically instructive not only for legal philosophers, but also for other kinds of legal scholars. However, Jovanovic's instructive use of this method shows its internal limitations as well.

ALEKSANDAR SAŠA GAJIĆ

## PRAVO I MORAL U DELU KOSTASA DUZINASA “LJUDSKA PRAVA I IMPERIJA”

### U V O D

Značajne razmere kolizije između pozitivnog prava i morala u međunarodno-pravnoj sferi na prelazu između 20. i 21. veka najuočljivije su u slučaju fenomena “humanitarnih intervencija”. Brojne, raznovrsne definicije “humanitarnu intervenciju” najčešće određuju kao “upotrebu vojne sile protiv druge države gde je javno proklamovan cilj ove vojne akcije prestanak kršenja ljudskih prava izvršenih od strane države ka kojoj je akcija usmerena”<sup>1</sup>, ili pak kao “vojna intervencija izvedena od strane stranih institucija a bez saglasnosti legitimne vlade sa ciljem spasavanja ljudi od democida ili drugih većih kršenja ljudskih prava”<sup>2</sup>. Nesporna su tri aspekta “humanitarnih intervencija”: 1) pretnja upotrebom ili upotreba vojne sile 2) uplitanje stranih vojnih trupa u unutrašnje stvari suverene države koja nije izvršila akt agresije protiv druge države 3) motivacija za strani intervencionizam nalazi se u javno proklamovanim humanitarnim, visoko moralnim ciljevima.

---

Dr Aleksandar Saša Gajić, naučni saradnik Instituta za evropske studije, Beograd. Rad je nastao u okviru projekta 179014 koga finansira Ministarstvo za prosvetu i nauku Republike Srbije.

<sup>1</sup> Marjanović, Marko, *Is Humanitarian War the Exception?*, Ludwig von Mises Institute, 2011.04.04.

<sup>2</sup> Holzgrefe J.L., ‘The Humanitarian Intervention Debate’, Holzgrefe and Keohane, Cambridge University Press, 2003, str. 18.



Fenomen “humanitarnih intervencija” predstavlja složenu spoljnopolitičku, pravnu i filozofsku temu jer se kroz njega prelama savremena tenzija između principa državne suverenosti i na nemu utemeljenog važećeg međunarodnog prava, tj. sistema UN i celog “vestfalskog” modernog državnog poretka sa jedne strane, i novorazijenih standarda ljudskih prava njima na suprot – a u čijoj su pozadini normativna određenja i moralni impulsi. Sve to je dovelo do dugotrajne normativne i praktično-političke debate.

Za većinu stručnjaka međunarodnog prava (Richard Bilder, Ian Braunli, Tomas Frenk, Luis Henkin...) i ka klasičnim pogledima okrenutim političkim i pravnim filozofima (Hedli Bul, Čarls Višer i dr.), kao i pripadnicima škola liberalnog statizma, kumunitarizma ili pak “teorije o moralnosti država” nema nikave dileme da je upotreba sile pri “humanitarnim intervencijama” protivpravna i nemoralna. Ona zadire u državnu suverenost, u jednakost država kao “jedinu stvarnu ozbiljnu moralnu osnovu” i neintervencionizam kao fundamentalni organizacioni princip međunarodnog prava i međunarodnog poretka. Prema zagovornicima klasičnog međunarodno-pravnog pogleda, države a ne pojedinci su subjekti međunarodnog prava; oni su primarni konstitutivni činoci međunarodnog poretka i nosioci pojedinih prava i obeveza. Državni suverenitet oni smatraju “moralnim dobrom”: iz njegovog autoriteta izrasta legitimni prostor unutar koga ljudi upražnjavaju svoja prava; on omogućava normativni osnov međunarodnog političkog poretka (Čendler: “nema međunarodnog prava... ni sistema prava bez država-subjekata sposobnih da budu njegovi nosioci”<sup>3</sup>). Povelja UN zabranjuje pretnju ili upotrebu sile u Članu 2 (4). i intervenciju na prostoru unutrašnje jurisdikcije u članu 2(7). Sve države imaju pravo na samoopredeljenje i pravo da budu pošteđene agresije. Samo Savet bezbednosti UN poseduje legitimitet da, u skladu sa postojećom procedurom, i samo u slučajevima kada je ugrožen međunarodni mir i bezbednost (Glava 7. Povelje UN), suspenduje opštevažeće zabrane vezane za upotrebu sile i intervenciju na prostoru pojedinih država. Prema tome, moralni apeli za zaštitu humanitarnih principa uglavnom služe kao pokriće pojedinim moćnim državama da upotrebe silu u nedostatku konsenzualnog odobrenja Saveta bezbednosti UN, a teorijski pogledi, poput onog kosmopolitskog što promovišu individue kao moralne na račun države kao amoralne, odnosno – individue kao jednako moralne subjekte bez obzira na države i prostore njihove jurisdikcije, kao ozbiljnu pretnju međunarodnoj vladavini prava.<sup>4</sup> Uzdižući pravni i politički status pojedinca u međunarodnoj sferi, zagovornici kosmopolitizma to čine na račun postojećih suverenih država, stvarajući hijerarhijski, “prikriveni imperijalni

<sup>3</sup> Chandler David, *Empire in Denial: the Politics of State Building*, Pluto press, London, 2006, str. 482.

<sup>4</sup> Chandler David, Herman Edward S., *From Kosovo to Kabul: Human Rights and International Intervention*, Pluto Press, 2002.

poredak" koji manipuliše etičkim proklamacijama kako bi sebe oslobodio od legalnih restrikcija za upotrebu sile. Liberalne kosmopolite, prema njima, zagovaraju demontažu legalizma i urušavanje zaštitničke funkcije državnog suvereniteta kroz subordinaciju legaliteta moralu; savremeni kosmopolitizam, dakle, po njima predstavlja regresivni doktrinarni osnov za svetsko pravo i poredak jer podstiče "pravedne ratove" iz epoha pre stvaranja međunarodne mirovne organizacije.<sup>5</sup>

Kosmopolitski zagovornici "humanitarnih intervencija" celu stvar posmatraju iz suprotne perspektive, kroz prizmu sukoba međunarodnog legaliteta i kosmopolitskog saosećanja i vrlina, odnosno – na moralnim osnovama proisteklim obligacijama određenim kao ljudskih prava što postupno ali konsekventno derogiraju legitimitet suverenih država u međunarodnom pravu.<sup>6</sup> Zaštita ljudskih prava za njih je podignuta na nivo imperativa međunarodnog prava. Po kosmopolitama, čovečanstvo predstavlja jedinstvenu moralnu zajednicu ("sudbinsku zajednicu") što deli jednako vrednovana prava i obaveze koja "transcendiraju moralno parohijalni svet suverenih država"<sup>7</sup>. Takva moralna unifikacija za posledicu ima da kršenje prava bilo gde ima svoje odjeke svugde, i budi moralnu obavezu u vidu "etosa odgovornosti i solidarnosti"<sup>8</sup> da se ovo kršenje zaustavi. Kosmopolite, dakle, zagovaraju "globalnu distributivnu pravdu" kao jednu od glavnih obaveza čovečanstva. Da li iz ove obaveze proističe i pravo na oružanu intervenciju – pitanje je oko koga među zagovornicima "kosmopolitskog humanitarizma" postoje razmimoilaženja. Mnogi među njima daju principijelno potvrđan odgovor. Drugi se, poput Čarsa Beitsa, okreću kreiranju modela koji ispravljaju funkcionisanje "nepravednih međunarodnih institucija i njihovih regulativa", a neki, poput Ričarda Folka, smatraju da je to opravdano samo u slučajevima kolapsa legalnih vlasti ili teških, masivnih kršenja ljudskih prava poput zločina protiv čovečnosti ili genocida<sup>9</sup>.

### *Ljudska prava u Duzinasovom viđenju*

Da li su ljudska prava delotvorno pravno sredstvo protiv ugnjetavanja ili ideološki instrument imperijalnih pretenzija, odnosno "postoji li unutrašnja veza između diskursa i prakse ljudskih prava i savremenih ratova koji se vode u njihovo-

---

<sup>5</sup> Više kod Kaldor, Mary, *New and Old Wars*, Cambridge, Polity Press, 2002.

<sup>6</sup> Detaljnije u Fine Robert, *Cosmopolitanism*, Routledge, London and New York, 2007.

<sup>7</sup> Linklater Andrew, 'Cosmopolitan citizenship', *Citizenship Studies* 2(1) 1998, str. 26.

<sup>8</sup> Falk Richard, "The complexities of humanitarian intervention: A new world order challenge", *Michigan Journal of International Law* 17(2) 1996, str. 499.

<sup>9</sup> Falk Richard, *On human governance: Towards a new global politics*, Cambridge: Polity Press, 1995.

vo ime?”<sup>10</sup>- polazno je pitanje na koga pokušava da pruži odgovor Kostas Duzinas. Sa ovog polazišta Duzinas, britanski filozof grčkog porekla, razvija jednu od najznačajnijih savremenih teorijskih konstrukcija o odnosu ljudskih prava i morala koja ima bitne konsekvence po savremenu teoriju i filozofiju prava.

Duzinas određuje ljudska prava kao kompleksni, neodređeni pojam, “fluktuirajući označitelj čija semantička vrednost i referentno polje obhvataju višestruke, raznovrsne pa i oprečne prakse i diskurse.”<sup>11</sup> Ona su u isti mah i pravna kategorija (i to relacionog tipa koje nosilac može realizovati delatnošću ili uzdržavanjem od delovanja, odnosno penalnim korišćenjem protiv nosilaca obaveza ukoliko ih ovi ne ispunjavaju), i moralno pravo (zahtevi pojedinaca kao standardi njihovog tretmana što stvaraju moralni okvir u kome se kombinuju moral i pravo, deskripcija i preskripcija, gde se težnje susište sa statusom pojedinca, a stvarno sa idealnim), i tema jurisprudencije (koja proučava i njihove moralne dimenzije u kojima su smeštene antropološke teze i težnje kao i njihove konsekvence, i to više na području primene nego načina njihovog opravdanja) i ideologija sa moralnim nabojem kao postmoderna alternativna istorijski prevaziđenim –izmima. Duzinas u pojedinim istorijskim prirodno-pravnim pretečama, odnosno u pretvaranju “prirode” kao izrazu kritičkog standarda u “normu”, to jest u sukobljavanju “državnih propisa” i poretka stvari, vidi preteče savremene “tri generacije” ljudskih prava<sup>12</sup>. Ova prava imaju, dakle, dvostruki karakter – pozitivno važenje i deklarativni univerzalni značaj koji se ogleda u dihotomiji između pozitivnih zakona i deklaracija između kojih stoji prostor u kome se razvija moralistički, emancipatorski potencijal. Uprkos ovoj razlici, Duzinas stvarni savremeni potencijal morala u pravu nalazi ne u opoziciji pozitivnog i idealnog, već u mogućnosti otpora “vlasti koja hoće da oblikuje naš život, zvaničnoj listi prava moralnih eksperata i katalogu potrošačkih dobara koji odobravaju tehnokrate i tvorci politike”<sup>13</sup>.

Baveći se genealogijom ljudskih prava, Duzinas ih identifikuje sa specifičnom filozofsko-pravnim koncepcijama moderne epohe koja je odbacila sve transcendentalne, religiozne izvore morala i inagurisala na tron čoveka kao autonomnu individuu, sa slobodnom voljom i njenim željama, oko koje se formiraju

<sup>10</sup> Divjak Slobodan, *Privati protiv struje*, predgovor Duzinas Kosta, Ljudska prava i imperija: politička filozofija kosmopolitizma, Službeni glasnik, Beograd, 2009, str. 7.

<sup>11</sup> Duzinas Kostas, *Ljudska prava i imperija: politička filozofija kosmopolitizma*, Službeni glasnik, Beograd, 2009, str. 29.

<sup>12</sup> U pitanju su tzv. “negativna” građanska i ljudska prava (“prva generacija”), ekonomska, socijalna i kulturna prava (“druga generacija”) i kolektivna prava, odnosno prava proistekla iz procesa dekolonizacije (“treća generacija”).

<sup>13</sup> Duzinas Kostas, *Ljudska prava i imperija: politička filozofija kosmopolitizma*, Službeni glasnik, Beograd, 2009.

konvencionalne relacije "dobrog" i "lošeg" kao onoga što sledi i zadovoljava poje-  
dinu želju, odnosno što je u suprotnosti sa njom ili je odvrća od nje.<sup>14</sup> Ovu vezu  
želje i zakona u modernoj epohi uočio je još Hobs. "Zakon je postavio želju u do-  
men slobodne volje. Ljudi imaju slobodu da izaberu na koji način će delovati...  
Motivi su odskočne daske za delovanje, oni su odgovorni za individualne potre-  
be, želje, ciljeve, na svesne svrhe i nesvesne pritiske."<sup>15</sup> Kako je moderno, zapadno  
društvo za svoj osnovni cilj stavilo samorealizaciju i ovozemaljsko, profano ostva-  
renje sreće, želje pojedinaca i grupa dobile su legitimni prostor da se pretvaraju  
u pravno-političke zahteve kroz koje se vrši borba za priznanje, to jest afirmacija  
pravno-političkog subjektiviteta na koga se naslanja autonomni identitet svakog  
pojedina. Moderno pravo daje i štiti ovlašćenja pojedinaca; njegova su delovanja  
relaciona, ono "stvara i štiti prava svih i ne dopušta diskriminaciju na neodgova-  
rajućoj i nezakonitoj osnovi ...čine nas vrednim poštovanja, ona potvrđuju da, po-  
put ostalih jedinki, imamo slobodnu volju, moralnu autonomiju i odgovornost...  
konačno, legalno priznavanje nam pruža samopoštovanje... nudi minimum pri-  
znanja apstraktnom pojednicu."<sup>16</sup>

Ljudska prava, priznajući pri tome radikalnu intrasubjektivnost ljudskog  
identiteta, "uključuju drugog i pravo u stvaranje sopstva"<sup>17</sup> i teže maksimumu pri-  
znanja i to legalizacijom želja, pre svega želje za sopstvenim integritetom. Ova  
želja "projektuje drugog kao nedostajućeg.... drugi nestaje isto kao i sopstvo, što  
stvara beskonačno umnožavanje ljudskih prava.<sup>18</sup> Želja je uvek želja za drugim i  
označava višak zahteva u odnosu na potrebu."<sup>19</sup> "Zahtev za ljudskim pravima uk-  
ljučuje dva zahteva upućenog ka drugom: specifični, u vezi sa jednim aspektom  
ličnosti onoga koji ga ispostavlja ili sa njegovim statusom.... i drugi, širi zahtev: da  
se njegov identitet prizna u celosti, sa svim specifičnostima."<sup>20</sup> Ljudska prava kao  
"legalizacija želje" u svom krajnjem cilju teže identitetskoj samorealizaciji celovi-  
tog autonomnog subjekta kao nedostižnom idealu: "prava označavaju nedostatak  
i sprečavaju njegovo ispunjavanje, pri čemu stvaraju utisak da subjekt i društvo  
mogu postati celoviti: ukoliko samo moji atributi i karakteristike dobiju legalno  
priznanje, ja ću biti srećan, ako samo zahtevi za dostojanstvom i jednakošću budu  
ozakonjeni pravnim sistemom, društvo će biti pravedno. Međutim, poput malog

---

<sup>14</sup> Isto, str. 62.

<sup>15</sup> Isto., str. 63.

<sup>16</sup> Isto, str. 67.

<sup>17</sup> Isto, str. 75.

<sup>18</sup> Isto, str. 75.

<sup>19</sup> Isto, str. 78.

<sup>20</sup> Isto, str. 79.

objekta, prava zamenjuju i ispunjavaju nedostatak i čine željenu celovitost nemogućom: želja za drugim izmiče subjektu, tražeći uvek nešto drugo.... Ali, prava se uvek zalažu za više prava: ona uvek postavljaju nova područja zahteva i ovlašćenja koja se stalno pokazuju nedovoljnim.”<sup>21</sup>

### *Politika ljudskih prava i moral*

Humanizam i njegov moral ili – ono “ljudsko” u ljudskim pravima – predstavlja nedvosmisleni izraz zapadnog modernističkog projekta i njegove produkcije “pozicije subjekta”, autonomne individue. Sekularizacija hrišćanstva “dovela je do rođenja slobodnog pojedinca, a sloboda i prava koja je prate postali su vodeći principi novog doba. Ograničavanje delovanja predstavlja nešto što emnicipovani subjekt mora dobrovoljno da prihvati, jer se moderan čovek više ne može prodravati zakonu koga su postavili prirodna hijerarhija ili Bog. On je slobodan onoliko koliko samostalno pravi svoj zakon i odgovoran je za njega.... moderan autonomni čovek pokorava se zakonu (nomos) koje sam sebi postavlja (autos).”<sup>22</sup> Prirodna prava pri tome postaju “pravna ovlašćenja izolovanog pojedinca, čiji su društveni odnosi, moralna prava i obaveze samo sredstvo za ostvarenje rasterećenog sopstva. Kada čovek zamenjuje prirodu ili Boga kao metafizičke temelje modernosti, on je podeljen na apstraktnog subjekta, čija su opipljiva obeležja naznačena u deklaracijama o pravima, i empirijskog pojedinca. Prava priznaju i prikrivaju distancu između pravde i zakona ili između idealnog sveta jednakosti i empirijskog sveta dominacije, ugnjetavanja i nejednakosti... Poruka velikih deklaracija mogla bi se čitati kao aksiom sekularnog jevanđelja: učinimo sve, uprkos razlikama i disparitetima, jednakim.”<sup>23</sup>

Ljudska prava su upravo zbog tog “učinimo sve jednakim” i postala politika – “objekt političke borbe (mi zahtevamo pravo na ovo ili ono – tipičan je borbeni poklič društvenih pokreta i kampanja povodom jednog pitanja) i način političke akcije (demokratija se posmatra kao sprovođenje umnožavanja prava, kao sloboda govora, udruživanja, okupljanja, informisanja).”<sup>24</sup> Njih, pak, uslovljava jedna značajna modernistička predrasuda da se sloboda rasterećenog subjektiviteta, uprkos svesti o realnom značaju zajednice (društva i države) i tradicije za razvoj pojedinca, ostvaruje baš u protivljenju komunalnim vezama i predmodernom, transcendentalnom, mahom religioznom moralu. Etika autonomne slo-

<sup>21</sup> Isto. str. 80.

<sup>22</sup> Isto, str. 132.

<sup>23</sup> Isto, str. 136–137.

<sup>24</sup> Isto. str. 144.

bode je, dakle, primarno negativna: ona se doživljava kao odbrana od zlonamer-  
nih upliva postojećih zajednica, od kulturno-kolektivnih uticaja. "Humanitarni  
intervencionizam", i šire – politika ljudskih prava "kao rezultat tih odnosa usvaja  
etičku poziciju, njeni sudovi postaju moralne dijagnoze o zlu drugih, a njena ak-  
cija poprima oblik spasavanja ljudi."<sup>25</sup> Ili, kao što primećuje Vendi Braun, borba  
za ljudska prava postaje "antipolitika – čista odbrana nevinih i nemoćnih od vla-  
sti, odnosno pojedinca od ogromne i potencijalno surove despotske mašinerije."<sup>26</sup>

Upravo ovako doživljavana ljudska prava predstavljaju temelj "humanitar-  
nog intervencionizma" što produbljuje rasep između pozitivnog prava i moral-  
nih apela. Ova ideologija kraja istorije, "stvara zonu između čoveka i građanina,  
univerzalnog i partikularnog, zakona i činjenica, pojave i stvarnosti, međuprosto-  
re koji proizvode isključenja i upostavljaju nadu u njihovo prevazilaženje... Pro-  
stor između apstraktnih prava i borbe za njihovu verifikaciju, koje je karakterisala  
prethodne periode, redukovana je: prava su postala nagrada za prihvatanje domi-  
nantnog poretka, ona su prazna, od male upotrebne vrednosti za svako ko dovodi  
u pitanje taj poredak."<sup>27</sup> Slično je sa njihovim postignućima. Dok su klasična pri-  
rodna prava štitila svojinu i pravo na veroispovedanje depolitizujući ih i smeštaju-  
ći u prostor privatnosti, ljudsko-pravaški moralizam, kroz razgrađivanje postoje-  
ćih pravno-političkih zdanja i suverenih država, depolitizuje samu politiku zarad  
inflacije ostvarenja idividualnih želja nerealizovanog, modernog autonomnog  
sopstva. Ransijer zato politiku ljudskih prava vidi kao kontituisanje subjekta mo-  
dernosti, gde njihova snaga leži u dvosmernom kretanju između apstraktnih iska-  
za o principima sa moralnim patosom i njihovog negiranja u pravnoj i političkoj  
praksi.<sup>28</sup> Teorijski, ideologija moralističkog, humanitarnog intervencionizma tvr-  
di da su tradicionalni pojmovi suverenosti i nemešanja u unutrašnje stvari drugih  
zemalja stvar prošlosti, te da su suverenitet i ljudska prava međusobno isključuju-  
će pojave, dok, s druge strane, zagovara potrebu za globalnim pravno-institucio-  
nalnim okvirom utemeljenim na modernom, autonomnom moralu apsolutne, ra-  
zumne i moralne individue. U praksi, međutim, "sa ovom finom diferencijacijom  
između moralnog fundamentalizma i pravnog konstitucionalizma, policijske ak-  
cije koje preduzima svetska vlada... mogu se uspoređivati sa reperesivnim moral-

---

<sup>25</sup> Isto, str. 116.

<sup>26</sup> Brown Wendy, "Human Rights and the Politics of Fatalism", *South Atlantic Quarterly*, 453,0 2004, str. 103.

<sup>27</sup> Duzinas Kostas, *Ljudska prava i imperija: politička filozofija kosmopolitizma*, Službeni gla-  
snik, Beograd, 2009, str. 152.

<sup>28</sup> Ranciere, Who is Subject of Rights of Man?, *Ad Justice for All* (ed. Nalpur Ian, Cadavo  
Eduardo), *South Atlantic Quarterly*, 297, 2004, str. 397.

nim ili krstaškim ratovima”<sup>29</sup>, uz čiju pomoć se, na ruševinama postojećeg međunarodnog prava, gradi nova pravna imperijalna formacija sa osobenim oblikom nadsuverenosti, sa sopstvenom logikom upravljanja i novom koncepcijom za proizvodnju normi i pravnih instrumenata prinude<sup>30</sup>.

### *Neka otvorena pitanja*

Teorijski značajno i intelektualno podsticajno, Duzinasovo delo “Ljudska prava i imperija” posebno je značajno za pravnu teoriju i filozofiju koja je u savremenom trenutku, na žalost, okrenuta pre svega temama validnosti, stepenom i opsegom kontrole nad državnom vlašću i zaštitom pojedinca. Duzinas, naprotiv, širi horizonte i otvara brojna, veoma značajna pitanja. On ispravno ukazuje da tendencija brisanja razlike između prava i morala sa modernističkih, autonomnih pozicija ima destruktivne i potencijalno totalitarne implikacije, jer nameće jednu drugačiju logiku od neutralne, apstraktne logike hijerarhije pravnih aktata u suverenom političkom poretku. Ova moralizacija opasna je i po unutrašnje i međunarodno pravo, jer za račun uzdizanja individue kida društveno tkivo i postojeće društvene i pravne odnose. Naravno, formalna svojstva legalizma jesu ono što razlikuje pravo od morala, ali to ne znači da odnos regulisan pravom nema moralni sadržaj, naprotiv. Moralna dimenzija izuzetno je bitna u procesu stvaranja legislative, u svesti zakonodavca o društvenim vrednostima koja se pravnim normiranjem štite. Da li, pak, odgovor na moralizaciju politike i, preko deklarativnih akata i njihovih voluntarističkih sadržaja, samog pozitivnog prava leži ne u “čišćenju” politike i prava od moralnih impulsa – već u proceduralno jasno određenim načinima za pretvaranje moralnih problema i zahteva u pozitivne norme, ostaje da se vidi. “Uvođenjem ljudskih prava u pozitivno pravo na ovakav način odražava se razlika između prava i onih elemenata morala koji nisu podložni pravnoj regulaciji, tačnije, izbegava se moralistički fundamentalizam politike ljudskih prava, odnosno moralizacija politike kojom se u igru nužno uvode dvostruki aršini prilikom donošenja odluka o međunarodnim u unutrašnjim konfliktima.”<sup>31</sup>

To je svakako potrebno, ali po našem mišljenju – ne i dovoljno. Naivno bi bilo verovati da bi bilo kakva usvojena pravna procedura i njeni rezultati u vidu apstraktnih određenja i dodatnih pravila ponašanja uspela da trajnije obuzda vo-

<sup>29</sup> Rauch William Rach, *Sovereignty and its Discontents*, Birkbeck Law Press, London, 2005, str. 61.

<sup>30</sup> Više kod Negri Antonio, Hart Majkl, *Imperija*, Igam, Beograd, 2007.

<sup>31</sup> Divjak Slobodan, *Plivati protiv struje*, predgovor Duzinas Kosta, *Ljudska prava i imperija: politička filozofija kosmopolitizma*, Službeni glasnik, Beograd, 2009, str. 13.



luntarističke geopolitičke ambicije velikih sila što su praćene moralističkim humanizmom na međunarodnom polju, kada to ne uspeva da čini postojeći sistem UN, mada bi im svakako otežale realizaciju namera. No, njihove "moralističke" pretenzije se ne trebaju, u maniru Karla Šmita, smatrati tek obmanom sa veoma prozaičnim interesnim ciljevima, jer oni u njih barem jednim delom, zaista i veruju. Problem sa moralnim apelima u pravu i politici leži, pre svega – u samom modernom moralu.

Moderni, autonomni moral samo je racionalizovani skelet i ostatak premodernog transcendentnog morala sa metafizičkim izvoristima; savremena etička teorija koja nas upućuje da se suočimo sa tim saznanjem, emotivizam, prilično ubedljivo dokazuje kako su vrednosni sudovi, odnosno svi preistali moralni sudovi *ništa drugo do izrazi sklonosti*, izrazi stavova ili osećanja. Racionalna argumentacija u prilog njihovim tvrdnjama igra tek drugostepenu, izvedenu, naknadno opravdavajuću ulogu u odnosu na želje i naklonosti kojima stremljenost individua. U individualnom moralu suštinski nema nadličnog vrednosnog kriterijuma kojim će se izvršiti kvalitativna diferencijacija koje su to želje, stremljenja i naklonosti opravdane, a koje ne. Sve se, uz naknadno nalaženje dobrih razloga za "privatnu samovolju", svodi na ubeđivanje onih sa sličnim afinitetima kako je zastupani stav "van svake sumnje" moralan, dok u osnovi sopstvene "privatne pozicije" leži jedan izbor kao duboko ne-racionalna odluka na osnovu koje se zauzima upravo ta pozicija. Moralizam modernog čoveka, pa i ljudska prava, samo predstavljaju stremljenje da se svakoj zauzetoj poziciji kao "moralnoj" pribavi jednaki dignitet. Međutim, iz takvog individualistički centriranog pozicioniranja posledično "postoje samo dva alternativna oblika društvenog života, jedan, u kojem su suvereni slobodni i proizvoljni izbori pojedinca, i drugi, u kojem je birokratija suverena tako da ona može ograničiti slobodne i proizvoljne izbore pojedinca"<sup>32</sup>. U pitanju je ista ona dihotomija između volutarističkog, humanog moralizma i pozitivno-pravnog proceduralizma. Ona se, takođe, povratno odslikava i unutar samog "autonomnog morala", kao "jaz između značenja moralnih izraza i načina na koji se oni upotrebljavaju."<sup>33</sup> Emotivistički relativizam potvrđuje da su moralni diskursi moderne, njenih teorija i njihovih društvenih projekata (modernih ideologija) propali, pa "autonomno moralno iskustvo" poprima kontradiktorni karakter koji se u društvenoj stvarnosti ogleda u uvećanom jazu između proklamovanih odlika autonomnog morala, čemu se teži, i manipulativnih odnosa, u koje se pojedinci nošeni samovoljnim željama u realnosti upliću zarad koristi i, kroz nju, pribavljanja željenog digniteta. Moralni kriterijumi se tako sve jasnije pokazuju

---

<sup>32</sup> Makintajer Alaster, *Traganje za vrlinom*, Plato, Beograd, 2006, str. 52.

<sup>33</sup> Isto, str. 95.



kao moralne fikcije, ali fikcije koje se ostvaruju i otelotvoravaju, doduše, u drugačijem izrazu od željenog. "Središnja karakteristika moralnih fikcija koje jasno možemo da sagledamo kada jukstaponiramo pojam koristi sa pojmom prava može se sada uočiti: one nam tobož pružaju objektivni i bezličan kriterijum, ali one to ne rade. I samo zbog toga trebalo bi da postoji jaz između njihovog tobožnjeg značenja i upotreba u koje se dovode.... Pojam prava (misli se na moderno pravo, prim A.G.) je nastao da bi poslužio jednom skupu svrha kao deo izuma autonomnom moralnog subjekta; pojam koristi je smišljen radi sasvim drugog cilja."<sup>34</sup> Opisana "antinomija modernosti" prava i morala te potreba njihove reintegracije implicira, dakle, pre svega potrebu za napuštanjem dosadašnje modernistike koncepcije zatvorene, potpuno autonomne a u stvari otuđene, surogatne "ljudske prirode" i priziva dugotrajni rad na stvaranju takvog prava i morala naslonjenog na zajedničke transcendentne izvore kao duboke temelje "ljudske prirode" (prirodno pravo), inače dominante u ljudskoj istoriji. U protivnom, kob rascepa i "izlivi moralizma" koji prete "kreativnom uništavanju" pravnih formi i procedura poprimice još drastičnije oblike nego što to čine "humanitarne intervencije" i "ljudskopravaško krstaštvo" današnjice.

ALEKSANDAR GAJIĆ, Ph.D.,  
Research Fellow Institute for European Studies

#### LAW AND ETHIC IN THE WORK OF COSTAS DUZINAS "HUMAN RIGHTS AND EMPIRE"

##### Summary

Contemporary collision in international affairs between positive law and morale is most distinct in the case of "humanitarian interventions". Starting with definitions and elements of humanitarian intervention and interpretations of this phenomena from point of different legal, political and philosophical schools, this work is focused on relations of human rights and military humanitarian interventions – on the moral arguments and reason for violations of positive law regulations. By analyzing human rights theory in the book of significant contemporary political philosopher Costas Duzinas, which sought them as expression of modernistic praxis and discourses centered around autonomous individual and dignification of its wishes, this paper further observes the role of morale in "human right politics" and many open questions provoked by them in contemporary ethic as in legal theory and philosophy.

---

<sup>34</sup> Isto. str. 97.

ZORAN JELIĆ

## NORMA KAO SUŠTINA PRAVNOG FENOMENA

– Elementi komunikacijskog pristupa pravu –

### U V O D

Normativizam shvaćen u smislu sinonima za najrazvijenije učenje o prirodi pravne norme posmatrane po sebi i za sebe, postao je, prema *Rad. D. Lukiću*, neka vrsta zlog duha u pravu protiv kojeg se već više od jednog stoleća vodi fanatična borba po uzoru na *don-Kihota*,<sup>1</sup> predvođena istaknutim predstavnicima fakticizma, sociologizma, realizma, integralizma i drugih antinormativnih teorijskih pravaca.

Ali, ma koliko normativizam, već na prvi pogled, upućuje na zaključak da je reč o svojevrsnom redukcionizmu u pravnoj nauci, on je, uprkos tome, u osnovi, doprineo da se tačno sagledaju mesto, uloga i značaj normativnosti, odnosno pravne norme ne samo za izgradnju, razvoj i funkcionisanje pravnog nego i društvenog poretka, što se, nažalost, gotovo redovno ignoriše.

U nekoliko svojih inspirativnih i interdisciplinarnih radova (a pod uticajem *Frojda*, *Adlera* i delimično *Darvina*), *Andrija Gams* došao je do zanimljivog zaključka da je norma (kao najopštija kvalifikacija odnosa između ljudi u društvu sa gledišta dobra i zla, dozvoljenog i nedozvoljenog, valjanog i nevaljanog) bitni i

---

Dr Zoran Jelić, konsultant "Ekonomika", Beograd.

<sup>1</sup> Up. *Rad. D. Lukić: Sistem filozofije prava, "Savremena administracija", Beograd, 1992. str. 312.*

odlučujući element postanka i opstanka ljudskog društva, *differentia specifica* između ljudskog i životinjskog društva i da njenu srž čini represija i posredno izživljavanje potisnutih nagona, pre svega nagona samoodržanja i seksualnog nagona.<sup>2</sup>

Ljudsko društvo je, za razliku od sveta kauzalnosti ili prirode u užem smislu, svet finalnosti, normativnosti; jednom rečju, zaključuje Gams, njegovu suštinu čini norma.

U domaćoj literaturi takođe se ističe da je normativnost najvažniji oblik društvene svesti i najdublji sloj ljudske društvenosti; normativnost je, naime, sam temelj ljudske zajednice, a proces normativizacije (spontane, nesvesne, uslovljene borbom za opstanak) biloških ponašanja način prevođenja čoveka iz prirodnog u socijalno biće.<sup>3</sup>

*Ekonomisti* umesto termina “norma” radije govore o “pravilu igre”, pri čemu jasno i nedvosmisleno ističu da ekonomski život obuhvata dva nivoa društvene aktivnosti: s jedne strane, razvoj i održavanje pravila igre (institucija), a s druge, promet dobara u sklopu vladajućeg institucionalnog okvira ili samu igru.<sup>4</sup> Poznati peruanski ekonomista *Ernando de Soto* (*Hernando de Soto*) čak tvrdi da suštinu kapitalističkog sistema čine pravila igre, dok nobelovac *Džordž Akerlof* ističe da kapitalizam može da nam stvori najbolji od svih svetova samo na terenu za igru, tj. na prostoru, odnosno području gde je vlada ta koja postavlja pravila i deluje kao sudija, u čemu je potpuno saglasan sa shvatanjima *Miltona Fridmana* da vlada (tj. država) treba da bude tvorac pravila i sudija – potreba za vladom nastaje zbog toga što u privredi i društvu nije moguća apsolutna sloboda; koliko god anarhija bila privlačna kao filozofija, ona nije izvodljiva u svetu nesavršenih ljudi.<sup>5</sup> Drugim rečima, čista je iluzija verovati u nesmetano funkcionisanje tržišne privrede i tržišnog društva bez strogih pravila igre, tj. bez adekvatnih pravnih

<sup>2</sup> Svoje poglede o normi *Gams* je izložio u nekoliko rasprava, kao što su: “Norma i društvena stvarnost”, “Gledišta”, br. 9–10/1963 i 1/1964 i “Anali”, br. 2–3/1964; “Frojd o društvu”, Naučna knjiga, Beograd, 1988; “Društvena norma”, Savremena administracija, Beograd, 1990 i “Nagon i norma”, Filip Višnjić – Savremena administracija, Beograd, 1995.

<sup>3</sup> Up. Saša Bovan: “Sudijska nezavisnost”, “Pravni život”, br. 12/2011, tom IV, str. 788, fusnota 32. U vezi sa navedenim stavom prof. Bovana, potrebno je konsultovati sledeća njegova dela, i to: “Antropološko stanovište kao osnov sociološkog objašnjenja prava”, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu (doktorska disertacija), Beograd, 2000; “Paradigmatski koreni sociologije prava”, Dosi-je, Beograd, 2004; “Osnovi sociologije i sociologije prava”, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Javno preduzeće “Službeni glasnik”, 2008 i udžbenik objavljen pod istim nazivom u Beogradu 2009. godine, napisan zajedno sa dr Milovanom Mitrovićem, izdanje “Službeni glasnik”, Beograd.

<sup>4</sup> Up. Svetozar Pejović: “Norma i ekonomska efikasnost”, CID Podgorica, 2011, str. 3.

<sup>5</sup> Up. Džordž Akerlof (u saradnji sa Robertom Šilerom): “Životni duh”, Beograd, “Službeni glasnik”, 2010, str. 224. i Milton Fridman: “Kapitalizam i sloboda”, Global Book, Novi Sad, 1997, str. 53–54.

normi kao najsavršenijih i najznačajnijih pravila regulisanja privrednog i društvenog života.

Najdublja saznanja o suštini norme uopšte i pravne posebno objedinjena su u *Kelzenovom* normativističkom učenju koje valja, pre svega, shvatiti kao metodološku doktrinu, a ne kao završenu, konačnu teoriju o prirodi predmeta jurisprudencije, a u širem smislu i predmeta sociologije. Naime, za *Kelzena*, čitava sfera socijalnog spada u oblast normativnog saznanja, vrednosti, a ne kauzalne prirodne stvarnosti,<sup>6</sup> pa otuda nije neobično što je još, između dva svetska rata, *Fric Zander*, *Kelzenov* miljenik, a potom žestoki protivnik, ispravno uočio da je čista teorija prava, u stvari, posebna vrsta sociologije. Takođe, *Kelzenu* pripada krupna zasluga što je u poznim godinama svog izuzetno plodnog stvaralaštva skicirao temelje komunikacijske koncepcije pravne norme i naznačio puteve njene realizacije. U tom smislu on je, zapravo bitno doprineo da se pravni fenomen (tj. pravo u različitim vidovima svog ispoljavanja) shvati na jedan novi, produktivan način, odnosno kao osobeni oblik ljudske prakse ili sistem normativnog komuniciranja, čije efikasno delovanje obezbeđuje država.

*Kritička analiza pravne norme  
kao logičko-jezičke tvorevine*

U svim fazama svog razvoja moderni pravni pozitivizam stalno se suočavao sa dilemom vezanom za prirodu pravne norme, odnosno sa pitanjem – da li je pravna norma voljno-psihološka kategorija (kako tvrde zagovornici pravnog subjektivizma) ili je, pak, logičko-jezička tvorevina (kao što ističu pobornici pravnog objektivizma, tj. normativizma) kojom se izražava određena zapovest, lišena bilo kakvih psiholoških primesa.<sup>7</sup>

Danas je, čini se, uprkos povremenim osporavanjima, prevladalo ovo drugo shvatanje, i to u *Kelzenovoj* teorijskoj verziji, po kojoj se važenje jedne pravne norme (a to znači njeno idealno postojanje), ne može zasnivati na bilo čijoj volji, a još manje samovolji ili pukoj čudi nekog suverena (shodno tradicionalnoj izreci rimske jurisprudencije “*Quidquid principi placuit legis habet vigorem*”), već jedino na drugoj pravnoj normi, pri čemu između te dve norme, poput tačke vezivanja, mora da posreduje odgovarajući pravni akt nadležnog organa. Preciznije rečeno, važenje

---

<sup>6</sup> Up. “Marksizam i država”, Filip Višnjić, Beograd, 1985, str. 27, fusnota 13.

<sup>7</sup> Up. Nikola Visković: “Pojam prava”, Logos, Split, 1981, str. 213 i 215.

svake pravne norme nužno je uslovljeno donošenjem voljnog akta ovlašćenog subjekta, čiji je ona smisao i u tome se, zapravo, i sastoji njena pozitivnost.

U skladu s tim, Kelzen tvrdi da nema imperativa bez imperatora, a, razume se, ni bez onih na koje se imeprativ odnosi ili formulisano generalno – nema norme bez autoriteta ovlašćenog za njeno propisivanje, ali ni bez jednog ili više adresaata norme. Pravna norma, dakle, nije data već zadata i, shodno tome, uvek pretpostavlja bar dva subjekta – jednog koji izdaje normu i drugog čije se ponašanje podređuje vladavini izdate (donete, postavljene, propisane) norme.<sup>8</sup> Ovo stanoviše nedvosmisleno upućuje na zaključak da navedeno *Kelzenovo* gledište predstavlja, u stvari, zalaganje za komunikacijsku koncepciju (komunikacijski model) pravne norme posmatrane u svojstvu atoma pravnog poretka na koji se mogu dedukovati svi elementi pravnog fenomena.<sup>9</sup>

Ključne, pak, komponente pomenutog komunikacionog modela, tj. logiku i jezik treba shvatiti kao dve osobene pravne veštine (umeća) koje predstavljaju konstitutivne faktore, ali i dva sredstva namenjena aktivnosti odašiljanja i primanja preskriptivnih poruka, s ciljem da se regulišu društveni odnosi i obezbedi povezano delovanje ljudskih ponašanja na željeni način.

Polazeći od ovih premisa, u daljem izlaganju razmotrićemo ponaosob logički i jezički aspekt pravne norme sa stanovišta komunikacijskog pristupa pravnom fenomenu i pojedina prikazana gledišta, po potrebi, propratiti odgovarajućim kritičkim komentarima.

a) *Logička komponenta pravne norme.* – Kada je u pitanju primena principa tradicionalne, opšte logike na području prava, u jurisprudenciji se, u novije vreme, ne bez razloga, počelo, na bazi temeljnih proučavanja, ukazivati na mnoge specifičnosti pravnog rasuđivanja koje je dijalektičkog karaktera i koje se kao takvo uporno opire svim pokušajima nametanja nekakvog ideala maksimalne egzaktnosti silogističkog (analitičkog) zaključivanja čiji je, inače, najviši domet dostignut u matematičkoj logici. Ovo zaključivanje se zasniva na izvesnom broju polaznih stavova (aksioma), iz kojih se korišćenjem eksplicitno formulisanih pravila izvode svi ostali stavovi, tj. teoreme. Primera radi, jusnaturalizam je svojevremeno bio uveren da se iz malog broja načela mogu dedukovati sve norme jednog potpunog pravnog sistema, što se u relativno kratkom razdoblju pokazalo kao

<sup>8</sup> Up. Hans Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, Wien 1979, Manzsche Verlags – und Universitäts – buchhandlung, str. 23.

<sup>9</sup> Mada u načelu ispravno, navedeno viđenje nije bez mane, budući da pravnu normu, odnosno pravo prikazuje, kako bi rekao jedan od najistaknutijih predstavnika modernog prirodnog prava, Lon Fuller, u obliku jednosmerne projekcije ili jednosmernog vršenja vlasti, a ne u vidu interakcionog procesa (up. Lon L. Fuller: “Moralnost prava”, CID Podgorica, 1999. str. 206–222).

obična iluzija, s obzirom na činjenicu da se čitav taj poduhvat na kraju sveo na puki formalizam, na ispražnjenost svih kategorija i institucija takvog sistema od svakog konkretnog i upotrebljivog sadržaja, jednom rečju – na spekulativnu i sterilnu sholastiku.

Prema *Mihailu Markoviću*, prevazilaženje formalizma u tradicionalnoj aristotelovskoj logici (a da se i ne govori o tzv. logistici) može prevazići unošenjem sadržaja u logičke forme mišljenja, te da se u procesu rasuđivanja, pored najopštijih, ustanovljenih pravila, moraju neprekidno uzimati u obzir odstupanja od opštih zakonitosti, specifičnosti, promene zavisne od uslova i sl., što se najuspešnije može obaviti izgradnjom specijalnih logika za pojedina područja; sledstveno tome, u takve logike bi svakako valjalo svrstati i tzv. logiku normi ili deontičku logiku, odnosno u najširem smislu reči – pravnu logiku. Po svemu sudeći, na pravnom području navedeno opredeljenje je, uprkos određenom broju istaknutih pristalica, uglavnom naišlo na negativan prijem.<sup>10</sup>

*Robert Valter*,<sup>11</sup> ističe da pravila opšte logike ne važe za postojeće norme u svetu trebanja, kao što ne važe ni za stvari koje egzistiraju u svetu bivstva. Međutim, pravila logike svakako važe za iskaze o postojanju normi i stvari, što u konkretnom slučaju znači da ne može biti govora ni o kakvoj logici normi nego da se logička pravila mogu odnositi jedino na stavove (iskaze) kojima se opisuju norme.<sup>12</sup> U stvari, *R. Valter* samo na svoj način ponavlja svog učitelja *Kelzena* da norma nije pojam (“Die Norm ist kein Begriff”), jer kada bi bila pojam, tada bi ona bila u funkciji mišljenja, a ne htenja; norme nisu misli, te se na njih ne mogu primenjivati logički principi.

No, premda su logički principi neupotrebljivi na normativnom području, oni se, po tvorcu čiste teorije prava, mogu transponovati na područje iskaza o normama i tako indirektno primeniti na norme koje važe ili ne važe, ali za razliku od iskaza nisu ni istinite ni neistinite, pa shodno tome ne mogu biti predmet logike kao nauke o uslovima saznanja objektivne istine.<sup>13</sup>

*Kelzen* je, doduše, docnije postao svestan da se saznanje i volja ne isključuju već dopunjuju, pa je u svom posthumno objavljenom delu “Opšta teorija normi”,

---

<sup>10</sup> U jurisprudenciji trenutno egzistira paradoksalna situacija koja se ogleda u tome što se istovremeno decidno tvrdi da logika ulazi u suštinu, samu srž prava tako da bez nje pravnik “ne može maći” (Lukić), a s druge strane insistira na tezi da su logika i pravo, u stvari, nespojivi, odnosno da je logika neupotrebljiva na normativnom području (Kelzen i dr.).

<sup>11</sup> Up. Robert Valter: “Teorija prava Hansa Kelzena”, Dosije, Beograd, 1999. i “Tri priloga čisto teoriji prava”, Dosije, Beograd, 1999.

<sup>12</sup> Up. Robert Valter: “Teorija prava Hansa Kelzena”, str. 22 i 38.

<sup>13</sup> Up. Hans Kelsen, *Zum Begriff der Norm*, Festschrift für Carl Nipperdey, C.H. Beck, München und Berlin, 1965, S. 57–70.

izričito konstatovao da se ne može hteti ono o čemu se ništa ne zna (“Man kann wollen, wovon man nichts weiss”),<sup>14</sup> no ta okolnost je, čini se, samo učvrstila njegovo uverenje da ne može biti reči o samostalnoj egzistenciji nekakve specifično pravne logike<sup>15</sup> u bilo kojem obliku.

U ovom kontekstu interesantno je istaći da ovo *Kelzenovo* mišljenje dele i pojedini autori koji su inače predano radili na pokušaju konstituisanja logike normi, kao što su, recimo *Ilmar Tammel*, *Žorž Kalinovski* ili *Ota Vajnberger*, ali i drugi istaknuti logičari,<sup>16</sup> a na Međunarodnom simpozijumu o metodologiji pravnih nauka održanom u organizaciji SANU 13-14. oktobra 1967. godine, zauzeto je stanovište da nema posebne pravne logike, iako postoji poseban način pravne argumentacije radi ubeđivanja, a ne radi dokazivanja stroge istine.<sup>17</sup>

Posebno zalaganje za izgradnju deontičke logike vidljivo je u delatnosti *Žorža Kalinovskog*. Mada je uložio dosta napora u uspostavljanju ove discipline, *Kalinovski* ipak bio prinuđen da prizna da se ona još uvek nalazi na svojim počecima, nezavisno od činjenice što se radovi o njoj umnožavaju takoreći svakog dana i postaju sve interesantniji. Štaviše, na ovom mestu treba naglasiti da se “deontička logika”, čiji naziv izvorno potiče od *G.H. von Wright-a*, iz logike normi s vremenom gotovo neprimetno preobrazila u logiku iskaza o normama, a takva transformacija ne predstavlja ništa drugo nego, kako je već konstatovano, *transponovanje* problema iz normativnog područja u indikativnu oblast pomoću stvaranja iskaza koji opisuju normativnu situaciju i na koje se mogu primenjivati logički principi. Ova okolnost nesumnjivo potvrđuje tačnost klasične izreke koju je svojevremeno formulisao poznati američki sudija *Oliver Vendel Holms (1841–1935)*, da život prava nije logika nego iskustvo (“The life of the law has not been logic, it has been experience”), a mi bismo dodali i da je to iskustvo deo komunikacijske ili sociološke

<sup>14</sup> Up. Hans Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, Wien 1979, Manzsche Verlags – und Universitätsbuchhandlung s. 189.

<sup>15</sup> Up. Hans Kelsen, op. cit., str. 220: “Von einer spezifisch “juristischen” Logik kann also keine Rede sein.”

<sup>16</sup> Up. *Ilmar Tammel*, *Sketch for a Symbolic Juristic Logic*, *Journal of Legal Education*, vol. 8, 1985, s. 278 ff. Autor tvrdi da je pravna logika, zapravo, formalna logika koja se koristi u pravnom rasuđivanju. Ona ne čini posebnu granu, ali je jedna od posebnih primena formalne (opšte) logike. Što se tiče *O. Vajnbergera* (v. *Ota Weinberger*, *Rechtslogik*, Springer – Verlag, Wien-New York, 1970) on u predgovoru ovom zapaženom delu o pravnoj logici ističe da termin “pravna logika” upotrebljava u smislu logike za potrebe pravnika. *Žorž Kalinovski* (*Georges Kalinowski*) je, pak, poznat kao pisac knjige “*Introduction à la logique juridique*”, *Librairie générale de droit et de jurisprudence*, R.Pichon et R. Durand – Auzias, Paris, 1965.

<sup>17</sup> SANU, Međunarodni simpozijum o metodologiji pravnih nauka, Beograd, 1973, str. 353, u vezi sa str. 280.



sfere, polazeći od činjenice da je komuniciranje bazični socijalni proces i “cement koji vezuje društveno tkivo” (N. Viner).

Za razliku od svih dosad navedenih poslenika u oblasti pravne logike, po svemu sudeći, jedino je belgijski filozof i tvorac pravne logike kao nove retorike *Haim Perelman* pravilno shvatio da je pravno rasuđivanje elemenat šireg procesa normativne komunikacije i uvrstio ga u oblast problemskog mišljenja koje ne počiva na silogistici kao garantu ispravnog zaključivanja u formalnom smislu, već na dijalektičkim dokazima, argumentaciji, retorici, tj. topici i tehnici presedana.

U tom kontekstu posebnu pažnju zaslužuje *Teodor Fiveg* koji je rehabilitovao pravnu topiku.<sup>18</sup> Naime, ako je jurisprudencija tehnika za rešavanje problema ili svakog pitanja koje dopušta više od jednog odgovora, onda je topika veština da se nađe tačan, odnosno najbolje i najubedljivije obrazložen odgovor.

U starijoj, pak, političkoj teoriji pomenuta tehnika svodila se na metod koji je uvek bio isti: jasno formulisanje problema o kojem treba raspravljati, prikupljanje svih argumenata pro et contra, opovrgavanje onih koji se smatraju pogrešnim, zaključak.<sup>19</sup>

Prikazana struktura pomenutog metoda je, kao što se vidi, prilično jednostavna i, u stvari, predstavlja i danas više-manje standardni model topičkog načina raspravljanja koji se tokom svoje duge istorije, počev od *Aristotela* naovamo, vrlo malo menjao.

Ipak, izgleda, da je postglosatorima pošlo za rukom da definišu možda najsavršeniји obrazac topičkog postupka koji čine pet ključnih elemenata, i to: 1) činjenice ili slučaj (casus); 2) problem (quaestio); 3) argumenti pro (confirmatio); 4) argumenti contra (confutatio) i 5) rešenje, odnosno zaključak (solutio, conclusio).

U ovom obrascu ipak nedostaje jedan bitan elemenat, a to je opovrgavanje razloga koji se smatraju pogrešnim, ali istovremeno njegova dobra strana jeste insistiranje na činjenicama, jer se slučaj (casus) identifikuje sa konkretnom činjeničnom situacijom ili prirodom stvari, pri čemu se polazi od stava da ukoliko se ne vlada relevantnom materijom (problematikom), onda su neznatni izgledi da argumentacija bude ubedljiva, iscrpna i razgovetna i dovede do povoljnog, tj. željenog rezultata. Takođe je bitno naglasiti da je argumentacija u prilog nekom rešenju ili zaključku (stavu, tezi, zahtevu) uslovljena prvenstveno kvalitetom i količinom razloga “za” i “protiv” koje nam stoje na raspolaganju. Bliže rečeno, naše rešenje u krajnjem ishodu biće ili *neodređeno* (ako nismo u stanju da navedemo nikakve razloge ni pro ni contra) ili *moгуće* (ako raspoložemo sa isto toli-

---

<sup>18</sup> Up. Teodor Fiveg: “Topika i jurisprudencija”, Nolit, Beograd, 1987. Vidi i opsežno delo Jasminke Hasanbegović: “Topika i pravo”. CID, Podgorica, 2000.

<sup>19</sup> Up. Vilhelm Henis: “Politika i praktična filozofija”, Nolit, Beograd, 1983, str. 103 i 127.



ko argumenata “za” koliko i “protiv”) ili *verovatno* (ukoliko postoji veći broj valjanih razloga “za” nego “protiv”) ili *izvesno* (ako imamo toliko solidnih, valjanih i ubedljivih argumenata “za” da ih moramo, hteli ili ne, van svake razumne sumnje smatrati ispravnim i tačnim. Npr. u sudskim stvarima istinom se smatra najveći stepen izvesnosti koji se može dostići u sudskom postupku) ili, najzad, uslovno rečeno, *nužno* (kad se zasniva na nepobitnim, odnosno notornim činjenicama ili istinama).<sup>20</sup>

Kao dijalektičko rasuđivanje, topika nedvosmisleno ukazuje na svu skučenost, krutost i ograničenost silogističkog rasuđivanja karakterističnog za dvovalentnu logiku, koja operiše sa svega dve saznajne vrednosti – “istinito” i “neistinito”, s tim što one ne podležu nikakvoj gradaciji ili relativizaciji, a to je posle dugogodišnjih istraživanja navelo *Haima Perelmana* da konačno razdvoji pravnu od opšte (formalne, klasične, tradicionalne, aristotelovske) logike i jasno predodči da je reč o dve posebne, različite discipline, a ne o nekakvoj specijalnoj primeni opšte logike na pravnu misao.<sup>21</sup>

Bilo kako bilo, logika, u ma kojoj verziji, predstavlja nezamenljiv instrument u procesu stvaranja, saznanja i primene prava, ali u to se ovde ne možemo bliže upuštati, jer takva razmatranja prevazilaze okvire našeg rada. U funkciji pak, sistematizacije pravnog materijala, neprocenjiva uloga logike ogleda se u unošenju središnosti u pravni poredak, a preko njega i u društvene procese i odnose. Nadalje, ona je u podjednako meri i tehnika problemskog i sistemskog mišljenja; *sistematsko rasuđivanje* omogućuje uspostavljanje tzv. organskog jedinstva pozitivnog prava, razapetog između neograničenog broja relevantnih činjeničkih kombinacija i ograničenog broja zakonskih tekstova namenjenih njihovom regulisanju; navedena vrsta rasuđivanja doprinosi naime usklađivanju odnosa između pozitivnog poretka kao hijerarhijski ustrojene celine i njegovih međuzavisnih delova u obliku pravnih normi.

Na kraju, možemo se u potpunosti saglasiti sa *O. Vajnbergerom*<sup>22</sup> da učenje o pozitivnom pravu nije čisto normativno-logička analiza, nego shvatanje sistema normi u njegovim društveno-realnim aspektima, budući da je “pozitivnost” sociološki, a ne normativnološki atribut jednog takvog sistema.

<sup>20</sup> Up. dr Bogdan Šešić: “Osnovi logike” Naučna knjiga, Beograd, 1971, str. 398–402. Po ovom autoru, postoji jedna neodređena (neutralna) odredba vrednosti saznanja i četiri određene pozitivne vrednosti saznanja (mogućno, verovatno, izvesno i nužno saznanje).

<sup>21</sup> U vezi sa Perelmanovim shvatanjima videti njegovu knjigu “Pravo, moral i filozofija”, Beograd, Nolit, 1983, sa predgovorom iz pera Dušana Boškovića.

<sup>22</sup> Up. Ota Weinberger: “Studien zur Normenlogik und Rechtsinformatik”, 1974, J. Schweizer Verlag Berlin, S. 305.

b) *Jezički aspekt pravne norme.* – Mada se u modernoj jurisprudenciji pravo, sa razlogom, smatra umećem jezika (linguistical art),<sup>23</sup> s obzirom na činjenicu da je verbalni materijal gotovo isključiva građa od koje su sastavljeni zakonski tekstovi, istovremeno se ukazuje da savremeni prodor lingvistike na pravno područje ima izrazito “imperijalističko” obeležje koje se sastoji, pre svega, u njenom nelegitimnom zalaženju u tuđu nadležnost tako da postoji realna opasnost da se pravna pitanja shvataju kao jezička i obrnuto – jezička pitanja kao pravna.<sup>24</sup>

Po prirodi stvari, pravo i jezik su, inače, uvek bili neraskidivo povezani; tako je npr. *latinski* na evropskom kontinentu stolicima uživao status univerzalnog sredstva pravnog opštenja i maternjeg jezika jurisprudencije zbog svoje poslovične konciznosti i preciznosti i maksimalne primerenosti pravnom načinu mišljenja i rasuđivanja.

Generalno posmatrano, jezik, kao svojevrsna emanacija duha jednog naroda (Weltansicht), bio je i ostao glavno izražajno sredstvo pravne teorije, pozitivnog zakonodavstva i sudske prakse, ali i konstitutivni činilac normativnog komuniciranja, koje obuhvata, u osnovi, *saznajnu, preskriptivnu i interpretativnu funkciju* pravnih poruka, tj. jezički izraženih, formulisanih pravnih normi, sastavljenih od materijalnih znakova (simbola ili iskaza) čiji je smisao određeno trebanje, tj. depsiologizovana zapovest ili zahtev za prevazilaženje postojećih činjenica, postojećeg stanja stvari, a radi uspostavljanja novog stanja, u skladu sa objektivnim mogućnostima.

Trebanje kao zahtev pravnog poretka koji povezuje tekst pravnog akta i činjenice mora, pre svega, biti moguće, ostvarljivo, tj. izvodljivo; svaka norma (pravilo) ili zapovest, ističe italijanski filozof *Nikola Abanjano*, otvara pred nama alternativu koja nam dozvoljava izbor u tom smislu što je možemo kršiti ili poštovati; sloboda znači izbor a izbor znači *mogućnost*. Predstavnici filozofije egzistencijalizma tvrde da je ljudska egzistencija skup mogućnosti, s tim što svaka mogućnost ima svoju *pozitivnu stranu* koja pokazuje nešto realno, ostvarljivo ili poželjno i *negativnu stranu*, koja pokazuje nešto irealno, neostvarljivo i nepoželjno itd. No, ovde je bitno istaći da je, za razliku od trebanja, kategorija mogućnosti u jurisprudenciji uglavnom je zapostavljena tema pa se takvo stanje stvari svakako, mora iz osnova promeniti.<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup> Up. K. Čavoški – R. Vasić: “Uvod u pravo”, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu – JP “Službeni glasnik”, Beograd, 2006, str. 474.

<sup>24</sup> Up. Radomir D. Lukić, Zbornik za teoriju prava IV, Beograd, 1990, str. 321–323 (“O jezičkopravnoj nauci”) i str. 383 (prikaz Viskovićeve knjige “Jezik prava”, Zagreb, Naprijed, 1989).

<sup>25</sup> Up. Nikola Abanjano: “Mogućnost i sloboda”, Nolit, Beograd, 1967. Kada se govori o trebanju kao zahtevu koji mora biti ostvarljiv, *moguć*, izvodljiv, onda se ima u vidu da moguće pred-

Saznajna funkcija jezika pravnih normi ogleda se u prvom redu u činu saopštavanja sadržine pravne poruke adresatima, čime se uspostavlja njena realna egzistencija, u skladu sa klasičnim načelom "Idem est non esse et non significari" ("Nesaopšteno je nepostojeće"). Tek kada i ukoliko je adresatima omogućeno da se upoznaju sa pravnom normom na dostupan način, može se govoriti o njenom postojanju koje, dakle, prethodi njenom važenju, tj. odnosu prema pravnom poretku čiji je ona organski, integralni, a ne autonomni deo. U debati koja je svojevremeno vođena na međuakademijskom skupu održanom 1981. godine u Zagrebu u organizaciji JAZU, o temi egzistencije prava, postavljeno je pitanje da li je norma nešto što nije dostupno saznanju adresata i odmah je na njega dobijen jednodušan negativan odgovor. To drugim rečima znači da postojanje i važenje norme nisu sinonimi (kao što tvrde pobornici čiste teorije prava) i da je obavezivanje pojedinaca i grupa, uslovljeno saopštavanjem norme kao aktom nastanka procesa komunikacije čije je trajanje skopčano sa nizom objektivnih (društvenih) i subjektivnih okolnosti, od kojih ove poslednje zavise od toga koliko je adresat ovladao veštinom koja se u lingvistici naziva "kompetencija komunikacije", tj. kakva je njegova sposobnost da, u saglasnosti sa konkretnom situacijom, odgovarajućim verbalnim i stvarnim kontekstom, adekvatno i uspešno primenjuje pravila izbora i upotrebe izražajnih sredstava koja mu stoje na raspolaganju. Preciznije rečeno, ta pravila se tiču znanja vezanih za pitanja, kao što su: ko, šta, kome, kad, gde, kako, zašto, u kojoj prilici, povodom čega, s kojim ciljem saopštava i sl. (quis, quid, ubi, quibus auxiliis, cur, quomodo, quando i sl.). *Žorž Kalinovski (Georges Kalinowski)*, ispravno izvodi zaključak da je očigledno da je jezik prava pozvan da obavlja funkciju komuniciranja, a ne izražavanja (Il est évident que le langage du droit n'est pas appelé à remplir la fonction d'expression, mais celle de communication").<sup>26</sup>

*Preskriptivna funkcija jezika pravnih normi* predstavlja, svakako, osnovno i glavno sredstvo normativnog komuniciranja čiji je zadatak efikasno usmeravanje ljudskog ponašanja propisivanjem uslova i načina ostvarivanja i zaštite ključnih društvenih vrednosti. Sastavni deo ove funkcije je *performativna ili izvođačka funkcija jezika pravnih normi*. Naime, u pravnoj praksi zaista je česta pojava da nešto izgovoriti, reći, saopštiti znači ujedno i izvršiti, pravno delovati; npr. davanje iskaza svedoka, veštaka, stranaka i njihovih zastupnika i punomoćnika u sudskim i drugim pravnim postupcima; proglašavanje braka od ovlašćenog lica zaključnim (saglasno propisanom načinu i postupku); davanje svečane izjave prilikom

stavlja alternativu postojećem i način da se premosti logički jaz između onog što jeste i onog što treba da bude, shodno tradicionalnom principu "ab esse ad posse valet consequentia".

<sup>26</sup> Up. "Introduction à la logique juridique", str. 52.

stupanja na službenu dužnost itd.<sup>27</sup> Na ovom mestu valja skrenuti pažnju na činjenicu da svi zakonom propisani postupci, u stvari, predstavljaju *sisteme iskaza* ili osnovnih jedinica komuniciranja pomoću kojih se realizuju razne socijalne radnje ili govorni činovi.<sup>28</sup> Radi se, zapravo, o rečenicama spojenim sa nekim kontekstom od značaja za njihovu interpretaciju; u pravnom sistemu iskazima se, pak, materijalizuje trebanje, smisao ili značenje akata volje. Norma, veli Rad. D. Lukić, postoji kao iskaz trebanja, pri čemu je iskaz u indikativu, a samo trebanje u "normativu"<sup>29</sup> Ipak, ovde moramo primetiti da je jezik neposredna stvarnost misli i da ogoljene misli, značenja slobodna od jezičkog materijala ne postoje. Štaviše, jezik je konstitutivni faktor misaonog, odnosno duhovnog sadržaja, činilac koji oblikuje taj sadržaj, a koji bez njega, kako bi rekao znameniti francuski lingvisti *Emil Benvenist* predstavlja samo nešto amorfnu, nebuloznu i neodređeno, nešto bez ikakvog smisla i značaja.

Svojevrsna kombinacija preskriptivne i saznavne funkcije jezika pravnih normi jeste njegova *interpretativna funkcija* koja se obavlja u skladu sa načelom da pravo reguliše sopstveno stvaranje i ostvarivanje tako što se primenom, odnosno tumačenjem teksta više ili uslovljavajuće norme, posredstvom odgovarajućeg pravnog akta, konstituiše niža, podređena ili uslovljena pravna norma.

Interpretacija pozitivnog zakonodavstva predstavlja najčešću i tipičnu delatnost subjekata komuniciranja, tj. pravnika i drugih lica u procesu odašiljanja i primanja normativnih poruka. U vezi s tim, treba naglasiti da se u oblasti tumačenja prava, nasuprot dosadašnjem *formalizmu* dogmatske ili pozitivističke jurisprudencije ili kraće dogmatike (u njenom interpretativnom i teorijskom tj. dopunskom obliku),<sup>30</sup> danas razvija *pravni realizam* koji polazi od toga da je tumačenje čin volje, a ne znanja (a mi bismo rekli oboje), ali i da nema za svoj predmet norme već iskaze ili činjenice koje izražavaju norme. Relevantno je jedino značenje koje ustanovi ovlašćeni (nadležni) organ, ma koliko ono protivrečilo tu-

---

<sup>27</sup> Up. Zoran Jelić: "Pravna misao na raskršću", "Službeni list SRJ", Beograd, 1998. str. 48–49.

<sup>28</sup> Iskazi su u lingvistici osnovne jedinice komuniciranja, delovi teksta kao nadrećničke celine neodređene dužine, koja se karakteriše semantičkom kohezijom, a služi međuljudskom opštenju, razmeni ideja, poruka, informacija i sl. Po Džonu Ostinu, govorenje je ponašanje i delovanje (v. Džon Ostin: "Kako delovati rečima", Matica srpska, Novi Sad, 1994).

<sup>29</sup> Up. Rad. D. Lukić: "Sistem filozofije prava". "Savremena administracija", Beograd, 1992. str. 333.

<sup>30</sup> Up. Rad. D. Lukić sa B. Košutićem: "Uvod u pravo", Naučna knjiga, Beograd, str. 329, 1988. Lukić konstatuje da je celokupna pravna nauka jedno razvijeno sistematsko tumačenje pozitivnog prava. Pravna dogmatika tumači norme izvlačeći iz njih najpotpuniju moguću sadržinu, dok je teorijska pravna nauka samo dopunska nauka u odnosu na nauku pozitivnog prava pa posredno predstavlja pomoćno sredstvo tumačenja.

mačenjima doktrine ili bilo nerazumno ili čak suprotno svemu onom što znamo o namerama autora (tvorca) zakonskog ili podzakonskog teksta.

Tumačenje je, u stvari, odluka kojom se rešava sukob interesa pa se čak i tekstovi za koje se tvrdi da su jasni i samorazumljivi, moraju prethodno podvrgnuti tumačenju da bi se utvrdio njihov tačan smisao, u zavisnosti od postojećeg stanja stvari, a nažalost često i od odnosa snaga, što će reći da je pravilo “in claris cessat interpretatio” pogrešno.<sup>31</sup>

Pa ipak, bilo da je reč o autentičnom (zvaničnom, obaveznom) bilo o neautentičnom (neobaveznom) tumačenju, po našem mišljenju, nikad se ne radi o prosto reprodukciji smisla pravnog akta, već u najmanju ruku, njegovoj rekonstrukciji. Naime, svaki opšti pravni akt je zapis određene društvene situacije ili model određenog društvenog odnosa i u tom svojstvu pojednostavljeno prikazuje navedeni odnos u vidu normativnog teksta koji se u pogledu konkretnih detalja, po prirodi stvari, svagda siromašniji od svog originala. Drugim rečima, model uvek manje ili više predstavlja surogat, jednu vrstu redukcije u poređenju s pojavom koju označava. Ova razlika između modela i originala ostavlja širok slobodan prostor tumaču da iskaže svoje kreativne mogućnosti, a da istovremeno ne odstupi od suštine originala, utvrđujući značenje kao relaciju između teksta pravne poruke i njime označenog društvenog odnosa. Pomenuta relacija je, zapravo, norma ili značenje (smisao) koje ima idealni (duhovni) karakter i povezuje dve materijalne pojave – tekst pravnog akta i društvenu pojavu na koju se tekst odnosi.

Navedene okolnosti nedvosmisleno upućuju na zaključak da je tumačenje, pre svega, kreativna delatnost, pri čemu je autentično tumačenje stvaranje (i ostvarivanje) prava, a neautentično – rekonstrukcija smisla jezičkih iskaza kojima se predstavljaju pravne odredbe ili pravne poruke kao nosioci određenih značenja ili pravnih normi. Pri tome, treba isto tako konstatovati da pravna norma, kao duhovna, idealna pojava nije predmet već rezultat tumačenja a ukoliko je posmatramo kao objekt interpretacije, onda je tu, zapravo, u pitanju utvrđivanje “značenja značenja”, što asocira na čuvenu knjigu Č.K. Ogdena i A.A. Ričardsa objavljenu pod tim naslovom još daleke 1923. godine (“The Meaning of Meaning”)<sup>32</sup> u kojoj se zastupa teza da “kad god mislimo, mi, zapravo, interpretiramo znakove” i da je otuda teorija značenja potčinjena teoriji znakova. Prema tome, tumačenje duhovnih pojava kao “saznanje saznanog”, tj. ulaženje u predvorje “carstva čiste misli”, suprotno je postulatima hermeneutike ili teorije razumevanja koja nas uči

<sup>31</sup> Up. Boško Mijatović i dr. “Pojmovnik liberalne demokratije”, Službeni glasnik - CLDS, Beograd, 2008, str. 193–194.

<sup>32</sup> Knjiga ove dvojice autora izašla je u prevodu na srpski jezik 2001. (“Izdavačka knjižarnica Zorana Stojanovića”, Sremski Karlovci – Novi Sad, 2001. god.

da “biće koje se može razumeti jeste jezik”, da razumevanje nema nikakav drugi objekt nego jezik, da sve što u hermeneutici treba pretpostaviti samo je jezik koji je, po *Hajdegeru*, kuća bivstva (“das Haus des Seins”) i da je tumačenje samo eksplicitni oblik razumevanja čija se suština sastoji u identičnosti značenja koje poruci pridaju njen tvorac i adresati kao primaoci.<sup>33</sup> Razumeti neku stvar znači biti joj dorastao, biti u stanju da se s njom izađe na kraj, a u pravnom životu – pravilno shvatiti određeno sporno pitanje na koje tekst zakona ili drugog propisa daje odgovor.

### ZAKLJUČAK

Premda je danas više-manje nesporno da je pravna norma tipična logičko-jezička tvorevina, čiji se smisao sastoji u određenom trebanju, nemoguće je na produktivan način negirati nepobitnu činjenicu da je ona istovremeno i komunikacijska (društvena) pojava, jer se uvek mora blagovremeno i uredno saopštiti adresatima kako bi bila dostupna njihovom saznanju, čime se u oblasti prava uspostavlja komuniciranje kao bazični socijalni proces, kojim se usmerava ponašanje pravnih subjekata u njihovim međusobnim odnosima.

Međutim, u jurisprudenciji, a pogotovu u pravnoj sociologiji, komunikacijska problematika je do sada predstavljala jednu uglavnom zapostavljenu temu, što nesumnjivo zahteva odgovarajuću korenitu promenu metodološke orijentacije navedenih nauka, naročito ako se ima u vidu da je proces odašiljanja i primanja preskriptivnih poruka, tj. nastanak i održavanje pisanih i usmenih kontakata između učesnika u pravnom životu, zapravo realno postojanje, istinska egzistencija pravnog fenomena u njegovim različitim vidovima i preduslov njegovog važenja.

Istraživanje komunikacijske dimenzije pravne norme ima nesumnjivo krupan značaj za sticanje novih, širih i dubljih uvida u prirodu pravnog fenomena, a

---

<sup>33</sup> Literatura o teoriji tumačenja ili razumevanja praktično je nepregledna, te ovde navodimo samo nekoliko dela koja smo konsultovali, a spadaju u elementarne, ali i nezaobilazne radove iz ove oblasti: 1) Zygmunt Bauman: “Hermeneutics and Social Science” (Approaches to Understanding), Hutchinson of London, 1978. 2) Emilio Betti: “Allgemeine Auslagungslehre als Methodik der Geisteswissenschaften” J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, 1967 (v. posebno Kapitel VIII C) Normative Auslegung. 7. Juristische Auslegung – Poglavlje VIII C) Normativno tumačenje, 7. Jurišičko tumačenje). 3) Časopis “Delo”, br. 4–5/1973 (zbornik radova posvećen hermeneutici). 4) Hans Georg Gadamer: “Istina i metoda”, “Veselin Masleša”, Sarajevo, 1978. 5) Milan Đorđević: “Pravo u hermeneutičkom krugu”, J.P. “Službeni list SFRJ”, Beograd, 2002. 6) Žan Gronden: “Uvod u filozofsku hermeneutiku”, Akademska knjiga Novi Sad, 2010. 7) Hans Kremer: “Kritika hermeneutike”, Akademska knjiga Novi Sad – Institut za teološka istraživanja, Beograd, Novi Sad, 2010. U ovom kontekstu pažnju zaslužuje i omanji Betijev spis “Hermeneutika kao opšta metoda duhovnih nauka”, Književna zajednica Novog Sada, 1988.

samim tim i za izgradnju egzaktnog metoda koji na području prava, nažalost, još nije postao stvarnost.

Sve u svemu, valja naglasiti da uprkos mnogobrojnim konfuznim stavovima i paradoksalnim kontroverzama vezanim za predmet jurisprudencije, deluje ipak donekle utešno što najveći broj istaknutih pravnih teoretičara smatra da je istinski objekt proučavanja moderne pravne nauke pravna norma kao suština pravnog fenomena. Taj fenomen se, pak, posmatran po sebi i za sebe, u krajnjoj liniji, svodi na specifični oblik komuniciranja, s ciljem da usmerava ljudsko ponašanje na propisani način. Zavisno, opet, od toga kako i kada komunicira sa drugima čovek je, po tvrđenju *Lona Fuler* (1902–1978), u stanju da utiče na proširenje ili suženje granice samog života. Ili, ako se ima u vidu da je jezik drugo ime za komunikacije, istu misao moguće je, po *Fuleru*, prikladno izraziti i poznatom maksimumom filozofa *Ludviga Vitgenštajna*, po kojoj “Granice mog jezika jesu granice mog sveta”.<sup>34</sup>

ZORAN JELIĆ, L.L.D.,  
Consultant, Belgrade

## NORM AS A CRUX OF LEGAL PHENOMENON

### Summary

In this article the author suggest that that legal norm is a typical communication (social) category, because of irrefutable fact that it must always be acknowledged to addressees to make it accessible to their knowledge that would establish communication as wireless social process of sending and receiving prescriptive messages with the purpose of regulating the ways and means of communication among the participants in legal life.

However, in the legal and sociological sciences the issue of communication is largely neglected topic, which calls for an adequate and fundamental change in the methodological orientation of those sciences.

The studies of communication dimension of the legal norm is of major importance for obtaining new and deeper insights in the nature of legal phenomenon and consequently construction of an exact method, which in the domain of law, regrettably, has not yet become a reality.

---

<sup>34</sup> Up. Lon L. Fuller: “Moralnost prava”, CID Podgorica, 1999, str. 186.



ZORAN S. MIRKOVIĆ

## UTICAJ PROMENA U JAVNOM MIŠLJENJU I MORALNIM SHVATANJIMA NA UBLAŽAVANJE KAZNENOG SISTEMA U SRBIJI POLOVINOM XIX VEKA

– Na primeru kazne trčanja kroz šibe –

1. Kazna šibe se sastojala u tome što bi krivac morao da prođe kroz stroj od nekoliko stotina “momaka” (150, 200, 300, 600) poredanih u dva reda, nekoliko puta (tri, šest ili više puta). Kazna trčanja kroz šibe bila je namenjena samo muškarcima, žene su kažnjavane kamdžijama po debelom mesu, umesto trčanja kroz šibe.

U srpskim izvorima pominju se mrtva šiba, polumrtva šiba i mala ili obična šiba. “Mrtvom šibom”, tj. šibom sa smrtnim posledicama nazivana je šiba 12 puta kroz 300 momaka (retko se javlja i kao trčanje šibe 6 puta kroz 600 momaka). Polumrtva šiba bila je šiba 6 puta kroz 300 momaka. Mala ili obična šiba je bila ispod šest puta, najčešće “triput gore i triput dole kroz trista momaka”.<sup>1</sup> Kasnije se pojavljuje i trčanje šibe 9 puta kroz 300 momaka.

Šiba je najčešće izvršavana u sreskom ili okružnom mestu, retko u mestu gde je delo učinjeno. Bira se pazarni dan iz više razloga: radi prisustva većeg

---

Dr Zoran S. Mirković, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

<sup>1</sup> Toma Živanović, *Zakonski izvori krivičnog prava Srbije i istorijski razvoj njegov i njenog krivičnog pravosuđa od 1804. do 1865.* (Posebna izdanja SANU, knjiga CDVIII, Odeljenje društvenih nauka, knjiga 59, Izvori srpskog prava I), Beograd, 1967, 181 (dok. br. 307), 442 (pominje rešenje Velikog suda od 12. septembra 1828. godine koje pravi distinkciju među brojem zaprečenih udaraca (na žalost, u Arhivu Srbije to rešenje nije sačuvano)).



broja ljudi, zastrašujućeg dejstva koje je izvršenje imalo, ali i da bi se lakše došlo do potrebnog broja izvršilaca kazne. Policijski činovnici su sa pijace i iz radnji skupljali, na mesto predviđeno za izvršenje kazne, seljake, kalfe, sluge i druge ljude “nižeg reda”. Postrojavani su u dve kolone (najčešće 150 s jedne, i 150 s druge strane momaka), okrenute jednu prema drugoj u tolikom rastojanju da čovek može da prođe sredinom. Svaki od izvršilaca je dobijao po nekoliko šiba, najčešće vrbovih prutova. Osuđeni je bio nag do pojasa. Ruke su mu bile vezane, do mišice, za kundake praznih pušaka ili dva drveta, ili su mu ruke bile vezane oko pojasa. I tako bi ga vodio jedan ili dva policajca kroz špalir ljudi koji su ga tukli šibom.<sup>2</sup>

Posledice kazne trčanja kroz šibe su bile da onaj koji bi preživeo je dugo bolovao, a dešavalo se i da ostane nesposoban za rad i normalan život.<sup>3</sup>

2. Srbi iz vremena Prvog ustanka su upoznali ovu kaznu u Habzburškom carstvu.<sup>4</sup> Dolazak kazne trčanja kroz šibe u ustaničku Srbiju iz Habzburškog carstva išao je iz više pravaca.<sup>5</sup> Najpre, veliki broj ljudi iz Srbije služio je u tzv. “fajkoru” za vreme austrijsko-osmanskog rata 1788–1791. godine. Potom, u toku Pr-

<sup>2</sup> Videti uspomene savremenika u: K. Petrović, “Mrtva šiba – Jedna crna slika iz prošlosti naše”, u listu *Otadžbina (književnost, nauka, društveni život)*, godina sedma, knjiga XIX, sveske 74 i 75, Beograd 1888, 290-298; Dimitrije Marinković, *Uspomene i doživljaji 1846–1869*, sredio dr Dragoslav Stranjaković, Posebna izdanja, knjiga CXXVI, Društveni i istorijski spisi, Knjiga 1, Beograd 1939, 93; Aleksa S. Jovanović, “Mrtva šiba po sudskoj presudi”, u: *Prinosci za istoriju starog srpskog prava, II deo*, Beograd 1900, 99-100.

<sup>3</sup> Videti: Arhiv Srbije, Ministarstvo unutrašnjih dela, Policajno odeljenje, 1852, F. VI, 106 (u daljem tekstu: AS, MUD, P); T. Živanović, *Zakonski izvori krivičnog prava Srbije*, 443.

<sup>4</sup> O ovoj kazni u nemačkim zemljama videti: Richard Wrede, *Die Körperstrafen bei allen Völkern von den ältesten Zeiten bis auf die Gegenwart*, Kulturgeschichtliche Studien, Dresden 1898, S. 422, 424-425; Friedrich Anton von Schönholz, *Traditionen zur Charakteristik Österreichs seines Staats- und Volksleben unter Franz I*, Eingeleitet und erläutert von Gustav Gugiss, Zweiter Band, München 1914<sup>2</sup>, S. 21-28; *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, HRG, Herausgegeben von Adalbert Erler und Ekkehard Kaufmann unter philologischer Mitarbeit von Ruth Schmidt-Wiegand, Mitbegründet von Wolfgang Stammler, redaktion: Dieter Werkmüller, Band IV: Protototarius Apostolicus-Strafprozessordnung, Berlin 1990, S. 1770–1771 (Ruth Schmidt-Wiegand). *Constitutio Criminalis Theresiana* iz 1769. godine (koja je predviđala kaznu trčanja kroz šibe) primenjivana je u habzburškoj vojsci sve do 1855. godine (*Constitutio Criminalis Theresiana-Römisch-Kaiserl. zu Ungarn und Böhmeim u. u. Königl. Apost. Majestät Mariä Theresiä Erzherzogin zu Oesterreich, u. u.-Peinliche Gerichtsordnung, Vollständiger Nachdruck der Trattnerschen Erstausgabe*, Wien 1769, mit einem Nachwort von Egmont Foregger, Graz, 1993, S. 3 (anm. 2 und 3), 10; *Das Militär-Strafgesetzbuch über Verbrechen und Vergehen vom 15. Januar 1855 für das Kaiserthum Österreich*, Erläutert von Martin Damianitsch, zweite Ausgabe, Wien 1861, S. V, 1).

<sup>5</sup> Pomen šibe videti u: Vuk S. Karadžić, *Srpski rječnik istumačen njemačkim i latinskijem riječima*, Beč, 1852, 838 (odrednica “šiba”) (u daljem tekstu: V. S. Karadžić, *Srpski rječnik*); Vladimir Mažuranić, *Prinosi za Hrvatski pravno-povjestni rječnik*, Zagreb, 1908–1922, 1425 (odrednica “šiba”).

vog ustanka (1804–1813. godine) prešao je u Srbiji veliki broj običnih vojnika, podoficira i oficira iz Vojne granice. I najvažnije, školovani austrijski Srbi za vreme Prvog ustanka i još dugo docnije su bili zakonopisci. Poznavaoi austrijskog prava, ubeđeni u njegovu vrednost, prenose ga u Srbiju.

Prvi propis koji pominje kaznu trčanja kroz šibe bila je *Uredba za gašenje požara*, od 27. novembra 1834. godine. Ovom Uredbom bila je propisana kazna trčanja kroz šibe za podmetanje požara i za krađu koja bi se dogodila pri požaru.<sup>6</sup> Ovu kaznu je predviđao i *Ukaz o pucanju iz pušaka na javnim mestima i pri veselju* od 28. januara 1837. godine.<sup>7</sup>

Prvi srpski *Vojni zakon* i *Izvod iz vojnog zakona* od 31. oktobra 1839. godine, takođe, predviđaju kaznu trčanja kroz šibe. *Vojni zakon*, kako to proizilazi iz 115, 116 i 117. člana, razlikuje manju, veliku i mrtvu šibu za “veća, velika i najveća zločinstva”.<sup>8</sup> Krivična dela za koja je zaprećena ova kazna su: krađa, prevara, blud, preljuba, otimanje devojke, silovanje, pederastija, skotološtvo, incest.<sup>9</sup> Iako je prvi propis o kazni trčanja kroz šibe bio donet tek 1834. godine, sačuvana građa srpskih sudova (koji se osnivaju počev od 1820. godine) pokazuje da se ova kazna primenjuje i bez formalnog zakonskog osnova.<sup>10</sup>

*Ustrojstvo okružnih sudova* od 26. januara 1840. godine nije predvidelo kaznu trčanja kroz šibe, kao predviđenu zakonsku kaznu. I doista od donošenja ovog *Ustrojstva* do donošenja *Krivičnog zakona za poare i krađe* od 26. maja 1847. godine, nema nijedne presude na kaznu trčanja šibe u redovnom sudskom postupku.<sup>11</sup> Međutim, preki sud formiran da sudi učesnicima tzv. Katanske bune (tj. pristalicama zbačene dinastije Obrenovića koji su podigli bunu u rejonu Šapca u jesen 1844. godine), osuđivao je i na kaznu šibe. Jedan savremenik je zapisao:

---

<sup>6</sup> T. Živanović, *Zakonski izvori krivičnog prava Srbije*, 92.

<sup>7</sup> T. Živanović, *Zakonski izvori krivičnog prava Srbije*, 111 (dok. br. 217).

<sup>8</sup> *Sbornik zakona i uredba i uredbeni ukaza*, I, 154–155.

<sup>9</sup> *Sbornik zakona i uredba i uredbeni ukaza izdani u Knjažestvu Srbskom od vremena obnarodovanog Ustava zemaljskog* (13. Febr. 1839. do Apr. Mes. 1840.), I, Beograd 1840, 160–161..

<sup>10</sup> Primera radi videti sledeće presude iz ovog perioda: Arhiv Srbije, Zbirka Mite Petrovića, 5861, 5932 (u daljem tekstu: AS, ZMP); Arhiv Srbije, Sud opštenarodni srpski, 834, 872, 878, 883, 958, 986 (u daljem tekstu: AS, SOS).

<sup>11</sup> Precizno kazano, u postupku pomilovanja za ranije donete presude (pre stupanja na snagu ovog *Ustrojstva*) u tri slučaja ukinuta je kazna trčanja kroz šibe jer više nije bila deo kaznenog sistema (Arhiv Srbije, Ministarstvo inostranih dela, Vnuternje odeljenje, 1843, F. II-43, 106, 1844, F. I, 294) (u daljem tekstu: AS, MID, V). Međutim, u pomilovanju kneževskog namesništva od 28. februara iste godine trojici osuđenika za teška krivična dela smanjena je kazna šibe - mesto 6 puta kroz 300 momaka da trče samo tri puta (AS, MID, V, 1840, F. I-42).

“Užasna je bila i ‘mrtva šiba’, na koju su ‘buntovnici’ nemilice osuđivani.”<sup>12</sup> Ovo potvrđuje i sačuvana građa.<sup>13</sup>

Iako je kazna trčanja kroz šibe nestala iz zakonodavstva i sudske prakse redovnih sudova opšte nadležnosti, ona je postojala, kako je rečeno, u vojnom zakonodavstvu i praksi vojnih sudova. Građa ove provenijencije nije, nažalost, sačuvana.

*Krivični zakon za poare i krađe* donet je 26. maja 1847. godine. U tački 2. ovog zakona propisano je da se mrtvom šibom kazni onaj ko ukrade konja, vola ili drugu domaću stoku ili stvar u vrednosti većoj od 10 talira (tačka 1. je propisala smrtnu kaznu za poaru, tj. provalnu krađu).<sup>14</sup> Dakle, pored smrtne kazne, druga izuzetna (“čezvičajna”<sup>15</sup>) kazna je bila mrtva šiba.

3. Nekoliko meseci posle donošenja *Krivičnog zakona za poare i krađe* već se postavilo pitanje njegove primene na pojedine kategorije prestupnika: ženski pol i maloletnike, ali i s obzirom na telesna svojstva prestupnika. Suđenje jednoj ženi koja je trebalo da bude osuđena na mrtvu šibu je izazvalo donošenje *Dopunskih pravila o telesnim kaznama za ženske osobe i maloletna lica* od 13. novembra 1847. godine. Ovim *Dopunskim pravilima* su izmenjene tačke 2. i 3. *Krivičnog zakona za poare i krađe* od 26. maja 1847. godine: 1) ženske osobe nisu mogle biti osuđene na kaznu trčanja mrtve šibe, već umesto toga na 100 udaraca kamdžijom, 2) maloletni počinitelj, sposoban za telesnu kaznu, bi umesto smrti ili mrtve šibe bio osuđen na šibu 3 puta ili 6 puta kroz 300 momaka.<sup>16</sup> Novi *Ukaz* od 11. decembra 1847. godine je propisao: maloletno lice (sa navršenih 16 godina), umesto smrtne kazne bilo bi kažnjeno šibom od 6 do 9 puta, ako je telesno sposobno, u suprotnom, robijom od šest do devet godina.<sup>17</sup>

Prve propise koji su vodili ublažavanju kazne šibe doneo je *Zakon o zamenjivosti telesnih kazni* od 31. januara 1853. Međutim trebalo je gotovo godinu i po dana

<sup>12</sup> Vladimir Jovanović, *Uspomene*, priredio i predgovor napisao Vasilije Krestić, Beograd 1988, 35. Videti i: Nikola Hristić, *Memoari 1840–1862*, Beograd 2005, 100.

<sup>13</sup> Presude od 1. i 7. novembra 1844. godine sadrže osudu na kaznu trčanje šibe za 4 pobunjenika (Arhiv Srbije, Katanska buna, 7, 8) (u daljem tekstu: AS, KB).

<sup>14</sup> AS, MUD, P, 1847, F. III, 22; *Sbornik zakona i uredba i uredbeni ukaza izdani u Knjažestvu Srbskom od 1 januara 1847. do konca dekembra 1848*, IV, Beograd 1849, 28–29.

<sup>15</sup> Reč “čezvičajni” je bila poreklom iz ruskog jezika (zastarela je) u značenju “izvanredan, neobičan” (*Rečnik srpskohrvatskoga književnog jezika, knjiga šesta S-Š*, Matica Srpska, Novi Sad 1976, 896).

<sup>16</sup> AS, MUD, P, 1847, F. VI, 8; *Sbornik zakona i uredba i uredbeni ukaza*, IV, 145.

<sup>17</sup> AS, MUD, P, 1847, F. VI, 8; Videti: AS, DS, 1847, 237 (rolna 127, listovi 16 i 17); *Sbornik zakona i uredba i uredbeni ukaza*, IV, 146–147. Videti i: T. Živanović, 203–204 (dok. br. 343). Slično je propisalo i *Rešenje o dopuni Zakona o hajducima* od 2. septembra 1850 (T. Živanović, 271 (dok. br. 367)).

da bi se to postiglo. Još 30. avgusta 1851. godine je popečitelj pravde i prosvete Aleksa Simić napisao pismo Sovjetu, u kome kaže: "Iz uzroka toga, što se često događa, da nad osuđenim prestupnicima izrečena presuda izvršiti se ne može zbog toga, što isti među tim dok presuda preko viši sudova prođe i visočajša potvrdi se, u slabost ili bolest padaju i potom za izdržanje dosuđene im telesne kazne nesposobni postaju, a sposobnost njihova za izdržanje telesne kazne nepočtuje se prvostepenim sudom pri izricanju presude. Za uvažiti tu nezgodu, jer s jedne strane nije celishodno da se izrečena i izvršitelna presuda ne izvršuje, i time osuđuje, s druge pak strane izvršitelna vlast i sudovi su u takvom slučaju u nedoumici, šta da čine i kako da postupe potom, što u smotreniju tome nikakvog propisa nemaju. Popečiteljstvo pravosuđa pobuđeno se našlo visokoslavnom Sovjetu kao zakonodatelnoj vlasti mnjenije svoje predložiti u smislu tome, da je neophodno nužno, da se naročitim zakonom o telesnoj kazni t. j. batinama i šibi sorazmerna kazna zatvora i robije, s gvožđem ili bez gvožđa opredeli... Dalje, da zakonodateljna vlast odredi da sudovi pri dosuđivanju telesne kazne uvažiteljnim presudama svojim i ovu zameniteljnu kaznu narediti imaju u slučaju, ako osuđenik dosuđenu mu telesnu kaznu ne bi mogao izdržati, i naposletku, da se uzakoni, da, ili sud pri sprovodu presuda policajnoj vlasti na izvršenje, okrivljenika telesnoj vizitaciji podvrgne, i za tim opredeli, oće li on telesnu kaznu ili zamenjenu robiju izdržati imati ili izvršitelna vlast sama sobom kad im se presuda krivična na izvršenje sprovede načinom propisanim osuđenika, koji je na telesnu kaznu osuđen ispitati dade, da li je za ovu sposoban ili nije, pa ako nije, da onu u zamenu određenu kaznu nad njime izvrši."<sup>18</sup> Sovjet je 18. septembra iste godine preporučio popečiteljstvu pravde da sačini projekat zakona o zameni telesnih kazni i podnese ga Sovjetu, što je popečiteljstvo i uradilo posle nešto više od mesec dana 29. oktobra 1851. godine. Međutim, tek godinu dana kasnije, 4. novembra Sovjet u pismu knezu saopštava da "odobrava projekt ovaj od slova do slova, uzima čest takovi i Vašoj Knjaževskoj Svetlosti na visočajše odobrenje u pokornosti predstaviti". Knez je projekat odobrio 16. decembra 1852, a definitivno je postao zakonom 31. januara 1853. godine.<sup>19</sup>

U uvodu *Zakona o zameni telesnih kazni* od 31. januara 1853 se kaže: "Našim kaznitelnim zakonima između ostali kazni usvojena je kazn telesna, kao glavna, ili kao sporedna kazn; no kako se neretko događalo, da osuđenici dosuđenu im ovu kaznu zbog slabosti, ili bolesti, ili zbog osobitog telesnog stanja, nisu u stanju izdržati, to se takove na sledujući način zameniti imaju." Zatim u odeljku II pod naslovom "O zameni šibe kod punoletnih" u članovima 5–8. se propisuje:

---

<sup>18</sup> Arhiv Srbije, Državni Sovjet, 1852, 569 (rolna 166, list 1) (u daljem tekstu: AS, DS).

<sup>19</sup> AS, DS, 1852, 569 (rolna 166, list 3, 4, 11, 12 i 15).

“Član 5. Mrtva šiba ili 12 puta na mesto, ima se zameniti 12. godišnjom robijom u teškom gvožđu.

Član 6. U sledstvu pomilovanja Knjažeskog imaju neki prestupnici izdržati šibu od 9 puta, 6 puta i triput, na mesto. Potome šiba od 9 puta na mesto zamenjuje se 8. godišnjom robijom u teškom gvožđu.

Član 7. Šiba od 6 puta na mesto zamenjuje se 5. godišnjom robijom u teškom gvožđu.

Član 8. Šiba od 3 puta na mesto zamenjuje se dvogodišnjom robijom u lakom gvožđu...

Član 17. Sudovi će biti dužni, u svojim krivičnim presudama, kojima koga na telesnu kaznu osuđuju, u isto vreme i zakonom ovim zamenjenu kaznu izložiti, za slučaj, ako osuđeni dosuđenu mu telesnu kaznu ne bi bio u stanju izdržati.

Član 18. Kao što policajnim vlastima u dužnost spada, sve presude sudejske u izvršenje privoditi, tako će one, a ne sudovi ... svakog osuđenika, koji kakvu telesnu kaznu izdržati ima, pre svakog počastnog izvršenja svagda lekarskoj vizitaciji podvrgnuti, pa prema izvestiju lekarskom, je li osuđeni u stanju telesnu kaznu izdržati, ili nije, nad istim osuđenikom jednu ili drugu kazn izvršiti.”<sup>20</sup>

Ovim je evolucija ove kazne išla kroz njenu individualizaciju, tj. različito tretiranje pojedinih kategorija osuđenika s obzirom na njihovo telesno stanje. Propis da ako “osuđenici dosuđenu im ovu kaznu... nisu u stanju izdržati”, dakle, ako je ne bi mogli podneti bez opasnosti po njihov život i zdravlje, ona bi morala biti zamenjena, bio je gotovo siguran znak da će sledeći korak u evoluciji ove kazne biti njeno ukidanje.

Posle donošenja *Zakona o zameni telesnih kazni* od 31. januara 1853. godine, kazna šibe je na jedan posredan način uticala na humanizaciju krivičnog kažnjavanja u onovremenoj Srbiji. Naime, umesto kazne šibe, u slučaju ako okrivljeni nije sposoban da izdrži ovu telesnu kaznu, sud bi izricao kaznu lišenja slobode u vremenskom trajanju od tri, pet, i osam godina. Pored toga, knez je, može se reći, redovno u postupku pomilovanja, izricao kaznu lišenja slobode, umesto kazne šibe (uz retke izuzetke kada se radilo o “nepopravljivim” povratnicima). Ovakva praksa sudova i kneza u postupku pomilovanja, nesumnjivo, je doprinela da kazna lišenja slobode izađe na veliku scenu, kao i opštem ublažavanju kaznenog sistema. Dakle, pored kneza i Sovjeta, kao zakonodavnih organa, i nadležnog ministarstva, u procesu evolucije kaznenog sistema uopšte, i kazne šibe ponaosob, učestvovali su i sudovi i istaknute javne ličnosti.

4. U javnom mnjenju je već bilo sve spremno za ukidanje kazne trčanja kroz šibe. Stavovi savremenika svedoče o tome. Liberal Vladimir Jovanović je pisao: “I danas se još zgrozim, kad se setim kako je poneki mučenik stradao, pod udarcima, koje su mu po golim leđima šibama zadavali vojnici u dva reda uparadeni.”<sup>21</sup>

<sup>20</sup> AS, MUD, P, 1853, F, XI, 14.

<sup>21</sup> V. Jovanović, *Uspomene*, 35.

Drugi savremenik se sećao: “Prizor je bio odvratn i bolećiv. Od žalosti i uzbuđenja tresla me je groznica, a moja dobra mati suzrim očima molila je Boga, da olakša muke osuđeniku.”<sup>22</sup>

Nosioci ove evolucije i inače reformi u krivičnom pravu bili su školovani pravnici i posebno, oni školovani na evropskim univerzitetima. U *Izveštaju komisije koja je određena da izradi projekt Krivičnog zakonika* (čiji su članovi odreda bili školovani na evropskim univerzitetima) od 18. marta 1857. godine saopštava se da su kazna šibe i stavljanje na točak izostavljeni, po prethodno dobijenom odobrenju Sovjeta.<sup>23</sup>

5. No ključne su bile promene koje su se desile u narodnoj masi za koju kazna šibe više nije bila prihvatljiva.<sup>24</sup>

Već sredinom pedesetih godina javljale su se velike teškoće pri izvršenju kazne trčanje kroz šibe. Policijske vlasti, naime, su teškom mukom skupljali broj ljudi potrebnih za izvršenje ove kazne.

Evo kako je jedan očevidac opisao velike napore policije da sakupi ljude koji bi šibali krivca jednog pazarnog dana, petka, u Šapcu “hiljadu osamsto pedeset i neke godine”, kako kaže. “Nešto se sveta sklonilo, nešto opet pobeglo kućama, a nešto ostalo i na pijaci. Ali, to što je ostalo, malo je da načini špalir i paradu za šibanje. Za to sad panduri zailaze i po dućanima i po mehanama te izvlače seljake, dovode ih do mesta na pijaci, gde se je već njih nekoliko uparadilo, čekajući zabrinuto i neveselo kad će nastati samo šibanje.

‘Nemo’, Stevo, ljubave ti, nemoj me voditi na to čudo tamo. Častiću te, bog i duša, i neću ti nikada to zaboraviti. Nemoj bolan!’

– Ne mogu, Stojane, ne mogu brate! Znaš šta je zakon i zapovest, - odgovara pandur Stevo svom seljaku Stojanu, koga je iz mehane izvukao i goni u paradu da šiba.” Potom opisuje kako “Vasa Ciganin” moli, preklinje pandura da ga ne tera u “paradu za šibanje”. Vrhunac ove mučne i žalosne scene je bio napad padavice koji je zadesio Vasu u besomučnom otimanju od pandura. Tek na intervenciju šabačkog uglednika “gazda Đoke” polumrtvog nesrećnog čoveka pandur je ostavio na miru. Posle silnog uzbuđenja i napora, skupilo se nekako “najposle toliko, koliko je po zakonu, trebalo momaka za šibanje”, saopštava očevidac.<sup>25</sup>

---

<sup>22</sup> A. S. Jovanović, “Mrtva šiba po sudskoj presudi”, 101.

<sup>23</sup> AS, DS, 1857, 774 (rolna 236, listovi 1, 2 i 3).

<sup>24</sup> Videti: Đorđe D. Cenić, *Обясненъ Kaznitelnogъ zakonika za Kняžestvo Srbiju*, Beograd 1866, 51; T. Vasiljević, *Đorđe D. Cenić-razvoj krivičnopravne misli u Srbiji XIX veka*, Srpska akademija nauka i umetnosti, Odeljenje društvenih nauka, Izvori srpskog prava VII, Beograd 1987, 183.

<sup>25</sup> K. Petrović, “Mrtva šiba – Jedna crna slika iz prošlosti naše”, 293–294.



Inicijativu Popečiteljstva unutrašnjih dela od 26. aprila 1858. godine za ukidanje kazne šibe neposredno je izazvao sledeći slučaj. U izveštaju Upraviteljstva varoši Beograda od 20. februara 1858. godine stoji da je zbog više krađa neki Petar Marinković “iz Niša u Turskoj” osuđen (i potvrđeno od kneza) na trčanje šibe 9 puta kroz 300 momaka, a u “slučaju nesposobnosti za ovu kaznu na osmogodišnju u teškom gvožđu robijom kazni”, pa potom protera u Tursku. Dalje se kaže: “Presuda ovakova zajedno sa osuđenikom je pod jučerašnjim brojem 3069 od ovovaroškog suda na izvršenje Upraviteljstvu ovom poslata, i on je po pregledu lekarskom nađen danas sposoban, za kaznu šibe.

Kaznu šibe Upraviteljstvo je varoši ove do sada posredstvom građana varoši ove izvršivalo. Pak je pri ovima uverilo se, da je vrlo teško ljude za izvršenje ovih kazni nad osuđenikom sposobne sakupiti, pa da se i oni, koi se preko sve teškoće kako tako sakupe, odveć teško u u nužni poredak stavljaju i šta je još najgore, da se po gotovu svi pri izvršivanju ovi kazni tako gnušavaju, da osuđenik kod ovakvih za izvršenje kazni sastavljenih ljudi, kaznu u strogom smislu presude ne iskusi.

Samim iskustvom uvereno Upraviteljstvo varoši ove o nezdodama na koje pri izvršivanju ovakve kazne nailaziti mora, bilo bi ono tog pokornog mnjenija, da se ljudi iz ovdašnjeg garnizonog voinstva na izvršivanje ovakvi kazni upotrebljaju, i za to ono u pokornosti ... popečiteljstvo učtivo moli, da ono narediti blagoizvoli, da se potrebno za izvršenje ove kazne čislo momaka iz našeg vojenog ovdašnjeg garnizona raspoloženju Upraviteljstva ovog što pre stavi. No, ako se ovo iz kakova uzroka ne bi odobriti moglo; to Upraviteljstvo moli da bi predhvaljeno Popečiteljstvo u takvom slučaju bar to urediti blagovolelo, da se prestupnik ovaj preda ovo-okružnom načelničestvu, pa da ga ono posredstvom seljaka dade šibati”.<sup>26</sup>

Popečiteljstvo unutrašnjih dela shvatajući ozbiljnost problema u pismu načelništvu okruga beogradskom od 4. marta 1858. godine izložilo problem sa kojim se suočilo Upraviteljstvo varoši Beograda i naložilo da se osuđeni na šibu Petar Marinković preda Upraviteljstvu okruga beogradskog i da ono ovu kaznu izvrši u “kom poverenom mu srezu”. Dakle, seljaci su bili dužni da izvrše ovu kaznu.<sup>27</sup> Popečiteljstvo unutrašnjih dela je iniciralo ukidanje kazne trčanja šibe aktom (PNo. 1673 od 26. aprila 1858. godine) upućenom Sovjetu: “Između ostali kazni koje sudovi izriču postoji i kazn šibe.

Popečiteljstvo vnuternjih dela nije pozvano razlagati da li ova kazn odgovara ubeđenju današnjeg vremena, da li je moralna i uobšte da li ona u nas i onda treba da ostane kad je u mlogim drugim zemljama ukinuta i za prestupnike voj-

<sup>26</sup> AS, MUD, P, 1858, F. II, 24.

<sup>27</sup> AS, MUD, P, 1858, F. II, 24.

nog reda. Popečiteljstvo će ostaviti da visoki Sovjet ta pitanja razmotri; samo pak prinuđeno je predstaviti mu tegobe koje se pri izvršenju ove kazne pojavljuju. Svuda, i po varošima i po selima, teško je skupiti ljude za izvršivanje ove kazne sposobne, a gde se i skupe, tu je teško u nuždan poredak staviti ih, šta više, pri šibanju svi se tako gnušaju da krivac i ne iskusi kaznu u smislu presude. Ove su se tegobe pojavljivale najčešće ovde u Beogradu, gde je policija dolazila u to neugodno položnje, da veću čast građana uzima na odgovor zato, što su izbegavali upotrebiti se za šibanje. Da se ova neprilika odkloni, ostalo je ili naše garnizono vojinstvo na taj posao upotrebiti, ili krivce, na šibu osuđene, u srezove radi izvršenja kazni slati.

Služiti se vojinstvom, bilo bi odveć osudno, jer upotrebljavati cvet mladeži naše na izvršivanje tako gnusni kazni, ne bi ništa drugo značilo no razvrćati narod u podmlatku njegovom; a upotrebljavati žiteljstvo seosko na šibanje, bilo bi koliko dangubno i nepravedno za njega, toliko uobšte protivno celji Praviteljstva, koje ne može ravnodušno gledati, da se narod u npravima čist i nepokvaren, prinuđava na poslove, od kojih se gnuša. Pošto, dakle, kazna, koja ni u osnovu odobrenja ne nalazi, i tako velike tegobe susrete, da se ove skoro sa nemogućnošću daljeg izvršavanja graniče, Popeč. vnut. dela ima čast predložiti visokom Sovjetu, da se, iz napred izloženi obzira, kazna šibe ukine, pa da se unapredak drugim shodnim kaznama zamenjuje.”<sup>28</sup>

Ponovo o problemima sa izvršenjem kazne šibe čita se iz pisma Upraviteljstva varoši Beograda od 7. juna 1858. godine Popečiteljstvu unutrašnjih dela, u kome se govori da je kradljivac Jovan Stojanović osuđen konačnom presudom na kaznu šibe 6 puta kroz 300 momaka ili ako nije sposoban na petogodišnju robiju u teškom gvožđu. Pošto je po lekarskom pregledu utvrđeno da je zdrav, trebalo je izvršiti kaznu šibe za koju Upraviteljstvo kaže da je nemoguće iz razloga koje je već ranijim prilikama navodilo i opet moli da Popečiteljstvo naredi “te da ovog osuđenika Načelničestvo okružija beogradskog črez seljake šibati dade”. Popečiteljstvo unutrašnjih dela u svom odgovoru od 4. jula 1858. godine navodi da je Sovjetu predložilo ukidanje šibe (vidi pismo od 26. aprila 1858. godine), no ovaj put nalaže da “samo Upraviteljstvo” kaznu šibe nad krivcem u ovoj varoši (tj. Beogradu) izvrši, “nemorajući određivati na to same građane i zanatlje no njihove mlade i proče u varoši ovoj živeće bečare.”<sup>29</sup>

I Popečiteljstvo pravosuđa je uzelo učešća u ovoj stvari, što se čita iz dokumenta Sovjeta od 2. maja 1859. upućenog knezu: “Popečiteljstvo pravosudija ... izlažući, kako kazn šibe, koja je pod 26. maja 1847. god. za poare i krađe našim

---

<sup>28</sup> AS, MUD, P, 1858, F. VII, 67.

<sup>29</sup> AS, MUD, P, 1858, F. IV, 168.



zakonodavstvom usvojena, čuvstvo čovečnosti građanina našeg zatupljava i zver-skoj ga naravi privikava, i kako ista kazn, kao što je iskustvom posvedočeno, više razvraća ljude, nego što podaje onakovoj rezultat, kakovoj se od nje očekiva, pa navodeći, kako su i sva strana zakonodavstva ... kazn (šibe – prim Z. M.) izostavila, predložilo je Sovjetu, da se ... kazn šibe, kao obšte prezriteljna postavša, kod nas ukine ...

Po predloženju Popečiteljstva Sovjet odobrava, da se kazn šibe ukine, i sudovi mesto ove da osuđuju na robiju po razmeri postavljenoj u Uredbi od 31. januara 1853. i članovima 5, 6, 7. i 8. istoga o zameni ove kazni.

Koje svoje rešenije Sovjet čest ima Vašoj Svetlosti u poniznosti na visočajše potvrđenje podneti.”<sup>30</sup>

6. Kazna šibe je ukinuta u Srbiji rešenjem od 6. maja 1859. godine. U uvode se kaže:

“Želeći ukinuti šibu, kao kazn protivnu duhu vremena i zatupljujuću građanima čuvstvo čovečnosti, ja sam po predloženju Popečiteljstva Pravosudija od 1 t. m. ... i saglasno sa zaključenjem Sovjeta od 2. t. m. ... odobrio, da se kazna šibe ukine, i sudovi mesto ove da osuđuju na robiju po razmeri postavljenoj u Urebi od 31 januara 1853 god. ... i članova 5, 6, 7 i 8 iste o zameni ove kazne.

Rešenje ovo saobštavam Popečiteljstvu N (“svima popečiteljstvima”) radi znanja (za Pravosudije) i upravljanja njegovog.”<sup>31</sup>

Kazna trčanja kroz šibe, koju je predviđao Vojni zakon od 31. oktobra 1839. godine ukinuta je članom 2. *Zakona* kojim je uveden u život *Krivični zakonik* iz 1860. godine.

ZORAN S. MIRKOVIĆ, PhD.,  
Associate Professor, Faculty of law University of Belgrade

IMPACT OF CHANGES IN PUBLIC OPINION AND MORAL VIEWS  
ON MITIGATION OF THE PENAL SYSTEM IN SERBIA  
IN MID-NINETEENTH CENTURY  
– On example the sentence running the gauntlet –

Summary

This paper focuses on the influence of changes in public opinion and moral beliefs on the fate of the sentence running the gauntlet. Running the gauntlet at the beginning of the nineteenth

---

<sup>30</sup> AS, MID, V, 1859, F. IV, 352.

<sup>31</sup> AS, MID, V, 1859, F. IV, 352.

century, during the First Serbian Uprising, was taken from the Habsburg Empire (specifically from the Austrian Military Frontier). Applied during the period from the twenties to the forties, then disappeared and survived only in the military criminal law. Since the enactment of the Criminal Code for burglary and theft from 1847, this punishment was getting a new life and even after death, became the dominant penalty. Serbian public authorities, emerging as the one needed this sentence. There were several goals that the Serbian public authorities wanted to achieve: public and overt display of its inception, the suppression of the Ottoman Empire and the dissolution of the old ways of resolving disputes (fines, revenge, etc). "Zeitgeist" justified the existence of this inhuman punishment and a long time was in line with the views and feelings of the people, or at least its existence is not offended sense of justice and understanding of the contemporary people. The blessed effects of spreading the culture made running the gauntlet so unacceptable to the ordinary people. Finally, this punishment was revoked on 6 May 1859.



## DRUŠTVENOST PRAVA I PRAVNO DRUŠTVO

### I

Pravo kao sistem pravila regulisanja društvenih odnosa, predstavlja veću garanciju osiguranja socijalnog života u odnosu na pravila ponašanja koja su inače nastala iz prvog kruga stihijskog društvenog života. Pravo, dakle, u svom prvobitnom obliku, u prirodnom svojstvu, postoji odvajkada, ali njegovo reagovanje u regulativi odnosa među ljudima nije pružilo dovoljno sigurnosti, za koju bi u svako vreme i u svim situacijama obezbedilo mirno rešavanje oprečnih interesa ljudi. S obzirom da osnovanost pravila prirodnog prava, samo po sebi, nije obezbeđivala dobrovoljno postupanje prema datim pravilima, valjalo je pristupiti utvrđivanju određenih pravila ponašanja. Prirodno pravo, kao naturalna regula, nije moglo sprečiti neprirodno ponašanje određenih ljudi. Uput prirodnog prava na određeno uobičajeno ponašanje ljudi datog nivoa razvoja civilizacije nije bilo dovoljan osnov za uspostavljanje pravnog reda određene društvene formacije, u nedostatku straha od prinudne norme koja zahteva određeno ponašanje. U osnovi svake se deklarise za osnovni pravni princip, koji je postavio još iz redova starogrčkih stoika, Epictetus (55-135) a ono glasi: to što sebi ne želiš, drugima ne čini, ali u stvarnom životu svi se tako ne ponašaju. Svi ljudi nisu obdareni sa *dignitas humana*. Nisu svi svesni da je lični interes ostvarljiv samo kroz poštovanja interesa svih ostalih. Pojedinaac uživa svoja individualna prava u zajednici sa drugima, skopčano sa moralnošću života. Inače, život u svetu realnog ne odvija se

---

Refki Tač, advokat u Prizrenu.

van sfere moralnog. Prirodno stanje moralnosti bića čoveka u svom razvoju oplemenjeno je delima predaka, razvijale ga pridošle generacije, nastavili njihovi potomci. Moralne i druge prateće ljudske vrednosti su odraz društvenih zbivanja i istorijska prilika u evoluciji razvoja toka civilizacije ljudskog roda. Razvoj morala se odvija u sastavu zbira ljudske vrednosti, koliko se one artikulišu na skup društvenih zbivanja, datih prilika razvoja ljudskih odnosa. Na ovo valja dodati, da izneto ne ukazuje na slobost, nemogućnost ostvarivanja ideje prirodnog prava, njegovu utopijsku nedoslednost, već njegovu stvarnost treba posmatrati u kontekstu konkretnih istorijskih i društvenih prilika. Na to ukazuje tok razvoja civilizacije te u tom sklopu savremeno pravo je "kodirano" u duhu prirodnog prava, usmereno na usklađivanju društvenosti života, u kome pravo jačeg se zamenjuje zaštitom slabije strane, oplemenjeno sa novim vrednostima u svom evolutivnom razvoju. Sprečavanjem divljeg života pravo je uzdizano na pijadestal civilizacije.

Pravo treba da bude proizvod razuma i duhovne plemenitosti čoveka. Nema prava bez osećaja ljudi jednih prema drugima. Pisano ili primenjeno pravilo bez osećanja pravde je "naredba", a ne pravo. Pravo nije samo manifestacija vlasti, proizvod države, produkt klasnosti, sredstva imperijalnosti i drugih silnih društvenih mehanizama.<sup>1</sup> Pravila društvenog ponašanja pripadaju predpravnoj sferi društvenog života koje su ljudi svojevolejno prihvatili za svoje, te kroz tzv. "mekog" prava postali dobrovoljno obavezujući, uslovljeno pravilima društvenosti života. Na delovanje prirode, koja se odvija po zakonima kauzaliteta, u svim i svakom obliku asocijacije, čovek deluje prema načelu svrsishodnosti, rukovođen svojim razumom, shodno nivou stečenog znanja i raspoložive mudrosti. Pravo je socijalni produkt, u smislu ljudske kreacije kulturnosti života, čije je stvaralaštvo zaokruženo prirodnošću života. Sledstveno tome, pravo ne reguliše život, već postavljenim pravilima obazbeđuje harmoniju društvenosti delanja, od značaja za osiguranja mirnog i dostojnog života ljudi. Pravo ne ograničava prirodna delanja ljudi u ostvarivanju ideje dobrog, jer ono je otelotvorena u sreći čoveka, te predstavlja sredstvo za transformaciju načela razuma u određivanju ponašanja, zasnovana na pravdi kao vrlini ponašanja u međusobnim odnosima ljudi iz socijabiliteta života. Pravo je transparent pravde.

Pravo je vrednost po svojoj kulturnoj duhovnosti i praktičnom uticaju na društvene prilike u regulisanju međuljudskih odnosa u pozitivnom smislu, primereno prirodi ljudi. Pravila ponašanja izražena kroz normu koja obezbeđuje nije vrednost u ideji njenih stvaralaca, nego se njena vrednost iskazuje u finalizaciji postupanja ljudi prema predviđenim pravilima. Dakle, njeno dejstvo na pozitivni ishod u poboljšanju međuljudskih odnosa, od važnosti za doprinos socijabilitetu realnog života, ceni se prema stvarnom dejstvu poboljšanja odnosa ljudi u njihovim međusobnim odnosima. Utvrđivanja zakona društvenosti života, na osnovu

<sup>1</sup> Iz istorije nastanka prava učimo da su pravila u formi norme nastale u Sumeru za vreme vladavine kralja Urukagine, u 2375 godine pre rođenja Hrista, koje karakteriše umekšanje krutih pravila o obavezama građana.

prirodnih svojstava ljudi, ne može da bude sredstvo u stvaranju neke ideologije radi opravdavanja određenih uskih interesa datih grupa i grupacije ljudi.<sup>2</sup>(2) Ljudi imaju kosmopolitsko svojstvo po svojim prirodnim bićima, a ne prema učenju određenih filozofa, sociologa i drugih stvaralaca. Ljudi mogu stvarati zajednički život prema potrebi rešavanja svojih društvenih odnosa, zasnovano na istovetnosti svoga porekla, a ne prema diktatu određenih ideologa. Ljudi su upućeni jedni na druge shodno potrebi za uspostavljanjem određenih međusobnih odnosa i mogućnosti da ostvare saradnju koja im pruža njihovo prirodno poreklo.

## II

Pravo je uzrok **organizovanja i posledica organizovanog društvenog života**. Ono nastaje i deluje na prostoru socijabiliteta zajedničkog života ljudi. Pravo se proteže na terenu međuljudskih odnosa, u njihovom aktivnom i pasivnom ponašanju, u cilju obezbeđenja neophodnog zajedničkog života. Ono je skopčano sa širinom i dubinom upućenosti ljudi da stupaju u međusobne odnose, te u tom sklopu se menja i usavršava. Nema organizovane zajednice bez pravne regulative odnosa iz društvenosti života ljudi, kao što se ne može govoriti o egzistenciji savremenog prava bez integracije civilizovanog društva. Pravo dakle nije puka teritorijalna pojava sa geografskim premisima, kao granični prostor delanja unutar određenog kruga, niti produkt nekog čuda bogomdane prirodne pojave u jednodimenzionalnom dejstvu za sve ljude. Ono je mera kontakata ljudi iz kojih se stvaraju određeni društveni odnosi, koji utiču na ustaljeno ponašanje ljudi iz prirodnosti međusobnih odnosa.

Norma sa tretmanom važnosti na određenom prostoru, nazvana nacionalnim pravom, ne predstavlja prostornu zatvorenu pojavu, bez mogućnosti da utiče na druge, i da prima uticaje od drugih; da bude od koristi za druge po svom duhu - uzoru, i da oplemenjuje svoje vrednosti sa dostignućima pravnih kultura drugih zajednica. Regula, sa opštim značajem vrednosti, poželjeno od svih ljudi, uživaju tretman univerzalne legitimnosti, i po svom načelu autoriteta oni dobijaju svoju legalnost u nacionalnim pravnim sistemima, primereno opštoj kulturi društvenosti zajedničkog života u određenim oblicima. Legitimnosti opštih pravila se zasnivaju na njihovoj osnovanosti primene za sve, bez obzira na razlike, a legalnost opšte vrednosti dobijaju kroz relativizaciju u nacionalnim pravima prema vladajućem obliku uspostavljenih odnosa ljudi iz međusobnih odnosa. Dakle, univerzalnim pravnim vrednostima se komunicira kroz kulturni obrazac, u realno životnom obličenju delanja.<sup>3</sup> Izneto ukazuje na činjenicu da težnja za unitarizaciju

---

<sup>2</sup> Filozofsko-pravno učenje stoika o kosmopolitizmu zasnovano na principu: jedan bog, jedno pravo, jedna država, postala je vodeća ideologija mnogim imperjalističkim državama, kojim su opravdavali svoje zastračujuće ratne pohode.

<sup>3</sup> Glasovi koji opovrgavaju komunikaciju univerzalne vrednosti prava, ne prihvatajući varijantu kulturnog relativizma, ističu da je savremeno pravo svojstveno samo zapadnoj civilizaciji, za-

ljudskih prava, zasnovano na kulturi prava jednog dela sveta, nije ideal prirodnog prava, oko čijeg stožera se razvija pravo u svetu. Univerzalnost prava predstavlja skup vrednosti regula iz mnoštva kulture prava, koja se unificira kao opšte dobro čovečanstva. Sledstveno tome, logotip kulture poznatih pravnih civilizacije je mozaik različite pravne vrednosti, nastalih iz bogatih odnosa ljudih pojedinih naroda, u njihovom istorijskom razvoju društvenosti međuljudskih odnosa.

Svaki proces zajedništva predstavlja mnoštvo u jedinstvu. Postizanja jedinstva na osnovu totalitarizma je trud na nasilju, dok jedinstvo pluralizma predstavlja proces dobrovoljne integracije. Netolerantnost je uzrok pocepanosti jedinstvenog, a dijalog različitih otvara vrata harmonizaciji vrednosti. Univerzalizacija prava se ne postiže pukom izgradnjom jedinstva svakog i svačije posebnosti, nego izborom različitih vrednosti iz posebnih kultura. Učešća izbora vrednosti se potvrđuje saglasjem utvrđenih pravila. Primena nadnacionalnog prava, kao neizbežna potreba savremenog doba<sup>4</sup> je skopčano sa opštim konsesusom o zajedničkim vrednostima.<sup>5</sup>

Pravila nastala preporukom pravnih teoretičara, potrebom iziskivane iz života ljudi usled evolutivnog razvoja socijabiliteta u njihovim odnosima, te pojava drugih spontanijih regula ponašanja iz međusobne upućenosti jedni na druge, predstavlja "probni balon" za učvršćivanja ovih pravila pravnom normom obavezujućeg karaktera. Vreme, kroz život neobavezujućih pravila, utvrdiće eventualno njihovu opravdanost, koje će signalizirati zrelost prerastanja tkz. "soft law" pravila u "hard law." **Meko pravo, koje duže vreme živi kao uticajno pravilo u regulisanju međuljudskih odnosa, stiče svojstvo važećeg prava pre nego što postaje**

snovano na hrišćanskoj kulturi života, zaboravljaju da najveći zastupnik zapadne kulture, SAD, odbijajući da ukida smrtnu kaznu predviđeno čl. 6 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, usvojen rezolucijom Generalne skupštine UN 2200 A (XXI) 16. decembra 1966, nije ratifikovala ovaj univerzalni kodeks građanskih i političkih prava, kao i mnoge druge svetske akte sa univerzalnim karakterom, zbog kojeg se inače ova zemlja po toj osnovi nalazi na dnu lestvice zemalja članice UN, naspram činjenice da od 57 članice Organizacije islamske konferencije, pomenuti međunarodni pakt su ratifikovali njih 51 država. Podsećanja radi, ukidanje smrtno kazne predstavlja prvo slovo azbuke prirodnog prava, u pismenom israzu iskazano kao ljudska prava, skopčano sa pravom na život, koji prethodi i uslovljava sva druga ljudska prava. Sledstveno tome, pravo na život pripada kategoriji univerzalnih ljudskih prava u istoj meri za sve i za svih.

<sup>4</sup> Zakoraćenjem na tlu Meseca, po izlasku iz vasionkog broda "Apollo" prve reči astronauta Neil Armstronga su bile: "Ovo je mali korak čoveka, veliki korak čovečanstva." Ovaj događaj je pobudio pravničku javnost, a istorijske reči ovog amaričkog astronauta dali su smernicu pristupa pravnoj regulativi sa nadnacionalnim karakterom. Danas oko zemlje kruže mnoštvo svemirskih tela, koji služe određenim državama, a koriste opšte dobro koje pripada celom čovečanstvu.

<sup>5</sup> Primena sile povredom prava na teritorijalni integritet određenih država, predstavljaju nasilje nad ljudima čija opšta dobra se uništavaju. Primena nadnacionalnog prava u navedenom kontekstu su atak na osnovna ljudska prava. Povreda prava ljudi na državu u ime ljudskih prava predstavlja svojevrstu anomaliju pojma ljudskih prava.

zvanično putem legalizacije zakonodavnog tela,<sup>6</sup> kao što norma ponašanja kojoj se opire pod pretnjom primene sile, gubi premise regulacije odnosa iz interakcije ljudi. Nadovezujući na izneto treba istaći, da je pravo nastalo iz dva različitih izvora, i to: jedan iz normalnog ponašanja ljudi, svojstveno njihovim prirodnim svojstvima; i drugi iz samovolje određenih ljudi, koji su sebe uzdigli iznad svih prirodnih zakona. Prvo je pravo po meri ljudi, izgrađeno za ljude; drugo je puka volja pojedinca ili grupe, sa karakteristikom naredbe zaprećeno silom, kao antiplod prirode. Tok drugog izvora razvoja prava stvorio je robove ili štitio one koji su, mimo svih postojećih prirodnih svojstava, određenu grupu ljude pretvorio u životinje u njihovim pravima iz društvenosti života. Od robovlasničkog društva do današnjih dana, nije prestala klasifikacija ljudi mimo njihovih prirodnih svojstava. Pravo može da se pretvara u svoju suprotnost i kroz nedoslednosti primene i neprimene uopšte. Imajući ovu činjenicu u vidu Seneki je bilo lako da ubedi, da je zakon pauk kroz koji prolaze veliki, a u njemu ostaju mali. Ovo neprirodno svojstvo prava, iskazano na nelogičnom primeru -suprotno prirodi objekta - predstavlja svojevrstu dekadenciju delovanja prirodnih zakona. Naime, ako se pravo odnosi na ljude, koji su isti prema svojim prirodnim svojstvima, onda regulativa za njih treba da se odnosi pođednako; kroz mali otvor paukove mreže mogu da prolaze manji a ne veliki.<sup>7</sup> Prinudavajuće pravo traži puteve pretvaranja tvrdog prava u tzv. meko pravo. Otkazivanje poslušnosti normi neprimereno čoveku, kao prirodni otpor ljudi prema nepravdi, zasniva se na osnov ostvarivanja prirodnog prava, koji po prirodnim svojstvima stoji iznad svakog voljnog namećanja na određeno ponašanje. Na tom putu, kćerka starogrčkog kralja Edipa - An-

---

<sup>6</sup> Kada je 1969. godine znameniti profesor Pravnog fakulteta u Beogradu - Mihajlo Konstantinović sačinio i objavio Projekt kodifikacije prava u oblasti ljudskih obaveza pod skromnim naslovom Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima, tada niko nije mogao predvideti životopis ovog pravničkog delā. U stvari, kaže prof. Slobodan Perović u "Skica za jedan portret" objavljen u knjizi Klasići Jugoslovenskog prava, posvećen prof. M. Konstatinoviću, naslovljen kao "Obligacije i ugovori - Skica za Zakonik o obligacijama i ugovorima, objavljen u Beogradu, 1996, desilo se nešto što je izgledalo "da biti ne može". Tada projekt zakona primenjivao se u praksi čitavu deceniju kao zakon, iako to nije bilo. Naime, nakon izvršene potpune abrogacije zakona predratne Jugoslavije (Zakon o ukidanju... iz 1946 -podvukao RT), oblast obligacija dugo godine (Zakon o obligacionim odnosima Jugoslavije je usvojen na sednici Saveznog veća Skupštine SFRJ od 30. 03. 1978. god. objavljen u Službenom listu SFRJ br. 29/ 1978. god. Od 26. 05. 1978. god. Koji je stupio na snagu 01. 10. 1978. god. podvukao RT) nije bila pravno regulisano. Nalazeći se u vodama pravne praznine, sudovi su se pozivali na spasonosnu formulu "opštih pravnih pravila" kojima je Skica bila prava postojbina, zaključuje prof Perović.

<sup>7</sup> Nijedna društvena zajednica nije mogla i neće moći da izbegava nenormalna ponašanja pojedinih njegovih članova, ali najveće zlo predstavlja njihovo opravdanje. Konstatovanje da je pravo sredstvo moćnika, nije golo utvrđivanje realnosti društvenog života, već u sebi sadrži cilj ostvarivanja ubedenja za pomirenjem sa sudbinom koja se ne može menjati.



tigona je bezsmrtni primer ljudskog odnosa prema moći vlasti kojeg štite zakoni, koje su inače od samih njih proglašeni za društveno pravilo.<sup>8</sup>

### III

Pravo je socijalni produkt iz potrebe za zajedničkim životom, oblikovano prema vladajućem načinu opštenja ljudi, čija pravila vezuju sve, bez obzira na položaj pojedinaca ili grupa u društvu. Ono, u internom svojstvu, predstavlja mini koncept univerzalnog, jer se odnosi na sve u istoj meri i prema istom aršinu, uz uvažavanja posebnosti slučaja na kome se odnosi i individualnosti osobe prema kojoj se primenjuje. Pravo ima istu strukturu, nezavisno od varijanata u kojima se pojavljuje. U strukturalnom smislu, ono nije vezano sa prostorom u kome deluje, sa kulturom iz koje je nastalo, pravnom civilizacijom kojoj pripada, po osnovu delatnosti na ljude različite pripadnosti, i slično. Dakle, pravo poseduje izvesne zajedničke karakteristike, bez kojih pravila ponašanja ne mogu da dobijaju atributive pravnosti, nezavisno od razlike ljudskih grupacija na koje se upućuje. Struktura normi ponašanja su istovetne, bez obzira na volumen delovanja. Oblik normi, sa važnošću na određenom prostoru, nije drugačije od normi koji deluje na internacionalnom nivou, bez obzira na razliku njihove sadržine. Pravo je društvena tvorovina, irelevantno od oblika društvenosti života, prostorne širine i brojčano veličine društva, forme vladajućih odnosa socijalnosti i sličnih društvenih posebnosti međusobnih odnosa ljudi. Sledstveno tome pravo ima premise univerzalnog prema istovetnoj delatnosti na sve ljude, bez obzira na njegovo nacionalno i internacionalno svojstvo.<sup>9</sup>

Metodološki pristup izradi pravila ponašanja je isti, uobličeno primerenosti društva na koje se odnosi. Zajednička odlika raznih koncepata se nalaze u društvenoj potrebi sa pravom, te različiti oblici organizovanja zajedničkog života čini

<sup>8</sup> Poznati pravni filozof nemačkog porekla Gustav Radbruch (1878–1949) promeniće svoj stav prema školi pozitivista, kojoj je u početku i sam pripadao, nakon što je preživeo posledice zaključka pravnika usvojeno na Kongresu pravnika, održanog nakon nepunih godinu dana po dolasku na vlast Hitlera (1934) u kome je stajalo da je pravo samo ono što je u interesu nemačkog naroda, a taj interes se određuje od strane oca ovog naroda - Fiihrera. Ovaj ugledni predstavnik savremenog prirodnog prava, u svom uvodu u pravnofilozofsku tematiku iz 1945, "Pet minuta filozofije prava" između ostalog zapisao sledeće: U prvom minutu kaže "zapovest je zapovest, to je za vojnika, zakon je zakon. Međutim, dok za vojnika dužnost i pravo na poslušnost prestaje ako zna da je izvršenje naredbe zločin ili prekršaj, dotle pravnik nezna za takav izuzetak. U petoj minuti on ukazuje da postoje pravna načela koja su jača od svakog pravnog propisa, tako da je zakon, koji je suprotan njima, bez važenje.

<sup>9</sup> Prirodno pravo nadživljava vekove. Pitanja njegovog istorijskog kraja je pitanje njegovog početka. Naći se pod svodom prirodnog prava, znači biti iznad prolaznosti pozitivnog prava, njegove voljnosti ili njegove proizvoljnosti. To znači, biti iznad oskudice sadašnjosti. Budućnost prirodnog prava je budućnost naše intelektualne kulture. Vidi: Slobodan Perović, Besede sa Kopaonika, Beograd, 2000, str. 145.

zbirku datih koncepata.<sup>10</sup> Nacionalno pravo se gradi prema konceptu svake države, koji su u suštini isti ili slični sa drugim državama, osim što svaka od njih to isto naziva "naš"; nadnacionalno pravo nastaje putem *consensus omnium*, čije jedinstvo koncepta predstavlja mnoštvo pravnih civilizacija. Pravo, kao opšta društvena koncepcija regulisanja odnosa iz zajedničkog života, predstavlja generalnu karaktersitiku svoje socijalne pojave. U tom svojstvu, ono je opšte prema svim osobenim društvenim formacijama, generalno prema odnosu na sve ljude nezavisno od njihovih ličnih svojstava, načelno bez kojih ne bi se moglo uzdizati na pijedestal pravičnosti na čijoj suštini se inače zasniva.

Propis je uput za iznalaženja prava u slučaju spora ljudi iz određenih stvorenih odnosa. Norma ne kaže ko ima pravo, već trasira put saznanja kome to pravo pripada. Pravila su osnov traganja za pravednim rešenjem, a ne matrica za donošenja određenih odluka. Na pravnika je da upozna znakove prava, simbole zakona, društvene atribute, istorijske prilike dešavanja i drugo. Propisi su opšti, svima dostupni, po delanju univerzalni, iz koje se izvlače konkretne pojedinosti. Pravo je slika opšteg stanja društvene egzistencije, uz poštovanje osobenosti socijalne prakse života, koji će svoje poželjne plodove dati kreacijom čoveka pri odlučivanju o posebnim slučajevima. Osobeni slučajevi iz života u socijalitetu nisu toliko posebni, čiji nastanak bi pravu bili nepoznata, jer pravo gradi regula markiranjem fenomena iz zajedničkog života, na koje se inače odnosi. Uostalom, pravo nije regulacija svih životnih dešavanja, nego onih i onolikih koje uzima pod svoju zaštitu, rukovođen svrhom neizbežnosti za osiguranja života ljudi u zajednici.<sup>11</sup>

#### IV

Pravo je potreba svakog i svih u posebnosti i istosti. Ono ima svojstvo univerzuma po svojoj prirodnosti, a osobenost je determinisana kulturološkim razlikama posebnih ljudskih grupacija. Opštost prava ne može se svoditi na apsolutnost u prostornom i vremenskom krugu; univerzalnost ne može se tretirati

---

<sup>10</sup> Joseph Raz je čuveni po zastupnju teze da je pravo po svom nastanku i sadržini isključivi socijalni proizvod, na kome zasniva svoj autoritet. Prema njemu, pojam prava (a concept of law) je usko određenje njegove sadržine, određeno od strane posebnih društvenih zajednica temeljeno na osobenosti kultura i tradicije, dok priroda prava (the nature of law) određuje opšte značenje prava primereno svim postojećem sistemima. Ova tema je obrađena u magistarskom radu, Halit Uyanik, pod naslovom "Raz'da Hukuk Otoritesi Kavramin Temelendirmesi" odbranjeno u Istanbulskom univerzitetu, Nr. 2501040289.

<sup>11</sup> Od Cicerona (Cicero, De Legobis) koji pravne norme označavao ka zapovesti i zabrane, preko Besednika Kvintilijana iz I veka posle rođenja Hrista, koji je propustio zapovest, ali je zato u funkciji prava, osim zabrane, ubrajao još davanje, oduzimanje, kaznu i dozvolu (lex omnis aut tribut, aut adimit, aut punit, aut vetat, aut permitit), do Modestina koji je izradio formulu legis virtus haec est: impere, vetare, permittere, punire, svi pravници pre njih i posle njih, pod pravnom normom su stavili one životne činjenice koje je hipoteza prava datog vremena smatrala uslovom za nastanak pravnih odnosa.

jednodimenzionalnošću; pravda nije mehaničko izjednačavanje ljudi nezavisno od individualnosti i drugih ličnih osobina čoveka; posebnost prava ne podrazumeva njegovu granicu zatvorenosti. Ne može se dozvoliti da pozitivni prizvuci pojmova ovih reči sa negativnim dejstvima poremete suštinu vrednosti prava, na kome teži razvoj pravne civilizacije. Pravo, kao opšte dobro čovečanstva, predstavlja istorijsku kategoriju datog vremena i prostora, u svom stalnom evolutivnom razvoju prema svrhu ostvarivanja pravde, koja čini motornu snagu opleminjavanja postojećih odnosa, na terenu poboljšanja vladajućeg stanja, na beskrajnom putu usmereno ka nedostižnom cilju. Univerzalnost je proces usavršavanja prava, na putu ostvarivanja jednakosti ljudi, primereno njihovom prirodnom svojstvu, bez obzira na njihov društveni položaj. Pravda je ideal kome pravo teži, krajni cilj koji usmerava razvoj prava, duh ostvarivanja jednakosti uz uvažavanja svih različitosti. Kao odraz kulture, pravo je osobena društvena tvorevina, primereno različitim oblicima socijalnog života ljudi, od kojih nastaje i na koje se odnosi. Pravo je kompatibilni društveni produkt, kompleksnih društvenih zbivanja. Stoga, istorijska perspektiva razvoja prava, postavljena na ovim postulatima, ne može se zanemarivati postojećem stanjem ritualizacije univerzalnosti, veličanjem ljudskih prava koja se svodi na imperjalizaciju sveta, uzdizanjem pravde na jednodimenzionalnost čoveka zapadnog tipa, guranjem posebnosti prava u muzej nacionalnih prava i slično.

Pravo nije čista konstrukcija zbira različitih ideja, niti prepis realnosti bez naučnog pristupa u iznalaženju mogućnosti unapređenja vrednosti života u socijalitetu. Ideje su buduće realnosti, na koje ljude treba pripremiti, a stvarnost čini osnovu izgradnje ideje budućnosti. Ideja prava ne lebdi na utopijskim razmišljanjima, nego na suštinu života ljudi u zajednici. Određivanje suština života podrazumeva primenu načela principa racionalnog uma, koja se meri po zakonima prirode. Norme ponašanja ljudi ne mogu biti nalog neprirodnog spoja ljudi, po nekim idejama vanzemaljskog razmišljanja. Izgradnja pravnog sistema se, dakle, kreće od realnosti koja se proteže do izvesne budućnosti. Po toj osnovi, ono nastaje iz društvene realnosti, okrenuto budućnosti, radi pomenjenja vladajućih odnosa na viši pijedestal socijalnosti. Na tom putu ono ne može se graditi na neostvarljivom idealu, niti da se pomiri sa nepodnošljivom stvarnošću. Ono nije obrazac određenih ideja, niti preslikana realnost iz stvarnosti života. Pravo je društveni most između stvarnosti i mogućnosti. Pravo je stvarnost postojećeg i ideja mogućnosti boljeg. Kao večna društvena kategorija, organizaovanog zajedničkog života, pravo je van vremenska i prostorna kategorija u svom prirodnom stanju, a kao stvarna delatnost na odnose ljudi iz svoje međusobne upućenosti, ono ima prostornu i vremensku dimenziju. Socijalna dimenzija prava se sažima u nizbežnosti zajedničkog života, uslovljena opstankom svakog čoveka. Zato ono je isto za sve, koliko i posebno za svakog, koje deluje unutar sistema prožimanja. Posebnosti se zasnivaju na opštosti primerene datosti, a načelnost izvire iz generalne posebnosti.

V

Pobeda ideje vladavine prava, u zamenu za vladavinu države, beležila je čitav proces divergencije interesa držaoca vlasti i naroda, kao skupa ljudi određene zajednice. Zona divergiriranja se širila na osnovama saglasnosti u određivanju mera vrednosti. Konformizam u modelu prepoznavanja objektivnih svojstava vrednosti, ne vodi unifikaciji subjektivnih odnosa prema datim vrednostima. Harmonizacija zajedničkog života je doprinos približavanju ljudi, od značaja proširenja i produbljenja socijalnosti u opštenjima iz društvenosti života, koja ne vodi procesu tipiziranja čoveka, nezavisno od njegovih individualnih svojstava, u pripremanju jednodimanzionalnosti zajedničkog života. Međutim, i pored svoje spektakularnosti, konformizam se razvija pod senkom unifikacije, harmonizacija se odvija pod diktatom hegemonizma, ljudi se guraju na jednokulturnost života, društveni život se obličava u jednodimenzionalnost. Istorija nas uči da se humanizacija ličnosti odvijala uglavnom u paraleli sa ograničenjem vlasti u svim oblicima njegove pojave. Premeštanja vlasti ne menja karakter vladaoca u upravljanja sa ljudima, sve dok organizatori zajedničkog života ne podvedu pod službu opšteg interesa.

VI

Zanimljivo je razmatrati vrste i oblik institucije moći. Naime, koncentracije društvene moći radi realizacije zajedničkih potreba ljudi, te društvena moć u uspostavljanju vladavine prava i slično, kao pokretačka snaga u poboljšanju društvenih odnosa ljudi, na putu usvršavanja zajedničkog života je opšteljudska potreba kojeg treba postpešiti. Na drugoj strani, valja analizirati koliko tu ima prinude, kao antiplod socijalnog konsensusa zajedničkog oblikovanja individualnog života. Dakle, moć je snaga koja deluje u oba pravca, stoga problem nije u samoj moći, već u njegovom usmeravanju. Pitanje je ukidanje samovolje i odnosa uspostavljanja zavisnosti ljudi, koja se bazira na političke i druge vrste vlasti, kao posebnog oblika negativnosti koncentracije moći. Koncentracija moći u malom broju ljudi, preko kojih se vlada ljudima, odražava se u obliku naredbe, čija prinuda na pokornost ne menja bit oblika života. Međutim, moć u obliku odlučivanja, koja se asocira na učešće svih ili većine članova društva, ili prikazano kao izraz volje zajednice, koja dobija premise opšteg, utiče na **promenu odnosa u željenom pravcu**, te se kao takvo prihvata sa svim slabostima. Naime, ljudi nisu zadovoljni ali se ne opiru, opovrgavaju ali protiv takve odluke se ne bune, iste osporavaju, ali ne negiraju.

Naivnost prevelikog optimizma globalizacije nije manje od sumnje u njenu mogućnost. Problem nije u procesu globalizacije, već u kriterijumima njene moći u određivanju suštine društvenih promena. **Ako sredstva moći ukazuju na cilj** kojim se želi postići, onda prema onome koji se dešavaju u stvarnosti, moć postaje sredstvo prinude u uspostavljanju novih društvenih odnosa. Parcijalni pristup rešavanju kompleksnih društvenih potreba ukazuje na pretenziju ostvarivanja

uskih interesa, zasnovano na neprincipijalnom principu obećanja, koji ruši svaku nadu očekivanja boljeg. Jednostrano generalizacija osobene društvenosti nepri-mereno drugima nikada neće uživati vrednost opštosti. To može biti samo namet iza koji stoji prinuda moći, kao neadekvetno sredstvo sile za promenu stvarnog odnosa u međusobnim opštenjima ljudi i njihovih promena obučenog života.

## VII

Položaj čoveka u društvu implicira karakter prava, kao refleksije uređenja odnosa iz takvog socijaliteta života, u svojoj logičkoj vezi sa kategorijom celine. Socijalni nagon za grupnim životom i egoistički pristup čoveka u društvenosti odnosa, determinišu strukturu veza ljudi, te određuju mere regulacije iz međusobne upućenosti, zasnovano na faktološkom sliku datih odnosa i futurološkom očekivanju željenih odnosa, kao sintetička kategorija jedinstva suprotnosti celine. Ratio, apsolutistički prikaz veza ovih društvenih postulata vodi paradoksalnom tretmanu međusobne interakcije. Društveni esencijalitet humanog sveta se zasniva na čovekovom mestu u njemu.<sup>12</sup> Kako nije moguće sagledati sve društvene faktore, od uticaja na strukturu društvenih zbivanja, tako se ne može šablonizirati njihov odnos uticaja u održivanju vladavine društvenih odnosa. Stoga, društvenost prava karakterišu standardni odnosi socijalnosti, ispoljena u određenoj formi, kao zbir faktora koji čine platformu date društvene pojave. U sociologiji prava sračunato je pronalaženja puteva, uz analizu sve raspoložive mogućnosti, koristeći poznate metode koji upućuje ostvarivanju cilja obezbeđenja društvenosti bića čoveka.

U iznetom kontekstu, pravu pripada obaveza sprečavanja prinudnog podruštvljanja, skopčano sa spontanom usamljavanjem savremeng čoveka, putem njegove stalne depersonalizacije, u vidu individualističke instrumentalizacije.<sup>13</sup> Nema usavršavanja društvenog oblika, sveopštom promenom života čoveka, koji se sve više usamljuje u kosmopolitizmu, revoltiran na sve što mu ono nudi za njegovu sreću, kao pasivnoj jedinki u globalnom svetu, ravnodušnom o događajima koja se dešavaju u najbližoj okolini, kojim je neposredno zaokružen. Taj rascep, između usamljene svetske jedinke i dinamične promené njegovog položaja u

<sup>12</sup> Zavisnost od društvene moralnosti u međusobnim odnosima ne podrazumeva državni pedagogizam u ponašanjima, niti nadnacionalne preporuke izgrađenih u svetskim odajama i druge institucionalne norme ponašanja poluobavezujućeg tipa, iz kojih stoji neka tupa prinuda, već unutrašnja plemenita duhovna snaga ljudi, kao dobro po sebi i od sebe samog, po kome se karakteriše ljudskost ovog prirodnog bića.

<sup>13</sup> Pravo, u iznetom smislu, se shvata kao složeniji društveni fenomen, te pripada široj oblasti ljudskog stvaralaštva od tradicionalnog tretmana skupa pravila. Pravo, kaže **Karl Larenz**, nije jednostavno pasivni čin supsumcije, nego stvaralački fenomen sa delovanjem na društvene prilike. U protivnom, posmatrano sa aspekta gledanja Emila Dirckema ovom problemu, pravo bi dobilo epitet volje zakonodavca koja bi se uzdigla do izvora prava.

društvu kojoj pripada, u raskoraku između opšteg interesa i stvarne potrebe individua, upućuje pojedinca na uspostavljanju organske veze između posebnosti svog personaliteta i opšteg interesa društva, koja mu obezbeđuje njegov identitet. Ovaj opšti imperativ je osnovni pokazatelj u izboru puta za obezbeđenje društvenog položaja čoveka, u kompleksnom kretanju osavremenjivanja društvenog života, skopčano sa sve većem upućenosti ljude u izgradnji budućih međusobnih odnosa.

Analički gledano, egzistencijalni i vrednosni sudovi su dva čina iste životne predstave, koji se oslanjaju na efikasnosti sredstava obezbeđenja uslova društvenosti života. Egzistencija zajedničkog života bogati i konstruira sistem društvene vrednosti; neizbežnost života u socijalitetu je krajnje ishodište poremećaja društvene vrednosti. Vrednosti nisu sama sebi svrha, već potiču iz potrebe života i odnose se na ljude, kako bi korist ovladao realitetima, koja odgovara zamisli društvenog života. Razmak između vrednosti, kao ideje dobrog, i koristi, kao životne potrebe ljudi, smanjuje se uviđavnošću realiteta u kontest mogućnosti promena na putu spoja vrednosti sa korisnim. Vrednosti se menjaju u objektivnoj istinitosti korisnog, prema datim mogućnostima realnog. Relativizam vrednosti dobija svoju logičnu potvrdu u alternativizmu vrednosti.<sup>14</sup> Inventivnost vrednosti u informativno intelektualnim aktivnostima je skopčana sa oživotvorenjem u realnosti, kroz pretvaranje u korist ljudi. Vrednosti se definišu svojom funkcijom, a korisnost sposobnošću da tu funkciju izvrši.

Uloga društvenosti prava je da svojim regulacijom stavi barijeru patalogiji vrednosti, kao sredstvo usmeravanja ljudi na određeno nekorisno ponašanje, u cilju ostvarivanja određenih interesa grupa i grupacije ljudi. Pravo uživa osobiti epitet društvene vrednosti, između ostalog, i po ulozi sprečavanja društvenog prodora nekulturne vrednosti, kao necivilizovani čin uspostavljanja određenih odnosa ljudi iz međusobnih opštenja. No, pravo će biti nespretno ako ga ne prate saznanja o kompleksnoj pojavi patologije vrednosti, koja bi se pretvorila u realan društveni pokret otpora. Društvena zbilja i pravna regulativa odnosa iz zajedničkog života su komplementarni u ostvarivanju krajnog cilja. Ako je poredak oznaka ljudskog društva, njegova kvalifikacija je pravo. Razume se ne pravo po klišu gotove dokumentacije unapred pripremljenih u svetskim centrima moći od strane koncentracionih krugova, koja se plasira prema raspisivanju tendera za izradu pravnih sistema, nezavisno od feasibility studija vladajućih društvenih odnosa.<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> Podrobnije o tome, Arnold Brecht, *Terorija znanstvenog vrijednosnog relativizma*, Zagreb, 1970, u prevodu Vladimir Ivir.

<sup>15</sup> Norme su, kaže Radomir Lukić (*Teorije država i prava*, Beograd, 1964, str. 114) pravila koja se obraćaju na čovekovu svest koja je relativno slobodna da ih poštuje ili prekrši. Polazeći od ove konstatacije teško je verovati da će živeti pravo čiju regulaciju ne poznaje život koji se odvija u određenoj skupini ljudi. Ne može se prihvatiti ono u šta se ne veruje. Ne veruje se u ono koje nije zaživelo. Pravne norme su uput ponašanja namenjene za društveni poredak kojem se odnosi, koja je stalno u pokretu usavršavanja, te pravna izrada društvenih prilika podrazumeva dogradnju posto-

Prema tome, umeće pretvaranja vrednosti u njegovu suprotnost, ili plasiranje nekorisne stvari kao vrednost,<sup>16</sup> ne sme da nadjača znanje u usmeravanju društvenog kretanja ka željenom pravcu. Utopijska predviđenja za usrećenja čovaka su mogućnosti dalje budućnosti.<sup>17</sup> Prikazivanja dobrim nevredne stvari predstavljaju predviđene varke koje se realizuje obmanom ljudske svesti, koje su kratkog daha, ali koji se preživljavaju kroz obnovu u različitim formamama.<sup>18</sup> Ta vrednost je sam čovek, kao Protagorina mera svih stvari. Individualna egzistencija čoveka, uslovljena sa društvenim životom, ne može se svoditi na granicu slobode u shvaćanju poslušnosti, već granicu sloboda pojedinca određuje sloboda drugih članova datog društva, od značaja za obezbeđenja svoje slobode. Pojedinac je aktivan član društva u pasivnom dejstvu prema aktivnostima drugih članova. Pravo je tu važan konstituens u obezbeđenju jednakosti ostvarivanja sopstvenih interesa. Priroda je tu neprolazni kriterij određivanja norme zajedničkog života. Pozitivnost društvenih kretanja se odvijaju u sklopu permanentnog oslobađanja od kočionog sistema razvoja društvenosti života, nadmašivanjem svih vrsta negativnosti na tom putu, u finišu bilo kojih aspekata. Svrha je kauzalna analiza u iznalaženju faktora, koja će dobiti motornu snagu u procesu vođenja usvaršavanja društvenog oblikovanja života. Ljudska akcija je skupčana sa ciljem da podigne dignitet čoveka, u lancu efekta boljeg zadovoljavanja njegovih potreba, u datim uslovima istorijske mogućnosti.

Reč je, dakle, o dijalektičkom procesu trajnih istorijskih događaja u akciji korigovanja, koji će budućnost opravdavati ili ignorisati, polazeći od nepromenljivog kriterijuma: svet postoji zbog čoveka i sva prirodna bogatstva su u njegovoj službi, u duhu retrospekcije kao heuritička sredstva eksplanatorne uzročnosti.

---

ječeg. Norme se zasnivaju na određenim pravilnostima društvenog poretka, kao osobito merilo postojećeg i osnovana pretpostavka promene na bolje, a ne namet na život društvenosti van karaktera vladajućeg socijaliteta. Klasifikacija prava na univerzalnost i partikularnost predstavlja komplementarnost potvrđene opšte vrednosti u duhu potrebe posebnosti, koju karakteriše struktura života date društvenosti, percepcijom preglednosti svih faktora koji deluju u toj interakciji, unutar konzistentne celine kao mrežni plan procesa izgradnje jedinstvenog pravnog sistema.

<sup>16</sup> F. Nietzsche, u svom delu *Putlarin Alacakaranligi*, u skraćenom naslove knjige, prevedeno na Turskom od strane Husyin Kaytan, Istanbul, 2003, str. 81, čiji naslov iriginala glasi: *Götzendammerung oder: wie man mit einem hammer philosophiert*, kaže, ko je snabden sa silom, odustaje od pameti.

<sup>17</sup> Oštri spor između Sokrata i sofista oko privida ostaje tema rasprave među filozofima do današnjih dana. No, jedno je sigurno, privid je derivacija upoznavanja sveta kroz prizmu realnog života.

<sup>18</sup> Ljudi ne teže uvek utvrđivanju stvarne vrednosti, jer često ostvarivanje svojih uskih interesa nalaze u plasiranju izmišljene vrednosti, kao misaoni oblik razmišljanja o stvarima, od značaja za kreiranje određenih delanja ljudi u društvenim opštenjima, kao stvoreni odnos koji živi suprotno zbilji.



GÜNTER PÜTTNER

## USTAVNO PRAVO I ZADUŽIVANJE DRŽAVE

### U V O D

Dugo godina su evropske države više trošile nego što su naplaćivale, dakle poravnavale su budžet nagomilavanjem dugova. Doduše, uvek je bilo upozoravajućih glasova, ali su u javnosti jedva nailazili na odziv. U ekonomiji su državni dugovi bili tema vekovima.<sup>1</sup> Uvek je bilo glasova koji su upozoravali na zaduživanje, pošto bi njim naredne generacije bile opterećene preko dažbina. Ali su drugi ekonomisti bili mišljenja da država mora nešto da učini za svoju budućnost i u tu svrhu da prihvati dugove kao nužno zlo. Tek odnedavno preovladavaju kritički glasovi, pošto se sada neke države, posebno Grčka, nalaze pred bankrotom, a države, kojima malo bolje ide, su primorane da počnu drugačije da razmišljaju i da promene kurs.

Kako je moglo doći do savremene krize? Ja mislim, da je evro, zajednička valuta koju su pojedinačne države uvele, sada otvoreno izneo na videlo loše stanje koje već dugo lebdi u vazduhu i tako izazvao krizu. Ranije, dok evro nije postojao,

---

Prof. dr. h.c. Günter Püttner, emeritus, Tübingen. (prevod prof. dr. Predrag Stojanović, Pravni fakultet Kragujevac)

<sup>1</sup> O ovoj temi u Nemačkoj postoji preko 100 publikacija, koje ovde ne mogu biti navedene. Kao najvažnija dela treba navesti: Wolfram Höffling, *Zakon o državnom dugu*, Heidelberg 1993; Lutz Wucherpfennig, *Državna zaduženost u Nemačkoj*, Baden-Baden 2007. O stanju zaduženosti detaljno sa statistikama vidi Dieter Engels/Dieter Hugo, *Zaduženost Saveza i pravne granice dugova*, DÖV 2007, str. 445 i sl.



pojedinačne države su uvek mogle da odlažu čas istine, pri čemu su šampale nov novac. Time je stvarana prikrivena inflacija. To se tiče ne samo južnoevropskih država, već svih (ili skoro svih) država u Evropi. Pre svega, u Nemačkoj je u periodu oko 1980. godine, postojao jak talas inflacije, a novac i danas stalno gubi na vrednosti.<sup>2</sup> Doduše, Nemačka i druge države srednje i severne Evrope su još uvek u stanju da se zaduže, ali, ako se sada energično ne promeni kurs, za nekoliko godina će kriza doći i kod nas.

Mogu sebi da dozvolim da krizu ne potkrepljujem brojkama. Mediji su o tome – sigurno i kod vas – detaljno izveštavali. Ali mora da se napomene, da nije lako izračunati visinu državnih dugova. U Nemačkoj moraju da se uzmu u obzir ne samo dugovi Saveza već i pokrajina i opština, što se u svakom slučaju redovno dešava. Posebno na komunalnom nivou takodje postoje “prihvatljivi” dugovi, naime takvi, kod kojih kamate i otplate mogu da se pokriju iz specijalnih prihoda, kao što su energija i vodosnabdevanje.

Osim tih, u službenoj statistici iskazanih dugova, mogu da postoje i “implicitirani dugovi”, koji se knjiže na drugom mestu, ali koji se moraju pripisati državi<sup>3</sup>. Pre svega bi, u ovom kontekstu, trebalo navesti dugove javnih preduzeća. Na primer, u Nemačkoj je Savez godinama prisiljavao Savezne železnice da se znatno zadužuju, što se nije pojavilo u zvaničnoj statistici. Druga mogućnost, da se dugovi sakriju, barem u Nemačkoj, nude socijalna osiguranja, čiji se budžet kreće otprilike na istom nivou kao i budžet Saveza. Osim toga, postoje i mnogi drugi mnogobrojni budžeti (rado nazivani budžeti u senci), koji otvaraju mogućnost zaduživanja.

Verovatno je i Grčka prilikom ulaska u evrozonu na ovaj način sakrila dugove, koji sada stoje otvoreni. Dugovi Grčke su, očigledno, tri puta veći po glavi stanovnika nego u drugim južnoevropskim državama, i naši stručnjaci sumnjaju, da zemlja može da se spase merama koje su sada donete. Ali, ja ne želim da time špekulišem, već da skrenem pitanju, šta treba činiti, tačnije, da li i kako Ustavno pravo može da doprinese prevazilaženju ovog stanja.

*Tradicionalni stav nemačkog Ustavnog prava  
prema zaduživanju države*

Nemački Ustav je, uprkos tužnim istorijskim iskustvima, predvideo neodgovarajuće mere opreza u odnosu na zaduživanje države. Prema prvobitnoj verzi-

---

<sup>2</sup> Doduše, dolar je poslednjih godina u istoj meri izgubio na vrednosti, ali poređenje sa dosta ojačanim švajcarskim frankom pokazuje pad.

<sup>3</sup> Uporedi napomene kod Hanno Kübe u Maunz/Dürig, Komentar osnovnog zakona, tom – br. 243 i sledeći za član 115.

ji člana 115 GG bilo je dozvoljeno uzimanje kredita od strane države; naime, traženo je odgovarajuće ovlašćenje preko Saveznog zakona sa tačnim navodjenjem iznosa kredita. Na početku je to bilo dovoljno, jer je pedesetih i ranih šezdesetih godina bilo moguće, da se budžet uravnoteži bez uzimanja većih kredita. Tek krajem šezdesetih godina to nije uspevalo bez ekspanzije duga, i počela je politika zaduživanja. Doduše, u okviru finansijske reforme godine 1969. pokušalo se, sa nedovoljnim merama, da bori protiv toga. Član 115 GG je izmenjen u tom smislu, da je uzimanje kredita dozvoljavano samo još u visini predviđenih investicija. Neki pokrajinski ustavi su, u tom smislu, dozvoljavali uzimanje kredita za stvaranje vrednosti ostaju, dakle, za investicije koje su trajno korisne.

Ali, ubrzo se pokazalo da je time malo dobijeno. Uvek je bilo dovoljno javnih investicija, koje su bile u skladu sa članom 115 GG, a koje su smele da se finansiraju preko kredita i tako su ostvarivane. Investicije Saveza su se ticale (i tiču se i do danas), pre svega, izgradnje puteva i stvaranja moderne infrastrukture, sve korisne namene, ali koje ne doprinose povećanju prihoda države i zato su imale za posledicu povećavanje dugova države<sup>4</sup>. Osim toga, član 115 GG je sadržao jednu klauzulu-izuzetak za slučaj narušavanja ukupne ekonomske ravnoteže. U teškom položaju uvek se može poći od jednog takvog narušavanja i praviti dugove u skladu sa tim.

Ipak, zaduženost Saveza se do 1990. godine još uvek u izvesnoj meri držala u granicama. Vlada je uvek iznova preduzimala mere da zaduživanje ograniči. Ali, tada je došlo do ponovnog ujedinjenja i sa njom – u najmanju ruku politička – obaveza, da se istočni deo Nemačke, koji je ekonomski bio doveden do propasti, sanira. To je bilo moguće samo putem znatnog novog zaduživanja. Tome, prema vladajućem mišljenju, Ustavno pravo, kao što je već rečeno, nije stajalo na putu.

### *Kritika vladajućeg mišljenja*

U svakom slučaju, već krajem sedamdesetih godina moralo je da se postavi pitanje, da li uprkos širokom shvatanju člana 115 GG, rastuće zaduživanje države ne podleže ustavnopravnom razmatranju. Bilo je različitih kritičkih glasova, ali nisu nailazili na odgovarajući odziv.

Ja sam tada stao u red kritičara i predstavio svoju argumentaciju u jednom predavanju u julu 1980. pred Berlinskim pravničkim društvom<sup>5</sup>, koju danas mogu samo da ponovim i potkrepim.

---

<sup>4</sup> Ako dobro vidim, i u Grčkoj su ogromni državni krediti u velikoj meri potrošeni na izgradnju infrastrukture (posebno povodom Olimpijade), što na mizeriji ništa ne menja.

<sup>5</sup> Objavljeno pod naslovom "Zaduživaje države kao pravni problem", Berlin 1981.

Jer, polazna tačka, sa aspekta ustavnog prava, za ocenu zaduživanja države nije član 115 GG, već u članu 110 GG utemeljena obaveza, da se budžet u prihodima i rashodima uravnoteži u svakom obračunskom periodu. Na kraju krajeva, svako može, pa i država, samo da rashoduje ono što je prihodovala. Doduše, vladajuće mišljenje prihvata član 110 stav 1 alineja 2 GG kao formalni osnovni princip i dopušta poravnanje rashoda kroz prihode iz kredita; ali ova interpretacija ne odgovara stvarnom smislu ravnoteže budžeta. Stvarno poravnanje se ostvaruje samo kada se konačni rashodi pokrivaju konačnim приходima. Prihodi iz kredita nisu konačni prihodi, već privremeni, koji u narednim godinama moraju da se vrate iz dospelih prihoda uz plaćanje kamate.

Kreditno finansiranje budžeta, dakle, nije ništa drugo nego prevremeno korišćenje budućih prihoda; već sada treba da se da nešto što će tek u budućnosti da nastane u приходima, naravno sa posledicom, da u narednim godinama jedan deo prihoda neće biti na raspolaganju rashodima koji tada budu prispeli, već mora da se ostavi za plaćanje prevremeno korišćenih sredstava. Drugim rečima; prostor delovanja budućeg zakonodavca budžeta će biti ograničen prevremenim korišćenjem sredstava preko finansiranja kredita. Izdaci za kamate čine sve veći deo budžeta i sprečavaju nove investicije. Ja sam zbog toga bio i ostao mišljenja, da rastuće zaduživanje države ne odgovara našem demokratskom ustavnom sistemu. Može da se desi da u pojedinačnim slučajevima neki dalekovidni monarh sebi neko vreme dopusti prevremeno korišćenje sredstava i poravna ih kasnijim zaduživanjem (istorija to inače ne potvrđuje), u svakom slučaju demokratska država nije ni stvorena i opremljena za takav način delovanja. Demokratija znači moć na određeno vreme. Suvereni narod daje, kako član 20 GG u Nemačkoj predviđa, parlamentu i vladi funkciju i administrativnu vlast na ograničeno trajanje mandata, a Parlament SR Nemačke se bira na po 4 godine. Iz ovog osnovnog principa „vlast na određeno vreme” sledi da izabrani zakonodavac može da odlučuje samo o konačnim приходima svog izbornog perioda i da ne sme prevremeno da koristi prihode budućih nosilaca vlasti.

Meni su na razne načine protivurečili da je ovakvo gledanje na stvari isuviše usko i kruto. Zakonodavac takodje ne donosi zakone samo za jedan izborni mandat, već na duže vreme i planiranjem i investicijama obavezuje buduću vlast. To je do izvesne mere tačno, ali javna finansijska privreda je za razliku od “normalnog” zakonodavstva, oblikovana za određeni period (kao inače i računovodstvo privatnih preduzeća); predlog procene godišnje ravnoteže budžeta nije samo neka sporedna stvar. Uostalom, budući zakonodavac može ponovo da menja ranije donete zakone (u svakom slučaju dalekosežno), dok postojeće dugove ne može jednostavno da odstrani. To već čini neku razliku.

Kritiku mog stava je takodje izneo Levke Osterloh u jednom razmatranju presude Saveznog ustavnog suda (koja u nastavku teksta treba da bude obrađena)<sup>6</sup>. Ona se ne suprotstavlja eksplicitno tezi nedopustivog opterećenja budućih generacija, ali nema odgovarajuća utemeljenja u Ustavu i naglašava prednost zakonodavnih odluka u odnosu na ono što je politički poželjno.

U svakom slučaju, i ja sam tada morao da priznam, da Ustav nije u dovoljnoj meri jasno izrazio moje tumačenje, tako da su različiti izuzeci zabrane zaduživanja morali biti priznati.

### *Izricanje presude Saveznog ustavnog suda*

Kao i sva sporna ustavna pitanja u Nemačkoj, pitanje prihvatljivosti zaduživanja države se našlo pred Saveznim ustavnim sudom, i to od strane parlamentarne opozicije 1981, tada CDU. Kada je slučaj odlučen u aprilu 1989. godine, CDU je već dugo bila na vlasti, i sada je morala, naime, da zauzme drugačiji stav, čemu se može prigovoriti. Postupak je bio kontrolni postupak normi, pošto se u Nemačkoj o godišnjem budžetu, uključujući uzimanje kredita, odlučuje putem zakona.

Predlagači su najpre načelno izneli uglavnom ono što sam ja već pomenuo. Zatim su bliže obrazložili zašto uzimanje kredita 1981. nedopustivo prevazilazi okvir koji se nalazi u članu 115 GG. Sud je dao sebi puno vremena pre nego što je doneo presudu<sup>7</sup>. Predlog je jednoglasno<sup>8</sup> odbijen. Sud je, doduše, pošao od toga, da samo ozbiljno i trajno narušavanje ravnoteže celokupne privrede može da opravda prekoračenje regularnog okvira kredita, ostali zahtevi (npr. prikladnost, primerenost) nije trebalo da budu postavljeni.

Pre svega, postavlja se pitanje, da li postoji narušavanje ravnoteže celokupne privrede, o kome ne treba da odluči sud već zakonodavac, kome u toj meri pripada "slobodan prostor za procenu i ocenjivanje". Ovaj ustupak zakonodavcu je nemačko Ustavno pravo učinilo u mnogo slučajeva, kako bi izbeglo da sud umesto zakonodavca do detalja ocenjuje ekonomsko stanje ili slično. Sud jedva da se bavio pravilom (kao inače i naučne diskusije tih godina), već pretežno izuzecima, npr., šta bi pojedinačno trebalo da se podrazumeva pod investicijama. Ovo pitanje danas više nije aktuelno.

---

<sup>6</sup> Zaduzenost države kao pravni problem?, NJW 1990, str. 145 i sledeće.

<sup>7</sup> BVerfGE79, str. 311 i sledeće iz aprila 1989.

<sup>8</sup> Dvojica sudija (od osam) nisu mogla da učestvuju, pošto su u to vreme pripadali predlagačima.

Presuda uostalom potvrđuje, tada još uvek opšte shvatanje bezazlenosti državnih dugova. To se ubrzo promenilo. U julu 2007. doneta je druga presuda Ustavnog suda o zaduživanju države, koja je ipak potvrdila osnovna načela prve presude i koja je ponovo naglasila polje rada zakonodavca. Ali tada je presudu donelo samo pet od osam sudija. Trojica sudija su uložila prigovor i iznela svoje mišljenje u posebnoj presudi<sup>9</sup>. Shvatanje većine sudija znači, da propis člana 115 GG o ograničavanju dugova ne može da objasni posledice, već ostaje bez uticaja. Sudovi bi morali strožije da kontrolišu da li zaista postoje uslovi za uzimanje većih kredita<sup>10</sup>. Oseća se početak promene razmišljanja, koje bi posle toga postalo pretežno.

### *Kriza državnog duga – šta činiti?*

Kao što je u uvodu već pomenuto, do promene mišljenja je došlo zaista kasno, naime, tek povodom dužničke krize ili uviđanja, da su evropske države manje ili više prezadužene. Ali, šta treba činiti?

U mom predavanju iz 1980. sam o tome na kraju naveo:

“Država se opet nalazi na pravom putu kada smanji rashode ili poveća prihode ili kombinuje oba. Privatizacije i inflacija mogu u svakom slučaju da pruže propratnu pomoć. U pravnom smislu bila bi primerena, kao što je već rečeno, strožija ustavna odredba o ograničavanju uzimanja kredita; u svakom slučaju, morala bi da se stvori nezavisna i efikasna kontrolna instanca, ako željeni uspeh treba da bude siguran. Dakle, potrebno je učiniti različite napore.”

Ja i danas želim da se čvrsto držim toga. Posebno privatizacije mogu da daju, kako se to u međuvremenu pokazalo, samo skroman doprinos rešavanju problema. To važi i kada se ne želi odbijanje investitora (posebno malih štediša), a zavisi, takodje, od inflacije. U svakom slučaju, samom sebi se može pomoći, ako se skromna inflacija od 3% (što je opšteprihvaćeno) drži kao krajnja granica i ako izostane novo zaduživanje, ili u najmanju ruku ostane ispod stope inflacije.

### *Doprinos Ustavnog suda*

Sada bi trebalo postaviti pitanje kakav doprinos Ustavni sud može da da u cilju obuzdavanja zaduživanja države. Regulatorna koja važi u Nemačkoj od 1969. -

---

<sup>9</sup> Ova mogućnost – oslonjena na američki uzor “*disenting opinion*” – postoji nekoliko decenija u Nemačkoj kod ustavnog suda.

<sup>10</sup> U tom smislu su se takođe izjasnili neki Ustavni sudovi saveznih pokrajina SR Nemačke, uporedi StGH Niederdachsen NVwz 1998, str. 1388; VerfGH Berlin DVBI 2004, str. 308 (310); VerfGH Nordrhein-Westfalen DÖV 2004, str. 121 i sledeće.

uz odobrenje Ustavnog suda - nije mogla da zaustavi zaduživanje države. To važi i za ograničavanje dugova koje je dogovoreno u EU, kojeg se u mnogim slučajevima (kao i Nemačka više godina) ne pridržava i koje, uostalom, dopušta veliko zaduživanje<sup>11</sup>. Nakon što se mnogo diskutovalo o boljem rešenju u leto 2009. zakonodavac je na putu promene Ustava doneo novu regulativu<sup>12</sup>, od koje se sada očekuje efektivno smanjivanje zaduživanja države. Govori se o "kočnici dugova".

Nova regulativa je detaljno zapisana u članu 115 stav 2 Ustava<sup>13</sup>. U prvoj rečenici ovog novog propisa je konačno utvrđeno ono što sam u ono vreme tražio, naime, prihod i rashod države se moraju poravnati bez prihoda iz kredita. Ali, nalazi se i dodatak "načelno", koji prema nemačkom shvatanju značajno obezvređuje propis, pošto otvara vrata za izuzetke i relativizacije. A one se onda opsežno šire u propisu.

Najpre se utvrđuje, da se kod osnovnog načela pravog poravnanja budžeta uzelo u obzir i to, da se neznatno novo zaduživanje, koje je ispod rasta društvenog proizvoda, prihvata kao nužno zlo. To zvuči prihvatljivo, ali znači, da novo zaduživanje, pa čak i ako je umereno, i dalje ostaje dopušteno, a time ne dolazi do smanjivanja zaduživanja<sup>14</sup>. Čak može da se uzme kredit koji to prevazilazi, koji se, doduše, registruje na kontrolnom računu, a koji opet mora da se otplati.

Osim toga postoji još jedan izuzetak od limitiranja kredita u slučaju „prirodnih katastrofa ili izuzetnih teških situacija, koje izmiču kontroli države”. To je razumljiva regulativa posebno u slučaju prirodnih katastrofa, koje se, na sreću, u

---

<sup>11</sup> O tome Wucherpfennig, na navedenom mestu (Prim. 1), str. 170 i sledeće.

<sup>12</sup> Promena ustava od 29.07.2009, BGBl I str. 224 i sledeća. – Razvojni proces toga je opisan kod Kastrop-a i dr., Novi propisi o dugovima u Ustavu, Berlin 2010; Postoji komentar iz pera Hanno Kübe-a, na navedenom mestu (napomena 3).

<sup>13</sup> Ovaj propis glasi: Prihodi i rashodi treba načelno da se izbalansiraju bez prihoda iz kredita. Ovo osnovno načelo je ispunjeno ako prihodi iz kredita ne prelaze 0,35 posto u odnosu na nominalni bruto domaći proizvod. Dodatno treba simetrično uzeti u obzir posledice po budžet u porastu i padu kod konjunktornog razvoja koji odstupa od normalnog stanja. Odstupanja stvarnog uzimanja kredita od gornje granice kredita se registruju na posebnom računu; opterećenja koja prekoračuju graničnu vrednost od 1,5 posto u odnosu na nominalni bruto domaći proizvod, vraćaju je okvire konjunktura. Bliže, posebno sređivanje prihoda i rashoda oko finansijskih transakcija i postupak obračunavanja gornje granice godišnjeg uzimanja neto kredita, uzimajući u obzir konjunktorni razvoj na osnovu iskustvenih okvira konjunktornih kretanja, kao i kontrola i poravnanje odstupanja stvarnog uzimanja kredita od granice propisa, reguliše Savezni zakon. U slučaju prirodnih katastrofa ili vanrednih teških situacija koje izmiču kontroli države i koje bitno utiču na finansijski položaj države, ove gornje granice kredita mogu biti prekoračene na osnovu odluke većine članova Saveznog parlamenta. Odluka treba da se veže za plan otplate. Vraćanje kredita uzetih u skladu sa rečenicom 6 treba da usledi u nekom primerenom roku. – Član 109 stav 3 GG proširuje ovu regulativu takođe i na zemlje, koje narednih godina uopšte ne treba da prave nove dugove.

<sup>14</sup> Uporedi kritiku kod Kübe-a na navedenom mestu (prim. 3), broj na margini 136 i sledeće.

Nemačkoj ne dešavaju tako često. Šta zaista treba da se podrazumeva pod „teškim situacijama” koje izmiču kontroli nemačke države je prilično nejasno. Misli se, sa velikom verovatnoćom, na međunarodne krize koje takodje prodiru na nemačko tržište, ili teške nesrećne slučajeve<sup>15</sup>. Za ovakve slučajeve nemački Ustav zahteva plan otplate i vraćanje kredita “u primerenom roku”. Šta može da bude posledica, ako ovo ne uspe, Ustav ostavlja otvorenim.

Dakle, postoje neki izuzeci od zabrane zaduživanja, koji zahtevaju posebnu interpretaciju. Ako se u nekom slučaju uzimanja kredita tvrdi da se nije pridržavalo kriterijuma, tada ostaje samo put ka Saveznom ustavnom sudu kao 1981. Postupak može, kao i tada, dugo da traje, a sud će parlamentu i vladi nametnuti samo ono što može da se realizuje. Sve u svemu, kočnica dugova će malo smanjiti porast zaduživanja države (nadam se), ali do prave korekcije kursa, u smislu smanjenja zaduženosti države, izgleda da neće doći.

#### ZAKLJUČAK

Kao što je već pomenuto, države evro-zone su se pre nekoliko godina usaglasile da ne prekorače određeni deficit budžeta, dakle, da ograniče novo zaduživanje. Ali, tog dogovora se nisu pridržavale, i on u svakom slučaju kao posledicu nije imao stvarno sprečavanje zaduživanja.

Sada se radi o tome, da se na putu fiskalnog pakta evropske države pridobiju za uvođenje kočnice dugova. Pošto pre svega Nemačka insistira na tome, višestruko je nastao utisak, da druge zemlje treba da se priključe nemačkom putu. Ali, mora da se podseti na to, da opisana kočnica dugova postoji još u nekim zemljama, na primer u Švajcarskoj<sup>16</sup>. Tamo je prema jednoj odredbi Ustava (inače uvedenoj na referendumu), dozvoljeno poravnanje budžeta putem uzimanja kredita samo u izuzetnim slučajevima i mora da se kompenzira u narednim godinama. Takodje i u Švedskoj i Kanadi postoji odgovarajuća regulativa. Ideja kočnice dugova kroz Ustavno pravo nije, dakle, posebna nemačka zamisao.

Doduše, u odnosu na moju kritičku ocenu ustavnopravne kočnice dugova može se postaviti pitanje, šta su na kraju dobile evropske države jednom regulativom, koja jedva da ima efekata u nekom ozbiljnom slučaju. Ja bih odgovarajuće ustavne odredbe, posebno u državama članicama EU, ipak smatrao korisnim. One bi podstakle napore država u cilju ograničenja dugova i konsolidiranja. A neka država, koja povredi regulative, izložila bi se jakim kritikama drugih država, što nije nevažan politički faktor.

<sup>15</sup> Ovaj slučaj navodi Kübe, na navedenom mestu broj na margini 187.

<sup>16</sup> O tome bliže Engels/Hugo, na navedenom mestu (prim. 1), str. 454.

Političari su sada zaista prisiljeni, i to u svim evropskim državama. Svuda mora da se neguje vrlina solidnog ekonomisanja i da se, na početku tako udoban, put u zaduživanje žigoše kao greška. Evropske države moraju da misle na budućnost, to je ono što je važno.

GÜNTER PÜTTNER, LL.D.,  
Professor emeritus, Eberhard Karls Universität Tübingen,  
Juristische Fakultät

## CONSTITUTIONAL LAW AND GOVERNMENT BORROWING

### Summary

The author considers the problem of government borrowing from the aspect of constitutional law, with the temporal distance of 30 years. Back then the national debt of Germany or other EU countries was not a problem, but today has such an extent as to impair, in some ways, the foundations of the European Union. Analysis in the text is devoted to the practice of the Constitutional Court of Germany, and the theory of constitutional law, which treated the problem contradictory. Synthesis of the text shows that the control mechanisms of state debt must be incorporated in the constitutions of EU member states, in similar way that Federal Republic of Germany did by constitutional amendment in year 2009, which refers to the so-called "Debt brake".

In conclusion, author points out that Europe, most of all, needs development and progress, so the question of state borrowing has to have both constitutional and legal-financial treatment.





VLADAN PETROV

**USTAVNI SUD I ZABRANA UDRUŽENJA:  
NADLEŽNOST KOJA MU NE PRISTAJE  
(PRILOG: ŠTA JE USTAVNI MORAL?)**

U V O D

Ustav Srbije od 2006. predvideo je nadležnost Ustavnog suda da odlučuje o zabrani rada političke stranke, sindikalne organizacije ili udruženja građana.<sup>1</sup> Ustavni sud je nadležan i za zabranu verskih zajednica.<sup>2</sup> Razlika je samo u ustavnim osnovima za zabranu udruženja i verskih zajednica.<sup>3</sup> To je široko postavljena nadležnost ovog organa, koji u većini država odlučuje isključivo o zabrani poli-

---

Dr Vladan Petrov, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Rad je nastao u okviru Projekta "Konstitucionalizam i vladavina prava u izgradnji nacionalne države – slučaj Srbije" u realizaciji Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu i Fakulteta političkih nauka u Beogradu.

<sup>1</sup> Član 167. stav 3. Ustava Srbije od 2006.

<sup>2</sup> Član 44. stav 3. Ustava Srbije od 2006.

<sup>3</sup> Prema članu 55. stavu 4. Ustava, "Ustavni sud može zabraniti samo ono udruženje čije je delovanje usmereno na nasilno rušenje ustavnog poretka, kršenje zajemčenih ljudskih ili manjinskih prava ili izazivanje rasne, nacionalne ili verske mržnje". Prema članu 44. stavu 3. Ustava, "Ustavni sud može zabraniti versku zajednicu samo ako njeno delovanje ugrožava pravo na život, pravo na fizičko ili psihičko zdravlje, prava dece, pravo na lični i porodični integritet, pravo na imovinu, javnu bezbednost i javni red ili ako izaziva i podstiče versku, nacionalnu ili rasnu netrpeljivost".

tičkih stranaka.<sup>4</sup> U ustavnoj teoriji, nadležnost ustavnog suda da zabranjuje političke stranke smatra se bitnim elementom njihove konstitucionalizacije, dok se zabrana drugih udruženja, čija je priroda drukčija, ne tretira kao ustavna materija. Otuda, ni kao posao koji treba da obavlja ustavni sud.<sup>5</sup> Ovo stanovište, čini se, potvrđuje i praksa Ustavnog suda Srbije od 2006. do danas. Ustavni sud je postupao u četiri predmeta, donevši dve meritorne odluke, u slučajevima “Nacionalni stroj” i “Obraz”. U druga dva slučaja, jednom je Ustavni sud ispravno odbacio predlog Republičkog javnog tužilaštva za zabranu “ekstremnih podgrupa u okviru udruženja građana i van udruženja (tzv. navijačkih grupa), zbog nepostojanja ustavnih i zakonskih pretpostavki za vođenje postupka”,<sup>6</sup> dok je drugi put obustavljen postupak, jer je Tužilaštvo odustalo od predloga.<sup>7</sup>

Slučajevi “Nacionalni stroj” i “Obraz” suštinski se razlikuju, ali imaju i nešto zajedničko. Pravna analiza obe odluke ukazuje na to da Ustavnom sudu ova nadležnost ne pristaje. U slučaju “Nacionalni stroj”, Ustavni sud je doneo odluku bez ustavnog i zakonskog osnova, prisvajajući za sebe nadležnost koju mu Ustav nije ni dao. U slučaju “Obraz”, Ustavni sud je bio nadležan da odlučuje, ali obrazloženje Odluke je takvo da dovodi u sumnju ispravnost konačne odluke.

*Slučaj “Nacionalni stroj”<sup>8</sup> – izmišljena nadležnost,  
izmišljena i odluka*

Republičko javno tužilaštvo je podnelo predlog za zabranu tajnog udruženja “Nacionalni stroj” 14. oktobra 2008. godine. Prema Ustavu, “zabranjena su tajna i paravojna udruženja”.<sup>9</sup> Pre ovog slučaja, značenje ove norme bilo je kristalno jasno. Ustav zabranjuje tajna i paravojna udruženja i nijedan državni organ, pa ni Ustavni sud, nije nadležan da zabranjuje ono što je najvišim pravni aktom već zabranjeno. To je zabrana udruženja po sili Ustava. Premda retka u modernim ustavima, jer je više deklarativne prirode, ona podrazumeva da “tu nema me-

<sup>4</sup> U državama u regionu (bivšim jugoslovenskim republikama, V. P.), čiji ustavi predviđaju ovu nadležnost Ustavnog suda, ona se odnosi samo na političke stranke ili političke stranke i druge političke organizacije, kakvo je rešenje poznavao i Ustav Srbije od 1990.

<sup>5</sup> Vidi: V. Petrov, “Ustavni sud i zabrana rada političkih stranaka (i drugih udruženja)”, Zbornik radova *Aktuelnost i značaj ljudskih prava i sloboda*, Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu, 2011, str. 133–145.

<sup>6</sup> Zaključak VIIIU-279/2009 od 17. marta 2011. godine.

<sup>7</sup> Rešenje o obustavljanju postupka VIIIU-250/2009 od 19. septembra 2011.

<sup>8</sup> Predmet VIIIU-171/2008.

<sup>9</sup> Član 55. stav 4. Ustava Srbije od 2006.

sta nadležnosti Ustavnog suda, nego nadležnosti drugih državnih organa kad se ta zabrana ne poštuje”.<sup>10</sup>

Umesto da donese zaključak kojim odbacuje predlog Republičkog javnog tužilaštva, Ustavni sud je zasnovao svoju nadležnost na članu 167. stavu 3. Ustava, koji glasi: “Ustavni sud odlučuje o zabrani rada političke stranke, sindikalne organizacije ili udruženja građana”. Ova odredba ne može se tumačiti odvojeno, već samo u vezi sa čl. 55. st. 2–4. Ustava.

“Udruženja se osnivaju bez prethodnog odobrenja, uz upis u registar koji vodi državni organ, u skladu sa zakonom”.<sup>11</sup> “Zabranjena su tajna i paravojna udruženja”.<sup>12</sup> “Ustavni sud može zabraniti samo ono udruženje čije je delovanje usmereno na nasilno rušenje ustavnog poretka, kršenje zajemčenih ljudskih ili manjinskih prava ili izazivanje rasne, nacionalne ili verske mržnje”.<sup>13</sup>

Među ovim odredbama, “uljez” je odredba člana 55. stava 3. Ustava, jer ona ne predviđa nadležnost Ustavnog suda da zabranjuje tajna i paravojna udruženja. Dakle, Ustavni sud može zabraniti samo udruženje (član 167. stav 3) koje je osnovano u skladu sa zakonom (član 55. stav 2) iz razloga predviđenih članom 55. stavom 4. Ustava.<sup>14</sup> Ustavni sud, međutim, ne može, pozivajući se na član 167. stav 3. Ustava, da zabrani tajno udruženje, jer to nije nadležnost koju mu je Ustav poverio.

Da je ovo tumačenje ustavnih normi u skladu sa voljom ustavotvorca potvrđuje izvorni tekst Zakona o Ustavnom sudu od 2007.<sup>15</sup> Prema članu 81. ovog zakona, kad Ustavni sud donese odluku o zabrani udruženja, ona se dostavlja nadležnom organu radi brisanja udruženja iz registra. Tajno udruženje nije ni upisano u registar, pa se iz njega ne može ni brisati. Pošto je brisanje iz registra jedina pravna sankcija za udruženje koje je zabranjeno odlukom Ustavnog suda, postavlja se pitanje kakvo pravno dejstvo može imati odluka kojom se “zabranjuje” tajno udruženje koje je Ustavom već zabranjeno. Takva odluka ne može imati nikakvo pravno dejstvo.

---

<sup>10</sup> R. Marković, *Ustavno pravo*, Beograd, 2010, str. 551.

<sup>11</sup> Član 55. stav 2. Ustava Srbije od 2006.

<sup>12</sup> Član 55. stav 3. Ustava Srbije od 2006.

<sup>13</sup> Član 55. stav 4. Ustava Srbije od 2006.

<sup>14</sup> Zakon o udruženjima od 2009. predviđa još nekoliko osnova zabrane udruženja. To su: 1) narušavanje teritorijalne celokupnosti Republike Srbije; 2) izazivanje i podsticanje neravnopravnosti, mržnje i netrpeljivosti zasnovane na bilo kojoj pripadnosti ili opredeljenju, kao i polu, rodu, fizičkim, psihičkim ili drugim karakteristikama ili sposobnostima. Ovi zakonski osnovi sporni su staništa ustavnosti i mogli bi se jedino tumačiti kao preciziranje ili konkretizacija ustavnih osnova.

<sup>15</sup> *Službeni glasnik RS*, br. 109/2007.

O tome Ustavni sud nije vodio računa. Ustavni sud nije uradio ono što je jedino mogao: da se oglasi nenadležnim. Umesto toga je, najpre, ustanovio da postoje formalni nedostaci u organizaciji i delovanju "Nacionalnog stroja" (npr. "Nacionalni stroj" nije upisan ni u Registar političkih stranaka, ni u Registar udruženja), ali oni nisu takvi da bi se "Nacionalnom stroju" odrekao karakter udruženja. Zatim je potvrdio navode Republičkog javnog tužilaštva, zaključivši da se "radi o tajnom udruženju".

Da je prihvatio ispravno tumačenje člana 55. stava 4. Ustava, prema kojem su tajna udruženja zabranjena po sili Ustava, Ustavni sud bi doneo zaključak o odbacivanju predloga. Ustavni sud je, međutim, više od dve i po godine nakon pokretanja postupka (2. jun 2011), doneo meritornu odluku, zasnivajući svoju nadležnost na članu 167. stavu 3. Ustava. Pošto se član 167. stav 3. ne odnosi na tajna udruženja, Ustavni sud je doneo odluku koja nije imala valjan pravni osnov. Ovaj organ je, dakle, povredio Ustav, prisvojivši za sebe nadležnost koju mu Ustav ne daje.<sup>16</sup> Slobodnije rečeno, Ustavni sud je izmislio nadležnost. Izmišljena nadležnost proizvela je i izmišljenu odluku, tj. odluku koju važeće pravo, u trenutku njenog donošenja, nije poznavalo.

Pošto nije mogao da zabrani udruženje koje je, po sili Ustava, već zabranjeno, Ustavni sud je doneo odluku kojom konstatuje da je "Nacionalni stroj" tajno udruženje, čije je delovanje zabranjeno Ustavom.<sup>17</sup> Ovakvom odlukom pomešana su dva nivoa ustavne zabrane udruženja. "Izjednačena je tajna organizacija – udruženje sa, saglasno Ustavu i odgovarajućim zakonima obrazovanom organizacijom – udruženjem, koje se svojim delovanjem kvalifikovalo za brisanje iz odgovarajućeg registra..."<sup>18</sup>

Odluka u slučaju "Nacionalni stroj" nije doneta u zakonom predviđenom postupku, jer se, kako je i Ustavni sud konstatovao u obrazloženju, članovi 80–82. Zakona o Ustavnom sudu (koji uređuju postupak zabrane udruženja) nisu mogli primeniti na udruženje koje je već zabranjeno Ustavom.

Zabrana udruženja u našem pravu podrazumeva isključivo brisanje udruženja čije je delovanje protivpravno iz odgovarajućeg registra, a to Ustavni sud svojom odlukom nije mogao naložiti, jer "Nacionalni stroj" i nije bio upisan u

<sup>16</sup> To stanovište zauzela je i sudija Olivera Vučić, koja je dala izdvojeno mišljenje. Tako, sudija Vučić tvrdi da su u postupku bile izražene "dve polazne manjkavosti". Prva je potekla od Republičkog javnog tužilaštva koje je tražilo zabranu tajnog udruženja, a druga, još neshvatljivija, od Ustavnog suda koji je prisvojio nadležnost koju po Ustavu nema. Vidi: Izdvojeno mišljenje u predmetu VIIU-171/2008, *Službeni glasnik RS*, br. 50/11.

<sup>17</sup> U stavu 1. dispozitiva Odluke stoji: "Utvrđuje se da je organizacija 'Nacionalni stroj' tajno udruženje, čije je delovanje zabranjeno saglasno Ustavu".

<sup>18</sup> Izdvojeno mišljenje u predmetu VIIU-171/2008, *Službeni glasnik RS*, br. 50/11.

registar. Stoga je Ustavnom sudu preostalo da “zabrani” upis ove organizacije u registar (stav 2. dispozitiva), zabrani Organizaciji delovanje, promovisanje i širenje programskih ciljeva i ideja (stav 3), kao i da naloži drugim državnim organima i organizacijama da u okviru svojih ovlašćenja preduzmu mere za sprovođenje ove odluke (stav 3). Zabrane i nalozi u dispozitivu Odluke nisu bili zasnovani na važećem pravu, tako da ni odluka Ustavnog suda u slučaju “Nacionalni stroj” nije mogla imati nikakvo pravno dejstvo.

U delu javnosti Odluka o “zabrani” tajnog udruženja “Nacionalni stroj” ocenjena je kao potvrda zrelosti srpskog društva da se institucionalnim sredstvima odbrani od krajnosti demokratije. Stručna javnost nije se previše uznemirila zbog ovakve odluke, valjda iz bojazni da ne bude proglašena antidemokratskom. Ipak, bilo je jasno da bi Ustavni sud ubuduće trebalo da zasnuje svoju odluku na valjanom pravnom osnovu. Stoga je Zakonom o izmenama i dopunama Zakona o Ustavnom sudu od 2011, dodat član 81a.<sup>19</sup> Prema članu 81a stavu 1, “kada je predlogom tražena zabrana tajnog ili paravojnog udruženja, Ustavni sud će svojom odlukom utvrditi da je delovanje takvog udruženja zabranjeno Ustavom”. Prema članu 81a stavu 2, Ustavni sud “može odrediti preduzimanje mera koje su neophodne da se spreči delovanje tajnog ili paravojnog udruženja”. Član 81a Zakona je pokušaj da se “konvalidira” Odluka u slučaju “Nacionalni stroj” i ustanovi pravni osnov za buduće odlučivanje Ustavnog suda u vezi sa tajnim udruženjima. Ovaj član nije u skladu sa Ustavom. Ne može se zakonom urediti nadležnost Ustavnog suda u vezi sa tajnim udruženjima kad tu nadležnost Sud po Ustavu nema.

*Slučaj “Obraz”<sup>20</sup> – nesporna nadležnost,  
sporno obrazloženje*

Republičko javno tužilaštvo je 25. septembra 2009. godine pokrenulo postupak za zabranu rada Udruženja građana “Otačastveni pokret Obraz”, zbog delovanja koje je usmereno na nasilno rušenje ustavnog poretka, kršenje zajemčenih ljudskih ili manjinskih prava ili izazivanje rasne, nacionalne i verske mržnje. Pošto je podatke prikupljao više od dve godine, Ustavni sud je zakazao javnu raspravu (14. decembra 2011), na kojoj su se kao sporna postavila sledeća ustavnopravna pitanja:

– Da li se u pojedinim dokumentima programskog karaktera, koja se nalaze na zvaničnoj internet prezentaciji udruženja “Obraz”, nalaze stavovi u kojima je izražena diskri-

---

<sup>19</sup> Službeni glasnik RS, br. 99/11.

<sup>20</sup> Predmet VIIU-249/2009.

minacija na osnovu nacionalne pripadnosti, političkog ili drugog uverenja, vere ili seksualne orijentacije?

– Da li se delovanjem članova Udruženja narušavaju ustavom garantovana prava i slobode pojedinaca ili grupe lica koja se odnose na slobodu mišljenja i izražavanja (član 46. Ustava), slobodu okupljanja (član 54. Ustava) i zabranu izazivanja rasne, nacionalne, verske ili druge netrpeljivosti (član 49. Ustava)?

– Koji vid protivzakonitog ponašanja članova udruženja čija se zabrana traži predstavlja donji prag tolerancije njihovog delovanja u odnosu na razloge zabrane udruživanja iz člana 55. Ustava?

– Da li su do sada preduzete mere državnih organa u suzbijanju protivpravnih radnji pojedinaca kao članova Udruženja adekvatne društvenoj opasnosti delovanja ovog udruženja u domenu kršenja Ustavom zajemčenih ljudskih ili manjinskih prava?

– Da li je svrha mere zabrane rada Udruženja proporcionalna društvenoj opasnosti delovanja ovog udruženja i njegovih članova, imajući u vidu Ustavom zajemčenu slobodu udruživanja iz člana 55. Ustava?

Odluka kojom se zabranjuje rad Udruženja građana “Otačastveni pokret Obraz” i nalaže brisanje ovog udruženja iz Registra, doneta je na sednici od 12. juna 2012. godine.<sup>21</sup> “Obraz” je zabranjen, jer je njegovo delovanje bilo usmereno na kršenje zajemčenih ljudskih i manjinskih prava i na izazivanje nacionalne i verske mržnje. Ustavni sud nije utvrdio da se ovo udruženje može zabraniti i po osnovu nasilnog rušenja ustavnog poretka i izazivanja rasne mržnje, kako je tražilo Republičko javno tužilaštvo.

Obrazloženje Odluke o zabrani “Obraza” ima određenih slabosti, koje su ostavile sumnju da je odluka mogla biti i drugačija. To se odnosi i na celokupno postupanje Ustavnog suda u ovom sporu.

Najpre, postavlja se pitanje zašto je Ustavnom sudu bilo potrebno toliko vremena da donese Odluku. Postupak je pokrenut 25. septembra 2009. godine. Ustavni sud je tek 15. juna 2010. godine zatražio od predlagača da dostavi pojedine dokaze koji nisu bili dostavljeni uz predlog, a navedeni su kao dokaz. Javna rasprava održana je godinu i po dana kasnije (14. decembra 2011). Odluka je doneta sedam meseci posle javne rasprave (12. juna 2012). Ako se ova sporost u postupanju i odlučivanju ne objašnjava namernim odugovlačenjem ili “zaguše-nošću” predmetima koji su imali prioritet, razlog treba tražiti u samoj nadležnosti Ustavnog suda, koja je više primerena krivičnom sudu. Ustavni sud očigledno lakše “sudi” pravnim aktima, nego činjenicama, ljudima i udruženjima. Ovo drugo nije njegova prirodna nadležnost.

---

<sup>21</sup> Odluka o zabrani rada Udruženja građana “Otačastveni pokret Obraz” objavljena je u Službenom glasniku mesec dana kasnije. *Službeni glasnik RS*, br. 69/12.

Nadalje, u obrazloženju Odluke nema načelnih stavova o najvažnijim ustavnopravnim pitanjima koja su se postavila u ovom sporu. Nisu čak ni sumarno izneti različiti stavovi stručnjaka koji su učestvovali na javnoj raspravi. To govori da je javna rasprava održana samo da bi se ispunila zakonska obaveza. Bez argumenata “za” i “protiv” zabrane Udruženja, olako se stiče utisak da sve činjenice idu u prilog zabrani. Ispada da je čitavo obrazloženje skrojeno tako da što jače opravda donošenje jedino moguće odluke, da se “Obraz” zabrani. “Stiče se utisak da je Sud pristupio donošenju Odluke o zabrani Udruženja građana ‘Otačastveni pokret Obraz’...kao da se radi o *prima facie* osnovanom predlogu za zabranu rada ovog udruženja koji ne izaziva bilo kakve pravne dileme i nedoumice.”<sup>22</sup>

Treba istaći i da je zabrana udruženja najstroža mera koja se može preduzeti protiv udruženja. Ona mora biti srazmerna društvenoj opasnosti koju udruženje svojim delovanjem izaziva i neophodna da bi se sačuvao demokratski poredak. “Srazmernost” i “neophodnost” su dva povezana, ali različita merila. Delovanje udruženja može prouzrokovati visok stepen društvene opasnosti, kao što je, na primer, ozbiljno ugrožavanje demokratskog poretka. U tom slučaju, mera zabrane udruženja je srazmerna društvenoj opasnosti koje to udruženje svojim delovanjem proizvodi. Ipak, ne mora značiti da je izricanje ove mere i neophodno, jer se neophodnost vezuje za nemogućnost da se drugim merama postigne cilj, tj. očuva demokratski poredak. Dakle, “srazmernost” i “neophodnost” mogu, ali ne moraju “ići ruku pod ruku”. Ustavni sud je, čini se, ova dva merila pomešao. Utvrđujući srazmernost za izricanje zabrane rada Udruženja, koristio je elemente koji su relevantni za utvrđivanje neophodnosti za donošenje takve odluke. Ti elementi su: društveno-istorijske prilike u kojima se država nalazi i nedovoljna delotvornost mera nadležnih organa u zaštiti tzv. legitimnog cilja.

Kad je reč o društveno-istorijskim prilikama, Ustavni sud je ocenio “da je Republika Srbija relativno nedavno prošla kroz veoma težak istorijski period opterećen ratovima podstaknutim nacionalnom i verskom suprotstavljenosti naroda u regionu i da je demokratsko pluralističko društvo koje se izgrađuje još uvek opterećeno brojnim predrasudama koje imaju svoje duboke korene u istoriji naroda na prostorima Balkana”. Stoga je “od posebnog značaja zaštiti najvažnije društvene vrednosti svim sredstvima i blagovremeno sprečiti sve one pojave koje mogu, naročito stvaranjem okruženja nesigurnosti i straha za pripadnike čitavih društvenih grupa, poništiti napore kojima se iskazuje demokratska tradicija srpskog naroda”.

Što se tiče mera koje su nadležni organi preduzeli, Ustavni sud je ocenio da “one nisu bile dovoljne”, jer “nadležni organi nisu uspjeli da suzbiju delovanje

---

<sup>22</sup> Odbijajuće izdvojeno mišljenje u predmetu Ustavnog suda VIIU-249/2009.



Udruženja, koje je usmereno na kršenje zajemčenih ljudskih prava i sloboda”. U popisu preduzetih mera, nalaze se dve osuđujuće presude, jedna Višeg suda u Beogradu, a druga Prvog osnovnog suda u Beogradu, koje nisu pravnosnažne. Pravnosnažnost osuđujuće presude izrečene članu udruženja nije neophodan uslov za odluku o zabrani udruženja. Ipak, nepostojanje takve pravnosnažne presude rađa sumnju u ispravnost ocene Ustavnog suda o neophodnosti zabrane rada “Obraza”, jer druge mere “nisu bile dovoljne”.

U Nemačkoj, u kojoj je institut zabrane udruženja vrlo razvijen, postoji teorijsko mišljenje prema kojem, da bi se izrekla mera zabrane rada udruženja, nije nužno da prethodno bude pokrenut krivični postupak protiv članova udruženja ili da postoji osuđujuća presuda. U praksi, međutim, prvo se kažnjavaju članovi udruženja za individualne aktivnosti, dok se udruženje “kažnjava” zabranom tek ukoliko se dokaže da je individualna aktivnost u tesnoj povezanosti sa delovanjem udruženja.<sup>23</sup>

Dakle, neophodnost izricanja mere zabrane rada Udruženja “Obraz” nije dovoljno ubedljivo argumentovana, a srazmernost za izricanje ove mere nije ni utvrđena. Ustavni sud to nije mogao učiniti i stoga što nije utvrdio koja su konkretno Ustavom zajemčena ljudska i manjinska prava povređena. Ustavni osnov “kršenje Ustavom zajemčenih ljudskih i manjinskih prava” je krajnje uopšten. Ovaj osnov zahteva konkretizaciju u vidu tačnog navođenja ustavnih odredaba o ljudskim i manjinskim pravima koja su povređena aktivnošću udruženja.

Zbog ovih, ali i drugih slabosti Obrazloženja sudija Katarina Manojlović Andrić nije glasala za zabranu rada “Obraza”, već je dala izdvojeno mišljenje.<sup>24</sup> Sudija Manojlović Andrić je, najpre, izrazila sumnju u neophodnost da Ustavni sud odlučuje o zabrani udruženja građana, izuzev političkih stranaka. “Značaj političkih stranaka u demokratskom društvu i značaj udruženja građana, od kojih većina nema politički karakter, nikako ne može biti isti, pa se postavlja pitanje da li Ustavni sud uopšte treba da se bavi zabranom političkog delovanja udruženja, koja često imaju manje od 100 članova”. Kad je već Ustav odredio takvu nadležnost Ustavnom sudu, sudija Manojlović Andrić je ukazala na nužnost restriktivne i krajnje obazrive primene propisa o zabrani udruženja. Ona je istakla i potrebu da Ustavni sud utvrdi načelne pravne stavove o ustavnom ograničenju slobode udruživanja. Prilikom da to učini imao je u ovom sporu, ali nju je propustio.

Ustavni sud nije dovoljno vodio računa ni o karakteru postupka u kojem se odlučuje o zabrani rada udruženja. Po mišljenju sudije Manojlović Andrić, to je

<sup>23</sup> Stojan Mićović, “Zabrana udruženja u Srbiji u svetlosti uporednog prava”, članak u pripremi za objavljivanje.

<sup>24</sup> Sa stavom sudije Katarine Manojlović Andrić saglasila se i sudija Olivera Vučić, koja je potpisala izdvojeno mišljenje. Vidi: Odbijajuće izdvojeno mišljenje u predmetu VIIU-249/2009.

“specifičan dvostranački postupak u kome se odlučuje o ograničenju slobode udruživanja, pa stoga pravila postupka moraju da pruže garancije pravičnog suđenja – javnost, kontradiktornost, ‘jednakost oružja’ i pravo na obrazloženu odluku”. Ustavni sud je obezbedio javnost, dok su ostale garancije pravičnog suđenja dovedene u pitanje. “Odluka Suda nije zasnovana na kontradiktornom načelu. U Odluci je izostalo sučeljavanje navoda, tvrdnji, stavova i dokaza koje su na javnoj raspravi izneli učesnici u postupku”.<sup>25</sup> Sudija Manojlović Andrić je istakla da “je prilikom utvrđivanja činjeničnog stanja povređeno ‘načelo jednakosti oružja’, kao i da je ocena navedenih dokaza izvršena očigledno na štetu ‘Obraza’.<sup>26</sup> Pri tom, utvrđivanje činjenica o aktivnostima članova “Obraza” izvršeno je na selektivan način, “jer nisu izvedeni dokazi koji su dostavljeni Ustavnom sudu, niti su ocenjeni navodi punomoćnika Udruženja da za određene aktivnosti ne postoje konkretni dokazi...”. Stoga, “Odluka ne zadovoljava standarde u pogledu obrazloženja, koje je Ustavni sud postavio kada su u pitanju odluke redovnih sudova, kao predmet odlučivanja po ustavnim žalbama”.

Ustavni sud je propustio da odgovori i na jedno od najvažnijih ustavnopravnih pitanja u ovom sporu o tome koji vid protivzakonitog ponašanja članova udruženja čija se zabrana traži predstavlja donji prag tolerancije njihovog delovanja u odnosu na zabranu udruženja iz člana 55. Ustava. “...Kako Odluka ne sadrži činjeničnu građu koja je utvrđena na pravno valjan način, nemoguće je izjasniti se o tome da li izrečena mera zabrane može da izdrži test proporcionalnosti i nužnosti u konkretnom slučaju”. Prema sudiji Manojlović Andrić, “nedostatnost obrazloženja i nedoslednost argumentacije” su “ključne slabosti” Odluke o zabrani “Obraza”.

Prema tome, Odluka o zabrani “Obraza”, tačnije njeno obrazloženje, ukazuje na tri bitne stvari u vezi sa nadležnošću Ustavnog suda da zabranjuje (politička) udruženja. Prvo, u našoj ustavnopravnoj teoriji odavno postoji stanovište da Ustavni sud nije dovoljno osposobljen da utvrdi činjenično stanje u ovom speci-

---

<sup>25</sup> Na primer, u Odluci nije ocenjen nijedan navod odbrane, osim izjave predstavnika “Obraza” koja se odnosi na vreme i okolnosti kada je nastao jedan od dokumenata ovog udruženja (“Proglas Srbskim neprijateljima”).

<sup>26</sup> Sudija Manojlović Andrić smatra da je sadržina najvažnijih dokumenata Udruženja predstavljena u dovoljnoj meri da bi se sagledali program i ciljevi Udruženja, ali da su svi dokumenti, izuzev Statuta (“Statutom opredeljeni, opšti ciljevi udruženja, posmatrani sami za sebe ne daju povod za zabranu rada ovog udruženja”), ocenjeni potpuno suprotno njihovoj sadržini, pa stoga sudija Manojlović Andrić zaključuje da je reč o “tendencioznom tumačenju u službi usvajajuće Odluke”. Na primer, u “Proglasu Srbskim neprijateljima” tačno su označene grupe na koje se ovaj dokument odnosi, ali je Ustavni sud proširio značenje dokumenta na narode u celini kojima te grupe pripadaju, iako se, prema mišljenju sudije Manojlović Andrić, iz samog teksta pripisano značenje ne nazire.

fičnom postupku koji počiva na načelu kontradiktornosti.<sup>27</sup> Obrazloženje Odluke to nedvosmisleno potvrđuje.

Drugo, Odluka o zabrani "Obraza" potvrđuje da je ustavni osnov "kršenje zajemčenih ljudskih ili manjinskih prava" teško primenjiv u praksi, jer stvara probleme u tumačenju. Osim crnogorskog, ustavi bivših jugoslovenskih republika ne predviđaju ovaj osnov za zabranu političkih udruženja, a isto važi i za ustave zapadnoevropskih zemalja.

Treće, Ustavni sud je nesigurni čuvar ustavne demokratije, jer ne pokazuje dovoljnu spremnost da zauzima jasne i principijelne pravne stavove o bitnim ustavnopravnim pitanjima, što se vidi iz dosadašnje prakse i u vezi sa zabranom udruženja.

*Zabrana udruženja:  
nadležnost Ustavnog suda koja mu ne pristaje*

Dva opisana slučaja pred Ustavnim sudom razlikuju se prema svojoj prirodi. Prvi, koji je okončan konstatacijom Ustavnog suda da je "Nacionalni stroj" tajno udruženje koje je zabranjeno saglasno Ustavu, počiva na dvema osnovnim greškama. Prva je greška podnosioca predloga koji je pokrenuo postupak za zabranu tajnog udruženja zabranjenog po sili Ustava.

Druga je greška Ustavnog suda koji je zasnovao nadležnost, pozivajući se na član 167. stav 3. Ustava, iako se ovaj član ne odnosi na tajna udruženja. Prisvojivši nadležnost koju po Ustavu nema, Ustavni sud je doneo odluku koju važeće pravo, u tom momentu, nije poznavalo. Izmišljena nadležnost, izmišljena i odluka. Slučaj "Nacionalni stroj" je pokazao da Ustavni sud luta između prava i politike, ali da se lutanje, po pravilu, završava u "krilima" politike.

U drugom slučaju, Ustavni sud je bio nadležan da odlučuje, ali su njegovo postupanje i obrazloženje Odluke, u značajnoj meri, dali za pravo teorijskom stanovištu koje se zalaže za "razvlašćivanje" Suda u materiji zabrane (političkih) udruženja. "Sudski postupak i pažljivo pravničko balansiranje argumenata za i protiv nije zaista najbolje sredstvo za suprotstavljanje ekstremističkim političkim stavovima".<sup>28</sup> Zabrana (političkih) udruženja je nadležnost koja Ustavnom sudu ne pristaje.

---

<sup>27</sup> Vidi: Lj. Slavnić, "Konstitucionalizacija politike – političke stranke i Ustavni sud, predlozi za novi ustav Srbije", *Srpska politička misao*, br. 1–4/2003, str. 116.

<sup>28</sup> Xans-Xajnrih Fogel, "Zabrana političkih stranaka u Nemačkoj", *Ustavno ograničenje slobode udruživanja*, Ustavni sud Republike Srbije, Evropska komisija za demokratiju putem prava – Venecijanska komisija, Beograd, 2010, str. 29.

*Prilog: Šta je ustavni moral?*

U autorskom tekstu u *Politici* od juna 2012. godine, profesor Darko Simović piše o ustavnom moralu i (ras)podeli vlasti. O ustavnom moralu retko se piše i govori. Taj izraz se koristi sporadično, a pisci koji to čine, uglavnom, ne objašnjavaju preciznije šta je ustavni moral i koja je njegova uloga. Ovaj pojam, poput “ustavne kulture”, “duha ustava” i sl., karakteriše visok nivo apstrakcije, tako da ga mnogi pravnici ne razumeju i ne prihvataju. Strogi pravnik pozitivista rekao bi da pojam ustavnog morala ne treba definisati, jer ga važeće pravo i ne poznaje. Ustavni moral i slične pojmove treba ostaviti tamo gde im je i mesto; u tekstovima profesora ustavnog prava.

Odavno je, međutim, uočeno da ustav nije samo tekst ili ono što u njemu izričito stoji. Ustav čine i njegove praznine, koje su nekad posledica ustavotvorčevog propusta, a nekad svesnog plana da sa ustavnim normama čine organsko jedinstvo. Ustav se sastoji i od apstraktnih, više političko-ideoloških nego pravnih načela. Ta načela su stubovi ustavnog poretka, koji izmiču preciznom pravnim definisanju. Značaj ovih načela je takav da bi odricanje od njih podrazumevalo urušavanje kompletnog ustavnog poretka. Na primer, moderna ustavna demokratija počiva na vladavini prava. Ovo načelo retko se definiše u ustavima (ima ustava koji i to pokušavaju, kao što je Ustav Srbije od 2006). Ipak, to načelo ne dovodi se u pitanje u zemljama sa razvijenom svešću o neophodnosti njegovog poštovanja kao elementa ustavne demokratije. Upravo je ta svest jedan od bitnih činilaca ustavnog morala. Smatra se da ona mora biti naročito prisutna kod nosilaca političke vlasti i da se prevashodno izražava kao svest o samoograničenju. Drugim rečima, suštinski element ustavnog morala je svest nosilaca političke vlasti o tome da je njihova vlast sadržinski i vremenski ograničena.

Darko Simović navodi kao primer nepoštovanja ustavnog morala pokušaj bivšeg predsednika Republike Tadića koji se, u nameri da vrši tu funkciju još pet godina, kandidovao i po treći put za predsednika. “Moglo bi se reći da, iako u skladu sa slovom Ustava u ovom konkretnom slučaju, kandidovanje jednog lica za obavljanje trećeg uzastopnog mandata predsedničke funkcije svakako nije u skladu sa nepisanom ustavnom moralnošću. Takav gest svedoči o nastojanju personalizovanja predsedničke funkcije, kao i o sveprisutnom uverenju naših političara o mesijanskoj ulozi koju im je istorija dodelila i koju oni, žrtvujući sebe, teškom mukom prihvataju samo zarad dobrobiti građana. Ustavni moral podrazumeva spremnost nosilaca političke vlasti, ali i stranačkih lidera kod kojih je široko rasprostranjena svest o nezamenjivosti, da se nakon dva izborna ciklusa povuku sa svojih pozicija.” Ovaj primer pokazuje da ustavni moral često ne počiva

na izričitoj ustavnoj normi i da joj čak može i protivrečiti. Moguća suprotstavljenost (pisane) ustavne norme i (nepisanog) ustavnog morala jedan je od glavnih argumenata onih koji odriču vrednost pozivanja na ustavni moral. Zar to ne znači kršenje hijerarhije pravnih normi na čijem čelu je ustav kao najviši pravni akt? Zar se pozivanjem na ustavni moral ne daje prednost nečem krajnje neodređenom i, stoga, ugrožava pravna sigurnost? Zar se time ne daje prednost načelu političke celishodnosti? Ovaj argument otpada ako se pođe od toga da je ustavni moral "privrženost ključnim načelima ustavne demokratije", kao što su podela vlasti, politički pluralizam, narodna (građanska) suverenost. Ta načela, i kad nisu izričito formulisana, tvore duh modernog demokratskog ustava. Celina demokratskog ustava viša je vrednost od pojedinačne ustavne norme, koja iako zapisana u ustavu, ne mora uvek biti u skladu sa celinom. Stanovište da ustavna norma može biti "neustavna" još uvek nije preovlađujuće, ali je ozbiljno prisutno u ustavnoj teoriji i praksi ustavnih sudova razvijenih zapadnih demokratija (Nemačka, Italija itd.). Priznavanje "hijerarhije" ustavnih normi je, u stvari, potvrda da ustavni moral nije samo apstrakcija u glavama teoretičara, već "sistem centralnih obeležja ustavnog poretka", čije kršenje polako dobija i pravnu sankciju (npr. odluke ustavnih sudova navedenih zemalja o stavljanju van snage ustavnih amandmana koji sadržinski nisu u skladu sa osnovnim načelima ustava).

Ustavni moral bio bi isuviše usko određen, ukoliko bi se odnosio samo na svest nosilaca političke vlasti o nužnosti poštovanja najviših, ustavnih vrednosti. On ne bi bio od većeg značaja, a sporno je koliko bi se mogao i ostvariti u praksi, ukoliko ne bi bio široko prihvaćen. Stoga se kao "neophodan uslov slobodne i miroljubive vladavine" traži "rasprostranjenost ustavnog morala, ne samo među većinom u bilo kom društvu, već među svima" (Pratap Bhanu Mehta). Jednostavno rečeno, ne može se očekivati od nosilaca političke vlasti da poštuju ustav, ako to ne čine građani koji su ove izabrali.

Prethodno izrečeno odnosi se na svest o obaveznosti poštovanja ustavnih načela i vrednosti, što je subjektivna komponenta ustavnog morala. Ona bi se teško mogla utvrditi ukoliko ne postoje i ponašanja ljudi koja se zasnivaju na poštovanju izvesnih nepisanih pravila, što je objektivna komponenta ustavnog morala. Ta pravila, koja se u ustavnoj teoriji uobičajeno nazivaju ustavnim običajima ili ustavnim konvencijama, trebalo bi da postoje u svakom modernom ustavu. Ustavni običaji su pravila čija je suštinska odlika fleksibilnost, a to je upravo ono što ni najbolje sročene pisane ustavne norme ne poseduju. Stoga će ustav živeti, ne menjajući suštinu, tj. ne odstupajući od svojih osnovnih načela, samo ukoliko poznaje i ustavne običaje. Vitalnost ustavnog poretka, u velikoj meri, od njih zavisi. Tamo gde ih nema, pisani ustav stalno je "na udaru" i praktično je nemoguće da bude "živi" ustav. To je problem i u Srbiji, za čiju se dvovekovnu ustav-

nu istoriju može reći da je bogata ustavima, ali (ni)malo ustavnim moralom. Jedna od praktičnih posledica je često uvrščivanje u dnevni red ustavnog pitanja. O ustavnoj reformi se neretko govori na krajnje banalan način čime se narušava dostojanstvo ustava.

U ovoj "skici" za određenje ustavnog morala treba pomenuti i razliku između ustavnog i političkog morala. Politički moral gradi se na svesti o opštem dobru zajednice, a svoju konkretizaciju dobija u pravilima tzv. političkog "fer pleja". On je važan činilac u postizanju višeg nivoa demokratske političke kulture koja počiva na slobodi govora, slobodi misli, političkoj toleranciji i kompromisu. Politički moral je neophodan za uspostavljanje bolje komunikacije unutar kolegijalnih političkih organa (npr. parlamenta, vlade), ali i između političkih organa. Ipak, politički moral se, bar u tri stvari, bitno razlikuje od ustavnog morala. Prvo, odnosi se na uži krug subjekata, onih koji se bave politikom (političari). Drugo, objektivni izraz dobija u političkoj praksi koja nema stepen obaveznosti ustavnih običaja. Drugim rečima, politička praksa se lakše menja od ustavnih običaja, uglavnom sa promenom političkih okolnosti. Treće, možda najvažnije, politički moral je svest o neophodnosti poštovanja izvesnih pravila da bi politička "mašina" racionalnije i efikasnije funkcionisala. Drugim rečima, on počiva na potrebama prakse. Ustavni moral podrazumeva svest o poštovanju najviših vrednosti, koje mogu menjati svoje pojavne oblike, ali su se potvrdile kao vanvremenske, gotovo univerzalne (demokratija, ljudska prava i slobode, podela vlasti). Dakle, ustavni moral počiva na potrebi da pravni poredak funkcionise u skladu sa višim vrednostima i načelima.

Najzad, pitanje je ko stvara ustavni moral. Teorijski, odgovor je lak. Svi pripadnici političke zajednice. Ipak, u društvu u kojem dugo nije bilo pravih demokratskih vrednosti, koje ponavlja zaboravljene i uči nove lekcije iz ustavne demokratije, posebna odgovornost za kreiranje prvih obrisa ustavnog morala "na plećima" je ustavnog suda. Očekivanja usmerena prema "čuvaru ustava" veća su i složenija od onih usmerenih prema političkim institucijama. Od ustavnog suda se očekuje da "podučava" političke institucije ustavnom moralu. To je izuzetna misija koju ustavni sud može uspešno da obavlja pod uslovom da mu bliža bude pravna nauka od aktuelne politike. Od kritika ove prve treba da "strepri" i prema njoj treba da usmerava postupanje, kako bi ova druga "strepela" od njega i prema objektivnom pravu usmeravala svoje postupanje.

Ideal da pravo bude merilo valjanosti politike, a da pravna moralnost, izražena i u naporima pravne nauke i struke, bude merilo važećeg prava nepresušno je izvoriste neodoljive moći sa kojeg se četvrt veka napaja Kopaonička škola prirodnog prava kako bi svojim porukama oplemenila pravničku, i širu javnost.

VLADAN PETROV, LL.D.,  
Professor, Faculty of Law,  
University of Belgrade

THE CONSTITUTIONAL COURT AND BANNING  
(POLITICAL) ASSOCIATIONS: THE COMPETENCE THAT  
THE CONSTITUTIONAL COURT DOES NOT FIT

Summary

The competence of the constitutional court to prohibit other associations, except political parties, is rare in comparative law. However, the Constitution of Serbia from 2006 regulates such competence. In practice, this competence may cause serious problems for the Court. The recent cases have showed it. In the case of the secret association “Nacionalni stroj”, it was not the competence of the Constitutional Court to bring a decision. Nevertheless, the Constitutional Court did it. In the case of banning the association called “Obraz”, the argumentation has several weaknesses that challenge, to some extent, the final decision. There are serious reasons to conclude that the prohibition of (political) associations is a competence which the Constitutional Court does not fit well.

MILE DMIČIĆ

## OD INSTITUTIMA USTAVNOG I PRAVNOG SISTEMA BOSNE I HERCEGOVINE

### OSNOVNI ELEMENTI DRŽAVNOG UREĐENJA BOSNE I HERCEGOVINE

Bosna i Hercegovina i njen ustav nastali su "...aktom međunarodnog prava, odnosno međunarodnim ugovorom."<sup>1</sup> Brojni autori, posebno u kontekstu globalizacije, novog međunarodnog poretka i tranzicije, ističu da je Bosna i Hercegovina svojevrsna, simbolična tvorevina, odnosno "...cilj međunarodne zajednice, ali ne i kao država vlastitih naroda, niti država koju su oni stvorili."<sup>2</sup> U osnovi, Ustavom Bosne i Hercegovine zajemčen je sadašnji ustavnopravni sistem zemlje.<sup>3</sup> Dr-

---

Dr Mile Dmičić, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjoj Luci.

<sup>1</sup> G. Marković, *Bosanskohercegovački federalizam*, Beograd/Sarajevo, 2012, str. 69.

<sup>2</sup> R. M. Hajden, *Skice za podeljenu kuću – Ustavna logika jugoslovenskih sukoba*, Beograd, 2003, str. 159.

<sup>3</sup> Vidi šire: F. Najman, *Vladavina prava*, Beograd, 2002; Đ. D. Vekio, *Pravo, pravda, država*, Beograd, 1999; K. Čavoški, *Ustavnost i vladavina prava*, Beograd, 2000; D. M. Mitrović, *O pravnoj državi i drugim pravim temama*, Beograd, 1998; Z. Jelić, *Moderna koncepcija vladavine prava*, Beograd, 2010; R. D. Lukić, *Fragmenti mislilaštva*, Beograd, 2001; Lj. Slavnić, *Od države koja odumire ka pravnoj državi*, Beograd, 1994; Lj. Basta-Posavec, *Pravna država i konstitucionalna demokratija*, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1-2, 1993; D. Basta, *Slabosti demokratije (O demokratiji)*, *Politika i društvo*, Beograd, 1995; E. Bloch, *Prirodno pravo i sudsko dostojanstvo*, Beograd, 1997; T. Buergenthal, *Međunarodna ljudska prava*, Zagreb, 1997; M. Jovičić, *Veliki Ustavni sistemi*, Beograd, 1984; M. Matulović, *Princip zakonitosti i ljudska prava*, Rijeka, 1986; F. Najman, *Demokratska i au-*



žava se zasniva na ravnopravnosti dva entiteta i tri konstitutivna naroda. Ustavom je, pored ostalog, utvrđeno da će dotadašnja Republika Bosna i Hercegovina dobiti novo ime, “Bosna i Hercegovina”, i nastaviti svoje pravno postojanje po međunarodnom pravu kao država, sa unutrašnjom strukturom izmijenjenom prema odredbama Ustava i sa svojim sadašnjim međunarodno priznatim granicama i da će se sastojati od dva ravnopravna i jedinstvena entiteta, kao konstitutivnih i državotvornih jedinica – Federacije Bosne i Hercegovine i Republike Srpske.<sup>4</sup>

Istovremeno, “konstitutivnost Bošnjaka, Hrvata i Srba”, jedan je od temelja bosanskohercegovačkog društva i države, mora se posmatrati zajedno sa osnovnim elementima civilnog društva, prije svega, ostvarivanja individualnih i kolektivnih ljudskih prava i sloboda i funkcionisanja 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 u ustavnosudskom sporu o konstitutivnosti naroda<sup>5</sup> i promjenama ustava i zakona entiteta.

toritarna država, Zagreb, 1974; M. Paunović, B. Krivokapić, I. Krstić, Osnovi međunarodnih ljudskih prava, Beograd, 2007; H. Laski, Sloboda u modernoj državi, Beograd, 1985; M. Dmičić, *Bosna i Hercegovina kao državna zajednica sui generis – privremeno rešenje ili model za budućnost*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, Časopis za pravne i društvene nauke, Beograd, 2010, broj 1. godina, LVIII, str. 211–228; C. Steiner, N. Ademović, Ustav Bosne i Hercegovine, komentar, Sarajevo, 2010; E. Šarčević, Ustav iz nužde, Sarajevo, 2010; K. Trnka, N. Miličević, M. Simović, M. Dmičić, Komentar Ustava Bosne i Hercegovine i Ustava Republike Srpske, Sarajevo, 2005; M. Pilipović, Ustav Bosne i Hercegovine – normativno i stvarno, Banja Luka, 2008, i dr.

<sup>4</sup> V. Lukić, V. Popović: *Dokumenti: Dejton – Pariz, Aneks IV – Ustav Bosne i Hercegovine*, Institut za međunarodno pravo i međunarodnu poslovnu saradnju, Banja Luka, 2002, str. 68–69. Ustav Bosne i Hercegovine, član I tačka 3, utvrđuje: “Bosna i Hercegovina će se sastojati od dva entiteta, Federacije BiH i Republike Srpske”. Pod entitetom se, u filozofskom smislu, podrazumijeva biće, ono što jeste, a u ustavnopravnom smislu pod ovim terminom podrazumijeva se političko-teritorijalna jedinica koja samostalno, u okviru ustavnopravnog poretka, obavlja svoje nadležnosti putem svojih organa vlasti. Vidi: K. Trnka, N. Miličević, M. N. Simović, M. Dmičić, *Komentar Ustava Federacije Bosne i Hercegovine i Republike Srpske*, Centar za promociju civilnog društva, Sarajevo, 2004; Zbornik radova: *Bosna i Hercegovina petnaest godina nakon Dejtona*, Političko-pravni aspekti demokratske konsolidacije u postkomfinentnom periodu, Sarajevo, 2010, i dr.

<sup>5</sup> R. Kuzmanović, *Novi eseji o ustavnosti i državnosti*, Akademija nauka i umjetnosti Republike Srpske, Banja Luka, 2010, str. 104–105. U ovom djelu autor, pored ostalog kaže: “Konstitutivni narodi imaju univerzalno i opšteprihvaćeno pravo koje se zove opredjeljenje. Ono se ispoljava u pravu toga naroda da se opredijeli na jednu od mogućnosti, a to je da formira svoju državu, da formira državu sa jednim ili više drugih naroda, da sam formira državu i da se udruži u savez država ili uniju sa drugim državama ili da ulazi u druge oblike državne organizacije (federaciju, konfederaciju)... Bez obzira na razna osporavanja, pravo na opredjeljenje imaju svi narodi, s tim da ga nacionalne manjine (narodnosti) ne mogu koristiti... Pravo naroda na samoopredjeljenje izričito utvrđuju mnogobrojni međunarodni akti i ustavi mnogih zemalja. Među prvim takvim međunarodnim aktima je Rezolucija Londonskog kongresa još iz 1896. godine, zatim Program Internacionale iz 1903.

Kao složenoj državi, odnosno državnoj zajednici koja se zasniva na ustavnom načelu da će ona biti “demokratska, pravna država i sa slobodnim demokratskim izborima”, u Bosni i Hercegovini teško se i može zamisliti stabilan razvoj demokratskih odnosa i institucija bez ostvarivanja konstitutivnosti i pune ravnopravnosti dvaju entiteta i triju njenih kkonstitutivnih naroda na cijeloj teritoriji<sup>6</sup>. To podrazumijeva njihovo puno utemeljenje u ustavnom i pravnom sistemu entiteta, kao i u organizaciji i funkcionisanju njihovih institucija, ostvarivanje pune nacionalne ravnopravnosti i svih drugih sloboda i prava za sve građane Bosne i Hercegovine, bez diskriminacije, majorizacije i netolerancije.<sup>7</sup>

Po mnogo čemu ova specifična i složena državna zajednica, sadrži niz federalno-konfederalnih elemenata, u prvom redu, dva teritorijalno i politički organizovana entiteta i deset teritorijalno, pravno, politički i kulturno samostalnih

---

godine. Povelja Ujedinjenih nacija iz 1945. godine ozakonila je pravo na samoopredjeljenje (član 1 tačka 2), Generalna skupština i Savjet bezbjednosti Ujedinjenih nacija su 1976. godine donijeli Pakt o ekonomskim, socijalnim, političkim i drugim pravima u kome se već u prvom članu utvrđuje pravo naroda na samoopredjeljenje.” Prije nekoliko decenija govorilo se i pisalo da u svijetu postoji i djeluje oko 900 etničkih grupa, a danas se već govori o preko dvije i po hiljade takvih grupa. S obzirom na to da postoji preko tri hiljade jezičkih grupa, može se reći da se radi o isto tolikom broju etničkih grupa. Stoga je, prema mišljenju uglednih autora, očigledno da je uloga federalizma, kao političkog i socijalnog oblika, povećana zbog njegove podobnosti da olakša rješavanje tzv. nacionalnog pitanja, tj. koegzistencije ili udruživanja više etničkih grupa u istim političkim okvirima.

<sup>6</sup> Vitalni nacionalni interes definisan je tako kao što su (član 70. dopunjen Amandmanom LXXVII alineje 1–8) pojedinačno nabrojane oblasti vitalnog nacionalnog interesa konstitutivnih naroda, istovremeno utvrđujući (alineja 9) da su od vitalnog interesa i “druga pitanja koja bi se tretirala kao pitanja od vitalnog nacionalnog interesa ukoliko tako smatra 2/3 jednog od klubova delegata konstitutivnog naroda u Vijeću naroda”. Dakle, ovakvom formulacijom ustanovljeno je pravo jednom od konstitutivnih naroda da svako pitanje iz zakonodavne nadležnosti podvede pod pojam vitalnog nacionalnog interesa. Vidljivo je, a to je i praksa pokazala, da se često ne radi o zaštiti vitalnog nacionalnog interesa, odnosno zaštiti od povrede tog interesa nego praktično davanju generalnog ovlašćenja klubovima konstitutivnih naroda da u svakoj prilici i svakim povodom dovedu u pitanje donošenje propisa, čak i onih koji objektivno nemaju nikakve veze sa povredom odgovarajućeg nacionalnog interesa. Sve više se nameće potreba dogradnje ustavnih rješenja o zaštiti vitalnih nacionalnih interesa, prvenstveno sa stanovišta decideranog određenja o tome šta je sve vitalni nacionalni interes i u kojoj fazi parlamentarnog odlučivanja, te potrebe uspostavljanja primjerenih rokova za rad ustavnih sudova u postupku zaštite vitalnih nacionalnih interesa. Primarno je otkloniti uopštenost, nedefinisanost, neodređenost i široku ustavnu formulaciju vitalnih nacionalnih interesa i procedura njegove zaštite putem svih mehanizama i na svim nivoima. Jedan od najvažnijih uslova, koje i Lijphart ističe, za održavanje i funkcionisanje složenih višenacionalnih zajednica ili sudruženih zajednica, odnosi se na saradnju elita koje vode te zajednice. U takvim zajednicama demokratija pretpostavlja saradnju elita i podršku neelita. Ova saradnja je u znatnoj mjeri uslovljena i karakterom preovlađujuće kulture, dodajući i karakterom pravnog sistema i stepenom ostvarenosti vladavine prava umjesto vladavine ličnosti ili vođa ili elita, odnosno vladavine političkih volja.

<sup>7</sup> Vidi: R. Kuzmanović, *Eseji o ustavnosti i zakonitosti*, Banja Luka, 2004, str. 378–379.

kantona, sa Brčko Distriktom koji *de iure* ne predstavlja treći entitet, ali je *de facto* organizovan kao novi entitet. Svi državotvorni, konstitutivni dijelovi ove složene zajednice imaju linije teritorijalnog razgraničenja, a “sve vladine funkcije i ovlašćenja koja nisu izričito data zajedničkim ustanovama Bosne i Hercegovine biće funkcije i ovlašćenja entiteta” (član III. 3(a) Ustava Bosne i Hercegovine). U modernoj teoriji države i prava, ovaj problem se može definisati kao vid državno-pravnog uređenja, u kojem su suverena vlast i nadležnosti podijeljene između “zajedničke suverene države” i nižih, nesuverenih federalnih jedinica.<sup>8</sup> Kada je riječ o statusu Republike Srpske u Bosni i Hercegovini, njena lojalnost zajedničkoj državi zasniva se na poštovanju dejtonskih rješenja i očuvanja njenog političkog, nacionalnog, etničkog, kulturnog i svakog drugog oblika opstanka, identiteta i subjektiviteta.<sup>9</sup> Potrebno je naglasiti da “Republika Srpska nije *corpus separatum* u Bosni i Hercegovini, već politička jedinica, odnosno federalna jedinica u okviru Bosne i Hercegovine”.<sup>10</sup> Pri tome, potrebno je imati u vidu to da entiteti imaju nadležnosti i na međunarodnom planu: (1) da uspostavljaju specijalne paralelne odnose sa susjednim državama u skladu sa suverenitetom i teritorijalnim integritetom Bosne i Hercegovine (član III/2a), i (2) da ulaze u sporazume sa državama i međunarodnim organizacijama, sa pristankom Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine koja može da odredi zakonom da za neke vrste sporazuma takav pristanak nije potreban (član III/2 d).

O različitim tumačenjima pravne prirode Bosne i Hercegovine, oblik njenog državnog uređenja, vladavine i političkog sistema, neophodno je postići saglasnost u smislu utvrđivanja konačnog ustavnog modela države Bosne i Hercegovine.<sup>11</sup> Izlaz je u punom unutrašnjem konsenzusu i poštivanju interesa entiteta i konstitutivnih naroda, uz mogućnost njenog određenja i uspostavljanja kao složene države ili državne zajednice – konfederacije ili federacije *sui generis*, na dejtonskim rješenjima i osnovnim načelima međunarodnog i domaćeg prava.

#### USTAVNI I PRAVNI SISTEM I POREDAK

Ustavni i pravni sistem i poredak su konstituisani i izgrađuju se, u prvom redu, na principima garantovanja i zaštite ljudskih prava i sloboda u skladu sa međunarodnim standardima; obezbjeđivanju nacionalne ravnopravnosti i zaštite

<sup>8</sup> M. Jovičić, *Državnost federalnih jedinica*, Naučna knjiga Beograd, 1992, str. 36. i 39.

<sup>9</sup> M. Kasapović, *Bosna i Hercegovina: Deset godina nakon Dejtona*, “Status”, Magazin za političku kulturu i društvena pitanja, Mostar, br. 8/2006, str. 70.

<sup>10</sup> P. Kunić, *Deformacija Dejtonskog sporazuma ka unitarnoj Bosni i Hercegovini*, Zbornik radova sa naučnog skupa “Republika Srpska – deset godina Dejtonskog mirovnog sporazuma”, ANU-RS, Banja Luka, 2005, str. 153.

<sup>11</sup> Vidi: E. Šarčević, *Ustav iz nužde*, Sarajevo, 2010, str. 403–435.

vitalnih nacionalnih interesa; vladavine prava; socijalne pravde; tržišne privrede; višestranačkog sistema; parlamentarne demokratije i podjele vlasti; slobodnim izborima; lokalnoj samoupravi; zaštititi prava etničkih grupa i drugih manjina.

Iako su ustavni okvir i sistem normativnih akata vrlo obimni i raznovrsni, oni još uvijek nisu dovoljno sinhronizovani i integrisani. Naime, u pravnom sistemu i poretku istovremeno i paralelno egzistiraju, na jednoj strani, prenормiranost, odnosno "inflacija" propisa, a na drugoj strani, pravne praznine, odnosno neregulisanost određenih odnosa, pa i dijelova pojedinih oblasti pravnog sistema.

Sadašnji pravni sistem i poredak imaju vidne slabosti, pa se građani teško snalaze, kao i organizacije i institucije, pa čak i oni koji su osposobljeni i najpoznatiji da ga primjenjuju, tumače i upućuju. Takođe, hiperprodukcija i nekritička recepcija propisa, naglašen nesklad između normativnog i stvarnog, ukrštanje kontinentalno-evropskog i anglosaksonskog pravnog sistema i godinama naglašena normativna produkcija visokog predstavnika dovodi do negativnih pojava koje su pratile i prate stvaranje i primjenu prava i pravde.

Organizacija vlasti na ustavnom načelu podjele na zakonodavnu, izvršnu i sudsku, mora da obezbjeđuje njihovo ograničavanje i svođenje na ustavne i zakonske nadležnosti. Pri tome, primarno je da se time doprinosi ostvarivanju i afirmaciji samostalnosti i nezavisnosti sudskih organa i sudija kao bitnog elementa i pretpostavke ustavnosti i zakonitosti, odnosno načela vladavine prava i pravne države.

Za izgradnju moderne ustavne i demokratske države i za njen ustavni i pravni poredak nije dovoljno samo normirati prava, osnovno je stvoriti organizovane i efikasne institucije, parlamentarne, sudske i administrativne mehanizme nadzora i kontrole da bi se prava ostvarivala i štitila. Zato je posebno važno obezbijediti višestepenu sudsku i upravnu zaštitu i to ne samo u formalnom smislu, "...već i u smislu djelotvorne, efektivne i efikasne materijalno-pravne i procesno-pravne zaštite, s obzirom na postojanje još jedne garancije takve djelotvornosti u okviru šire međunarodne sudske zaštite."<sup>12</sup>

Na evropskom, tranzicijskom i demokratskom putu, posebno u procesu evropskih integracija, reformom pravnog sistema i poretka i uspostavljanjem savremenog zakonodavstva, moralo bi se, pored otklanjanja niza slabosti, postići nekoliko bitnih efekata: promjena, usklađivanje ili donošenje optimalnog broja zakona, drugih propisa i opštih akata po strukturi i značaju društvenog odnosa kojima se oni regulišu te podizanje kvaliteta zakona, drugih propisa i opštih akata i njihova primjena; da zakoni i drugi propisi budu slobodan izraz opšte volje, isti za sve, bilo da štite ili kažnjavaju; ostvarivanje principa ustavnosti i zakonitosti, i efikasna i pravedna primjena ustava i zakona. To je upravo neophodno ostvariva-

---

<sup>12</sup> M. Paunović, S. Carić: Evropski sud za ljudska prava – nadležnost i postupak, Pravni fakultet, Beograd, 2007, str. 33.

ti tamo gdje se rješava o osnovnim pravima, obavezama i pravnim interesima građana, u oblastima u kojima se ostvaruju uslovi njihovog života i rada.

Samo uspostavljanje kvalitetnog, konzistentnog i koherentnog ustavnog i pravnog sistema državni i društveni poredak činilo bi stabilnim, a građane sigurnim i zaštićenim u ostvarivanju njihovih sloboda i prava. Izgradnja i funkcionisanje pravnog, usklađenog i primjenljivog pravnog sistema može onemogućavati i uklanjati nanošenje nepravde koja nastaje nepoštovanjem načela vladavine prava, pravde i pravičnosti, a posebno osnovnih kolektivnih i pojedinačnih sloboda i prava. Samo bi pravo i pravda, zaštita ljudskih prava i sloboda postajali istinska mjera demokratije što je tekovina i vrijednost, u svim civilizovanim zemljama i narodima, čijoj porodici i naši narodi teže i pripadaju.

#### VLADAVINA PRAVA I PRAVNA DRŽAVA

Bosna i Hercegovina jeste ustavna "...demokratska država koja funkcioniše na principu vladavine prava i na osnovu slobodnih i demokratskih izbora."<sup>13</sup> U ustavima entiteta na najvišim standardima predviđena su demokratska načela u smislu da se ustavno uređenje temelji, pored ostalog, i na "vladavini prava ...parlamentarnoj demokratiji i podjeli vlasti, slobodnim izborima... (član 5 Ustava Republike Srpske)", odnosno da postoji odlučnost da se osiguraju "...puna nacionalna ravnopravnost, demokratski odnos i najviši standardi ljudskih prava i sloboda..." (Preambula Ustava Federacije Bosne i Hercegovine).

Gledano i u kontekstu izgradnje novog međunarodnog poretka, fenomenu države<sup>14</sup> prilazi se realnije, a ne utopistički, sa zahtjevom njenog osavremenjivanja,<sup>15</sup>

<sup>13</sup> Vidi: Ustav Bosne i Hercegovine, član I.2, K. Trnka, N. Milićević, M. Simović, M. Dmičić, Ustav Federacije Bosne i Hercegovine i Republike Srpske, komentar, Sarajevo, 2004. Pri upotrebi pojma *rule of law* neophodan je određeni oprez. Anglosaksonski pojam *rule of law* ne predstavlja isto što i pojam pravna država (*Rechtsstaat*), pa se taj izraz možda malo nespretno prevodi kao "vladavina prava" (*Herrschaft des Rechts*).

<sup>14</sup> Pravna teorija i empirija poznaju koncepte formalne i materijalne pravne države (vladavina prava), liberalne pravne države (pravde, pravičnosti, ravnopravnosti), socijalne pravne države (jednakost, blagostanje i socijalna pravda). Vidi i: F. Najman, Vladavina prava, "Filip Višnjić", Beograd, 2002; Đ. D. Vekio, Pravo, pravda, država, Beograd, 1999; M. Vasiljević, Pravo, pravda, privreda, Beograd, 2009; Z. Jelić, Moderna koncepcija vladavine prava, Beograd, 2010; D. Mitrović, O pravnoj državi i drugim pravnim temama, Beograd, 1998; Lj. Slavnić, Od države koja odumire ka pravnoj državi, "Službeni glasnik", Beograd, 1994; Ustavnost i vladavina prava, priredio Kosta Čavoški, Beograd, 2000.

<sup>15</sup> C. Steiner, N. Ademović, Ustav Bosne i Hercegovine, komentar, Sarajevo, 2010, str. 88–89. U smislu kontinentalno-evropskog shvatanja, pravna država obuhvata njene i formalne i materijalne aspekte. Formalno pravna obilježja države odnose se na oblike državnog djelovanja, tj. "državu zakona" u kojoj vlada podjela vlasti, za koju važi princip da ljudska prava i slobode mogu biti

a ne "odumiranja". To se čini pogotovu iz razloga što su mnoge protivrječnosti u društvu upravo vezane za državu, njen karakter i ulogu. Od prirode državne organizacije, njenih funkcija i načina njihovog vršenja ovisi proces demokratizacije, izgradnje novog modela ustavnog i političkog uređenja, stvaranje uslova za korjenitu promjenu kategorija, stanja i predstava dosadašnjeg sistema. Stoga su "...nepodijeljena mišljenja da je engleski pravni teoretičar Albert Van Dajsi najpotpunije ušao u suštinu pojma i teorije vladavine prava. On je pošao od nekoliko bitnih elemenata na kojima gradi teoriju vladavine prava: prava i slobode čovjeka i građanina, dominacija objektivnog prava, supremacija ustava i zakona, nezavisnost sudova, suverenitet parlamenta. Zatim iz ovih elemenata izvodi tri ključna (fundamentalna) načela koja čine suštinu vladavine prava:

*Prvo*, vladavina objektivnog prava, a ne subjektivnog, tj. prevlast zakona nad pojedinačnom voljom. U stvari, isključivanje prinude, arbitriranje vlasti i slobodne (diskrecione) ocjene i ponašanja vlasti.

*Drugo*, potčinjenost i jednakost svih i svakog, svih građana bez obzira na položaj, klasu ili bilo koje druge posebnosti, pred zakonom koje primjenjuju sudovi, isključujući upravno sudovanje.

*Treće*, postojanje i primjena ustavnog prava, kao osnovnih pravila koja su nastala običnim putem (uobičajeno pravo) i sudskim presudama (precedenti). Sudovi (u stvari sudije) stvaraju pravo, stvaraju ustav i obezbjeđuju pravnu sigurnost građana.<sup>16</sup>

U osnovi, pravna država je samo ona koja je potčinjena pravu. Dakle, "u njoj vlada pravo nad državom, u njoj se primjenjuje pravo sa svim svojim racionalnim principima, a ne ideološka i druga politička mjerila koja se neprekidno mijenjaju i ugrožavaju pravnu sigurnost građana".<sup>17</sup> Stoga se, po mišljenju brojnih autora, centralno mjesto u državi dodjeljuje čovjeku, a ukoliko se to ne čini, nemoralna i nedostojna država mora propasti.

U tom smislu "konkretnije govoreći, u jednom društvu postoji pravna država i vladavina prava ukoliko je ono pravno, a ne isključivo politički konstituisano,

---

ograničeni jedino zakonom (*Gesetzesvorbehalt*). Materijalna obilježja pravne države čine materijalni principi, prije svega, oni koji se odnose na obaveze da se poštuju ljudska prava i slobode – "država pravde". Mada Ustav u svome originalnom engleskom tekstu upotrebljava anglosaksonski pojam *rule of law*, to načelo treba shvatiti šire, u njegovom bosanskohercegovačkom, a time i kontinentalnoevropskom kontekstu. Međutim, nerijetko se, na različite načine interpretira i poziva na princip pravne države, kako u formalnom, tako i u materijalnom smislu. Takav odnos umanjuje značaj osnovne ideje pravne države koja proklamuje to "da pravo ili zakon treba da vladaju, a ne samo volja pojedinaca ili nekoliko ljudi, tj. da se politička vlast i oligarhijska moć stave u okvire granice prava."

<sup>16</sup> R. Kuzmanović, *Ustavno pravo*, Banja Luka, 2002, str. 484-485.

<sup>17</sup> D. Stojanović, *Pravno-statički principi i pravna država*, *Pravni život* 6-7/1989, str. 1089.



tj. u kojem se odnosi političke vlasti i pojedinca utvrđuju i određuju pravom.”<sup>18</sup> To je posebno važno u smislu da “cilj zakona nije da ukine ili ograniči, već da očuva i uveća slobodu, a tamo gdje nema zakona nema ni slobode” (Dž. Lok). Istovremeno, a posebno u Bosni i Hercegovini, relevantni su i neki drugi pravni principi za uspostavljanje pravičnosti, pravne sigurnosti, racionalnosti i cjelishodnosti u funkcionisanju pravne države i za vladavinu prava: uspostavljanje konzi- stentnih, decidiranih i provodljivih zakona i drugih propisa, posebno u oblasti krivičnog i procesnog prava, fiskalnog, monetarnog, deviznog i carinskog sistema, svojinsko-pravnih odnosa, organizovanja pravnih subjekata i drugo; podje- la, subordinacija i koordinacija između zakonodavne, izvršne i sudske vlasti; od- govornost na svim nivoima organizovanja i vršenja vlasti, naglašavajući da osim subjektivne, postoji i objektivna odgovornost za inkriminisane radnje i devijan- tna ponašanja; jednakost svih pred zakonom, izvjesnost i efikasnost sankcija, sta- bilnost pravnog sistema i drugo; ukoliko zakon nije prihvatljiv ili primjenjiv, da se voljom većine, u parlamentu, u redovnoj proceduri može promijeniti, i da se tzv. “viši” državni, nacionalni ili drugi interes ne stavlja iznad pravnih propisa.

Kao država legaliteta i legitimiteta, pravna država je izraz prava zasnova- nog i mjereno demokratskim standardima. Načela legaliteta i legitimiteta su “... nervni sistem unutrašnjeg javnog prava” (Claude Leclercq). Pravna država služi ostvarivanju prava. U njoj je državna vlast potčinjena pravu, u njoj pravo vlada nad državom. Državna vlast “može da učini samo ono na šta je ovlašćena objek- tivnim pravom, a za samo donošenje odluke propisan je postupak koga se vlast mora držati. Tada je vlast vezana pravnim poretom, a njena se delatnost stavlja pod pravnu kontrolu. I samo tada možemo da govorimo o pravnoj državi” (Mi- livoje Marković).<sup>19</sup> Istovremeno, “... obilježje vladavina prava ima samo onaj po- redak koji počiva na legitimnosti i podjeli vlasti, nezavisnosti sudstva, ustavnosti i zakonitosti, ustavnim jemstvima ljudskih i građanskih prava i sloboda privre- de i privrednih aktivnosti,”<sup>20</sup> kao i “pravna država treba da podrazumijeva pošto- vanje civilizacijskih dostignuća u društvu uopšte, a u pravu posebno – neku vr- stu opštih standarda pravnosti.”<sup>21</sup> “U tom smislu sa gledišta značaja ovih pojmova i efekata koje izazivaju, pa i sa stanovišta uzroka koji su doveli do njihovog nast- a-

<sup>18</sup> J. Trkulja, Poricanje vladavine prava, u knjizi “Ustavnost i vladavina prava”, Beograd, 2000, str. 206.

<sup>19</sup> R. Marković, Ustavno pravo i političke institucije, Beograd, 2005, str. 504.

<sup>20</sup> Isto, str. 601–610.

<sup>21</sup> S. Pihler, Pravnost i demokratija, Glasnik advokatske komore Vojvodina, broj 7-8/89, str. 20; G. Vukadinović, Pravna država, Novi Sad, 1995; D.M. Mitrović, Država i pravo u teoriji države i prava (hrestomatija), Beograd, 1992; P. Kunić, Republika Srpska – država sa ograničenim suvereni- tetom, Banja Luka, 1997; V. Fon Humbolt, Ideje za pokušaj određivanja granica djelotvornosti drža- ve, Novi Sad, 1991.

janja, teško je prikloniti se mišljenju da su to pojmovi koji se međusobno razlikuju. Obrnuto, vladavina prava i pravna država imaju danas, praktično, isto pojmovo i demokratsko značenje, pa ih ne treba odvajati jedno od drugog.”<sup>22</sup> Stoga je pravna država *conditio sine qua non* demokratije kao mjerilo svakog političkog poretka ili sistema, i vladavina prava “...vladavina pozitivnopravnog poretka određenih svojstava (R. Marković). U tom smislu, demokratija je osnova i neophodan uslov za ostvarivanje pravednog društva i ustavne demokratske pravne države, u kojoj su načela ustavnosti i zakonitosti postali “...ključno načelo funkcionisanja državne (javne) vlasti u zemlji, odnosno da li su i sve druge institucije u vršenju svojih funkcija, počev od parlamenta u vršenju zakonodavne funkcije do sudskih organa u zaštiti prava i pravnih interesa pojedinaca i kolektiviteta imati svoju sposobnost i svoj potencijal u tumačenju i primeni ustava na nivo opšteprihvaćenih standarda zapisanih u savremenom ustavnom pravu, a koji su u suštini usmereni na “ljudska prava i principe ograničenja vlasti” (P. Haberle).<sup>23</sup> Prema tome, “pravna država (vladavina prava) je država potčinjena pravu. U njoj vlada pravo nad državom, u njoj se primjenjuje pravo sa svim svojim racionalnim principima, a ne ideološka merila koja se neprekidno menjaju i ugrožavaju pravnu sigurnost građana.”<sup>24</sup>

Naročito u posljednjim decenijama, mnogi teoretičari pravne misli ukazuju na više aspekata krize društva – kriza identiteta, opšta kriza, kriza pravnog sistema, kriza politike i države, ekonomska kriza, kriza morala, kriza ideologije.<sup>25</sup> Stoga je primarna potreba da se sistem organizacije, strukture i funkcionisanja svih grana i nivoa vlasti prilagodi zahtjevima izgradnje savremene demokratske države i društva.<sup>26</sup>

S obzirom na to da je pravni sistem skup regulisanih i u praksi uspostavljenih odnosa u društvu, osnovno je da on bude autoritaran, efikasan i djelatan sistem, oslobođen političkog voluntarizma koji je prisutan u cjelokupnom poslijeratnom razvoju, i to u svim sferama društva.<sup>27</sup> Zato se sa oslobađanjem od vo-

---

<sup>22</sup> P. Nikolić, *Ustavno pravo*, Beograd, 1995, str. 281.

<sup>23</sup> B. M. Nenadić, O jemstvima nezavisnosti ustavnih sudova, sa posebnim osvrtom na Ustavni sud Srbije, “Službeni glasnik”, Beograd, 2012, str. 78-79.

<sup>24</sup> D. Stojanović, *Pravna država*, “Pravni život” br. 6-7/89, Beograd, 1989.

<sup>25</sup> Z. Golubović, R.D. Lukić, S. Perović, J. Mirić, M. Todorović, A. Gams, S. Stojanović, prema dr M. Popoviću, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, broj 7-8, Novi Sad, str. 8.

<sup>26</sup> Oko 85% opštih akata koje donose organi opštine imaju dopunski i sprovedbeni, a samo 15% autonomni karakter. Stoga bi, posebno organi uprave, morali imati inicijativni odnos prema praćenju stanja, provođenju politike i propisa i u preduzimanju mjera i aktivnosti koje će omogućiti da se što brže, efikasnije i potpunije ostvaruju prava i interesi pravnih subjekata i građana.

<sup>27</sup> R. Ratković, *Subjektivističko voluntarističke ideološke tendencije i naš pravni sistem*. Arhiv za pravne i društvene nauke, Beograd, 4/1984, str. 356–369.



luntarizma u stvaranju prava neophodno osloboditi i voluntarizma u njegovoj primjeni, posebno u radu pravosudnih i izvršnih organa i organa državne uprave. Takođe, naš pravni sistem je i dalje složen, iako je u nekim područjima standard zakonodavstva i uopšte normativne djelatnosti relativno visok, ali je njegovo praktično provođenje i primjena pravnih akata nedovoljno efikasna i dosledna, čemu je razlog i nedovoljan stručni kapacitet, odgovornost i osposobljenost organa i institucija. Stoga, vladavina prava, a posebno rad pravosudnih organa, su nedovoljno funkcionalni, podložni su opstrukcijama, diskriminacijskim postupcima i nepoštivanju zakona. Pored ovih, i druga stanja vidno utiču na sporo rješavanje brojnih pitanja pravnog, ekonomskog, socijalnog i političkog života. To je značajno uslovljeno procesom globalizacije, tranzicije i novog svjetskog poretka. U osnovi, aktuelna kretanja u svijetu dramatično potvrđuju da “umjesto ‘novog svjetskog poretka’ o kome se toliko govori mi zapravo imamo svjetski nered u kome se odnosi izgrađuju na principu dvostrukih standarda i gole sile, a ne na principima prava koje zahteva univerzalizaciju i dosljednost u tumačenju i delovanju.”<sup>28</sup> Na ova pitanja upozoravaju ugledni autori u smislu da se pred nas postavlilo “...jače nego ikad saznanje da zavisimo jedni od drugih – globalizacija je činjenica života. Uz međuzavisnost ide i potreba za kolektivnom akcijom, za ljudima širom sveta koji zajednički rade na rešavanju problema sa kojima se suočavamo... Ali demokratska globalizacija znači da te odluke moraju biti donesene uz puno i aktivno učešće svih naroda sveta.”<sup>29</sup>

Ali, i naučna i stručna djelatnost morali bi učestvovati u pripremanju bitnijih zakonskih i podzakonskih akata, utvrđivanju i vođenju politike i donošenju važnijih društvenih odluka, posebno u izgradnji pravnih odnosa i akata, strukture i sadržaja prava. Takođe, i veće “učešće građana u postupku donošenja zakona pospješuje kvalitet donesenih zakona, podižući legitimnost, ali se procedura u neku ruku usložnjava i vremenski produžava.”<sup>30</sup>

Važno je da se izvrši faktičko uspostavljanje vlasti organizovane na načelu njene podjele na zakonodavnu, izvršno-pravnu i sudsku.<sup>31</sup> Obrazloženje predno-

<sup>28</sup> M. Đurković, Poredak, moral i ljudska prava, Institut za evropske studije, Beograd, 2001, str. 165.

<sup>29</sup> Dž.E. Stiglic, Protivrečnosti globalizacije, Beograd, 2004, str. 290. Istovremeno, i drugi teoretičari ukazuju na globalizaciju kao fenomen ne samo nacionalne, već i svjetske istorije, pod kojim se podrazumijeva “...novi svet sa kao nekad pre, transparentnim principima, i kao nekad tako uzajamno povezan, smešten u jedinstven ekonomski, političko-pravni i informacioni prostor” (A.S. Panarin).

<sup>30</sup> M. Pajvančić, S. Orlović, N. Rajić, Efikasnost zakonodavnog postupka, u Zborniku radova “Načela i vrijednosti pravnog sistema – norma i praksa”, Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu, 2012, str. 327.

<sup>31</sup> D. M. Mitrović, Država i pravo u teoriji države i prava (Hrestomatija), NIU “Službeni list SRJ”, Beograd, 1992, str. 122.

sti i slabosti ovog načela sadržano je u stavu da iz “podjele vlasti proizilaze velike teškoće. Ali konsekvencije koncentracije vlasti još su strašnije”.<sup>32</sup> U bosanskohercegovačkim uslovima neophodno je obezbijediti i primjereniji i funkcionalniji koncept organizacije vlasti, efikasan sistem subordinacije u radu organa, institucija i svih oblika koji utiču na privredne aktivnosti, posebno protok kapitala, znanja i tehničko-tehnoloških dostignuća, platni promet, funkcionisanje informacionog sistema, javnog i telekomunikacijskog saobraćaja i drugo. U tom procesu, uz prevazilaženje pravnog pluralizma, potrebno je stvoriti jedinstven, unificiran i konzistentan pravni sistem koji će obilježiti “ulazak države u epohu moderniteta i racionaliteta...”<sup>33</sup> I entiteti, težeći da, u okviru ustava i zakona, budu samostalni, aktivni i međunarodno priznati subjekti prava, moraju stvarati uslove da budu pouzdan partner za saradnju i odnose, posebno za ulaganje inostranog i domaćeg kapitala.

Pravnoj državi je imanentno uspostavljanje i funkcionisanje organa i državne i civilne vlasti, koji se moraju “...zasnivati na ustavu, zakonima i zakonito donesenim propisima” (R. Marković), te demokratska javnost i obaviještenost, izraženi kroz opšte javno mnjenje o tome da je kršenje zakona društveno nepoželjan čin. Nasuprot tome, nužno je obezbijediti uslove u kojima “...valjane zakone treba uvek poštivati i dosledno primenjivati.”<sup>34</sup> To pokazuje da osnovu pravne, demokratske i civilizovane države čine striktna pravila ponašanja i svijest građana da se ona moraju poštovati.<sup>35</sup> Ali, istovremeno, politička vlast mora biti ne samo organizirana pravom, već, prije svega, postati garancija poretka u kome postoji jednakost svih pred zakonom, kako onih kojima se upravlja, tako i onih koji upravljaju. Dakle, neophodno je izgrađivati pravnu državu koja je potčinjena pravu, da svi akti koje donosi država i njeni organi budu pravni, pravedni, a ne politički i ideološki.<sup>36</sup>

---

<sup>32</sup> S.J. Friedrih, *Constitutional Government and Democracy*, 1941, str. 186.

<sup>33</sup> A. Babić, Neki stavovi o značenju i mjestu principa podjele vlasti u ustavnoj organizaciji savremene buržoaske države, *Zbornik PFZ*, 39/89, str. 1081.

<sup>34</sup> K. Čavoški, *Realpolitičko opravdanje vladavine zakona u Makijavelijevoj političkoj filozofiji*, u knjizi “Ustavnost vladavine prava”, priredio Kosta Čavoški, Beograd, 2000, str. 78.

<sup>35</sup> “Ali vječno je iskustvo da je svaki čovjek koji ima vlast sklon da je zloupotrijebi. I to sve dok može...” (Monteskije).

<sup>36</sup> R. Kuzmanović, *Izgradnja i funkcionisanje pravnog sistema*, Zbornik radova “Izgradnja i funkcionisanje pravnog sistema Republike Srpske”, Banja Luka, 1997, str. 11–17. Autor, pored ostalog naglašava da dalja izgradnja pravnog sistema podrazumijeva da se reformom obuhvate sve građane prava i drugi odnosi koji se moraju uskladiti sa propisima i standardima u evropskom okruženju. Nadalje, on ističe da ova konstatacija upravo pokazuje značaj i tačnost ocjene koja glasi: “U tom smislu biće potrebno mnoge zakone revidirati i dograditi, a mnoge tek donijeti. Za pravni sistem pravne države neće biti dovoljno samo donošenje određenog broja zakona po strukturi i značaju, već će biti potrebno dalje dograđivati postojeći sistem organa i institucija, oblika i metoda, pravnih

## USTAVNOST I ZAKONITOST

Ustavnost i zakonitost obezbjeđuju "ograničavanje državne vlasti putem prava, postojanje valjanog pravnog poretka, institucionalnih jemstava obezbjeđivanja sigurnosti i slobode" i pravo na upotrebu pravnih sredstava radi zaštite ličnih i kolektivnih prava zajemčenih Ustavom. Ustavi utvrđuju, prije svega, da svako ima pravo na jednaku zaštitu svojih prava, u postupku utvrđenom zakonom. Iako je sve naglašenije uklanjanje iz pravnog poretka propisa kojima se prekoračuju ustavna i zakonska ovlašćenja, još uvijek se nedovoljno poštuje ustavni princip po kome se svi subjekti ustavnog sistema moraju pridržavati svojih ustavom i zakonom utvrđenih nadležnosti. U tome je posebno značajno ostvarivanje ustavnog načela po kome su građani jednaki pred ustavom i zakonom i uživaju istu pravnu zaštitu. Saglasno tome, prava koja se ustavnim načelima i zakonima garantuju nisu neograničena. Prava i slobode mogu biti ograničeni samo jednakim pravima i slobodama drugih, a njihovo kršenje i zloupotreba su protivustavna i kažnjiva, što podrazumijeva i ovlašćenje, obavezu i odgovornost svih organa i institucija zakonodavne, izvršne, upravne i sudske vlasti da spriječe svako njihovo kršenje i zloupotrebu.<sup>37</sup>

Postoje deformacije i nedosljednosti u pogledu stupanja na snagu zakona, odnosno početka njihovog primjenjivanja. Ova pitanja sve više se aktueliziraju zbog sve vidnije prisutnosti i primjene stranog, odnosno međunarodnog prava,<sup>38</sup> To, u teorijskom i pragmatičnom smislu, nerijetko izaziva nedoumice i nespozumice, što pokazuju i inicijative za ocjenu ustavnosti tako formulisanih propisa.

Zakonodavna praksa propisivanja različitog vremena stupanja na snagu zakona od vremena početka njihove primjene dovodi do pojave neustavnosti koja se ogleda u tome da su u pravnom poretku istovremeno na snazi dva zakona koji uređuju pravne odnose u istovjetnom pravnom prostoru – raniji, koji je na snazi i primjenjuje se, i kasniji, koji je, takođe, na snazi, ali se ne primjenjuje. Prema ustavnom principu zakoni stupaju na snagu najranije osmog dana od dana njihove

---

i drugih metoda i instrumenata kojima se ustavnost i zakonitost mogu garantovati, štiti i obezbjeđivati..."

<sup>37</sup> Vidi: B.M. Nenadić, O jemstvima nezavisnosti ustavnih sudova, sa posebnim osvrtom na Ustavni sud Srbije, "Službeni glasnik", Beograd, 2012, str. 177–178.

<sup>38</sup> I dalje se najviše ustavnosudskih sporova odnosi na ustavnost i zakonitost propisa iz oblasti privatizacije državnog kapitala u preduzećima i bankama, finansijskog, carinskog i bankarskog sistema (carine, porezi, doprinosi, komunalne takse), imovinsko-pravnih odnosa (promet nepokretnosti), organizacije i upravljanja u preduzećima i drugim pravnim licima, deviznog poslovanja, stambene problematike, eksproprijacije, korišćenja građevinskog i poljoprivrednog zemljišta, radnih odnosa, zdravstvenog, penzijskog i invalidskog osiguranja, teritorijalne organizacije i lokalne samouprave. U tom okviru, najdelikatniji sporovi su u oblasti svojinske transformacije, organizacije preduzeća i upravljanja u njima, kao i korišćenja nepokretnosti.

vog objavljivanja u službenom glasilu, izuzev u dva slučaja koji su utvrđeni Ustavom i oni ne mogu imati povratno dejstvo. Povratno dejstvo propisa posebno pogađa princip pravne sigurnosti, jer otežava, a često i onemogućava, otklanjanje pravnih posljedica koje se proizvode. Vremensko razdoblje od dana objavljivanja zakona do dana njegovog stupanja na snagu potrebno je da bi se sa odredbama novog zakona upoznali i za njegovu primjenu pripremili subjekti – adresati na koje se odnosi. Stoga, načelo vladavine prava, a naročito načelo pravne sigurnosti objektivnog pravnog poretka, kao njegov sastavni dio, zahtijevaju da stupanje na snagu bude propisano na jasan i nedvosmislen način. U tom smislu, neophodna je izmjena zakonodavne prakse u skladu sa odgovarajućim ustavnim rješenjima, tako da se u svim zakonima propisuje samo njihovo stupanje na snagu koje će ujedno značiti i početak njihove primjene. To se, istovremeno, na odgovarajući način, odnosi i na druge, u prvom redu, podzakonske propise, čije je donošenje u nadležnosti drugih državnih i entitetskih organa ili organa jedinica lokalne samouprave i pravnih lica s javnim ovlašćenjima. Ako se ovome doda kašnjenje u objavljivanju propisa, a u nekim slučajevima i propuštanje njihovog objavljivanja, postavlja se pitanje šta je sa “zanemarivanjem prava”, odnosno pravilom “*ignorantia iuris nocet*”.

S obzirom na to da naš ustavnopravni sistem ne poznaje hijerarhiju rangiranja zakonskih normi, u razmatranju i odlučivanju o brojnim predmetima u ustavnosudskoj praksi se ne vrši odlučivanje o eventualnoj međusobnoj nesaglasnosti zakona, jer to nije u ustavnosudskoj nadležnosti. Takođe, ustavnosudski organi nisu nadležni da ocjenjuju primjenu zakona i drugih propisa, cjelishodnost normativnih rješenja, niti da odlučuje o zahtjevima za izmjene zakona, pa, s obzirom na prirodu pokrenutih pitanja, nema uslova za zasnivanje ustavnosudske nadležnosti.<sup>39</sup>

Učestale su izmjene i dopune zakona, zbog čega ne postoji gotovo nijedan zakon ili drugi pravni propis koji nije mijenjan jedanput ili više puta. Izvjesno je da dinamični društveni tokovi, pogotovo u domenu usklađivanja domaćih propisa sa pravom Evropske unije, nameću izmjenu propisa, na koje utiču i odgovarajuće promjene izazvane svjetskom krizom. Međutim, ovakve promjene često su posljedica nedovoljnog i nesistematskog rada na donošenju ili izmjeni propisa i normativnih akata, i zbog čega su oni u praksi u svojim mnogim dijelovima neu-

---

<sup>39</sup> U ustavnosudskom postupku se može utvrditi da zakon nije u saglasnosti sa Ustavom, kao i da zakon koji je prestao da važi nije u vrijeme svog važenja bio u saglasnosti sa Ustavom. Ustavnosudske odluke u oba ova slučaja imaju isto pravno dejstvo, koje su precizno propisane Zakonom o Ustavnom sudu, kako u odnosu na propise i druge opšte akte donesene za izvršenje i sprovođenje zakona koji su na osnovu odluke Suda prestali da važe, tako i u odnosu na pojedinačne – konačne ili pravosnažne akte donesene na osnovu tih zakona. Dakle, Ustavom i pomenutim Zakonom sva ova pitanja su utvrđena, tako da u ovom domenu ne postoje ustavne i zakonske “pravne praznine”.

potrebljivi ili nekonzistentni u njihovoj primjeni pa se moraju mijenjati ili dopunjavati više puta, veoma često i odmah nakon njihovog donošenja, odnosno početka primjene.

Sve se češće osporavaju akti koji po svojoj sadržini i pravnoj prirodi nisu "opšti akti za čiju ocjenu ustavnosti i zakonitosti je nadležan Ustavni sud". Naime, radi se o aktima - deklaracije, rezolucije, konvencije, zaključci ili drugi akti koji ne sadrže elemente opšteg pravnog akta. U takvim slučajevima ustavnosudski organ nije mogao prihvatiti nadležnost.

Stoga, reforma ustavnog i pravnog sistema i, u tom okviru, postojanje nezavisnog ustavnog suda, čiju snagu "...u dobroj meri, određuje širina i raznovrsnost njegovih nadležnosti"<sup>40</sup> i upravo ga potvrđuje kao specifičan dio ustavnopravnog sistema i obezbjeđuje mu status garanta ostvarenja, odnosno dostizanja nivoa evropskih principa, standarda i kriterijuma vladavine prava i pravne države. To istovremeno, uključuje sve demokratske atribute pravde, pravičnosti i ostvarivanja i zaštite prava i osnovnih sloboda. Sve to, u prvom redu, moralo bi biti u funkciji bržeg rješavanja društvenih protivrječnosti, uspostavljanja i intenziviranja demokratske integracije društvene zajednice i njenog daljeg napretka.

Na ovim prostorima, politički procesi, retrogradne koncepcije i nepostojanje saglasnosti o temeljnim pravcima konstituisanja države i društva su, uglavnom, izvor nesigurnog, nerealnog i neuvjerljivog dolazećeg vremena. Stoga, s posebnom pažnjom morala bi se uspostavljati granica i mjera preko koje i ispod koje se ne bi moglo ići u uspostavljanju i zaštiti prava i pravde, ustavnosti i zakonitosti, individualnih i kolektivnih prava, ljudskih i manjinskih prava i sloboda. Zakonodavna vlast, kao i izvršni i upravni organi, trebalo bi kontinuirano da analiziraju, izgrađuju i inoviraju pravni sistem i poredak, u smislu: da li postoji previše ili premalo zakona i svih vrsta normativnih akata; ko, kako i kojim procedurama donosi zakone i druga akta kojima se uspostavlja normativni, moralni i vredonosni poredak; da li se, u kojoj mjeri i kako oni primjenjuju; da li se i u kojoj mjeri odnosi u društvu pretvaraju u normu i pravila ponašanja; da li zakonodavna rješenja podstiču ili sputavaju čovjeka i građanina da bi bili ravnopravni i dostojanstveni.

## PRAVO I PRAVDA

Samo po mjeri svog civilizacijskog poimanja prava i pravde i naši ustavotvorci i zakonodavci mogu da utvrđuju i garantuju uslove i mehanizme za ostva-

---

<sup>40</sup> O. Vučić, V. Petrov, D. Simović, Ustavni sudovi bivših jugoslovenskih republika – teorija, norma, praksa, "Dosije studio", Beograd, 2010, str. 233.

rivanje prava i uživanje sloboda.<sup>41</sup> Svi politički činioci, prvenstveno organi i institucije sistema, političke stranke i nevladin sektor, trebalo bi da su, u većoj mjeri, odgovorni i svjesni uloge i značaja prava i sloboda, kao pretpostavke demokratskog uređenja i da se svesrdno zalažu za njihovu dosljednu primjenu.<sup>42</sup> Neophodno je da se obezbijedi uspostavljanje reda i vodi organizovana i kontinuirana borba protiv svih vidova pravne i političke diskriminacije između ljudi i uopšte zloupotrebe prava.<sup>43</sup> Iako su pravila o zabrani različitih tretmana pojedinaca po osnovu njihovog različitog statusa i svojstva "...razbacana po cijelom pravnom sistemu – od ustavnih tekstova, preko posebnih zakona koji se odnose na diskriminaciju do opštih zakona koji sadrže samo određena antidiskriminaciona pravila (zakoni u oblasti radnih odnosa, zapošljavanja, porodičnih i nasljednih odnosa, javnog informisanja, krivičnopravni propisi i dr.), primarno je uspostavljanje i funkcionisanje ustavnih i zakonskih mehanizama koji služe očuvanju ljudskog dostojanstva, prava i jednakosti i slobode. Upravo, "to su vrijednosti otvorenog i demokratskog društva zasnovanog na vladavini prava, u kome je dostojanstvo ljudske ličnosti neprikosnoveno i zato su svi dužni da ga poštuju i štite."<sup>44</sup>

Uspostavljanju, jemstvu i ostvarivanju ljudskih prava i osnovnih sloboda Ustav Bosne i Hercegovine<sup>45</sup> je posvetio značajnu pažnju. Odredbe o ljudskim pravima i slobodama ugrađene su na više načina i više tehnika. Prvo, Ustavom je utvrđen katalog ljudskih prava i sloboda u trinaest tačaka (član II tačka 3), sistematski se u svim dijelovima Ustava (od člana I do VI) utvrđuju i jamče odgovarajuća prava i slobode, Aneksom I Ustava utvrđen je spisak od petnaest međunarodnih akata (konvencija, povelja, sporazuma), koji će se primjenjivati u Bosni i Hercegovini.<sup>46</sup> Tako je odredbama o pravima i slobodama normativno uspostav-

---

<sup>41</sup> Katalogi ljudskih prava, da bi bili uticajni i prihvatljivi, do sada su se utvrđivali političkim dogovorom i imali oblik osnovnih međunarodnih ugovora. Ovi dokumenti, po pravilu, predstavljaju izvore prava čak i kada nemaju potrebnu formu. Među njima naročit autoritet imaju neke istorijske povelje, deklaracije i ustavi, kao što su Deklaracija o pravima čovjeka i građanina iz 1789. godine, američka Deklaracija o nezavisnosti iz 1776. godine, i prvih deset amandmana na Utav SAD "Bill of Rights" od 1787. godine, a u novije vrijeme deklaracije međunarodnih organizacija i univerzalni i regionalni međunarodni ugovori, kakvi su Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima od 1948. godine, paktovi o ljudskim pravima od 1966. godine i Evropska konvencija o ljudskim pravima iz 1950. godine.

<sup>42</sup> M. Dmičić, *Ostvarivanje, kršenje i zaštita ljudskih prava i sloboda u ustavnopravnom sistemu Republike Srpske*, "Advokatura", Banja Luka, br. 9-10/2003, str. 91–108. i dr.

<sup>43</sup> Vidi: S. Gajin, V. Vodinelić, T. Drobnjak, B. Nikolić: *Antidiskriminaciono pravo – vodič*, Centar za unapređivanje pravnih studija, Beograd, 2006, str. 7.

<sup>44</sup> M. Pajvančić, *Ustavno pravo*, Novi Sad, 2008, str. 128.

<sup>45</sup> Ustav Bosne i Hercegovine, Aneks 4, Dokumenti Dejton-Pariz, Banja Luka, 1997, str. 72–88.

<sup>46</sup> Opšti okvirni sporazum za mir u Bosni i Hercegovini, Dokumenti, Dejton-Pariz, Banja Luka, 1997.

ljen jedan od najboljih sistema zaštite ljudskih prava i sloboda. Međutim, iako je veoma razvijen i sistem institucija za zaštitu ljudskih prava – ustavni sudovi, redovni sudovi, ombudsmani, organi uprave i dr., ljudska prava i slobode se krše, zloupotrebljavaju, pa i ograničavaju.<sup>47</sup>

Utvrđeno je posebno pravo na nediskriminaciju, u smislu da se sva prava i slobode predviđeni ustavom i svim aneksima mirovnog sporazuma obavezno primjenjuju na sva lica u Bosni i Hercegovini bez diskriminacije po bilo kom osnovu ili statusu (član II tačka 4. Ustava). Sve institucije entiteta i Bosne i Hercegovine, prije svega sudovi, ustanove, ombudsmani, domovi za ljudska prava, državni organi i druge institucije, dužne su poštovati, primjenjivati i ostvarivati ustavom utvrđena i ustanovljena prava i slobode. U tom pravcu, Bosna i Hercegovina i entiteti su dužni da postanu članovi - potpisnici svih međunarodnih sporazuma (1-15) koji su nabrojani u Aneksu II Ustava Bosne i Hercegovine. Bosna i Hercegovina i entiteti su dužni (član II tačka 8) da sarađuju i pruže pristup svim međunarodnim mehanizmima (organizacije, udruženja, sudovi, domovi) za praćenje ostvarivanja i zaštite ljudskih prava i sloboda, osnovanim za Bosnu i Hercegovinu. Ostvarivanje garantovanih prava i sloboda je dužnost i odgovornost svih građana, svih lokalnih, entitetskih i državnih organa, zakonodavne vlasti, posebno izvršne i upravne vlasti, a vrlo značajno mjesto, kao mehanizmi zaštite, su organi pravosuđa. I time pravo kao umijeće slobode i kao "...skup pravila ljudskog ponašanja koje je donio i sankcionisao državni autoritet"<sup>48</sup> i slobode, i individualne i kolektivne, postaju jedna od najviših vrijednosti ustavnog i pravnog sistema i poretka.

Ustav Bosne i Hercegovine ima jednu specifičnu i, u komparativnom ustavnopravnom pravu, dosta rijetku "nadustavnu odredbu", čiji je cilj posebna zaštita ljudskih prava i sloboda od svake, eventualne buduće promjene Ustava kojom bi se

<sup>47</sup> Bosna i Hercegovina je postala članica Savjeta Evrope 24. aprila 2002. godine. Nakon pristupa ona je prihvatila obaveze kojima podliježu sve države članice u skladu sa članom 3. Statuta – poštovanje principa pluralističke demokratije i vladavine prava, kao i poštovanje ljudskih prava i osnovnih sloboda. Takođe, Bosna i Hercegovina je ratifikovala Evropsku konvenciju o ljudskim pravima sa njenim protokolima i ona je stupila na snagu 12. jula 2002. godine. Aneks VI, uz Opšti okvirni sporazum za mir u Bosni i Hercegovini, posvećen je poštovanju ljudskih prava i organizaciji nadležnosti u postupku njihove zaštite. Bitno je naglasiti i to da su ovim aneksom u oba entiteta uvedene opšte kategorije ljudskih prava i to na način što su odgovarajući međunarodni dokumenti, a naročito Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, praktično uvedeni u zakonodavstvo Bosne i Hercegovine. Istovremeno, sve je naglašenija potreba ostvarivanja i zaštite ljudskih prava prema najvišim međunarodnim standardima. Pri tome, nedostatno je to da se samo utvrđuje da Bosna i Hercegovina i oba entiteta obezbjeđuju najviši nivo međunarodno priznatih ljudskih prava i osnovnih sloboda, a da se to nedovoljno ostvaruje.

<sup>48</sup> A. Bačić, Ustavno pravo, Pravni fakultet u Splitu, 1997, str. 18.



pokušala smanjiti ili ograničiti bilo koja od zagarantovanih prava i sloboda. Ovim su civilizacijske tekovine i međunarodna dostignuća u ljudskim pravima trajno ugrađena u ustavni sistem ove države.<sup>49</sup>

U ustavnosudskoj, redovnosudskoj i upravnoj praksi neposredno se primjenjuju odredbe Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda i ove odredbe imaju prednost nad zakonima<sup>50</sup>, iako postoje sporenja o tome da li je ova odredba pravilno prevedena sa engleskog jezika, jer se u stručnoj i akademskoj javnosti često tvrdilo da je Evropska konvencija superiornija u odnosu na ostali dio Ustava Bosne i Hercegovine.

Svi građani su ravnopravni u slobodama, pravima i dužnostima, jednaki pred zakonom i uživaju istu pravnu zaštitu bez obzira na rasu, pol, jezik, nacionalnu pripadnost, vjeroispovijest, socijalno porijeklo, rođenje, obrazovanje, imovno stanje, političko i drugo uvjerenje, društveni položaj ili drugo lično svojstvo. Onemogućen je bilo koji vid diskriminacije. Međutim, u Bosni i Hercegovini postoji nesklad između prava utvrđenih obavezujućim međunarodnim i regionalnim instrumentima i domaćim ustavnim i zakonskim aktima i nivoa organizacije, funkcionisanja i efikasnosti sistema kojim se ona primjenjuju, poštuju i štite u praksi. Stoga, ukupni sistem zaštite prava, pravde i kulture prava, "mora u svakom konkretnom slučaju odgovoriti smislu, duhu i razumu, odnosno genusnom izvoru proklamovanih i opšteusvojenih pravila i standarda međunarodnog prava, sa svim atributima civilizacijskih standarda i tekovina i demokratske kulture, oslobođenih svih vidova agresije ili bilo kakvih metapравниh pritisaka i uticaja".<sup>51</sup> Pri tome, stalno se mora imati u vidu da je Bosna i Hercegovina ustavom predviđena kao demokratska država, ali da, u stvarnosti, kako navode pojedini autori, "čudna

---

<sup>49</sup> "Dugoročno se ne može prihvatiti da u okviru evropskog prava, pravo Evropske zajednice unutar države zauzme položaj iznad Ustava, dok Evropska konvencija o ljudskim pravima, u pravilu, može zauzimati samo položaj niži od ustavnog." A. Bleckmann, Ustavna načela Evropske konvencije o ljudskim pravima, *Europäische Grundrechte*, br. 7–8/94, str. 150; R. Kuzmanović: *Civilno društvo i ljudska prava i slobode*, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Banjoj Luci*, 2000, br. XXII, str. 31–43.

<sup>50</sup> "*Direktna primjena*" Evropske konvencije je jedna pravna sintagma "ustavotvorca" kojom je naglašeno da nije potrebno da ovaj akt država transformiše u domaći pravni sistem, niti je potrebno da Bosna i Hercegovina postane formalno članica Vijeća Evrope kako bi se ona primjenjivala. Ipak, uzimajući u obzir činjenicu da ona ima svoje mjesto u Ustavu Bosne i Hercegovine, te jezičko značenje čl. II/4, II/7 i naslova Aneksa I na Ustav Bosne i Hercegovine, direktna primjena se podrazumijeva sama po sebi. Ona, čak, nije ni morala biti izričito propisana u Ustavu Bosne i Hercegovine. "*Prioritet*" Evropske konvencije nad svim ostalim zakonima je pravna konstrukcija koja, takođe, sama po sebi, nema poseban značaj. Naime, ako je Evropska konvencija dio Ustava Bosne i Hercegovine, sasvim je logično da je ona, u normativnom smislu, iznad svakog drugog zakona u Bosni i Hercegovini.

<sup>51</sup> Vidi: D. Gomien: *Kratak vodič kroz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima*, Prometej, Beograd, 1994; K. Duzinas, *Ljudska prava i imperija - Politička filozofija kozmopolitizma*, Beograd, 2009. i dr.



je to neka demokratija u kojoj neizabrani predstavnik stranih sila može da ignoriše izabrane predstavnike naroda te zemlje.<sup>52</sup>

Međutim, u ovoj složenoj državnim zajednici, stabilnost međunacionalnih i religijskih odnosa, najdirektnije se odražava na stanje ljudskih prava i sloboda. Znači, Bosna i Hercegovina, kao zajednička država dvaju entiteta i triju konstitutivnih naroda – Bošnjaka, Srba i Hrvata i ostalih naroda i građana, sa svojom dejtonskom organizacijom i ustavnom strukturom, može se razvijati na osnovu dogovora i konsenzusa kao temeljnih vrijednosti svake multinacionalne i multi-konfensionalne državne i društvene zajednice.

### PRAVO I MORAL

Sve je naglašenije insistiranje na vraćanje prava “...ka svojim moralnim osnovama...”.<sup>53</sup> Sam pojam “moral” koji se upotrebljava i u “deskriptivnom i u normativnom smislu”, koristeći se određenjima kao što su “društveni moral”, “politički moral” ili “popularna moralnost”. U suštini moral označava određeno društveno, a onda i ljudsko individualno opredjeljenje u odnosu na drugog čovjeka. Radi se o kriterijumima “kojima se rukovodimo kada uređujemo sistem normativnih i društvenih prava”. U tom smislu se “... o pravima može smisleno, argumentovano i razložno govoriti, odnosno tumačiti njihovo konkretno značenje samo tamo gdje postoji politički poredak...”, potreban konsenzus i visok nivo zajedničke kulture, u prvom redu, u smislu prirodnopravnog stanovišta koja prava čovjeka “...univerzalno dodjeljuju jedinkama bez obzira na njihova članstva u partikularnim zajednicama”<sup>54</sup>

Pri tome, potrebno je istaći ocjenu da “naš politički mentalitet je takav da nosioci nemaju osjećaj za odgovornost, čak i kad je ona, manje ili više, pravno regulisana. Ostavka je u našem političkom, i uopšte javnom životu, toliko retka da je bilo posljedica krajnje političke nužde (iznuđena stvar) bilo prvorazredni, visoko-moralni čin gotovo bez presedana.”<sup>55</sup>

Ali, to potvrđuje da je na putu uspostavljanja pravnog i moralnog sistema i reda veoma teško ispuniti osnovni zahtjev savremenog društva da svi treba da budu odgovorni “...jer pravo je univerzalno važenje (zakonskih) normi, a “...odgo-

<sup>52</sup> R.M. Hajden: Skice za podeljenu kuću – Ustavna logika jugoslovenskih sukoba, Beograd, 2003, str. 161; M. Ignjatijev: Ljudska prava kao politika i idolopoklonstvo, “Službeni glasnik”, Beograd, 2006, str. 54; Deklaracija Kopaoničke škole prirodnog prava, Kopaonik, 2002, str. 34–36; D. Kavan, Pravna država i reforma javne uprave, “Pravni život”, Beograd, br. 9/96, str. 607–633.

<sup>53</sup> M. Đurković, Poredak, moral i ljudska prava, Institut za evropske studije, Beograd, 2001, str. 164–165.

<sup>54</sup> Isto, str. 166.

<sup>55</sup> V. Petrov, Slobodni mandat, politika i odgovornost, “Pravni život”, br. 12/2011, str. 767.

vornost je moralni činilac političkog koji podrazumijeva podnošenje konsekvenci javnog djelovanja”, pa stoga “...udeo svih subjekata ne može biti isti, već srazmerno njihovim pravima i ovlašćenjima.”<sup>56</sup>

## PRAVNA KULTURA

U procesu evropskih integracija, pomenuti instituti ustavnog i pravnog sistema kao i sistem njihove zaštite, imaju poseban značaj. Stoga promovisanje i unapređenje demokratskog i civilnog društva, čije konstituisanje predstavlja jedan od “kopenhagenskih kriterijuma”, predstavlja preduslov za ostvarivanje napretka u procesu evrointegracija. Da bi se stvorili uslovi da se ovi instituti ostvaruju u što je moguće većem obimu i kvalitetu, neophodno je da se titulari prava i institucije sistema prema njima odgovorno odnose i da jasno znaju šta je njihovo pravo i kojim su institucionalnim mehanizmima i instrumentima garantovani i zaštićeni. Zbog toga, samo pravilna, sistematska i organizovana edukacija građana omogućava im da koriste sistem, institucije i mehanizme za ostvarivanje i zaštitu svojih prava i interesa. Ova edukacija je i obaveza iz međunarodnih, regionalnih i dokumenata unutrašnjeg prava o ljudskim pravima.<sup>57</sup>

Uspostavljanje i ostvarivanje ovih instituta predstavlja važan preduslov za ostvarivanje mira, prava i pravde putem tolerancije i međusobnog razumijevanja, naročito ostvarivanja jednakosti, priznatog i garantovanog uvažavanja “jedinstva u različitosti” i mirnog prevazilaženja suprotnosti koje su prisutne u ovoj izuzetno heterogenoj i mnogim pitanjima podijeljenoj političkoj zajednici. Stoga, o ovim institutima potrebno je “...smisleno, argumentovano i razložno govoriti, odnosno tumačiti njihovo konkretno značenje,”<sup>58</sup> posebno zbog činjenice da ne postoji izgrađen ustavni, pravni i “...politički poredak, dovoljno bazirani konsenzus i visok nivo zajedničke kulture u smislu prihvatanja nekih osnovnih postulata, mišljenja i djelovanja”.<sup>59</sup> Istovremeno, za demokratsko, civilno društvo ti elementi su “bitan uslov za postojanje civilizovanog odnosa među ljudima, gdje su ljudi – pojedinci povezani, žive jedan za drugog i jedan od drugoga.”<sup>60</sup> Dakle, potrebno je društvo u kojem će se problemi ostvarivanja ljudskih prava i koje su žrtve njihovog neostvarivanja, ograničavanja i kršenja, veoma brzo identifikovati i efikasno otklanja-

---

<sup>56</sup> M. Matić, Enciklopedija političke kulture, Savremena administracija, Beograd, 1993, str. 772.

<sup>57</sup> Vidi: M. Ignjatijef: Ljudska prava kao politika i idolopoklonstvo, Službeni glasnik, Beograd, 2006, str. 65–68.

<sup>58</sup> M. Đurković, Poredak, moral i ljudska prava, Beograd, 2001, str. 164.

<sup>59</sup> Isto, str. 164–165.

<sup>60</sup> R. Kuzmanović, Civilno društvo i ljudska prava i slobode, Eseji o ustavnosti i državnosti, Banja Luka, 2004, str. 220.

ti. Međutim, nasuprot tome, "...umjesto 'novog svjetskog poretka' o kome se toliko govori, mi zapravo imamo svjetski nered u kome se odnosi izgrađuju na principima dvostrukog standarda i gole sile, a ne na principima prava koje zahtijeva univerzalizaciju i dosljednost u tumačenju i djelovanju."<sup>61</sup>

Intenziviranje demokratskih procesa najdirektnije je uslovljeno procesom shvatanja, razumijevanja i otklanjanja posljedica "tragičnih sukoba naroda u regionu", a ti procesi "pretpostavljaju racionalan reformatorski rad na promeni institucija i ljudi"<sup>62</sup> i o tome postići usaglašen stav etničkih i religijskih grupa.

#### IZGRADNJA, OSTVARIVANJE I GARANCIJA OSNOVNIH USTAVNOPRAVNIH INSTITUTA

Prvenstveno, nužna je podređenost i države i svih organa javne vlasti ustavu i zakonima,<sup>63</sup> što je neophodan uslov demokratskih procesa, vladavine prava i obezbjeđivanja postojanja i djelovanja civilnog društva.

Konstitutivni akti u unutrašnjem pravu, prvenstveno ustav, nisu jedini pravni akti koji utvrđuju i garantuju ove institute. Oni se propisuju i aktima niže pravne snage, pa i nepravnim aktima – rezolucijama, deklaracijama, konvencijama i zakonima kao značajnim izvorima prava.<sup>64</sup> Zato je izuzetno značajna i odgovorna uloga zakonodavne vlasti i svih nivoa drugih grana vlasti koje ona kontroliše i nadzire. Najčešće se zakoni usvajaju, derogiraju i mijenjaju po jednostavnijoj proceduri u odnosu na onu koja je određena za sam ustav.<sup>65</sup> Zbog toga, stalno je potrebno imati na umu da pojedina prava i slobode koja zakon propisuje lakše mogu biti ugroženi, ukinuti ili ograničeni, što ustavi, u najvećem broju zemalja, zabranjuju.

Istovremeno, ne može se izbjeći činjenica da se društvo nalazi u tranziciji i da je opterećeno nizom poslijeratnih teškoća. Stoga, ustavna i pravna rješenja i njihovo ostvarivanje, u skladu sa međunarodnim standardima i vrijednostima, nailazi i na ozbiljne poteškoće. Oni se mogu ostvarivati samo uz punu političku,

---

<sup>61</sup> M. Đurković, Isto, str. 165.

<sup>62</sup> Đ. Tasić, Međunarodna pravna svest, Beograd, 2002, str. 70.

<sup>63</sup> M. Ignjatijef: Ljudska prava kao politika i idolopoklonstvo, Službeni glasnik, Beograd, 2006, str. 31.

<sup>64</sup> Cilj zakona nije da ukine ili ograniči, već da očuva i uveća slobodu...tamo gdje nema zakona nema ni slobode (Džon Lok).

<sup>65</sup> "...Duh i stvaralaštvo zakona ogleda se još u sigurnosti čovjeka, društva i države; u odgovornosti svih i svakoga" pod jednim i tim istim zakonom. "Isto tako, u garanciji slobode, za koju: 'sva srebra, sva zlata, svi ljudski životi, ne mogu biti plata toj čistoj ljepoti..." Lj. Jović, Jezik zakona, Zavod za udžbenike i nastavna sredstva, Beograd, 1995, str. 133.

privrednu i socijalnu stabilnost.<sup>66</sup> Ali, istovremeno nepovoljna i sa nepredvidivim posljedicama, politička, ekonomska i socijalna kretanja, kao i sukobljeni unutrašnji interesi i međunarodni patronat, dovode u pitanje optimalno ostvarivanje demokratije i poštovanje ljudskih prava i sloboda garantovanih Ustavom Bosne i Hercegovine, pratećim međunarodnim aktima i ustavima entiteta. Pri tome, potrebno je značajno istaći da "...u demokraciji nositelji vlasti se biraju, oni su odgovorni narodu, oni se na vlasti mijenjaju... a potrebno je da postoje političke stranke spremne da organizirano pristupe izborima i na miroljubivu kritiku aktuelne vlasti... da postoji mjera povjerenja i konsenzusa o temeljnim vrijednostima... izvan ustavnog poretka ne smije se naći niti jedna značajna socijalna, etnička ili politička grupa (M. Keaitn, 1995)."<sup>67</sup> U našim uslovima, od prvorazrednog značaja je postojanje i ostvarivanje prava na autonomnost ljudi i naroda, pravo na narodnosni identitet, nacionalnu, kulturnu i istorijsku baštinu.<sup>68</sup> Zato, entiteti moraju ostati trajna kategorija sa svim svojim državotvornim elementima i kapacitetom u sastavu Bosne i Hercegovine kao specifične i složene države, odnosno državne zajednice. Istovremeno, nužno je stalno ukazivati na neophodnost primjene vrijednosti, standarda i kriterijuma koji se baštine, promovišu i štite u efikasnim, demokratskim i modernim državama i društvima.

Bosna i Hercegovina još je daleko od vremena kada će morati da sprovede ustavne promjene sa ciljem stvaranja ustavnog osnova za pristupanje Evropskoj uniji, jer je za nju sam čin pristupanja, a posebno vrijeme kada bi se to moglo dogoditi, još uvijek neizvjesni i neodređeni. Njeno ustavno uređenje kao složene države, zasnovano na dejtonskim rješenjima, pruža dovoljno mogućnosti da Bosna i Hercegovina bude funkcionalna, demokratska i moderna država i da kao takva

---

<sup>66</sup> Vidi šire: R. Tomaš u Zborniku Bosna i Hercegovina – 2014. Gdje želimo stići?, Fondacija "Fridrih Ebert", Sarajevo, 2009, str. 67–68. i 71–72. Ovaj autor u svom radu, pored ostalog, navodi: "...Bosna i Hercegovina je dezorijentisana zemlja: niko nema ozbiljnu viziju u narednih par godina, a kamoli decenija. Međutim, bez dugoročnije vizije nema razvoja. Zašto je to tako? Odgovor na ovo teško pitanje prvo podrazumijeva nekoliko konstatacija: 1. Mir u BiH je uspostavljen onda kada je međunarodna zajednica bila dovoljno složna i odlučna da privoli zaraćene strane da ga prihvate, a ne onda kada su ratnici shvatili da je mir bolji; 2. Nijedna strana u BiH ne smatra da je uspostavljeni mir potpuno pravedan; 3. Nijedna strana u bosanskom ratu nije potpuno odustala od svojih ratnih ciljeva; 4. Rat u BiH nije vođen za društveno preuređenje i demokratizaciju BiH, nego za nacionalnu dominaciju. Ako je išta od prethodnog tačno, slijedi zaključak da je vrlo teško ili nemoguće pronaći zajednički nazivnik Bosne i Hercegovine. Šta i ko je njena integrativna snaga? Nacionalna podijeljenost je jača od želje za demokratijom, ekonomskim prosperitetom, evropskim integracijama..."

<sup>67</sup> A. Bačić, Ustavno pravo, Pravni fakultet u Splitu, 1997, str. 5.

<sup>68</sup> V. Čerčil, govoreći u Cirihi 1943. godine o budućnosti evropskih država i naroda, pored ostalog, istakao je: "Prije ili kasnije cijela Evropa će se morati ujediniti i sve glavne granse evropske porodice će jednog dana postati partneri. Moramo postići najveći nivo integracije Evrope koji je moguć, a da pri tome ne uništimo njene individualne karakteristike i tradiciju njenih mnogih drevnih naroda."

može da uđe u evropske integracije. Proces evropskih integracija, pored preuzimanja komunitarnih vrijednosti i tekovina, istovremeno podrazumijeva stabilno i funkcionalno demokratsko političko uređenje, uređen i efikasan ekonomski sistem i socijalnu sigurnost, prihvatanje i provođenje standarda i kriterijuma modernih i razvijenih država i naroda, političku stabilizaciju i uspostavljanje regionalne saradnje, uklanjanje posljedica nedavnih “tragičnih sukoba u regionu” i uspostavljanje istinske tolerancije, nediskriminacije i nemajorizacije.

MILE DMIČIĆ, LL.D.,  
Professor, Faculty of Law, Banja Luka University

INSTITUTES OF CONSTITUTIONAL AND LEGAL SYSTEM  
OF BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary

This paper reviews basic constitutional law institutes – the rule of law, legal state, constitutionality and legality, law, justice, legal culture and ethics, which necessarily, normatively and factually, must become the ground for constitutional and legal system and democratic development of the society. These constitutional and legal institutes, have become an unavoidable topic not only in scientific and professional circles, but also in parliamentary, public, political and administrative milieu. As basic principles and values of constitutional and legal system, from internal and international aspect, especially in the context of European integrations of Bosnia and Herzegovina, they should be the basis operating mechanism of all bodies and institutions, who must realise their authorities and objectives within boundaries prescribed by Constitution, statute, social, moral and rules of custom. Hence, it is necessary to secure and guarantee conditions and mechanisms for their realisation.

*BOGOLJUB MILOSAVLJEVIĆ*

## **USTAVNOPRAVNI KONCEPT TERITORIJALNE AUTONOMIJE U SRBIJI**

### **U V O D**

Teritorijalna autonomija u svim zemljama koje su je uspostavile pripada kategoriji trajno aktuelnih političkih i pravnih tema. To je slučaj i sa našim autonomnim pokrajinama od njihovog osnivanja do danas.

Uspostavljene su 1945. godine odlukom Narodne skupštine NR Srbije kao Autonomna pokrajina Vojvodina i Autonomna Kosovsko-metohijska oblast. Ustavom SFRJ iz 1963. godine su izjednačene u statusu, a isti je ustav dao mogućnost svim republikama da osnivaju pokrajine na područjima sa posebnim nacionalnim sastavom ili sa drugim osobenostima (ta je mogućnost ostala neiskorišćena). U drugoj fazi, koja traje od 1968. do 1990. godine, nastaju krupne promene u njihovom položaju. Mada su u sastavu Srbije, one dobijaju niz obeležja tipičnih za federalne jedinice i postaju gotovo izjednačene sa njima u ostvarivanju funkcija federacije. Pokrajinski statut postaje 1968. godine pokrajinski ustavni zakon,<sup>1</sup> da bi ga Ustav SFRJ iz 1974. godine unapredio u pokrajinski ustav. Autonomne pokrajine dobijaju široku zakonodavnu, izvršnu i sudsku vlast, ustavne sudove i još

---

Dr Bogoljub Milosavljević, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta Union, Beograd.

<sup>1</sup> Uz to je Amandmanom VII iz 1968. godine iz naziva AP Kosovo i Metohija izostavljena reč Metohija.

neke druge klasične funkcije države članice i učestvuju u vršenju federalne vlasti. Time se suverenost Republike Srbije sužava na područje izvan pokrajinskih područja (“uža Srbija”).

Trećom fazom u razvoju teritorijalne autonomije moglo bi se označiti vreme od donošenja Ustava Republike Srbije iz 1990. godine (kome su prethodili amandmani iz 1989. godine), pa sve do danas. Tim ustavom su pokrajinama oduzeta državna svojstva kao nepripadajuća ovom obliku političko-teritorijalnog uređenja. U poslednjoj deceniji prošlog veka, zbog niza teških i nepovoljnih spoljnih i unutrašnjih okolnosti, Republika Srbija gubi faktički suverenitet nad svojom južnom pokrajinom. Istovremeno, ostvaruje se neprimerena centralizacija vlasti u središtu države, čime se autonomija u Vojvodini snižava ispod ustavnih granica. Ta se situacija popravlja tek 2002. godine, donošenjem tzv. omnibus zakona,<sup>2</sup> koji utvrđuje niz novih pokrajinskih nadležnosti, ali tako što izvorne i poverene nadležnosti, odnosno poslove, tretira kao jednu celinu. Tri godine posle donošenja novog Ustava, taj je zakon zamenjen novim. Njegova je ustavnost, zatim, osporena pred Ustavnim sudom Srbije.

Ustavni sud je 10. jula 2012. godine doneo odluku,<sup>3</sup> kojom je utvrđena nesaglasnost sa Ustavom većeg broja odredaba Zakona o utvrđivanju nadležnosti Autonomne pokrajine Vojvodine (“Službeni glasnik RS”, broj 99/09). Kao što je bilo očekivano, odluka je imala veliki politički odjek. U ustavnopravnom smislu, ta je odluka veoma značajna i svakako ulazi u red kapitalnih odluka tog suda. Sastavni deo obrazloženja ove odluke čini poseban odeljak (označen rimskom brojkom V), u kome je izloženo “Stanovište Ustavnog suda o ustavnopravnom položaju, sadržini i granicama pokrajinske autonomije prema Ustavu Republike Srbije od 2006. godine”. Upravo stavovi izloženi u tom odeljku će biti predmet posebne pažnje u ovom radu.

Cilj ovog rada je da izloži osnovne elemente ustavnopravnog koncepta teritorijalne autonomije u Republici Srbiji, polazeći od ustavnog teksta i tumačenja u navedenoj odluci Ustavnog suda. Polazna hipoteza jeste da je Ustavni sud svojim tumačenjima doprineo razumevanju onih ustavnih formulacija o teritorijalnoj autonomiji za koje se ne može reći da su jasno i dosledno sročene. S tim u vezi, izložiće se najpre nekoliko bitnih teorijskih pojmova koji se koriste u uporednom ustavnom pravu prilikom ustavnog i zakonskog oblikovanja teritorijalne autonomije.

<sup>2</sup> Zakon o utvrđivanju određenih nadležnosti autonomne pokrajine (“Službeni glasnik RS”, broj 6/02).

<sup>3</sup> Odluka IUz-353/2009, objavljena u “Službenom glasniku RS”, broj 67/12, str. 5–35.

“Više od lokalne samouprave i manje od federalizma”

Oblici teritorijalne autonomije postoje u većem broju država, ređe na čitavom državnom području (tzv. simetrična autonomija), a češće na pojedinim delovima državnog područja (tzv. asimetrična autonomija). Jedine primere zemalja u kojima je teritorijalna autonomija organizovana na čitavom državnom području predstavljaju Italija (od Ustava iz 1947. godine) i Španija (od Ustava iz 1978. godine), koje se zbog toga označavaju regionalnim državama (istom tipu pripadala je i Belgija do njenog pretvaranja u federaciju).<sup>4</sup> Asimetrična autonomija može postojati u unitarnim državama (Srbija, Finska, Danska, Portugalija, Ukrajina, Ujedinjeno kraljevstvo Velike Britanije i Severne Irske), kao i u federalno uređenim državama (Indija, Kanada, bivša SFRJ i bivši SSSR).

Nesporno je da se poređenjem oblika teritorijalne autonomije u svetu mogu pronaći njihove zajedničke karakteristike, barem one opštije prirode. Međutim, gde god postoji, teritorijalna autonomija se, u punom smislu reči, ukazuje kao izuzetna i autohtona tvorevina konkretnog ustava i zakona. Otud postoji onoliko njenih raznovrsnih podoblika koliko je i primera, jer je svaki primer u ponečemu specifičan. Takve razlike se mogu objasniti jednostavnom činjenicom: svaka pojedina teritorijalna autonomija nastaje u svojevrsnoj borbi stanovništva na određenom delu teritorije za samoupravu. Uz to, činjenica je da se jednom priznata autonomija često smešta u polje političke dinamike i da tendira ka razvoju, odnosno da nosi potencijal za konstantnu evoluciju.

Zbog svega toga se za jedinstven pojam teritorijalne autonomije može reći isto ono što i za pokušaje određivanja jedinstvenog pojma regiona: u pitanju je teorijski “neuhvatljivi koncept”. Svaki pokušaj izgradnje jedinstvenog pojma, a pogotovo teorijskog modela u koji bi takav pojam bio razvijen prema ključnim obeležjima, moguće je samo uz markiranje odstupanja koja su evidentna ne samo na terminološkom planu, nego i na onom sadržinskom (u pogledu stepena autonomnosti i nadležnosti, razloga za uspostavljanje, širine nadzora centralnih vlasti i drugih elemenata).<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> Model regionalne države osmislili su tvorci španskog republikanskog ustava (1931), pod nazivom integralne države (Lovo, F., *Velike savremene demokratije*, Sremski Karlovci – Novi Sad, 1999, str. 105). Regionalna država je razvijena u okviru obrasca unitarne države, mada suštinska razlika između regionalne države i ublaženog federalizma nije tako velika (uporedi: Häberle, P., *Ustavna država*, Zagreb, 2002, str. 178). Interesovanje za regionalnu državu bilo je kod nas oživelo devedesetih godina prošlog veka, u vezi sa raspravama o ustavnom preoblikovanju Srbije (videti: Jovičić, M., *Regionalna država*, objavljeno u: *Izabrani spisi M. Jovičića, knjiga 4*, Beograd, 2006; Popović, D., *European regionalism – A Challenge to New Democracies*, Bâle-Genève-Munich, 2002).

<sup>5</sup> U tom pogledu ilustrativan je i vredan pažnje pokušaj prof. Ratka Markovića, u njegovom *Ustavnom pravu i političkim institucijama*, Beograd, 2005, str. 556–566.



Pošto je to tako, konstitucionalisti često pribegavaju sasvim uopštenim formulama, prema kojima bi teritorijalna autonomija predstavljala osoben vid upravne podela vlasti (“geografije ustava”) utemeljen ustavom i zakonom, odnosno oblik teritorijalne decentralizacije koji je nešto što je “više od lokalne samouprave i manje od federalne jedinice”.<sup>6</sup> Ovim putem se samo označava da je u pitanju teritorijalna jedinica koja se organizuje na užim područjima države, koja ima širi obim decentralizovane vlasti i samostalniji položaj od lokalne samouprave, odnosno uživa viši stepen autonomnosti, i koja, s druge strane, nema kvalitet federalne jedinice i po tome ne učestvuje u formiranju državne volje. Za lokalnu samoupravu bi se moglo još reći da je ona, ne samo različita od teritorijalne autonomije po kvalitativnom i kvantitativnom merilu, već i da je univerzalna pojava i otud opšti pojam svetskog konstitucionalizma. Uz to, za lokalnu samoupravu postoje ustanovljeni evropski standardi, utvrđeni u međunarodnom ugovoru – Evropskoj povelji o lokalnoj samoupravi (1985), što sa teritorijalnom autonomijom nije slučaj.

Takvim se određenjima dodaje da autonomne jedinice, za razliku od lokalne samouprave, samostalno uređuju izvesne odnose (etimološki, autonomija znači samozakonodavstvo), kao i da centralna vlast putem nadzora obezbeđuje da to uređivanje bude saglasno ustavu i državnom zakonu. Pored toga, često se među opštija obeležja ovog, još uvek samo okvirno određenog pojma, svrstavaju finansijska autonomija, pravo samoorganizovanja, garantije statusa i neka druga prava, kao i sami razlozi (motivi i ciljevi) osnivanja autonomnih jedinica (etničke, istorijske, tradicionalne, kulturne, geografske i druge osobenosti područja, odnosno njihovo očuvanje i unapređenje i pojedini drugi ciljevi). Lista tih razloga se tumači u prilog temeljnom unutrašnjem opravdanju (legitimisanju) teritorijalne autonomije.<sup>7</sup> Već na ovom koraku se nailazi na teškoće, jer se u nekim slučajevima

<sup>6</sup> Slične formule se koriste i za početno definisanje regiona, koji obuhvataju znatno širi skup političkih i administrativnih unutardržavnih teritorijalnih tvorevina, uključujući i teritorijalnu autonomiju. Jedna od najčešće korišćenih definicija političkih regiona glasi: “Regionalne vlasti su teritorijalne vlasti između centralne vlade i lokalnih vlasti. To ne uključuje nužno hijerarhijske odnose između regionalnih i lokalnih vlasti” (Princip 1.1, *Osnovni koncept i zajednički principi regionalne samouprave – Helsinški principi*, dokument usvojen na 13. konferenciji evropskih ministara odgovornih za lokalnu i regionalnu samoupravu, održanoj u Helsinkiju 27. i 28. juna 2002. godine, Doc. MCL-13/2002/3).

<sup>7</sup> Legitimacijski razlozi regionalizma, koji bi se mogli identično koristiti i za ustavnopravno legitimisanje teritorijalne autonomije, prema nemačkom autoru P. Häberle-u (*navedeno delo*, str. 181), jesu: (1) temeljnopravna-teorijska legitimacija (uključujući onu dobijenu iz kulturnih sloboda); (2) demokratsko-teorijska legitimacija (uključujući etničke aspekte); (3) legitimacija podela vlasti (kontrolni argument); (4) ekonomska, razvojno-politička legitimacija; (5) integracijske funkcije kao regionalistički argument; (6) dimenzija podela zadataka, decentralizacija (kao supsidijarni

takvi razlozi (jedan ili više njih) utvrđuju u ustavnim tekstovima,<sup>8</sup> a u drugim slučajevima ne utvrđuju. U ovu drugu grupu spadali bi naš važeći Ustav i italijanski Ustav. U našem Ustavu (član 182. stav 1), sadržana je sledeća definicija: “Autonomne pokrajine su autonomne teritorijalne zajednice osnovane Ustavom, u kojima građani ostvaruju pravo na pokrajinsku autonomiju”. Za razliku od toga, ustavi SFRJ od 1963. i 1974. godine imali su i definiciju i razloge osnivanja. Ustav Italije (1947) koristi pravnu definiciju koja glasi: “Regije su autonomna tela sa sopstvenom vlašću i funkcijama, a prema principima utvrđenim u Ustavu” (član 115). Slične i još veće teškoće stoje na putu pokušajima preciziranja drugih elemenata ovog pojma, čime se rapidno smanjuju mogućnosti za teorijsko modelovanje.

No, da vidimo sada kako se Ustavni sud izborio sa ovim teškoćama. Da bi izložio svoje stanovište o ustavnopravnom položaju, sadržini i granicama pokrajinske autonomije prema našem Ustavu, Ustavni sud je ocenio da je “nužno poći od teorijskih stavova o suštini samog pojma autonomije i autonomnih jedinica”. Među takve teorijske stavove, Ustavni sud je uvrstio sledeće:

– Teritorijalna autonomija organizovana u autonomne jedinice predstavlja istovremeno oblik teritorijalne organizacije države i oblik teritorijalne decentralizacije, a nastaje zbog osobenosti pojedinih područja i raspolaže vlašću prenetom od strane države.<sup>9</sup> Autonomne jedinice se češće ustanovljavaju ustavom, a ređe zakonom (na primer, Danska i Velika Britanija);

– Stepennost autonomnosti pojedinih autonomnih jedinica u istoj državi može biti isti ili različit. U našem slučaju, podseća Ustavni sud, postoji asimetrično državno uređenje, jer su autonomne pokrajine obrazovane samo na pojedinim de-

argument); i (7) evropsko-politički argument (evropska regionalna politika, odnosno evropski kulturni prostor).

<sup>8</sup> Na primer, nemački Osnovni zakon (1949), koji u članu 29. stav 1. pruža kriterijume za preraspodelu teritorija, upućuje na “etničku povezanost, istorijske i kulturne spone, privrednu podnesnost i zahteve prostornog uređenja i zemaljskih razvojnih planova”. Španski ustav (1978) koristi pojmove: različitost jezika kao “kulturno blago koje će biti predmet posebnog poštovanja i zaštite” (član 3. stav 3); “zajedničke istorijske, kulturne i ekonomske karakteristike”, “ostrvska područja i pokrajine koje predstavljaju istorijske regionalne zajednice” (član 143. stav 1); “istorijski identitet” (član 147. stav 2, prva alineja). Portugalski ustav (1978/89) u odnosu na Azore i Maderu (član 227) govori o “geografskim, ekonomskim, socijalnim i kulturnim posebnostima”, a zatim određuje ciljeve stvaranja ovih regiona. Ti su ciljevi: demokratsko učešće građana, društveno-ekonomski razvoj i unapređenje i zaštita regionalnih interesa, kao i jačanje nacionalnog jedinstva i veza solidarnosti između svih Portugalaca.

<sup>9</sup> Ovome bi se, u duhu Hegelovih shvatanja oblika državnog uređenja (*Opšta teorija prava i države*, Beograd, 2010, str. 407 i dalje), moglo dodati da autonomne jedinice mogu unitarnim državama dati izgled potpune (simetrična autonomija) ili delimične decentralizacije (asimetrična autonomija).

lovima državnog područja (uz ustavna mogućnost osnivanja i novih autonomnih pokrajina), ali postoji takođe i asimetričnost između dve naše pokrajine “jer se sadržina i položaj autonomije kada je reč o AP Vojvodini uređuje Ustavom, dok je odredbama člana 182. stav 2. Ustava utvrđeno da će se suštinska autonomija AP Kosovo i Metohija urediti posebnim zakonom koji se donosi po postupku predviđenom za promenu Ustava”;

– Stepen autonomnosti autonomnih jedinica u odnosu na centralnu vlast veći je od stepena autonomnosti koji ima lokalna samouprava, a manji i kvalitativno različit od stepena autonomnosti federalnih jedinica. Pritom, u pravnoj i pravno-političkoj teoriji postoji nepodeljeno shvatanje o razlikama između teritorijalne autonomije i federalne jedinice u federalnoj državi. I kada postoje u federalnoj državi, autonomne jedinice nisu izjednačene sa federalnim jedinicama. Unitarna država sa autonomnim jedinicama ne postaje složena (federalna) država, nje-na vlast ostaje celovita i nepodeljena (za razliku od federacije, gde se državna vlast deli između dva državna nivoa). Poslovi vlasti koje vrše autonomne jedinice nastaju prenošenjem od strane države – aktom njene suverene volje;

– Centralna vlast ustavom i/ili zakonima određuje stepen autonomnosti autonomnih jedinica, tj. vrstu i obim njihovih nadležnosti, odnos sa organima centralne valsti, kao i samu organizaciju autonomne jedinice ili bar osnovne, ključne elemente te organizacije. Time se upravo potvrđuje da autonomne jedinice ne bi mogle da imaju ustavotvornu vlast, sudsku autonomiju i ustavnosudsku funkciju ili bilo koji drugi organ koji je izraz državnosti. Uz retke izuzetke, kakvi su nekadašnji SSSR i SFRJ, a donekle i Španija, autonomne jedinice ne učestvuju u radu centralnih organa države;

– Teritorijalna autonomija, kao i lokalna samouprava, u funkcionalnom smislu predstavlja vid decentralizacije državne vlasti. U modernoj državi se vlast približava građanima na dva načina: decentralizacijom i dekoncentracijom. Kod dekoncentracije se određeni poslovi državne vlasti obavljaju približno građanima, ali preko delova državnih organa koji su izmešteni iz centra (sedišta).<sup>10</sup> Nasuprot tome, decentralizacija vlasti se izvodi “raspodelom” poslova državne vlasti između centralnog i nižih nivoa vlasti, na osnovu odluke centralne vlasti. Deo državnih poslova tako vrše i nedržavni organi, a ako su ti organi organizovani kao teritorijalne zajednice (jedinice), onda će to biti organi lokalne samouprave i te-

<sup>10</sup> Naši upravni okruzi i jedinice organa državne uprave u njima su primer dekoncentracije. Kako ističe jedan francuski autor (Gi Breban), dekoncentracija je “administrativna a ne politička reforma; ona geografski približava administraciju pojedincima, ali im ne delegira nikakva ovlašćenja”. Jedan drugi francuski autor, Odilon Baro, kaže da kod dekoncentracije “uvek udara isti čekić, ali mu je drška skraćena”. Za šire objašnjenje videti: Milosavljević, B. i Popović, D., *Ustavno pravo*, IV izdanje, Beograd, 2011, str. 317–318.

ritorijalne autonomije i tada govorimo o teritorijalnoj decentralizaciji.<sup>11</sup> Princip decentralizacije, naglašava dalje Ustavni sud, može biti izražen na dva načina. Jedan je devolucija ili prenošenje dela državnih poslova, a drugi je delegacija ili poveravanje pojedinih poslova državne vlasti (o ovome će biti detaljnije reči u okviru narednog pitanja);

– Napomenimo još da se Ustavni sud posebno bavio i pitanjem prirode prava građana na teritorijalnu autonomiju. Prema njegovom stanovištu, pravo građana na teritorijalnu autonomiju (i lokalnu samoupravu), utvrđeno u članu 12. Ustava,<sup>12</sup> jeste izraz građanske suverenosti i treba da bude shvaćeno i tumačeno kao “institucionalna garancija decentralizacije”, odnosno “u smislu decentralizacije kao ustavnopravnog koncepta unutrašnjeg uređenja Republike Srbije”. Otud se ne radi o jednom od individualnih ili kolektivnih ljudskih ili manjinskih prava koja bi bila zajemčena Ustavom. Ovo tumačenje je bilo potrebno zbog osporene odredbe stava 2. člana 2. Zakona o nadležnostima AP Vojvodine, koja glasi: “U postupku donošenja zakona vodiće se računa o dostignutom nivou prava građana na pokrajinsku autonomiju”.

Moglo bi se zaključiti da je Ustavni sud uspeo da sasvim korektno, jasno i konzistentno iznese ključna teorijska stanovišta o teritorijalnoj autonomiji i da ta stanovišta pravilno poveže sa odnosnim odredbama našeg Ustava. Time je svakako pružio vredan doprinos razumevanju koncepta teritorijalne autonomije kod nas.

### *Ustavna mera pokrajinskih nadležnosti*

Centralno pitanje u postupku pred Ustavnim sudom bilo je pitanje o nadležnostima AP Vojvodine. Kao što je već napomenuto, Sud je pošao od stava da se pokrajinske nadležnosti konstituišu putem decentralizacije određenih poslova dr-

---

<sup>11</sup> Ako se prenošenje poslova vlasti vrši na nedržavne subjekte koji nisu organizovani kao teritorijalne jedinice, već na javne službe i socijalne kolektivitete, imali bi funkcionalnu (realnu i personalnu) decentralizaciju. Jedno od najubedljivijih objašnjenja teritorijalne decentralizacije dao je Slobodan Jovanović (*O državi: osnovi jedne pravne teorije*, Beograd, 1922, str. 425–435). Prema njegovim rečima, ovakva decentralizacija počiva na kolektivitetu koji je teritorijalna zajednica stanovništva, organizovana na delu državnog zemljišta. Slično državi, ta zajednica je javno-pravna ličnost, ima svoju teritoriju, stanovništvo i organe vlasti. Samo je svaki od ova tri elementa drugačije prirode. Granice teritorijalne zajednice su unutrašnje ili administrativne i država ih može menjati, uz pristanak ili konsultovanje stanovništva. Veza stanovništva i takve zajednice izražava se prebivalištem i boravištem, a ne državljanstvom. Organi vlasti takvih zajednica jesu lokalni organi i nemaju suverenost, jer su podređeni nadzoru državnih organa kao suverenih.

<sup>12</sup> “Državna vlast ograničena je pravom građana na pokrajinsku autonomiju i lokalnu samoupravu” (stav 1). “Pravo građana na pokrajinsku autonomiju i lokalnu samoupravu podleže samo nadzoru ustavnosti i zakonitosti” (stav 2).

žavne vlasti i da se decentralizacija izvodi na dva načina: (1) devolucijom ili prenošenjem dela državnih poslova i (2) delegacijom ili poveravanjem pojedinih poslova državne vlasti.

Prvim se načinom stvara izvorni ili autonomni (samostalni) krug nadležnosti, pa se i poslovi kojima se realizuju takve nadležnosti obavljaju samostalno od strane pokrajinskih organa, bez uticaja centralne vlasti. U tome, oni samostalno uređuju odnose, izvršavaju svoje propise i za vršenje takvih poslova ostvaruju sopstvene prihode. Pritom, podležu kontroli ustavnosti i zakonitosti, koju vrše centralni (državni) organi.

Poveravanje poslova ima drugačiju prirodu. I poverene poslove pokrajinski organi obavljaju samostalno, ali pošto centralni organi ostaju i dalje odgovorni za obavljanje takvih poslova, u njihovim rukama mora biti zadržano pravo na visok stepen kontrole i nadzora nad obavljanjem tih poslova.<sup>13</sup> Centralni organi su dužni i da iz državnog budžeta obezbede pokrajinskim organima sredstva potrebna za obavljanje tih poslova. Uz to, Sud je pravilno konstatovao da poveravanje poslova predstavlja “svojevrsno prelazno rešenje ili kompromis između modela decentralizacije i dekoncentracije državne vlasti”.

Pre nego što pokažemo kako je Ustavni sud ove opšte stavove primenio na konkretan slučaj, potreban je kratak osvrt na pojam devolucije, koji u našoj literaturi nije odomaćen. Naime, za ono što Sud označava devolucijom kod nas je uobičajen pojam “politička decentralizacija”, dok je poveravanju poslova primeren pojam “upravna decentralizacija”. Devolucija (engl. *devolution*) koristi se kao pojam na engleskom govornom području, da bi se iz brojnih značenja pojma decentralizacija izdvojilo jedno posebno značenje (devolucija bi bila viši kvalitet nego decentralizacija). Taj se pojam specijalno koristi za ustavne aranžmane u Velikoj Britaniji, kojima je obezbeđena određena autonomija Severnoj Irskoj, Škotskoj i Velsu.<sup>14</sup> Prema jednoj definiciji, devolucija je “delegiranje ovlašćenja centralne vlade uz zadržavanje suprematije centralnog zakonodavnog tela”.<sup>15</sup> Profesor Ver-

<sup>13</sup> O kontrolnim ovlašćenjima državnih organa i načinu sprovođenja kontrole nad obavljanjem poverenih poslova, kao i o odnosima organa državne uprave sa organima teritorijalnih jedinica povodom autonomnih i samoupravnih poslova, videti: Milosavljević, B., *Upravno pravo*, IV izdanje, Beograd, 2012, str. 159–166.

<sup>14</sup> Više o tome: Petrov, V., *Engleski ustav*, Beograd, 2007, str. 121–123; Phillips, O. H. and Jackson, P., *Constitutional and Administrative Law*, London, 2001, pp. 83–109; Loveland, I., *Constitutional Law, Administrative Law, and Human Rights*, Oxford, 2009, pp. 429–451; Parpworth, N., *Constitutional and Administrative Law*, Oxford, 2005, pp. 165–183.

<sup>15</sup> Phillips, O. H. and Jackson, P., *op. cit.*, p. 83. Navedenoj definiciji se dodaje da devoluciju treba razlikovati od decentralizacije, koja znači “metod putem kog se odlučivanje o nekim ovlašćenjima centralne vlade vrši preko vladinih službenika lociranih u različitim regionima”. To je, zapravo, ono što mi podrazumevamo pod dekoncentracijom.

ner Bogdanor (*Devolution*, 1979) smatra devoluciju “osobnim britanskim doprinosom politici”, a definiše je kao “prenošenje ovlašćenja sa više na niže političke vlasti”, koje može da obuhvata prenošenje zakonodavnih ili izvršnih ovlašćenja, ili i jednih i drugih.<sup>16</sup>

Koristićemo, dakle, pojmove izvorne nadležnosti i povereni poslovi, imajući u vidu suštinsku razliku koja postoji između tih pojmova i, s tim u vezi, neophodnost doslednog razlikovanja između te dve kategorije nadležnosti, odnosno poslova, koje po Ustavu ima AP Vojvodina. Tu razliku je upravo morao da utvrdi i podvuče Ustavni sud, jer je ona najpre bila ono što je samo središte spora. To iz razloga što je zakonodavac u osporenom zakonu pokušao da objedini sve izvorne nadležnosti AP Vojvodine i sve poslove koje organi AP Vojvodine obavljaju kao poverene. Zatim je postavio zakonsko pravilo prema kome su tako popisane izvorne nadležnosti i povereni poslovi jedinstvena celina podložna istom pravnom režimu. Dodatno je utvrdio pravilo o samoograničenju zakonodavca, sa idejom da se, bez izmene osporenog zakona, ne može ni jednim drugim zakonom bilo šta menjati u utvrđenim nadležnostima i poverenim poslovima.

Sadržina i granice pokrajinske autonomije određene su ustavnim odredbama iz čl. 177 (razgraničenje nadležnosti), 178 (poveravanje nadležnosti) i 183 (nadležnost autonomnih pokrajina). Pošto se u jednom slučaju radi o izvornim nadležnostima, a u drugom o poverenim poslovima, za donošenje odluke Ustavnog suda bilo je veoma značajno da se pravilno protumače odredbe u navedenim članovima i odredi međusobni odnos između njih.

Član 178. se, dakle, odnosi na poverene poslove i njime se propisuje da Republika Srbija može zakonom poveriti autonomnim pokrajinama i jedinicama lokalne samouprave pojedina pitanja iz svoje nadležnosti, da im obezbeđuje sredstva za vršenje poverenih nadležnosti i da se prava i obaveze autonomnih pokrajina i jedinica lokalne samouprave, na jednoj, i ovlašćenja Republike Srbije u nadzoru nad vršenjem poverenih nadležnosti, na drugoj strani, uređuju zakonom (uz to je, na istim principima uređena mogućnost poveravanja pitanja iz pokrajinske nadležnosti jedinicama lokalne samouprave). Sa ovim su u neposrednoj vezi i odredbe člana 137. stav 1. Ustava, kojima je propisano da se, u interesu efikasnijeg i racionalnijeg ostvarivanja prava i obaveza građana i zadovoljavanja njihovih potreba od neposrednog interesa za život i rad, zakonom može poveriti obavljanje određenih poslova iz nadležnosti Republike Srbije autonomnim pokrajinama i jedinicama lokalne samouprave.

Članovi 177. i 183. odnose se na izvorne nadležnosti. Prvim je propisano da su jedinice lokalne samouprave i autonomne pokrajine nadležne u pitanjima

---

<sup>16</sup> Navedeno prema: Parpworth, N., *op. cit.*, pp. 165–166.

koja se na svrsishodan način mogu ostvarivati unutar njih, a u kojima nije nadležna Republika Srbija, kao i da se zakonom određuje koja su pitanja od republičkog, pokrajinskog i lokalnog značaja. Stavom 2. člana 183. pobrojane su u tri tačke oblasti u kojima autonomne pokrajine, u skladu sa zakonom, uređuju pitanja od pokrajinskog značaja.<sup>17</sup> Tim nabrojanjem je lista oblasti u kojima pokrajina može imati izvorne nadležnosti zaključena po principu *numerus clausus*, jer nije utvrđena rezerva po kojoj bi ta lista mogla biti proširena zakonom.<sup>18</sup>

Tumačeći navedene odredbe, Ustavni sud je zauzeo sledeće stavove:

– Uprkos tome što se u članu 178. govori o “poveravanju nadležnosti” (rubrum), odnosno o “poveravanju pojedinih pitanja” (tekst odredbe), a u članu 137. o “poveravanju javnih ovlašćenja” (rubrum), odnosno o “poveravanju određenih poslova” (tekst odredbe), Ustavni sud je pravilno zaključio da između tih odredaba nema razlike. Zapravo, Ustavni sud “nalazi da postoji samo jezička nedoslednost, a ne i suštinska razlika između poveravanja nadležnosti i poveravanja javnih ovlašćenja. Odnosno, da poveravanje pojedinih pitanja iz člana 178. ima značenje poveravanja obavljanja određenih poslova – javnih ovlašćenja iz nadležnosti organa državne uprave. Tome možemo dodati da su, u stvari, u pitanju povereni poslovi državne uprave, kako ih naziva Zakon o državnoj upravi;

– Oblasti u kojima se mogu poveravati poslovi nisu ograničene na popis oblasti u kojima postoje pokrajinske nadležnosti iz člana 183. stav 2. Poveravanje je moguće i u drugim oblastima, odnosno u bilo kojoj oblasti, a u tome se država (zakonodavac) rukovodi principima iz člana 137. stav 1. Oblasti iz člana 183. stav 2. imaju drugi pravni smisao i odnose se isključivo na izvorne nadležnosti pokrajine;

– Aktom poveravanja, povereni poslovi ne postaju “pitanja od pokrajinskog značaja” u smislu odredaba čl. 177. i 183. stav 2. Oni, dakle, ostaju i dalje držav-

<sup>17</sup> Te oblasti su: (1) prostorno planiranje i razvoj; (2) poljoprivreda, vodoprivreda, šumarstvo, lov, ribolov, turizam, ugostiteljstvo, banje i lečilišta, zaštita šivotne sredine, industrija i zanatstvo, drumski, rečni i železnički saobraćaj i uređivanje puteva, priređivanje sajmovi i drugih privrednih manifestacija; i (3) prosveta, sport, kultura, zdravstvena i socijalna zaštita i javno informisanje na pokrajinskom nivou. Pored nadležnosti u ovim oblastima, članom 183. st. 1, 3, 4, 5. i 6. utvrđeno je da autonomne pokrajine uređuju nadležnost, izbor, organizaciju i rad organa i službi koje osnivaju (u skladu sa Ustavom i svojim statutom); staraju se o ostvarivanju ljudskih i manjinskih prava (u skladu sa zakonom); utvrđuju simbole pokrajine i način njihovog korišćenja; upravljaju pokrajinskom imovinom (na način predviđen zakonom); i da imaju izvorne prihode, donose svoj budžet i završni račun (u skladu sa Ustavom i zakonom).

<sup>18</sup> Za tazliku od toga, Ustav iz 1990. godine sadržao je u članu 109. stav 1. tačka 6. takvu rezervu (“obavlja i druge poslove utvrđene Ustavom i zakonom, kao i statutom autonomne pokrajine”).



ni poslovi za koje odgovaraju nadležni državni organi.<sup>19</sup> Činjenica da ih obavlja ju pokrajinski organi ne menja njihov pravni karakter, pa oni ne mogu nikako postati poslovi u izvornom pokrajinskom delokrugu. Pojam “pitanja od pokrajinskog značaja” isključivo je vezan za pokrajinske izvorne nadležnosti, tako da ga ne treba mešati sa poveravanjem poslova iz člana 178;

– U članu 177. utvrđen je kriterijum za razgraničenje nadležnosti između Republike i autonomne pokrajine, Republike i jedinice lokalne samouprave i između autonomne pokrajine i jedinice lokalne samouprave. Taj kriterijum je svrshodnost ostvarivanja pojedinih pitanja, pa bi pitanja od pokrajinskog značaja bila ona pitanja koja se mogu svrshodno ostvarivati unutar pokrajine. Članom 183. stav 2. utvrđene su oblasti u kojima se, polazeći od navedenog kriterijuma, mogu da pojedina pitanja zakonom odrede kao pitanja od pokrajinskog značaja. Tim putem se ona prenose u izvornu nadležnost autonomne pokrajine. *A contrario*, van oblasti navedenih u članu 183. stav 2. ne bi moglo biti prenošenja u pokrajinsku izvornu nadležnost nekih od pitanja iz drugih oblasti;<sup>20</sup>

– Autonomna pokrajina nema zakonodavnu ili normativnu vlast u čitavim oblastima iz člana 183. stav 2, već ima pravo normativnog uređivanja samo onih pitanja koja su joj preneti u izvornu nadležnost kao pitanja od pokrajinskog značaja. Ta pitanja ona uređuje u skladu sa zakonom, a ne originerno. Prema stavu Ustavnog suda, u istim oblastima mogu se, kao izvorne pokrajinske nadležnosti, odrediti i pojedina pitanja vezana za izvršavanje zakona;

– Konačno, pokrajinski opšti akti doneti u vršenju izvornih nadležnosti podležu samo kontroli ustavnosti i zakonitosti, a pojedinačni akti kontroli zakonitosti u upravnom i sudskom postupku, u postupku po ustavnoj žalbi i u postupku za zaštitu prava autonomne pokrajine. Za razliku od toga, obavljanje poverenih poslova podleže kontroli državnih organa iz čije je nadležnosti posao poveren, a kontrola se ostvaruje na način propisan zakonom.

Pravnom rezonovanju Ustavnog suda, kojim je protumačio značenje i međusobni odnos navedenih ustavnih odredaba, teško je bilo šta prigovoriti. Njegova shvatanja, koja su ovde izložena skraćeno i, nadamo se, bez štete po njihovu suštinu, predstavljaju značajan doprinos pravilnom poimanju ustavnog položaja

---

<sup>19</sup> Kao što može da poveri pojedine poslove iz nadležnosti Republike Srbije nedržavnim subjektima, zakonodavac je vlastan da potom odluči i drugačije, tj. da te poslove vrati na obavljanje nadležnim državnim organima.

<sup>20</sup> Članom 177. Ustava nije, dakle, utvrđen princip supsidijarnosti, kao princip za razgraničenje nadležnosti između države i jedinica lokalne samouprave, prihvaćen u Evropskoj povelji o lokalnoj samoupravi (na tu odredbu povelje je Srbija stavila rezervu). Isti princip je utvrđen u dokumentima Evropske unije kao princip za razgraničenje nadležnosti između organa Evropske unije i država članica.



pokrajinske autonomije. Polazeći od takvih shvatanja, Ustavni sud je utvrdio nesaglasnost sa Ustavom većeg broja odredaba osporenog zakona, zbog toga što su njima suprotno Ustavu:

– Pojedini povereni poslovi kvalifikovani kao izvorne pokrajinske nadležnosti;

– Pojedine od oblasti iz člana 183. stav 2. Ustava utvrđene celovito kao oblasti u izvornoj pokrajinskoj nadležnosti, čime je nadležnost proširena suprotno ustavnoj postavci prema kojoj se u pokrajinskoj nadležnosti ne mogu nalaziti čitave oblasti, već samo određena pitanja iz tih oblasti koje zakon utvrdi kao pitanja od pokrajinskog značaja; i

– Pojedina pitanja utvrđena kao pitanja od pokrajinskog značaja, ali izvan oblasti iz člana 183. stav 2. Ustava, tj. u nekim drugim oblastima.<sup>21</sup>

S obzirom na njihov krupan značaj, još tri pitanja zaslužuju poseban osvrt. Prvo se tiče osporenih odredaba člana 2. st. 2. i 3. Zakona. Stavom 2. je propisano da će se u postupku donošenja zakona voditi računa o dostignutom nivou prava građana na pokrajinsku autonomiju. Povodom ove odredbe već je naveden osnovni pristup Ustavnog suda, pa je ona zbog toga ocenjena kao nesaglasna Ustavu. U stavu 3. je propisana dužnost predlagača zakona da zatraži mišljenje nadležnog organa AP Vojvodine u postupku donošenja zakona kojim se uređuju pitanja od pokrajinskog značaja. I za ovaj stav je utvrđena nesaglasnost sa Ustavom, a Ustavni sud je ocenio da bi traženje takvog mišljenja, iako bi ono moglo imati samo savetodavni karakter a ne karakter zakonodavnog veta, predstavljalo uslovljavanje prava zakonodavne inicijative i vršenja zakonodavne vlasti od strane Narodne skupštine, kao i institucionalizovanje pokrajinskog učešća u vršenju zakonodavne vlasti.

Drugo pitanje se odnosi na član 3. stav 2. osporenog zakona, kojim je utvrđeno pravo AP Vojvodine da zaključuje međuregionalne sporazume u okviru svoje nadležnosti. Za ovu je odredbu Ustavni sud našao da nije nesaglasna Ustavu, ali “pod uslovima i ograničenjima” datim u odgovarajućem delu obrazloženja odluke. Ukratko, ovo pravo AP Vojvodine može se shvatiti jedino u kontekstu njenih izvornih nadležnosti i saradnje u tom okviru, s tim da se ta saradnja odvija u okviru spoljne politike Republike Srbije i uz poštovanje njenog teritorijalnog jedinstva i pravnog poretka. Pravna priroda međuregionalnih sporazuma je takva da oni nemaju karakter međunarodnih ugovora, niti se njima mogu stvarati me-

---

<sup>21</sup> Od ukupno 22 odredbe osporenog zakona za koje je utvrđena nesaglasnost sa Ustavom, više od dve trećine je nesaglasno po osnovu jednog od tri navedena razloga (članovi 13. tačka 1, 16. tačka 1, 17. tačka 1, 18. tačka 1, 19, 21, 25. tačka 1, 64, 68. stav 1. tač. 1. do 4, 73. stav 1. tač. 1. i 2, 74. tač. 3. do 5).

đunarodne obaveze za Autonomnu pokrajinu neposredno ili za Republiku Srbiju posredno, kao ni obaveze koje za sobom povlače odgovornost države prema drugim državama ili njihovim teritorijalnim jedinicama. Uz to, država zadržava pravo da procenjuje valjanost međuregionanih sporazuma, kako sa stanovišta njihove pravne valjanosti, tako i sa stanovišta političkog oportuniteta. Kao i drugi opšti pravni akti, takvi bi sporazumi potpadali pod ustavnosudsku kontrolu.

Treće pitanje se odnosi na odredbe člana 3. stav 3, kojima je propisano da AP Vojvodina “kao regija u kojoj se tradicionalno neguju evropski principi i vrednosti, može biti član evropskih i svetskih udruženja regiona i u okviru svoje nadležnosti može osnovati predstavništva u regionima Evrope, odnosno u Briselu, u skladu sa zakonom i Statutom”. Ustavni sud je utvrdio nesaglasnost sa Ustavom ovih odredaba u delu koji glasi “kao regija u kojoj se tradicionalno neguju evropski principi i vrednosti” i u delu koji glasi “i u okviru svoje nadležnosti može osnovati predstavništva u regionima Evrope, odnosno u Briselu”. Takva ocena Suda zasniva se na sledećim argumentima. Najpre, Republika Srbija je članom 1. Ustava određena kao država koja je zasnovana, između ostalog, na evropskim principima i vrednostima. To je određenje važeće za čitavu teritoriju Republike podjednako. “Tradicionalnost” u negovanju takvih principa i vrednosti ne može posebno pripadati samo jednom području, jer se time dovodi u pitanje jednakost svih građana pred Ustavom, posebno kada se putem pridavanja tog kvalifikativa konstituiše posebno pravo na predstavljanje u regionima Evrope, odnosno u Briselu. Pravo predstavljanja u inostranstvu je ipak rezervisano za države kao element njihovog međunarodnopravnog subjektiviteta. Sporan je, zatim, predmet delovanja takvih predstavništava, koji se, po oceni Suda, očigledno jedino može shvatiti kao preuzimanje dela funkcije predstavljanja i zastupanja koja ekskluzivno pripada Republici Srbiji i kao takva se ne može ni delimično decentralizovati.

## ZAKLJUČAK

Ustav Republike Srbije definisao je teritorijalnu autonomiju saglasno uobičajenim uporednopravnim određenjima ovog oblika teritorijalne decentralizacije. Položaj Autonomne pokrajine Vojvodine utvrđen je u svim, za ustavno uređivanje, relevantnim elementima, dok je u slučaju Autonomne pokrajine Kosovo i Metohija to ostavljeno za poseban zakon. Zakonska razrada nadležnosti AP Vojvodine iz 2009. godine bila je predmet ocene Ustavnog suda u julu mesecu 2012. godine. Svojom odlukom, Ustavni sud je utvrdio da 22 odredbe tog zakona nisu saglasne Ustavu, uglavnom zbog pogrešnog izjednačavanja izvornih nadležnosti

sa poverenim poslovima i utvrđivanja širih nadležnosti od onih koje Ustav omogućava u okviru taksativno utvrđenih izvornih pokrajinskih nadležnosti.

Odluka Ustavnog suda predstavlja i značajan doprinos ustavnopravnom shvatanju teritorijalne autonomije, jer su njome valjano i argumentovano protumačene odnosne odredbe Ustava. Takođe, Ustavni sud je pažljivo i kvalifikovano analizirao teorijski i uporednopravni pojam teritorijalne autonomije, što će izvesno naići na zapaženo interesovanje teoretičara ustavnog prava. Taj doprinos Ustvanog suda i pojmovno razgraničenje poslova koje obavljaju pokrajinski organi, a koji imaju dvojnu pravnu prirodu, bili su u centru pažnje u ovom radu.

BOGOLJUB MILOSAVLJEVIĆ, LL.D.,  
Professor, Faculty of Law, University Union, Belgrade

## CONSTITUTIONAL-LEGAL CONCEPT OF TERRITORIAL AUTONOMY IN SERBIA

### Summary

The territorial autonomy exists in Serbia since 1945. During nearly seven decades it has been passed through the different development phases. The latest phase is constituted by the decision of the Constitutional Court of July 10, 2012, with which was determined that 22 provisions of the Law on the competence of the Autonomous Province of Vojvodina are not in accordance with the Constitution of the Republic of Serbia. This decision is important in the legal as well as in political sense. In this paper it is wholly analyzed from the constitutional aspect. The author, in the first place, studies the manner on which the Constitutional Court interpreted theoretical and comparative-legal opinions on territorial autonomy, as the form of territorial decentralization, which is between the local self-administration and federalism, i.e. which represents "more of local self administration and less of federal unit".

In the second part of the paper, the focus is on the analysis of attitudes of the Constitutional Court regarding two different ways of determination of the jurisdiction of the Autonomous Province. These two ways are relating to autonomous (transmitted) and to entrusted (delegated) competences. In the first case, the jurisdictions are decentralized and are matter of basic or autonomous province jurisdiction, and in the second one, the acting of administrative authority (exercise of the central laws) is delegated, along with providing the financial resources and keeping the responsibilities in the hands of central organs. These two questions, which have different legal sense, in the disputed law were proclaimed as unconstitutional by the Constitutional Court due to different reasons such as: the extension of the province competence dominates beyond the constitutional limits.

The author concludes that the decision of the Constitutional Court is very substantial legal document which has given the significant contribution to a interpretation of the constitutional position of the autonomous provinces.

## POSLANIČKI IMUNITETI U BOSNI I HERCEGOVINI

1. Moderna država u gotovo svakom svom demokratskom obliku političkog režima, koji po logici stvari podrazumeva i demokratski oblik organizacije državne vlasti, neizostavno podrazumeva postojanje sredstava zaštite položaja i parlamentarnog rada narodnih predstavnika u predstavničkom telu, koje uvek ostvaruje zakonodavnu pravnu funkciju države ili barem njen najvažniji deo. Bez takvih sredstava zaštite položaja i parlamentarnog rada narodnih predstavnika, predstavnička demokratija bi bila vaistinu nemoguća, a izvršna i sudska vlast bi raspolagale brojnim mogućnostima nedopustivnog odnosno tendencioznog uticaja (Slobodan Jovanović)<sup>1</sup> na zakonodavnu vlast i ishode njenog rada.

Sredstva zaštite parlamentarnog položaja i rada narodnih predstavnika su, kao što je poznato, brojna. Raspoređena su tako da štite celinu mandata narodnog predstavnika, kao ukupnosti parlamentarnog i vanparlamentarnog položaja i rada. Uobičajeno se dele na parlamentarne imunitete, indemitete i inkompatibilitete. Svaki od navedenih delova zaštite mandata parlamentarca, odnosno narodnog predstavnika, ima zaseban predmet i svrhu zaštite. Sabrani, pružaju celovitu zaštitu parlamentarnog položaja i rada parlamentarca, jer su upravo oni osnovni i ciljni predmet zaštite mandata parlamentarca. Drugi predmeti zaštite mandata

---

Dr Radomir V. Lukić, profesor Pravnog fakulteta Slobomir P Univerziteta, Bijeljina.

<sup>1</sup> Slobodan Jovanović, Ustavno pravo Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca, Službeni list SRJ, Beograd, 1995, str. 228–229.

su u krugu zaštite mandata upravo da bi se njima dodatno zaštitio parlamentarni položaj i parlamentarni rad parlamentarca, koji mogu da budu posredno ugroženi upravo ugrožavanjem tih sekundarnih predmeta zaštite. Obim zaštite mandata i broj predmeta zaštite razlikuju se od države do države i od vremena do vremena, čak i u istom ustavnom sistemu jedne te iste države. Međutim, te razlike su uvek bile veran pokazatelj valjanosti ustavnog uređenja, ustavnosti i zakonitosti, stepena ostvarivanja ideje narodnog suvereniteta i, naročito, političkih sloboda i prava.

2. U ovom radu bavićemo se samo jednim od njih, parlamentarnim inunitetom, i to u Bosni i Hercegovini.

3. Zaštita mandata parlamentarca ponovo je postala istinski predmet interesovanja kako samih parlamentaraca, paralamenata, pravne nauke i pravne prakse na prostorima bivše Jugoslavije tek sa ponovnim uvođenjem u ustavni odnosno ustavne sisteme političkog režima višestranačke parlamentarne demokratije, kao oblika ostvarivanja predstavničke demokratije, i podele vlasti. Do tada, u režimu jedinstva vlasti i jednopartijskog sistema, skoro po prirodi njihove sadržine, interes za zaštitu mandata je bio veoma mali, a suštinski, skoro i nepostojeći. Mada se to ne bi reklo po njihovom normativnom jemčenju.

U zapretenim okolnostima uvođenja višepartijske parlamentarne demokratije u ondašnjoj jugoslovenskoj saveznoj državi, u uslovima duboke dezintegracije jugoslovenskog društva i secesionističkih pokreta, pre svega, u SR Sloveniji i SR Hrvatskoj, a potom i u SR Makediniji i kod pojedinih konstitutivnih naroda u SR Bosni i Hercegovini, odvijao se razvoj pravne zaštite mandata parlamentarca odnosno narodnog predstavnika. U prvo vreme, naglasak je stavljan na parlamentarne iminitete i parlamentarne inkompatibilitete, dok je manje pažnje posvećivano parlamentarnim indemnitetima. Relativno zapostavljanje parlamentarnih indemniteta odgovaralo je relativnom ekonomskom siromaštvu države i njenog stanovništva i tadašnjoj političkoj psihologiji, koja je, uostalom, i sada još uvek prisutna.

Kada je reč o samim parlamentarnim imunitetima, prihvaćan je sistem duple zaštite odono dvostrukog koloseka zaštite mandata parlamentarca, jer su parlamentarni imuniteti obuhvatali kako zaštitu parlamentarnog položaja i rada parlamentarca, tako isto i zaštitu njegovog vanparlamentarnog položaja i rada, odnosno života. U tom smislu može da se kaže da je postojala težnja ka celovitoj zaštiti položaja i rada parlamentarca, jer se stajalo na stanovištu da, pored zaštite parlamentarnog položaja i rada parlamentarca, teba štititi i njegov vanparlamentarni položaj i rad, odnosno život, pošto se njegovim ugrožavanjem posredno ugrožava i sam poslanički mandat i njegova svrha-ostvarivanje narodne suverenosti kao narodne volje.

4. Tako je bilo i u Bosni i Hercegovini, u kojoj je stanje bilo komplikovano činjenicom da je postojala organizacija državne vlasti koja je za sebe tvrdila da je

vlast Bosne i Hercegovine i da ona ostvaruje njen međunarodnopravni subjektivitet, koja nije ostvarivala efektivnu vlast na većini teritorije bivše SR Bosne i Hercegovine, pored koje je postojala još jedna organizacija državne vlasti, nezavisna od nje, koja je ostvarivala efektivnu vlast na većini te iste teritorije. One su bile ne samo u sukobu, već i u građanskom ratu.

Zbog toga, kao i zbog nacionalnih i na njima utemeljenih političkih razmišljanja i sukoba, Bosna i Hercegovina je "ušla" u građanski rat sa starim socijalističkim Ustavom iz 1974. godine, koji je, kako je poznato, više puta dopunjavan i menjan ustavnim amandmanima, poslednji put pred sam građanski rat 1990. godine. Pored ovog Ustava, u Bosni i Hercegovini se 1992. godine pojavio još jedan ustav-Ustav Republike Srpske, a 1995. godine još jedan ustav – Ustav Federacije Bosne i Hercegovine. Zbog toga ćemo zaštitu parlamentarnog mandata putem poslaničkog imuniteta morati da pratimo u tim, a i kasnijem ustavu-Ustavu Bosne i Hercegovine iz 1995. godine, te drugim ustavima koji važe odnosno postoje u Bosni i Hercegovini, koja je federativna država (sa značajnim konfederalnim elementima, istina), i u kojoj jedan federalna jedinica ima, takođe, federativno uređenje.

5. Ustav Bosne i Hercegovine iz 1984. godine uspostavljao je sredstva zaštite pravnog položaja i parlamentarnog delovanja delegata u Skupštini SR Bosne i Hercegovine, i pored toga što je organizacija državne vlasti počivala na načelu (demokratskog) jedinstva vlasti. Tako je u čl. 148. Ustava SR Bosne i Hercegovine bila, *de iure* ceneći, uspostavljena dosta celovita zaštita pravnog položaja delegata u (svim) skupštinama društveno-političkih zajednica i njihovog rada u skupštinama, koja je obuhvatala i imunitet neodgovornosti i imunitet nepovredivosti. Pri tome je imunitet nepovredivosti delegata bio vezivan za teritoriju društveno-političke zajednice u čiju je skupštinu bio delegiran. Takvo rešenje bilo je usklađeno sa dugogodišnjim ustavnim normiranjem poslaničkog imuniteta u jugoslovesnoj saveznoj državi. Ova odredba Ustava SR Bosne i Hercegovine nije menjana za celo vreme njegovog važenja na celoj teritoriji SR Bosne i Hercegovine, dakle do početka 1992. godine, a ni posle toga, za vreme važenja ovog Ustava samo ne delu teritorije Bosne i Hercegovine.

6. Početkom 1992. godine na teritoriji SR Bosne i Hercegovine biće donešen je jedan novi ustav (Ustav Republike Srpskog Naroda Bosne i Hercegovine, koji kasnije, zbog promene naziva ove Republike, menja i svoj naziv u Ustav Srpske Republike i na kraju u Ustav Republike Srpske) i nastaje jedna nova državna vlast, koja je u času svog nastanka, pa sve do 1995. godine, bila nezavisna od organa Bosne i Hercegovine, koji, na jednoj strani, ne mogu da vrše državnu vlast na celoj teritoriji dotadašnje SR Bosne i Hercegovine, i na drugoj strani, gube svoj legitimitet, zbog toga što u njihovom radu ne učestvuju zakonito izabrani i legalni predstavnici srpskog naroda u SR Bosni i Hercegovini, kao jednog od tri naroda

koji, gledajući politički, igraju odlučujuću ulogu u postojanju i opstanku SR Bosne i Hercegovine.

Pisci i donosioci ovog Ustava ne menjaju opšte gledanje na potrebu postojanja zaštite poslanika odnosno parlamentarca (naziv za člana predstavničkog tela, odnosno parlamenta, promenjen je u Ustavu SR Bosne i Hercegovine od 1984. godine ustavnim amandmanima na ovaj Ustav iz 1990. godine) i njenog obima. Tako i ovaj Ustav, u dotadašnjoj ustavnoj tradiciji u SFR Jugoslavji, u čl. 73 prihvata celovitu zaštitu pravnog položaja parlamentarca, jemčeći kako imunitet neodgovornosti, tako i imunitet nepovredivosti.

7. Vremenski gledano, prvi ustav koji biva donesen na teritoriji bivše SR Bosne i Hercegovine je Ustav Federacije Bosne i Hercegovine iz 1995. godine. Ovaj Ustav, premda je pisan pod odlučujućim uticajem Sjedinjenih Država Amerike, njenih diplomata i ustavnih pravnika, u pogledu ustavnog regulisanja poslaničkog imuniteta ipak ne prihvata američko rešenje tzv. "*Speech and Debate Claus*", prema kome su članovi Predstavničkog doma i Senata zaštićeni, unekoliko osiromašenim, imunitetom neodgovornosti.<sup>2</sup> Suprotno tome, ovaj Ustav u čl. 13 jemči za članove Parlamentarne skupštine Federacije Bosne i Hercegovine kako imunitet neodgovornosti, tako i imunitet nepovredivosti, u klasičnim granicama uobičajenog regulisanja za dotadašnju jugoslovensku ustavnost.

Ustavom Federacije Bosne i Hercegovine uređeni su jedinstveni osnovi organizacije kantona i opština. U krug odnosa koje je trebalo urediti na jedinstven način za celu teritoriju Federacije, spada i zaštita poslanika u kantonalnim/županijskim skupštinama/saborima. Za razliku od celovite zaštite poslanika Parlamentarne skupštine Federacije Bosne i Hercegovine, koja, kako je rečeno, obuhvata imunitet neodgovornosti i imunitet nepovredivosti, poslanicima kantonalnih skupština jemči se samo imunitet neodgovornosti. I pored nekih, kažimo, ipak, blagih jezičkih, gramatičkih i sintaktičkih nedoumica, poređenjem sa izrazom i stilizacijom odredbe o imunitetima poslanika i delegata u Parlamentarnoj skupštini Bosne i Hercegovine, može se pouzdano zaključiti da imunitet poslanika kantonalnih predstavničkih, odnosno, kako sam Ustav kaže, zakonodavnih tela, obuhvata samo imunitet neodgovornosti. Različita stilizacija ustavnih odredbi o imunitetu članova Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine, na jednoj strani, i poslanika kantonalnih zakonodavnih tela na drugoj strani, koja sadrži i upotrebu suvišnih reči kod određivanja imuniteta ovih poslednjih, može tek u početku postupka pronalaženja njenog pravog smisla izazvati određene nedoumice, koje bivaju otklonjene dovršetkom postupka tumačenja. Verovatno se radilo o redakcionim propustima, pošto pisci ustava najčešće pišu pojedine, a različite delo-

<sup>2</sup> Videti više o tome: Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law*, Second edition, Mi-neola-New York, 1988, str. 370–374.



ve, zbog čega se često pojavljuju stilske i izražajne razlike, koje se ne otklone u postupku redakcije teksta, i tako dovode do nedoumica.

Postupak za davanje odobrenja za pokretanje istrage i podizanje optužnice, te za vođenje sudskih postupaka regulisani su poslovnica domova i kantonalnih zakonodavnih tela, koja su jednodoma.

*Ratio constitutiones* uspostavljenih razlika u obimu imunitetne zaštite između članova Parlamentarne skupštine i članova zakonodavnih tela kantona nije, čini se, dovoljno jasan, pa ni i opravdan. Naime, iako je razlika u ulozi Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine i kantonalnih zakonodavnih tela sama po sebi jasna, uočljiva i nesporna, čini se da, ipak, postoji više razloga za zaključak da takva razlika, u celom vremenu važenja ovih ustavnih odredbi, nije trebalo da postoji. To stoga što su kantoni federalne jedinice, sa značajnom zakonodavnom, izvršnom i sudskom nadležnošću, u kojima postoji opasnost od tendencioznog optuživanja poslanika i neopravdanog mešanja izvršne i sudske vlasti u rad zakonodavnog tela. Značajnije nadležnosti Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine nisu dovoljno opravdanje da se upostavi razlika u obimu i sadržini imunitetske zaštite između poslanika i delegata parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine i kantonalnih zakonodavnih tela. Izloženost potencijalnom tendencioznom optuživanju članova kantonalnih zakonodavnih tela nije kvalitativno mnogo manja od iste takve izloženosti članova Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine. Ponegde je opasnost od tendencioznog optuživanja bila praktično čak i veća, s obzirom na dubok i težak rascep između hrvatske nacionalne zajednice i bošnjačke nacionalne zajednice i ostatak srpske zajednice u rešavanju svakodnevnih životnih potreba koje uređuju i obezbeđuju kantoni.

8. Ustav Bosne i Hercegovine iz 1995. godine, koji je po načinu donošenja, podložnosti istom odlučujućem diplomatskom, političkom i stručnom ustavnopravnom uticaju, bliži Ustavu Federacije Bosne i Hercegovine nego Ustavu Socijalističke Republike Bosne i Hercegovine iz 1984. godine, pristupa drugačije uređivanju poslaničkih imuniteta, sužavajući ga samo na imunitete neodgovornosti, što je više u skladu sa rešenjima iz Ustava SAD, nego sa tradicijom jugoslovenske ustavnosti u pitanju poslaničkih imuniteta.

Tako je ovom prilikom, dakle, uticaj Ustava SAD i američke ustavne prakse izvršio odlučujući uticaj na ovo pitanje od uočljivog značaja za rad Parlamentarne skupštine BiH i njenih veća, za razliku od Ustava Federacije Bosne i Hercegovine, koji je parlamentarcima Parlamentarne skupštine Federacije BiH jemčio i imunitet neodgovornosti i imunitet nepovredivosti.

Naime, ovaj Ustav u svom čl. IV 3. (j) određuje da delegati i članovi Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine "neće biti pozvani na krivičnu ili građansku odgovornost za bilo koju radnju koju izvrše u okviru svojih dužnosti u



Parlamentarnoj skupštini<sup>3</sup>. Ustav je time poslaničke imunitete sveo samo na imunitet neodgovornosti, s obzirom da je očigledno da se ovom ustavnom normom (“u okviru svojih dužnosti u Parlamentarnoj skupštini”) štiti samo parlamentarni rad odnosno delatnost poslanika i delegata, dok se vanparlamentarni rad i život poslanika ne štiti imunitetom nepovredivosti. U tom smislu, poslanici i parlamentaraci imaju položaj kao i svaki drugi (običan) građanin koji nije poslanik ili delegat u ovom predstavničkom telu u Bosni i Hercegovini. Nema ni jednog dela ove ustavne norme koja bi upućivala na to da su poslanici i delegati zaštićeni imunitetom nepovredivosti, niti ima bilo kakavog osnova da se postojanje ovog vida imuniteta parlamentarca pretpostavlja “po prirodi stvari”, odnosno “samo po sebi”. Na to upućuje uporedno ustavno pravo i ustavnosudska praksa.

Kod takvog stanja stvari vredno je da se posebno istacakne da je imunitet neodgovornosti ovim dosledno ujemčen, jer reči “neće biti pozvan na krivičnu ili građansku odgovornost” znače da je time sprečeno “svako sudsko gonjenje parlamentarca” (R. Marković).<sup>4</sup> Kod takvog ustavnog regulisanja i kod takve stilizacije ustavne norme postavlja se pitanje obima pojma “radnji koje (poslanici i delegati - prim. autora) izvrše u okviru svojih dužnosti u Parlamentarnoj skupštini”, odnosno pitanje o tome koje sve radnje obuhvata vršenje dužnosti poslanika i delegata u Parlamentarnoj skupštini.

To stoga što obavljanje parlamentarnih dužnosti može, načelno govoreći, da obuhvati rad poslanika i delegata u većima, stalnim i povremenim radnim telima veća i zajedničkim radnim telima oba veća, radnje u predstavljanju doma, radnje u okvirima interpalamentarne saradnje i radnje u susretima sa biračima, a posebno sa biračima i predstavnicima pravnih lica iz izborne jedinice u kojoj su birani. Zatim, i zato što radnja vršenja parlamentarnih dužnosti može da se vrši i tzv. radnjama simboličkog značenja<sup>5</sup>.

Ovo pitanje je naročito razmatrano u parlamentarnoj praksi i, uslovno govoreći, sudskoj praksi u Velikoj Britaniji, odnosno Ujedinjenom Kraljevstvu Velike Britanije i Severne Irske i u sudskoj praksi Sjedinjenih Američkih država. Tamo se, a posebno u Velikoj Britaniji, postavlja pitanje o radnjama koje ulaze u krug radnji kojima se obavljaju dužnosti parlamentarca, pošto parlamentarci u

<sup>3</sup> U izvorniku Ustava Bosne i Hercegovine na engleskom jeziku ova norma glasi: “(j) Delegates and members shall not be held criminally or civilly liable for any acts carried out within the scope of their duties in the Parliamentary Assembly.”

<sup>4</sup> Videti: Ratko marković, Ustavno pravo i političke institucije, Beograd, 1995, str. 365.

<sup>5</sup> O tome više Jovan Stefanović, Ustavno pravo, Nakladni zavod Hrvatske, Zagreb, 1950, str. 551. Na ovom mestu autor prikazuje slučaj socijalističkog poslanika K. Libknehta u nemačkom Rajhstagu, koji na poziv predsedavajućeg nije ustao u času kada je car ušao u prostorije gde se održavalo zasedanje. Držani tužilac je tražio odobrenje od Rajhstaga da se protiv njega pokrene krivični postupak za uvredu cara, no Rajhstag je odbio da traženo odobrenje.

ovoj zemlji ne uživaju imunitet neodgovornosti za radnje koje iako izvršene u parlamentu, posebno Domu komuna, nisu zaštićene imunitetom neodgovornosti, zato što ne spadaju u krug radnji kojima se obavljaju dužnosti parlamentarca, odnosno u krug “postupanja u Parlamentu” (proceedings in Parliament”).<sup>6</sup>

S obzirom na stilizaciju ustavne norme u pitanju, na upotrebljene reči i njihovo značenje, odnosno upotrebljene pojmove te njihov obim i sadržaj, očigledno je da je “pronalaženje” granica njenog pravog značenja i postupka u kome se to čini prepušteno zakonodavcu i zakonu (ne poslovniku predstavničkog tela odnosno zakonodavca)<sup>7</sup>, ali i sudovima, te, eventualno, čak podzakonskim opštim aktima izvršne i upravne vlasti. A docnije se upravo ovo zadnje desilo, o čemu će se govoriti niže.

9. Zbog toga je veoma interesantno analizirati norme drugih pravnih akata, kojima je ista materija, da kažemo, dalje, odnosno detaljnije uređena, i njihov odnos prema ovoj ustavnoj normi, koja, sasvim nesporno, sužava poslanički imunitet samo na imunitet neodgovornosti.

Parlamentarna skupština BiH donela je još 1997. godine Zakon o imunitetu<sup>8</sup>, koga čini svega 8 članova. U tom kratkom Zakonu, prekratkom za materiju koju uređuje, njen značaj i broj detalja koje radi pravne sigurnosti parlamenta i parlamentaraca, kao i ostvarenja narodnog suvereniteta treba zakonom urediti, čak i ako uzmemo u obzir da će neki elementi uređivanja poslaničkog imuniteta biti neizostavno regulisani drugim, pre svega procesnim zakonima, pored imuniteta parlamentaraca, uređuje se i imunitet izvršne vlasti zajedničkih institucija Bosne i Hercegovine (Predsedništvo BiH i Veće ministara BiH), te imunitet sudija Ustavnog suda i guvernera Centralne banke BiH i članova njenog Upravnog odbora.

Ovaj Zakon o imunitetu<sup>9</sup> odlikuje veoma loša sistematika, pravna tehnika, a, u tom okviru, posebno izuzetno nestručna upotreba pravno-tehničkih termina i pravnih pojmova, koja je na granici neznanja ili poluznanja. Zajedno uzevši, ovi nedostaci do te mere otežavaju pronalaženje pravog značenja njegovih normi i *prima facie* dovode do zablude o obimu parlamentarnog imuniteta poslanika

<sup>6</sup> Videti detaljnije o tom pitanju: E.C.S Wade, *Constitutional and Administrative Law*, Eleventh Edition, Longman, London and New York, 1993, str. 227–233.

<sup>7</sup> Sporna je priroda poslovnika predstavničkog tela. Na jednoj strani se tvrdi da je akt unutrašnjeg organizovanja, koji ne obavezuje i da se njime ne stvaraju opšteobavezujuće pravne norme (tako: J. Stefanović, navedeno delo, str. 552). Na drugoj strani tvrdi se suprotno (tako: Pavle Nikolić, *Ustavno pravo*, Službeni list SRJ, Beograd, 1994, str. 388–389.

<sup>8</sup> Službeni list Bosne i Hercegovine, 1/97 i 3/99.

<sup>9</sup> U ovom Zakonu je upotrebljena jednina reči “imunitet”. O upotrebi jednine ili množine ove reči videti više: Vladan Petrov, *Parlamentarno pravo*, Pravni fakultet u Beograd, 2012, str. 82–83.

i delagata Parlamentarne skupštine BiH. Tačnije, do pitanja, koje se samo od sebe, očigledno, *prima facie*, nameće, da li je, možda, zaštita parlamentaraca Parlamentarne skupštine BiH ovim zakonom (protivustavno) proširena i na imunitet nepovredivosti?<sup>10</sup> Iako je sam Ustav postavio jasne granice parlamentarnog imuniteta, svođenjem na imunitet neodgovornosti, koje obavezuju zakonodavca. Jer da je Ustav hteo da parlamenteri imunitet proširi i na imunitet nepovredivosti, on bi to izričito iskazao, odnosno odredio. S obzirom da to nije učinio, proširenje parlamentarnih imuniteta ne može da učini ni zakonodavac, pošto je na taj način Ustav hteo da istakne vrednosti jednakosti pred zakonom svih građana, bez razlike, pa tako i bez razlike u odnosu na svojstvo (državnog) službenog lica. Naravno, moguće je raspravljati o dobrim i lošim stranama ustavne politike u ovom pitanju, no to su, kako se vidi, pitanja ustavne politike, ali ne i primene ustavnih normi, i u tom okviru pronalaženja njihovog pravog značenja primenom sredstava i tehnika tumačenja ustavnih normi.

Ostavljajući, razumljivo je, zbog predmeta ovog rada, imunitete izvršne vlasti, Ustavnog suda BiH i Centralne banke BiH sasvim po strani, moramo konstatovati da je stilizacija osnovne referentne norme Zakona o imunitetu (čl. 3) u pogledu imuniteta delegata i poslanika u Parlamentarnoj skupštini BiH, identična odgovarajućoj normi iz Ustava BiH (čl. IV 3 (j)). Takođe ostavljajući po strani pravnu ispravnost i svrshodnost prostog ponavljanja odredbi višeg pravnog akta u nižem pravnom aktu, što se kod nas veoma često čini, vredi zaključiti da se, očigledno je, ovim Zakonom, barem u ovom smislu, ne proširuje imunitet poslanika i delegata u parlamentarnoj skupštini BiH i na imunitet nepovredivosti.

Međutim, postoje u Zakonu o imunitetu i neke odredbe, sadržane u njegovim drugim (potonjim) članovima, zbog kojih i izranja pitanje o tome da li se ovde eventualno radi o proširenju obima i sadržaja imuniteta parlamentaraca Parlamentarne skupštine BiH i na imunitet nepovredivosti, ili je, ipak, reč o tek jezičkim i sistematskim površnostima, čiji uticaj može biti uzorno uklonjen *lege artis* izvedenim postupkom (posebno sistematskog) tumačenja, koje ne proširuju poslanički imunitet i na imunitet nepovredivosti. To se čini, pre svega, u čl. 4 i čl. 7 istog Zakona.

Tako se u čl. 4 određuje da se protiv lica koja imaju “pravo na imunitet” (formulacija iz čl. 1 ovog Zakona), među njima i poslanika i delegata u Parlamentarnoj skupštini BiH, “ne može pokrenuti krivični ili građanski postupak, ako je postupak pokrenut neće se voditi (obustaviće se)<sup>11</sup> dalji postupak niti se mogu

<sup>10</sup> Videti tako: Steiner, Adamović, Ustav Bosne i Hercegovine, Komentar, Sarajevo, 2010, Izdavač Konrad Adenauer Stiftung, str. 577.

<sup>11</sup> Promena izvršena u Zakonu 1999. godine.

hapsiti, pritvarati ili zadržavati, ako se pozovu na imunitet, sve dok nadležni organ<sup>12</sup> u svakom konkretnom slučaju ne odluči o oduzimanju imuniteta<sup>13</sup>.

S druge strane, u čl. 7 se određuju se način i sredstva identifikacije lica koje ima pravo na imunitet, rečima kojima se određuje tekst iskaznice lica koje ima pravo na imunitet rečima: "Lice na čije ime glasi ova iskaznica ima pravo na imunitet i protiv ovog lica ne može se pokrenuti krivični ili građanski postupak, ako je postupak pokrenut neće se voditi dalji postupak, niti se može uhapsiti, pritvarati ili zadržavati".

Ako bi se pravo značenje ovih odredbi tražilo bez utvrđivanja njihove veze sa odredbom iz čl. 2 istog Zakona, onda bi, možda, bilo ispravno zaključiti da Zakon njima proširuje parlamentarne imunitete i na imunitet nepovredivosti. To zato što je baš za njega, uglavnom, uz uzimanje u uporednom ustavnom pravu znanih odstupanja u pogledu ograničavanja imuniteta neodgovornosti, koja ga u ovom pogledu približavaju imunitetu nepovredivosti, karakteristično davanje odobrenja za pokretanje krivičnog postupka, pritvaranje i hapšenje. Jer, kod punog i neograničenog ustavnog jemčenja imuniteta neodgovornosti, pritvaranje i hapšenje parlamentarca i pokretanje krivičnog postupka protiv njega za radnje koje parlamentarac izvrši u obavljanju svojih poslaničkih obaveza, predstavljalo bi odgovarajuće krivično delo za lice ili lica koja izvrše takve radnje. One su u ovom slučaju apsolutno isključene. Ni sam parlament ne bi mogao dati odobrenje za to, jer bi time i sam kršio ustav.

Međutim, ako se priđe sistematskom tumačenju i postupku ispravljanja besmislenih i neodređenih normi (R. D. Lukić)<sup>14</sup>, lagano se može doći do zaključka da ovim Zakonom nije proširen imunitet poslanika i delegata u Parlamentarnoj skupštini BiH i na imunitet nepovredivosti. Naime, ako se smisao ovih odredbi iz čl. 4 i 7 predmetnog Zakona traže u vezi sa njegovom odredbom iz čl. 2, onda proizilazi da sve ono što je sadržano u odredbama iz čl. 4 i 7 može jedino da se odnosi na "zaštitu od pokretanja krivičnog i građanskog postupka" protiv parlamentaraca u Parlamentarnoj skupštini BiH "za bilo koju radnju učinjenu unutar njihovih ovlašćenja". To zato što se u čl. 2 definiše pojam imuniteta, pošto se određuje da se "pod imunitetom" ima smatrati samo i jedino ono što je neposredno

---

<sup>12</sup> Prema odredbi iz čl. 5 Zakona o imunitetu BiH za poslanike je to Predstavničko vijeće Parlamentarne skupštine, a za delegate je to Veće naroda Parlamentarne skupštine BiH.

<sup>13</sup> Reči "oduzimanje imuniteta" nisu odgovarajuće za suštinu odluke i cele situacije, pošto je akcenat na davanju odobrenje za pokretanje i vođenje krivičnog i građanskog postupka, te za hapšenje, pritvaranje i zadržavanje. Zbog toga bi u toj situaciji više odgovaralo da su u ovom Zakonu upotrebljene upravo te reči.

<sup>14</sup> Videti o ispravljanju neodređenih normi: Radomir D. Lukić, Uvod u pravo, Beograd, 1978, str. 390–393.

gore navedeno. S obzirom na to, odredba iz čl. 4 se jedino može tumačiti u tom okviru, a nikako preko njega.

No, stvar je drugačija sa odredbom kojom se određuje sadržaj (identifikacione) iskaznice lica koje ima "pravo na imunitet". Njena stilizacija ne odgovara odredbi pojma imuniteta iz čl. 2. Tekst iskaznice upućuje na postojanje imuniteta nepovredivosti, jer na njemu iza reči "ima pravo na imunitet" nedostaju reči "za bilo koju radnju učinjenu unutar njihovih ovlašćenja poslanika (delegata) u Parlamentarnoj skupštini Bosne i Hercegovine"! Bez tih reči, iskaznica upućuje na postojanje imuniteta nepovredivosti. Međutim, kod *lege artis* vršenog sistematskog tumačenja može se zaključiti da se određivanjem sadržaja teksta (identifikacione) iskaznice ne može proširiti imunitet i na imunitet nepovredivosti, zato što se iskaznicom samo vrši identifikacija lica, a ne određuje se sadržaj imuniteta.

No, i pored takvog stanja stvari, a s obzirom na iskustva tzv. "partizanskih sukoba" među parlamentarnim političkim strankama koje čine parlamentarnu većinu i parlamentarnu manjinu, pa čak i među strankama koje čine parlamentarnu koaliciju koja čini parlamentarnu većinu, na kojoj počiva izvršna vlast, kao i na ugroženu nezavisnost sudstva i sudija, treba naglasiti da je stepen neodređenosti, pa ponegde i besmislenosti pojedinih odredbi u ovom Zakonu, takav i toliki, da može da dovede i do drugačijih tumačenja državnih organa, kako samih veća Parlamentarne skupštine, isto tako i državnih organa koji pripadaju drugim državnim vlastima (izvršnoj vlasti i sudskoj vlasti), koje se ne može staviti u okvire usklađenosti ovog zakona sa Ustavom BiH. Zbog toga je bilo poželjno da je ovaj zakon u pravno-tehničkom smjislju znatno kvalitetniji.

Paradoksalno je, međutim, da i kod opisanog tumačenja Zakona o imunitetu, kojim se parlamentarni imuniteti ne šire na imunitet nepovredivosti, ovaj Zakon sadrži neke protivustavne odredbe!?

Naime, odredba iz čl. IV 3. (j) Ustava BiH vremenski ne ograničava imunitet nepovredivosti. To što u njoj nije određeno vremensko ograničenje ovog imuniteta (npr. na vreme trajanja mandata parlamentarca), ne znači da je zakonodavac slobodan da takvo ili neko drugoi ograničenje imuniteta neodgovornosti odredi. Suprotno! Da je ustavotvorac hteo da takvo ograničenje odredi, on bi ga i odredio, a pošto ga nije odredio onda je ustvotvorac zapravo time odredio da je pozivanje na taj imunitet vremenski neograničeno i da se parlamentarac može na njega povati, za "bilo koju radnju koju učinjenu unutar njegovih ovlašćenja", uvek, pa tako, dakle, i posle onočanja njegovog parlamentarnog mandata. Drugim rečima, u tom pogledu on je trajno zaštićen.

Međutim, suprotno gornjem, Zakon o imunitetu u čl. 6 vremenski ograničava imunitet neodgovornosti poslanika i delegata u Parlamentarnoj skupštini BiH (onako kako je on određen u njegovom čl. 2), i svodi ga samo na vreme "sve dok obavljaju fumnkciju u institucijama iz ovog člana", pa tako i funkciju posla-

nika i delgata u parlamentarnoj skupštini Bosne i Hercegovine. Svodi ga i ograničava, vremenski gledano, samo na trajanje poslaničkog ili delegatskog mandata!?

Nadalje, takođe suprotno gornjem, u čl. 4 Zakona o imunitetu predviđeno je da “nadležni organ” može u svakom “konkretnom slučaju da odluči o oduzimanju imuniteta”. Taj “nadležni organ” za takvo “oduzimanje imuniteta” u “svakom konkretnom slučaju” za poslanika je Predstavničko veće, a za delegate Veće naroda, po izričitoj odredbi u čl. 5 ovog Zakona. Međutim, ova odredba Zakona o imunitetu u očiglednoj je suprotnosti sa odredbom iz čl. IV 3. (j) Ustava BiH, koja uopšte ne određuje, dakle isključuje, mogućnost da se poslanik ili delegat pozove na krivičnu ili građansku odgovornost za “bilo koju radnju koju izvrši unutar svojih dužnosti”, pa makar to bilo uz odobrenje Parlamentarne skupštine (shvaćenog u obliku rada zajedničke sednice dva njena veća) ili njenih veća! Jer, da je utvorač hteo da uvede to formalno ograničenje imuniteta neodgovornosti za poslanike i delegate u pitanju, on bi to učinio. Njegovo ćutanje je tzv. “rečito ćutanje”<sup>15</sup> ustava kojim se takav, a i svaki drugi vid zakonskog ograničenja imuniteta neodgovornosti, jednostavno isključuje, pošto se tu uopšte ne radi o ustavnoj praznini.

I na kraju, u čl. 4 se govori o tome da poslanik i delegat mogu i da se u slučaju imuniteta neodgovornosti ne pozovu na njega, odnosno da ga se “odreknu”, što je protivno svrsi ovog oblika parlamentarnog imuniteta.

Drugačiji zaključci, po kojima je ovaj Zakon, zapravo, proširio imunitet poslanika i delgata u parlamentarnoj skupštini BiH i na imunitet nepovredivosti, a ne protivustavno ograničio imunitet neodgovornosti, jednostavno nisu ispravni.<sup>16</sup>

10. Zakon o imunitetu iz 1997. godine izmenjen je i dopunjen 1999. godine Zakonom o izmenama i dopunama zakona o imunitetu.<sup>17</sup> Ove izmene i dopune nisu od interesa za osnovni predmet ovog rada.

11. Gore analizirani Zakon o imunitetu iz 1997. godine, i takav kakav je, pored toga što je protivustavno ograničavao, a ne proširivao imunitet poslanika i delgata u Parlamentarnoj skupštini BiH, nije zadovoljavao “politički i pravni ukus” Visokog predstavnika i njegovih činovnika u Kancelariji Visokog predstavnika, pa je ovaj odlučio da 2002. godine svojom odlukom “proglasi” (enacted) “Zakon”<sup>18</sup> o imunitetu (Bosne i Hercegovine) i zakone o imunitetu oba entiteta.<sup>19</sup> Smatrajući,

<sup>15</sup> O “rečitom ćutanju” stvaraoca norme videti: R. Lukić, B. Košurić, Uvod u pravo, Beograd.

<sup>16</sup> Jedan takav zaključak videti u: Steiner, Adamović, navedeno delo, str. 577.

<sup>17</sup> Službeni list Bosne i Hercegovine, 3/99.

<sup>18</sup> Reč zakon na ovom mestu stavljamo u navodnike zato što smo duboko uvereni da Visoki predstavnik nema ovlašćenje da donosi zakone i da, ionako sporni, ovi akti nemaju prirodu i sva nužna obeležja zakona, niti mogu da ih steknu naknadno.

<sup>19</sup> Pred Ustavnim sudom Bosne i Hercegovine pokrenut je postupak za ocenu ustavnosti pojedinih odredaba Zakona o imunitetu Bosne i Hercegovine i Zakona o imunitetu Federacije Bosne

navodno, da bi trebalo uravnotežiti interes za jačanjem integriteta zakonodavnih tela sa interesom za primenom zakona i jačanjem odgovornosti vršilaca izabranih i javnih funkcija u Bosni i Hercegovini<sup>20</sup>, Visoki predstavnik je doneo jedan ta-kođe (pre)kratku odluku sa pripadajućim “zakonom” i izmenio u određenoj meri režim parlamentarnog imuniteta neodgovornosti u odnosu na režim iz prethodnog Zakon o imunitetu iz 1997. godine.

Visoki predstavnik, očekivano, nije ni pokušao da svojom odlukom sa pripadajućim joj “zakonom” o imunitetu Bosne i Hercegovine (ovo je naziva pripadajućeg “zakona” koji, dakle, uključuje i naziv države) proširi Ustavom BiH određeni imunitet neodgovornosti. Učinio je, kako će se videti u pasusima koji slede dole, da se on još više ograniči. Razloge za ovo našao je, verovatno, ili u praksi rada predstavničkog tela BiH, predstavničkih tela entiteta i kantona, ili u praksi rada organa izvršne vlasti u pitanjima odobravanja pokretanja i vođenja krivičnog postupka i odobrenja pritvaranja, hapšenja i, eventualno, zadržavanja lica koja imaju pravo na odgovarajući imunitet, ili u načelnom shvatanju kako vršenje javnih funkcija treba učiniti odgovornijim.

Mada treba istaći da je, sa druge strane, u čl. 4 “zakona” koji pripada njegovoj odluci (i”predstavlja sastavni deo” te odluke), uklonio neustavnu odredbu prethodnog Zakona o imunitetu iz 1997. godine o vremenskom ograničavanju mandata neodgovornosti samo na vreme trajanja mandata poslanika i delegata. Prema odredbi navedenog člana (“...mogu se pozivati u bilo koje vrijeme za postupke izvršene u okviru njihove dužnosti...”), imunitet neodgovornosti ima trajan karakter i poslanik odnosno delegat može da se poziva na njega i posle prestanka njegovog mandata.

Iako je Visoki predstavnik u čl. 2 (koji nosi naziv “Predmet i primjena zakona”) svog teksta, za njegov predmet odredio propisivanje “posebnih pravila krivičnog i parničnog postupka” po kojima su dužni da postupaju “tužilaštva, sudovi kao i drugi učesnici u krivičnom i parničnom postupku” u skladu “sa ovim zakonom”, ipak se može reći da takvo određivanje ne odražava pravi predmet zakona. Naime, pravila dva navedena sudska postupka su tek sekundaran predmet ili samo sredstvo kojim se ostvaruje pravi predmet regulisanja, pošto je “pravi” predmet uređivanja, zapravo, tzv. parlamentarno pravo, tačnije jedan njegov deo, koji se odnosi na uklanjanje tzv. automatskog dejstva imuniteta neodgovornosti i po-

---

i Hercegovine (osporene su istovetne odredbe iz čl. 6 st. 2, čl. 7 st. 2 i čl. 8 ovih zakona, koji su, inače, potpuno istovetni odnosno identični, naravno, uz *mutadis mutandis* izmene). Podnosioci predloga bili su delegati Doma naroda Parlamentarne skupštine BiH i predsednik Veća ministara Bosne i Hercegovine. Videti: Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine 24/03.

<sup>20</sup> Nije zgoreg pomenuti u tom kontekstu da ni tadašnjem Visokom predstavniku Pediju Ešdaunu i drugim stranim državljanima koji su obavljali različite poslove u Kancelariji Visokog predstavnika i u Bosni i Hercegovini uopšte nije bilo do sužavanja i ograničavanja njihovih imuniteta, a radi jačanja odgovornosti u vršenju njihovih stvarnih i samoproklamovanih ovlašćenja!?



zivanja na njega. Suština ovog teksta Visokog predstavnika je, zapravo, u uklanjanju bilo koje uloge i bilo kog ovlašćenja Parlamentarne skupštine u zaštiti svog rada putem zaštite parlamentarnog položaja, rada parlamentarca i njegove ličnosti u vezi sa imunitetom neodgovornosti.<sup>21</sup> Prema odredbama iz čl. 4, 6 i 7 teksta Visokog predstavnika, za pokretanje i vođenje krivičnog i parničnog postupka, te eventualno pritvaranje i hapšenje u vezi sa imunitetom neodgovornosti, ne traži se odobrenje veća Parlamentarne skupštine, kako je bilo prema prethodnom zakonu, na jednoj strani. Na drugoj strani, samo pozivanje poslanika odnosno delegata na imunitet (neodgovornosti), isticanjem prigovora o postojanju imuniteta, nema automatsko dejstvo. Ovo potonje se u čl. 4 st. 1 teksta izražava se rečima da se imunitet “ne može smatrati opštom preprekom za krivično gonjenje”.<sup>22</sup>

Ulogu koju su ranije imala veća Parlamentarne skupštine, Visoki predstavnik dodeljuje (u celosti) sudovima<sup>23</sup>, koji imaju nadležnost da odluče da li je radnja preduzeta u okviru dužnosti koju poslanik odnosno delegat ima u odgovarajućem veću Parlamentarne skupštine, od čega će zavisiti i meritorna odluka o prigovoru imuniteta u krivičnom postupku (čiji je deo i pritvaranje poslanika odnosno delegata) i parničnom postupku. Time je imunitet neodgovornosti, pogotovo materijalni imunitet u krivičnom postupku<sup>24</sup>, znatno sužen, gledajući kako iz ugla same Parlamentarne skupštine kao institucije, zakonodavca i prvog realizatora narodnog suvereniteta, tako i iz ugla njenih parlamentaraca (poslanika i delegata). Politička delatnost parlamentarca, kao srž njegove delatnosti, se sužava, a time i delatnost same Parlamentarne skupštine.

Taj zaključak ne menja ni u najmanjoj meri ni činjenica da poslovnici domova Parlamentarne skupštine BiH i danas, kao i ranije, sadrže klasična određenja o ovlašćenju domova na davanje odobrenja za pokretanje i vođenje krivičnog i građanskog postupka, pritvaranje i hapšenje poslanika i parlamentaraca.<sup>25</sup> To stoga što Ustavni sud zauzima stanovište da poslovnici nisu izvor prava o imunitetu poslanika i delagata. To stanovište on izražava posredno u svojim odlukama u predmetima U 24/03 i AP 963/05, i to tako što prilikom navođenja relevantnih

<sup>21</sup> O značaju parlamentarne odluke o tome da li je parlamentarac prekoračio granice “svog mandata” videti kod: Lazar Marković, *Parlamentarno pravo*, Ekopres, Zrenjanin, 1992, str. 177–178.

<sup>22</sup> Suprotno shvatanje o dejstvu imuniteta neodgovornosti iznosi Ustavni sud Bosne i Hercegovine u svojoj Odluci U 24/03, po kome ovaj imunitet ima “automatsko dejstvo”. Videti: Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine . U 24/03 (paragraf 37) I AP 963/05( paragraf 27)

<sup>23</sup> Isti zaključak videti kod: Grupa autora, *Komentari zakona o krivičnom/kaznenom postupku Bosni i Hercegovini*, Savet Evrope/Evropska komisija, Sarajevo, 2005, str. 575–576.

<sup>24</sup> Određenje materijalnog imuniteta videti kod: B. Zlatarić, M. Damaška, *Rječnik krivičnog prava i postupka*, Informator, Zagreb, 1966, str. 158–159.

<sup>25</sup> Videti čl. 10, 11, 13, 14 i 41 Poslovnika Predstavničkog vijeća i čl. 11, 13 i 26 Poslovnika Vijeća naroda.



propisa ni u jednoj od ove dve odluke kao relevantni propis ne pominje poslovničke domova.<sup>26</sup> Paradoksalno je u takvom kontekstu postavljati pitanje o tome da li i kakvu procesnu ulogu u krivičnom postupku i parničnom postupku (npr. umešač) može eventualno da ima sama Parlamentarna skupština Bosne i Hercegovine i njeni domovi, radi zaštite svog položaja i delatnosti, pošto je takvo pitanje ispod nivoa digniteta vršioca ustavotvorne i zakonodavne funkcije u državi i prvog realizatora narodnog suvereniteta. To zato što su sporovi odnosno sukobi između državnih vlasti, a pogotovo između zakonodavne i izvršne, u osnovi političke, a ne pravne prirode, i Parlamentarna skupština se u takvim sporovima ne može štiti (minornim) procesnim ulogama u sudskim postupcima u kojima se kao o incidentnom pitanju odlučuje o pravu na parlamentarni imunitet neodgovornosti.

Opšti utisak o malom značaju i vrednostima parlamentarnog imuniteta neodgovornosti parlamentaraca predstavničkih tela u Bosni i Hercegovini za Visokog predstavnika i njegovu Kancelariju podupiru još dve odredbe Odluke o proglašenju Zakona o imunitetu Bosne i Hercegovine.

Prema prvoj, onoj iz čl. 6 i 7 ove Odluke, pravila postupka u kome se odlučuje o pravu na imunitet parlamentarca, odnosno, kako se kaže u odluci, u nemuštom i bez pravničke redakcije sačinjenom "prepevu" engleskog izvornika na ovdašnje jezike, "standardna proceduralna pravila kojim se uređuje rješavanje takvih pitanja uključujući i utvrđivanje nadležnog suda za rješavanje istih" određuje, ni manje ni više, nego "nadležnos ministarstvo"! U ovom slučaju to nadležno ministarstvo je Ministarstvo pravde BiH. No, makar i Ministarstvo pravde BiH, u ustavnoj i zakonskoj državi upravna vlast ne može da određuje nadležnost suda i pravila po kojima postupaju kada odlučuje o pitanjima iz svoje nadležnosti, a pogotovo o pitanju kakvo je pozivanje na parlamentarni imunitet neodgovornosti. To u takvim državama uvek čini zakonodavac zakonom! To proizilazi i iz odredbe čl. I/2 Ustava Bosne i Hercegovine, po kojoj je Bosna i Hercegovina demokratska država, koja deluje, kako Ustavni sud u svojoj odluci 24/03, u paragrafu 28, prevodi izvornik na engleskom jeziku, "u skladu sa zakonom". Međutim, i ovde se, kao i u nizu drugih slučajeva, koje nećemo izričito navoditi, Visoki predstavnik samopostavlja kao nadustavna vlast, zajedno sa (samozvanim) Savetom za implementaciju mira, koja može da derogira ustavne odredbe.

Prema drugoj, onoj iz čl. 4 iste Odluke, imunitet neodgovornosti poslanika i delegata Parlamentarne skupštine BiH deluje samo onda kada se poslanik odnosno delegat na njega pozovu, odnosno kada istaknu odgovarajući prigovor u krivičnom ili parničnom postupku. A u uporednom ustavnom pravu uobičajaje-

<sup>26</sup> Ustavni sud u ovim svojim odlukama kao relevantne propise za parlamentarni imunitet neodgovornosti pominje samo Ustav Bosne i Hercegovine (čl. IV/3 j) i Zakon o imunitetu Bosne i Hercegovine, te Zakon o imunitetu Federacije Bosne i Hercegovine. Takvim propisom se može smatrati i Zakon o imunitetu Republike Srpske i Zakon o imunitetu Distrikta Brčko.

no rešenje je da on deluje samom činjenicom što neko lice dokaže na odgovarajući način dokaže svoje svojstvo parlamentarca i da ga se parlamentarac ne može odreći! Naš Visoki predstavnik, pak, smatra drugačije, toliko drugačije da je stao na pol sprotan polu na kome stoji ustavna istorija parlamentarnog imuniteta neodgovornosti.<sup>27</sup>

12. Važećim Zakonom o imunitetu odlučivanje o dejstvu pozivanja poslanika i delagata Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine, odnosno o njihovom "prigovoru imuniteta", kako celo pitanje nazivaju Ustavni sud Bosne i Hercegovine i niz redovnih sudova pred kojima je takav prigovor istaknut, dato je u (potpunu) nadležnost redovnih sudova. Sudovi, dakle, a ne parlament, odlučuju u odgovarajućem krivičnom ili parničnom postupku da li je radnja za koju se u tužbi odnosno optužnici, optužnom predlogu ili privatnoj tužbi tvrdi da predstavlja građanski ili krivični delikt izvršena u okviru poslaničkih odnosno delegatskih dužnosti ili van njih. Ukoliko jeste, postupak se obustavlja, a ukoliko nije postupak se nastavlja, uz mogućnost da se protiv rešenja kojim je odlučeno o prigovoru imuniteta ulaže samostalna tj. posebna "žalba Ustavnom sudu Bosne i Hercegovine".<sup>28</sup>

Pred Ustavnim sudom Bosne i Hercegovine vođena su, po našem saznanju, a dopuštamo da ono, ipak, nije potpuno, svega dva postupka od značaja za parlamentarni imunitet neodgovornosti. Za razliku od toga, vođeno je više postupaka o imunitetu od krivičnog gonjenja funkcionera izvršne vlasti.<sup>29</sup> To, kao i prethodna znanja koja su postojala, i bila dobro znana i pre donošenja pominjanih odluka Visokog predstavnika i pominjanih zakona o imunitetu, govore o tome da je, zbog evidentnih i krupnih političkih i pravnih razlika između imuniteta parlamentaraca i funkcionera izvršno-upravne vlasti i sudske vlasti, i ciljeva zbog kojih ovi imuniteti postoje, trebalo ili doneti odvojene zakone za ove imunitete ili, što je lošije, ali još uvek bolje od učinjenog u navedenim odlukama i zakonima, kod regulisanja tih imuniteta jednim zakonom jasnom sistematikom tj. podelom zakona na više delova odvojiti ova dva imuniteta.

---

<sup>27</sup> Više o ovom pitanju videti kod: Irena Pejić, *Parlamentarno pravo*, Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nipu, Niš, 2006, str. 63–65, 67.

<sup>28</sup> Ustavni sud je u svojoj odluci U 24/03 (potpuno ispravno) utvrdio da se nadležnost Ustavnog BiH može određivati samo Ustavom BiH. Time je, zapravo, kazao da su odredbe iz čl. 6 st. 2 i čl. 7 st. 2 Odluke o proglašenju Zakona o imunitetu Bosne i hercegovine protivne Ustavu, pošto se njima određuje da se protiv konačne i obavezujuće odluke nadležnog suda o prigovoru imuniteta, koji određuje nadležno ministarstvo "može uložiti žalba (*kurziv autorov*) Ustavnom sudu bosne i Hercegovine". Međutim, Ustavni sud pristupa ispravljanju putem tumačenja ove neustavnosti i to tako što smatra da se radi o omašci. Videti: Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine U 24/03, paragraf 49 i 50.

<sup>29</sup> Videti odluke Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u sledećim apelacionim postupcima (oznaka: AP): 72/04, 412/04, 527/04, 2546/04 i 2354/09.

Jedan postupak je vođen zbog osporavanja ustavnosti odredbi iz čl. 6 st. 2, čl. 7 st. 2 i čl. 8 Zakona o imunitetu Bosne i Hercegovine (U 24/03), a drugi je vođen zbog apelacije jednog člana Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine (u odluci se nigde ne navodi da li se radi o poslaniku Predstavničkog veća ili o delegatu Veća naroda!) na odluke tj. rešenja Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine i rešenja Kantonalnog suda u Sarajevu (AP 963/05) o odbijanju prigovora imuniteta. Ostavljajući po strani, zbog dopuštenog obima rada, niz interesantnih detalja ovih odluka, treba naglasiti da su redovni sudovi odlučili da odbiju prigovor imuniteta, zaključivši da je radnja (govor) člana Parlamentarne skupštine BiH, na konferenciji za štampu Stranke demokratske akcije, u Sarajevu, kojom je učinjen građansko-pravni delikt klevete, preduzeta van okvira njenih dužnosti parlamentarca. Ustavni sud ističe da, iako prihvata konačne ocene redovnih sudova, ipak ne stoji na njihovom stanovištu isuviše restriktivnog određivanja dužnosti člana Parlamentarne skupštine BiH, pošto ih redovni sudovi svode samo na govor i glas u zasedanju domova Parlamentarne skupštine i njihovih stalnih i povremenih radnih tela, u prostorijama ovog zakonodavnog tela.<sup>30</sup> Iako pri tome sam ne određuje elemente za prosuđivanje o tome šta su radnje izvršene u vršenju njihovih dužnosti. Redovni sudovi i Ustavni sud Bosne i Hercegovine smatraju da tzv političke aktivnosti parlamentaraca ne predstavljaju, ceneći u "striktnom smislu" ili u "strogom smislu", kako kaže Ustavni sud u predmetnoj odluci, njihove dužnosti koje su vezane za rad u Parlamentarnoj skupštini BiH.

13. Parlamentarna skupština Bosne i Hercegovine donela je 2003. godine Zakon o imunitetu u tekstu koji je potpuno istovetan tekstu "Odluke o proglašenju Zakona o imunitetu Bosne i Hercegovine".

14. Visoki predstavnik je doneo još dve odluke u vezi sa predmetom ovog rada. To su "Odluka i proglašenju Zakona o imunitetu Republike Srpske" i "Odluka i proglašenju Zakona o imunitetu Federacije Bosne i Hercegovine". Zakonodavna tela obe federalne jedinice donela su zakone o imunitetu, takođe, u tekstu koji je istovetan tekstu Visokog predstavnika.

Zbog toga, sve ono što je rečeno za tekst "Odluke o proglašenju Zakona o imunitetu Bosne i Hercegovine" i što će niže biti rečeno vredi, *mutadis mutandis*, i za imunitet parlamentaraca u federalnim jedinicama i kantonima.

15. Parlamentarna skupština Bosne i Hercegovine donela je 2009. godine Zakon o izmenama i dopunama zakona o imunitetu Bosne i Hercegovine, koji ne unosi neke ključne novine u samu suštinu prikazanog režima imuniteta neodgovornosti poslanika i delegata Parlamentarne skupštine BiH. Tim Zakonom se samo, da tako kažemo, "pozakonjuje" većina odredbi iz Pravilnika o nadležnosti i načinu rada sudova prilikom rješavanja pitanja imuniteta u krivično i parničnom

<sup>30</sup> Videti: Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u AP 963/05, paragraf 36 na str. 13.

postupku, koji je ministar pravde Bosne i Hercegovine doneo 2008. godine. U odnosu na njega, menjaju se samo sudovi koji su nadležni da odlučuju o prigovoru imuniteta. Ranije je za odlučivanje o "pravu na imunitet u krivičnom i parničnom postupku" koji se vode protiv poslanika odnosno delagata Parlamentarne skupštine bio Sud Bosne i Hercegovine, dok je sada nadležan sud pred kojim se vodi sam postupak. Žalbenu nadležnost u ovoj stvari sada ima sud koji je drugostepeni u odnosu na su pred kojim se vodi prvostepeni postupak, dok je "žalbeni sud" ranije bio Ustavni sud Bosne i Hercegovine

Pored toga, u ovom Zakonu se po prvi put spominje i Parlamentarna skupština, mada se njena uloga svodi samo na ulogu subjekta kome će sud dostaviti pravosnažnu odluku o prigovoru imuniteta koji je u nekom krivičnom ili parničnom postupku istakao njegov poslanik ili delegat.

16. Prikazani razvoj pravnog uređivanja parlamentarnih imuniteta parlamentaraca u Bosni i Hercegovini (zajedničke institucije, entiteti kao federalne jedinice i kantoni u Federaciji Bosne i Hercegovine) pokazuje priličnu nedoslednost, nesistematičnost, stihijnost i stalnu tendenciju sužavanja položaja parlamentaraca i ograničavanja njegovog imuniteta, koji je, ionako, sveden samo na imunitet neodgovornosti.<sup>31</sup>

Nažalost, može da se zaključi da se radi o zaista ozbiljnim ograničenjima, nametnutim ne samo parlamentarcima, nego i samim parlamentima, čime se znatno pogoršavaju uslovi za ostvarivanje njihove uloge ustavotvorca, zakonodavca, ustavotvoraca i zakonodavaca, kontrolora izvršne vlasti i prvih realizatora narodnog suvereniteta. Pa i samo donošenje odluci Visokog predstavnika "priloženog Zakona o imunitetu" koji, gle čuda, "predstavlja sastavni dio" njegove Odluke, i koji stupa na snagu na "privremenoj osnovi", sve dok ga "Parlamentarna skupština Bosne i Hercegovine ne usvoji u redovnoj proceduri *bez izmjena i dopuna i dodatnih uslova (kurziv je autorov)*", što je Parlamentarna skupština, opet gle čuda, i učinila 2003. godine, zorno govori o slobodi govora, opredeljenja i glasanja poslanika i delegata u Parlamentarnoj skupštini Bosne i Hercegovine. U tom pogledu su Parlamentarna skupština Bosne i Hercegovine i njeni članovi prepušteni izvršnoj i sudskoj vlasti.<sup>32</sup>

Smatramo da su u ovoj materiji nužne promišljene promene i detaljnije regulisanje, koje će imunitet neodgovornosti vratiti u njegove ustaljene okvire i dati

---

<sup>31</sup> Videti, na primer, sličnu kritiku slično preusko određenog imuniteta u ustavnom sistemu Makedonije kod: Svetomir, Škarić, Sporedbeno i makedonsko ustavno pravo, Matica makedonska, Skopje, 2004, str. 600.

<sup>32</sup> Videti slične ocene o shvatanjima o ograničenjima imuniteta neodgovornosti u jednom drugom ustavnom sistemu: Dragan Stojanović, Pravni položaj poslanika, Centar za publikacije Pravnog fakltaeta u Nišu, Niš, 1999, str. 224–225.

pravi smisao borbi parlamenta za njegova prava u eventualnim (neizbežnim povremenim) sukobima sa druge dve vlasti.

RADOMIR V. LUKIĆ, LL.D.,  
Professor, Faculty of Law, Slobomir P University, Bijeljina

## ISSUE OF PARLIAMENTARY IMMUNITY IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

### Summary

This paper presents and analyzes the legal regulation of parliamentary immunity issue in Bosnia and Herzegovina, especially since 1992 onward, together with the court cases in this area.

Special attention is devoted to the analysis of the legal regulation of parliamentary immunity in the period after the adoption of the Constitution of Bosnia and Herzegovina in 1995, which changed the former tradition of guaranteeing irresponsibility immunity and integrity immunity in the first instance to members of Parliament, and later to the delegates. The Constitution guarantees in the Art. IV/3 (j) merely irresponsibility immunity. The immunity in question is severely limited by the will of the High Representative, who first made the decision to proclaim the Law of Immunity in Bosnia and Herzegovina, and then forced the Parliamentary Assembly of Bosnia and Herzegovina to adopt it in its original form, "without amendments and with no additional conditions".

Parliaments and legislators in Bosnia and Herzegovina have no more authority to give permission to launch criminal and civil proceedings against their delegates. Complete authority in this respect belongs to the courts that meritoriously decide on the irresponsibility immunity call of delegates of the Parliamentary Assembly of Bosnia and Herzegovina, and have a loosely duty to convey their final decision on the objection to immunity to the Parliamentary Assembly of Bosnia and Herzegovina.

Such a solution further limits irresponsibility immunity and therefore worsens working conditions for parliaments in Bosnia and Herzegovina. Therefore, according to the author, the corresponding changes in the legal regulation of irresponsibility immunity of parliamentarians in legislative bodies in Bosnia and Herzegovina are needed.

RENATA TRENESKA-DESKOSKA

## DEMOCRATIC TRANSITION AND CONSOLIDATION IN MACEDONIA

– Constitutional approach –

### INTRODUCTION

The world is in a process of integration. The twentieth century was a century of integration of the states into different international organisations, formed to achieve most diverse goals and to resolve significant problems: sustenance and building of peace, human rights protection, national security protection, environment protection, economic cooperation, etc.

The international organising and international care for the resolving of certain issues limited the sovereignty of the states – both the interior and the exterior sovereignty. The fundamental sphere in which the freedom of action by the state is limited is the sphere of human rights.

Today, in essence, there is universal acceptance of the human rights *as a principle*<sup>1</sup>. No government dares to oppose the ideology of human rights. The human is no longer “property” of the state. The state can no longer treat its citizens the way it wants. The human rights are ideologically and normatively in a thundering expansion: they are the basis for certain legitimacy of every state government. Their vi-

---

Renata Treneska-Deskoska, Ph.D., Professor, Faculty of Law “Iustinianus Primus”, Skopje, Macedonia.

<sup>1</sup> Human rights are accepted as a universally accepted idea with no greater controversies, unlike the ideas of democracy, equality, liberalism, etc.

olation is also the basis for undertaking sanctions by the international community against the states that massively violate the fundamental human rights.

The respect of the human rights is a condition for accession and continuation of the membership in the higher levels of integration (Deutsch, 1978: 198) such as the European Union that integrates states with similar or comparable political systems. However one have to admit that the practice of the European Union in implementing this condition towards third countries seems as if it has a selective approach just like Manfred Nowak writes “often it is founded on economic and political instead of purely legal basis” (Novak, 1999: 698).

The practice of human rights in the modern world is stretched between two contradictory tendencies. One of them is the violation and the constant threat on human rights coming from the states, and on the other hand the violation of the rhetoric of the human rights, which is very attractive and appropriate for hiding many other demands. Since the moment of the beginning of the process of independence (after the Declaration on the Sovereignty of the Socialist Republic of Macedonia was passed on 25 January 1991 by the Parliament of SRM) until its finalisation (adopting of the Constitution of the Republic of Macedonia on 17 November 1991 before which a referendum was carried out for the independence and sovereignty of the Republic of Macedonia on 8 September 1991) the Republic of Macedonia has been trying to become part of the international community. The process of recognition of the Republic of Macedonia as a state by the international community was a difficult one and with precedents, which in many cases imposed suspicion on the existence and the implementation of the principles of the international law, and promoted relations based on the principle of force.

The first precedent through which the Republic of Macedonia faced the international community was the procedure related to its request for recognition. The issue of the international recognition of the new states emerging from former SFRY was left to the European Community, as a purely “European issue”. The Ministerial Council of the European Community on 27 August 1991 established an Arbitrary Commission that was supposed to give its opinion on which of the countries emerging after the disintegration of SFRY fulfilled the conditions to be recognized as states. The Arbitrary Commission consisted of five of the most eminent lawyers – presidents of the constitutional courts of several states - members of the European Community headed by the President of the Constitutional Court of France, Robert Badinter unanimously concluded that only the Republic of Slovenia and the Republic of Macedonia fulfilled the conditions to be recognized as states among which the most important ones were that they fulfilled the requirements regarding the human rights guarantees as well as the rights of the minorities. However, the assessment of the Arbitrary Commission was not respected by the members of the European Community: they recognized Slovenia and Croatia, which was not proposed by the Arbitrary Commission, but not Macedonia.



That was the result of the well-known pressure by Greece because of the “dispute” about the name. Because of the very same pressure the Republic of Macedonia in 1992 made certain changes in its recently adopted Constitution in order to be more explicit in declaring that it did not have territorial pretensions towards its neighbours, i.e. “the military and economic super power” Macedonia with its Constitution guaranteed Greece – a member of the European Union and NATO that it would not threaten its territory and it would not interfere in its interior affairs (sic!).

Since its independence until now the Republic of Macedonia passed a relatively difficult economic and political path, with numerous economic blockades and political pressures, but still it was a real miracle in comparison with the destiny of the other countries from former Yugoslavia (except Slovenia) that it was a relatively peaceful period.

*Efforts for establishing constitutionalism  
and democracy in Macedonia*

After obtaining independence Macedonia faced the challenge to establish constitutionalism and democracy. The work of establishing constitutionalism and human rights protective regimes is much more difficult than that of maintaining repression. That aim demands institutionalizing new laws, practices and attitudes inspired by an appreciation for the profound limits on government posed by individual human rights. And that is totally different approach than the concept, which existed in socialist countries in Central and Eastern Europe. The socialist concept of human rights (if there was one coherent socialist concept of human rights) was totally opposed to the human rights concept, which is closely connected and interdependent with the concept of constitutionalism.

Trying to negate the socialist experience, the agenda of the constitutional change in post-communist Europe included three main tasks: economic reform (through a program of privatization, deregulation and the restoration of private property), redefinition of the role of the state and the protection of human rights.

That agenda was clearly based on the knowledge that human rights “defined in a modern sense are ultimate basis for a democratic peaceful and universal community”, (Luytgaarden, 1993: 7) or “set general standards for peaceful revolutions and assessed the topoi of them” (Skapska, 1996: 82), as well as that rights “may be defined very roughly as conceptualization and articulation of sets of values and principles which subsequently function as legitimation for the newly emerging legal system, which justify macro transformation from the individual perspective, and consequently, which provide and ethically-founded rationale for action.” (Skapska, 1996: 86).

But, despite of the existence of fundamental consensus about the need of establishing constitutionalism and human rights protective systems, that was not an easy process. It is multi-dimensional phenomenon, which cannot take place in isolation from the dynamic societal forces.

Two main steps are necessary to be taken for realization of that need. First is to point out the fundamental choices for the future of the country and the model of society to which the country aspires. But, “without a properly drafted legal text, steps in the desired direction are not impossible, but will be seriously aggravated.” (Blankenagel, 1996: 57).

Second is to assure proper implementation of that legal text, because even brilliantly drafted legal text will be no guarantee for adequate implementation; it will only make it harder to circumvent its commands” (Blankenagel, 1996: 57).

The new constitutions in post-communist Europe played an integrative role: “constitutions contribute to the integration of a society if they embody the goals, aspirations, values and basic beliefs which that society’s members commonly hold and which bind them together.”(Zoethout, 1996: 13)

The development in post-communist Europe has shown that it is not easy to abandon the totalitarian heritage, not in the drafting of the constitutional texts, and even less in their implementation.

As, James Bryce in his classic masterpiece on constitutionalism “Rigid and flexible constitutions” already said over a century ago that “new states...that start an independent existence have felt the need to fix their lines of behavior in a solemn instrument, consecrated as fundamental and placed over all ordinary laws.” (de Minón, 1991:80). New constitution of the Republic of Macedonia was adopted in 1991 as a result of the effort to make a clear break with the past and to make a new fresh start. This new constitution was very important first step on the way of constitutionalism. Efforts to create meaningful protection of human rights and not to settle for merely high-sounding declarations were at “the heart” of the new constitution (Schwartz, 1991: 81). There are at least two reasons for this.

First, people in Macedonia lived under the regime that “systematically denied human rights while professing to honor them” (Schwartz, 1991: 81). In Macedonian Constitution basic rights were merged into detailed vision of self-governing society and state. This period was a period in which “the basic rights were designed as an element of an all-embracing (and thus also totalitarian) self-governing system based on the right of the “working man and citizen to self-government”. The basic rights were not the starting point of the system, but only a part thereof, and it was exactly determined beforehand how far and where this part might be active.” (Pavcnik, 1997: 84).

The second reason was that Republic of Macedonia wanted to join the European Union and to become member of the Council of Europe. One of the conditions for establishing of some kind of relationship with the European Union is

to show that the country respects and protects human rights. As far as the Council of Europe is concerned, Republic of Macedonia is already its member and it has ratified the European Convention of Human Rights.

The rights guaranteed in the constitutions become a permanent reminder of the values to which the society has chosen to aspire. Or, as Preuss has put that, from this point of view, the constitutions may serve as a “secular catechism” (Zothout, 1996: 13).

Other aspect of importance of the new constitutions in establishing constitutionalism is that “the right kind of constitution could play an important role in fueling economic reform and democratic reform; indeed, under current conditions, it may be indispensable to them.” (Sunstein, 1992: 907).

Constitution of the Republic of Macedonia from 1991 was made in the “laboratory”, not in the state institutions. From the point of view of its source, this constitution was privileged. The existence of successful constitutional models in Western Europe made the work of the constitution-drafters in post-communist Europe easier (Jambrek, 1992: 7).

But, if the constitution-drafters could chose between different constitutional models of the organization of state power, the room for maneuver in the drafting the human rights provisions in the constitutions was considerably limited by the international human rights law. International human rights law served not only as “yard-sticks for proposed legislation, but also as models of the constitutional regulation” (Weruszewski, 1992: 205)

Constitutional regulation of human rights in post-communist Europe can be described as an embodiment of the features commonly recognized as essential in various international instruments and Western constitutions (Wieruszewski, 1992: 205).

During the adoption of the Constitution of the Republic of Macedonia there was a political consensus (Bavcon, 1992: 42) about the need of constitutional guarantees of human rights and about the need of catalogues of human rights contained in the constitutions; or in short about the constitutional concept of human rights. It is positive that Constitution of the Republic of Macedonia plays important role in establishing constitutionalism and in building up human rights protective systems.

### *Democracy and inter-ethnic relations in Macedonia*

The Republic of Macedonia was not immune to the wave of nationalism that hit Central and Eastern Europe after the fall of socialism. However, the Republic of Macedonia at the very beginning of the transition managed to amortize that wave and to avoid ethnic conflicts. The political elites that established the government in 1991 made a precedent that was respected in the coming years, and

it is respected today: to form coalition governments in which participate political parties of the Macedonians and political parties of the Albanians – the most numerous minority community in the Republic of Macedonia even when it was not necessary in order to have the majority votes at the Parliament<sup>2</sup>.

The political parties in which dominate the Macedonians, in a way found coalition partners among the political parties which members are of Albanian ethnic origin. In that way opportunities were created for all the interethnic tensions and problems to be solved at the right place – at the institutions: the Government and the Parliament. That practice did not stop only in the premises of the most senior organs of the legislative and executive power, but the practice to have in mind the representation of the members of the minority communities was also passed also onto the Constitutional Court, the Republic's Judicial Council, the Security Council, as well as in the building of the state administration hierarchy.

However, regardless of the incorporation of the party elite of the Albanians in the Republic of Macedonia in the government and in the division of the financial power (tenders, contingents, etc.), an integration of the Albanian community into the Macedonian society did not happen. The Albanians on one side and the Macedonians and the other minority communities on the other have continued living in the Republic of Macedonia as two parallel worlds. The Albanians among whom there is a significant number of naturalised immigrants from Kosovo have never accepted the Republic of Macedonia as their country: at none event that called for putting up the state flag they have put up the flag of the Republic of Macedonia but the flag of Albania, in those parts where they represent the majority or a significant number they evade paying the taxes, they organised a paramilitary, the politicians of Albanian ethnic origin abroad act as politicians of Albania and not of the Republic of Macedonia and even accompany Albanian delegations to the multilateral international organisations, such as the OSCE... They explain this disloyalty as a reaction to the discrimination against them and the deprivation of rights.

---

<sup>2</sup> The first census in the Republic Macedonia as an independent state was held in March 1991. The Albanians boycotted that census. According the Statistics Bureau in the Republic of Macedonia live 2,033,946 people out of whom: 1,328,187 are Macedonians, 441,987 Albanians, 77,080 Turks, 52,103 Roma, 42,755 Serbs, 31,365 Muslims, 7,764 Vlachs and 52,732 others (out of whom 15,703 declared to be Yugoslavs and 20,962 were registered as "unknown"). The second census was held between 21 June and 5 July 1994. According to this census the total population in the Republic of Macedonia was 1,936,877, out of whom 66.5% were Macedonians, 22.9% Albanians, 2% Serbs, 2% Roma, 1.2% Vlachs, 0.4% Muslims and the rest 1.2% The last census was held in 2002 and according to that 64,18% are Macedonians, 25,17% are Albanians, 3,85% and Turkish, 2,66% are Roma, 0,48% are Vlachs, 1,78% are Serbs, 0,84% are Bosniaks and 1,04% are others.

The war events in the Republic of Macedonia in 2001 began under the mask that it was a *struggle for human rights*. The first to be accused of lack of human rights was the Preamble of the Constitution of the Republic of Macedonia (sic!); the second to be accused was the very Constitution, which previously got positive assessments as liberal-democratic constitution that offered satisfactory guarantees on human rights and the rights of the minorities by the international experts in constitutional law such as the already mentioned Robert Badinter, as well as by the appropriate international organisations which main task is protection of human rights (Council of Europe).

The presented demands of the self-declared “fighters for human rights” showed that they have their own specific understanding of the notion of human rights. Among the presented demands were the following: recognition of the status of a nation to the Albanians in Macedonia or erasing of the Macedonian nation from the Constitution and its definition as a community living in the Republic of Macedonia; introduction of a second official language in the country; introduction of special parliamentary procedures in deciding on certain issues, etc. - demands that do not refer to human rights but to collective ethnic rights that are not included nor guaranteed in any of the international instruments for protection of the human rights or the rights of the minorities. This means that there is not an international standard to which one could refer in achieving those rights. Only to remind ourselves that the basic difference between the status of the national minority and the status of a nation is the right to self-determination that the minority does not have. But even if we put aside the demands or if we accept them as rights, regardless whether they are human, individual or collective rights the methods of the fight, such as: kidnapping, torture and rape of civilians, conquering of territories and ethnic cleansing, destruction of homes and religious buildings, occupying water springs and leaving an entire town of about 100,000 inhabitants without water are not methods of human rights fighters.

The international community from the very beginning played an active role in resolving the military conflict in the Republic of Macedonia. The UN Security Council reacted quickly and at an urgent meeting gave the Republic of Macedonia strong support in dealing with the crisis<sup>3</sup>. Also representatives of the European Union, the USA, NATO and the OSCE participated in resolving the crisis. Their participation was formal but they also used informal means, with proposals and pressures.

For example with the assistance and the pressure by the EU and NATO in May the grand coalition Government was formed which included the biggest parties in the Republic of Macedonia.

---

<sup>3</sup> The 1345 UN Security Council Resolution (2001)

Furthermore there was a great pressure upon the Government of the Republic of Macedonia not to propose proclamation of a state of war in the country in which part of the territory was occupied and not controlled by the security forces of the Republic. The reason for that was primarily the obligation of every country before proclaiming a state of war to inform the international community. The information would among others contain information on the reasons for introducing state of war: the violence of the NLA members – which core was in Kosovo, which is a UN protectorate<sup>4</sup>. Hence one of the reasons for proclaiming a state of war in the Republic of Macedonia was an aggression by the UN, i.e. by its protectorate.

The most significant participation of the EU and the USA in the resolving of the conflict in the Republic of Macedonia was by sending their envoys - the so-called “facilitators” in the negotiations among the leaders of the four political parties in Macedonia - 2 Macedonian and 2 Albanian which at the moment were coalition partners in the government?!<sup>5</sup> Those negotiations resulted in signing the Framework Agreement that was the prelude but which included changing of the Constitution.

#### *Establishment of con-social democracy in Macedonia*

The 1991 Constitution of the Republic of Macedonia was a liberal constitution with civic characteristics. It defines the Republic of Macedonia as a sovereign, independent, democratic and social state. The bearers of the sovereignty are the citizens. Just like any other constitution the Constitution of the Republic of Macedonia was not an ideal act. But regardless of the legal gaps and imprecise provisions which it contained, the Constitution provided satisfactory basis for implementing the processes of transition, for building a new type of democracy, for protection of human rights and the rights of the national minorities in accordance with the international standards.

The constitutional amendments from 2011 changed the civic character of the constitution. With the amendments the ethnic communities appear as an important factor of political decision-making and introduce elements of con-social

---

<sup>4</sup> The 1244 UN Security Council Resolution of 9 June 1999.

<sup>5</sup> “It is absolutely unusual for coalition partners who seat together in the Parliament and the Government to communicate among themselves with an Agreement and via mediators...”, writes Gordana Siljanovska -Davkova, and talking about the negotiations she writes: “claiming urgency, efficiency and rationality the decision making process was dislocated from the legal and legitimate organs of the authorities into an ad hoc created informal and non-institutional body of the consensual democracy, modelled according to the rule of party representation: two Macedonians and two Albanians. The parliamentary democracy was substituted with the party one. The parliamentary seat was replaces with a green table (Sijlanovska-Davkova, 2001: 93-94).

democracy. Changes were made in the Preamble of the Constitution and in 14 articles of the normative text.

The term “nationalities” that the 1991 Constitution used, the constitutional amendments replaced it with another less precise term “communities” which is not used only for the national minorities but also<sup>6</sup> for the Macedonian nation. The constitutional amendments are not precise what kind of communities they are, that contributes for even greater imprecision, but still it is about ethnic communities<sup>7</sup>.

An essential change in 2001 was also the introduction of elements of consociational democracy in the political system of the Republic of Macedonia with the constitutional amendments. According to Arend Lipchart (Lipchart, 1994) consociational democracy is marked by four characteristics: 1) mutual veto in the segments or rule of the majority of like-minded persons which serves as an additional protection of the vital minority communities; 2) proportionality as the fundamental measure in determining the political representation in naming the civil servants and allocation of the public funds; 3) in power is a grand coalition of political leaders of all the more significant segments of a certain plural society; 4) the high level of independence of the segments in resolving the interior issues.

What are the characteristics incorporated into the political system of the Republic of Macedonia with the 2001 constitutional amendments?

One of the characteristics of the consociational democracy is the right to veto in the decision-making that the segments have. In the Republic of Macedonia the members of the minority communities have the right to veto – expressed through the demand of a special majority from among them when decisions are made on certain issues or when bearers of certain functions are elected.

For example according to Amendment X when passing laws that refer directly to the culture, use of languages, education, personal documents and use of symbols, the Parliament decides with majority votes from the total number of MPs, but there has to be majority votes from among the MPs who belong to the communities that are not the majority in the Republic of Macedonia.

The constitutional amendments give a special meaning to the local self-government, which is regulated with a law passed with two-thirds of majority votes from the total number of MPs and an obligatory majority votes from the total number of MPs who belong to the communities that do not represent a majority in the Republic of Macedonia. The laws on local financing, local elections, mu-

---

<sup>6</sup> The term Macedonian nation was erased from the entire normative portion of the Constitution, apart from Article 49 that refers to the care for the members of the Macedonian nation in the neighboring countries and for the emigrants from Macedonia.

<sup>7</sup> In the comparative constitutional legislation the term communities, but with specific determination what kind of communities they are could be found in Belgium – language community, Spain - territorial communities, Cyprus- Greek and Turkish community.



nicipal borders and the city of Skopje are passed with majority votes of the present MPs who belong to the communities that are not a majority in the Republic of Macedonia.

Also for changing or amending the Preamble and some of the constitutional provisions (those that refer to the rights of the members of the communities) there is a need of two-thirds majority votes from the total number of MPs which also has to include a majority votes of the total number of MPs who belong to the communities that are not a majority in the Republic of Macedonia.

The special majority of the MPs from the minority communities are required when electing the Ombudsman, which requires majority votes of the total number of MPs with the majority votes of the total number of MPs who belong to the communities that are not a majority in the Republic of Macedonia. The same majority is required when electing the three members for the Republic's Judicial Council and three judges for the Constitutional Court. In the practice of the political life in the Republic of Macedonia as some kind of constitutional convention a practice has been established that the Republic's Judicial Council and the Constitutional Court have to have three members of the minorities. The constitutional changes introduced not only obligation three members in these organs to belong the minority communities but they also introduced an opportunity to block their election. Another element of con-social democracy is the proportionality in appointing the civil servants and allocating of the public funds. The constitutional amendments to the Constitution of the Republic of Macedonia in the fundamental values of the constitutional order of the country introduce appropriate and just representation of the citizens who belong to all the communities in the state bodies and the other public institutions on all levels.

Regarding the exercising of this fundamental value in the Amendment XI the Ombudsman is imposed a special obligation to pay a special attention to the protection of the rule of indiscrimination, appropriate and fair representation of the members of the communities in the state organs, the organs of the local self-government units and in the public institutions and services. With this the Ombudsman is burdened by a non-typical obligation and s/he is distanced from his/her prime and not at all easy task to protect the constitutional and legal rights of the citizens, which have been violated by the state administration organs and by other organs and organisations that have public authorities.

The next element of con-social democracy could be recognised in the Committee for Intercommunity Relations. The 1991 Constitution of the Republic of Macedonia included Interethnic Relation Council with the main task to review the issues related to the interethnic relations in the Republic and to provide opinions and proposals for their resolving. This body was founded by the Parliament of the Republic of Macedonia, which elected its members. The President of the Parliament was also President of the Council that was composed by two members

Macedonians, Albanians, Turks, Vlachs, Roma and two members from the other national minorities.

With the constitutional amendments this organ was replaced by a Committee for Intercommunity relations. The Committee consists of 19 members out of whom 7 from among the Macedonian MPs and 7 from the Albanian MPs and one representative from the Turkish, Vlach, Roma, Serbian and Bosniak MPs. It is not clear the criterion used to come up with these numbers within the Committee. They neither express the proportion among the communities in the population of the Republic of Macedonia, nor they have parity representation of the communities. If we take into consideration the concentration of the Albanian minority community in the Republic of Macedonia at a given defined area, then the widening of the authorities of the local self-government could be considered to go in hand of increasing of the independence of the segments in deciding on certain issues. A problem is the ethnisation of the local self-government which legal regulating is one of the fundamental issues that, as we already mentioned, requires special majority of the MPs, members of the minority communities.

So, with these constitutional amendments the Republic of Macedonia got a new type of democracy: con-social one, which is not appropriate to the conditions that exist in the country. Favorable conditions for introducing con-social democracy are: division of the society in a number of segments (at least three) that are similar in size (which means all the segments are minority) or to have a "multiple balance of power" as Arend Liphart says, to refer to a small territory of the country, to have a tradition of political accommodation and tolerance, to have gaps among the segments, but also gaps that overlap, to have a cooperation among the elites and stabile support from the masses, etc. What Lipchart emphasizes is the necessity for the leaders "to feel loyalty towards the maintenance of the unity of the country and towards the democratic regime". (Lipchart, 1994: 53-101). If this does not exist, if there is no such readiness among the masses, con-social democracy is only a factor of deepening the gaps and it leads towards weakening of the cohesion of the state, federalisation or disintegration of the country. Still, unfortunately the Republic of Macedonia, the new experimental laboratory of con-social democracy is much closer to Cyprus and Lebanon than to Switzerland regardless of somebody's wishes to create "Switzerland on the Balkans".

*Is there constitutionalism and democracy  
in Macedonia?*

Finally, we are in front of the question: Is there constitutionalism and democracy in the RM? Having in mind that in post-socialist countries in South-Eastern Europe the quest for democracy has assumed the form of constitutionalism,

the answer of this question could be searched through testing the existence of the elements (benchmarks) of the constitutionalism in this country.

*Limited government* – As it was already pointed out, the government are limited by human rights (external principle) and separation of power (internal principle). The Constitution of RM declares the separation of powers as basic value of the system, but many provisions contain elements of the unity of the powers and dominance of the Assembly (Treneska, 1999: 248). But the practice is not always compatible to the norms.

The problems with the independence of the judges in the country were already pointed out. The respect of the proclaimed principles depends in a large measure on the level of political culture in one country. According to the typology of Gabriel A. Almond and Sidney Verba (Almond, 1963) in RM there is still “subjective” political culture. Public opinion is weak and convenient for manipulation in RM. That leads toward presence of many elements of unlimited government in RM. There are many examples of non existence of the principle of limitation of government,<sup>8</sup> examples that no control of the Parliament over the executive power exists and that many public officials in Macedonia have no sense for responsibility, nether the will to perform their functions within legal limitations.

*Consent of the governed* as a vital element of the constitutionalism, means that government is derived from the people and exists by their consent; as well as that representative institutions elected on fair and democratic elections are established. The elections in Macedonia in last years are qualified as democratic in general, but still some violations of electoral rights, including family and proxy voting, are noted in the reports of the observers.

*Existence of higher law.* – The system of constitutional rules which are superior to all other legal rules and which are binding on all state bodies, formally exist in the country. But, in the practice not always these legal rules are respected. State bodies operate in some cases unlawfully. Breaches of legal norms are characteristic of state bodies in the country. The application of the constitutional and legal rules varied from case to case. The principle of “predictability of state actions” as basic rule of the constitutionalism is not always respected in the Republic of Macedonia.

*Protection of human rights* – sanctity of the individual is another element of the constitutionalism. The respect of human rights within any state cannot be assessed apart from the larger sociopolitical context. Human rights are realized

---

<sup>8</sup> For example, the violation of the right to privacy shocked Macedonia in January 2001. The leader of the opposition presented cassettes with conversations of more than hundred persons, which were tapped and recorded. But political and criminal responsibility for this offence has not reached any member of the government. Even worse, the opposition asked for “urgent” session of the Parliament to discuss this issue, but the President of the Assembly called the session one month after the scandal disclosure.

within certain social, economic and cultural circumstances. The world's experience shows that in countries with higher economic development we are more likely to find respect of human rights and rule of law.<sup>9</sup>

The main attention in the reports on human rights protection in the Republic of Macedonia, is focused on the "more obvious" violations of human rights, as are occasional use of the excessive force by the police against criminal suspects following their arrest; or violation of presumption of innocence, degrading conditions in prisons, etc. Faced with these "painful" violations of human rights in the Republic of Macedonia, it is almost forgotten that another rights are also abused: health care, social security and other social rights are on very low level etc.

But the purpose of this paper is not to report mere facts, because it carries with itself danger of writing a paper, which will be outdated very soon. The situation in the Republic of Macedonia is still similar to the situation described by one Russian artist: you produce a film about the absence of sausages, but next day the cheese is gone (Mülerson, 1995: 47).

*Rule of law.* – Establishment of the rule of law is one of the most sensitive and difficult tasks in the process of building constitutionalism in post-communist countries.

The governments have done a little for establishment of rule of law in the Republic of Macedonia, as vital part of constitutionalism. Even, rule of law in its most formal context (equal to legal state) does not exist in the Republic of Macedonia. The higher values and legal rules have not been respected by the governments. The principles of legal security and responsibility of the state officials have no meaning in Macedonian political and legal life. "Rule of man" and not of law is as permanent tradition in the country. The organized crime and corruption are in the scene. The judiciary is not independent neither efficient. During the whole period of the transition the Republic of Macedonia has grappled with some problems in building up judiciary as a guardian of human rights. It is clear that a weak state of uncertain legitimacy and the reality of socio-economic turmoil were severely hampering the strengthening of the courts.

The practice has shown that only the law, especially in the period of transition cannot secure the independence of the courts. They are still under the influence and even under the pressure of the governmental political parties. That makes the role of the courts in human rights protection weaker.

---

<sup>9</sup> Bill Clinton put that vice versa: "In societies where the rule of law prevails, where governments are held accountable to their people and where ideas and information freely circulate, we are more likely to find economic development and political stability." See in "Country Reports on Human Rights Practices for 1994 – Report Submitted to the Committee on Foreign Relations U.S. Senate and the Committee on International Relations U.S. House of Representatives by the Department of State in Accordance with Section 116(d) and 502 B(b) of the Foreign Assistance Act of 1961, as Amended", Washington: U.S. Government Printing Office, 1995, p. xvii.

In 2005 Macedonia introduced constitutional amendments on the provisions regulating judiciary. The Judicial Council as body which elects judges was introduced, replacing the previous procedure for election of judges in the Parliament. The intention for introducing Judicial Council in RM was to limit the partisan influence on the procedure of election, supervision and dismissal of judges, but there this body has not raised much trust in its independence. Because of that the reform and modernization of the judicial system in Macedonia remains one of the most important and outstanding issues to be addressed.

Finally, we can conclude that in the Republic of Macedonia almost all elements of constitutionalism are not fulfilled.

Republic of Macedonia has to start with building conscience about human rights and strong public opinion supportive to the rights values and the rule of law. Building a participative political culture and human rights culture is very important, if not most important for accepting the constitutionalism and human rights as its part, as a pillar of the society in the Republic of Macedonia.

#### *Bibliography*

1. Almond, Gabriel 502 B(b) of the Foreign Assistance Act of 1961, as Amended”, Washington: UA. and Sidney Verba (1963): “The Civic Culture”, Princeton.
2. Bavcon, Ljubo (1992): Clovekove pravice in temeljne svoboščine v novi Ustavi Republike Slovenije. In Nova ustavna ureditev Slovenije – Zbornik razprav, Ljubljana: Pravna Fakulteta v Ljubljani, Društvo za ustavno pravo Slovenije, Casopisni zavod Uradni List Republike Slovenije.
3. Blankenagel, Alexander (1996): New Rights and Old Rights, New Symbols and Old Meanings: Re-designing Liberties and Freedoms in Post-Socialist and Post-Soviet Constitutions In András Sajó (ed.), Western Rights? Post-Communist Application, Kluwer Law International.
4. Country Reports on Human Rights Practices for 1994 - Report Submitted to the Committee on Foreign Relations U.S. Senate and the Committee on International Relations U.S. House of Representatives by the Department of State in Accordance with Section 116(d) and S. Government Printing Office, 1995, p. xvii.
5. De Minón, Miguel Herro (1993): Democratic transition and constitutional choices. In Constitution making as an instrument of democratic transition (Istanbul, 8-10 October 1992), Council of Europe Press.
6. Deutsch, Karl Wolfgang (1978): *The Analysis of International Relations*, Prentice-Hall, 1978.
7. Galicki, Zdzislaw (1995) Poland and the Protection of Human Rights. In Central and Eastern Europe: Problems of Human Rights and Democracy, (Materials of the UNESCO International Conference “Experiences in the Process of the Consolidation of Democracy in Central and Eastern Europe”, Moscow, April 26-28).
8. Jambreč, Peter (1992): Razvoj in izhodišča nove slovenske ustavnosti. In Nova ustavna ureditev Slovenije - Zbornik razprav, Ljubljana: Pravna Fakulteta v Ljubljani, Društvo za ustavno pravo Slovenije, casopisni zavod Uradni List Republike Slovenije.

9. Klug, Heinz (2000): Model and Anti-Model: the United States Constitution and the 'Rise of World Constitutionalism'. In *Wisconsin Law Review*, 2000.
10. Lipchart, Arend (1994): *Democracy in Plural Societies*, Skopj.
11. Luytgaarden, van de E. (1993): Introduction to the Theory of Human Rights Law, Utrecht
12. Mülerson, Rein (1995): Perspectives on Human Rights and Democracy in the Former Soviet Republics. In Istvan Pogany (ed.), *Human Rights in Eastern Europe*, Edward Elgar Publishing Limited.
13. Nowak, Manfred (1999): Human Rights 'Conditionality' in Relation to Entry to, and Full Participation in the EU. In P. Alston (ed.) assisted by M. Bustelo – J. Heenan, *The EU and Human Rights*, Oxford University Press.
14. Pavcnik, Marjan (1997): Razumevanje temeljnih (clovekovih) pravic. In Marjan Pavcnik, Ada Polajnar-Pavcnik and Dragica Wedam-Lukic (eds.), *Temeljne pravice*, Ljubljana: Cankarjeva založba
15. Schwartz, Herman (1991): Constitutional Developments in East Central Europe. *Journal of International Affairs*, vol.45, No.1.
16. Siljanovska -Davkova, Gordana (2001): The Framework Agreement - Agreement for the Modern Civil Society or a Pre-modern (neo)Tribalism?. In N. Nikolovska - G. Siljanovska-Davkova, *Macedonian Transition in Defect*, Skopje.
17. Skąpska, Grażyna (1996): From Rights to Myths: Transformation in Post-Communist Europe. In András Sajó (ed.), *Western Rights? Post-Communist Application*, Kluwer Law International.
18. Stein, Eric (2001): International Integration and Democracy: No Love at First Sight. *American Journal of International Law*, July 2001, vol. 95, No. 3, pp.489-534.
19. Sunstein, Cass R. (1992): On Property and Constitutionalism. In *14 Cardozo Law Review*.
20. The 1244 UN Security Council Resolution of 9 June 1999.
21. The 1345 UN Security Council Resolution (2001)
22. Treneska, Renata (1999): Executive power in the democratic systems, Skopje: Matica Makedonska.
23. Wieruszewski, Roman (1992): Human Rights and Current Constitutional Debates in Central and Eastern European Countries. In *The Strength of Diversity - Human Rights and Pluralist Democracy*, edited by Allan Rosas and Jan Helgesen, Martinus Nijhoff Publishers, pp. 187-206.
24. Wolcher, Louis E. (1997): Pavcnik's Theory of Legal Decision-Making: An Introduction. In *Washington Law Review*, April 1997.
25. Zoethout, Carla M. and Piet J. Boon (1996): Defining Constitutionalism and Democracy: An Introduction". In "Constitutionalism in Africa – A Quest for Autochthonous Principles", Sanders Institut, Gouda Quint-Deventer.

Dr RENATA TRENESKA-DESKOSKA  
Profesor Pravnog fakulteta "Justinijan Prvi" u Skoplju

DEMOKRATSKA TRANZICIJA I KONSOLIDACIJA MAKEDONIJE  
– Ustavni aspekti –

Summary

Dvadeseti vek je sa sobom doneo "treći talas demokratije". Nijedan globalni trend nije bio uspješniji i moćniji od ekspanzije demokratije kroz svet. Demokratske reforme u Makedoniji su došle "surfajući na talasu", dobile su snažan potsticaj od Kopenhaških kriterijuma i sada su njihova "ideološka podloga" i *spiritus movens* ideje i aspiracije evrointegracije.

Članak analizira process demokratizacije i "evropeizacije" Makedonije. Od 1991 Makedonija je u "beskonačnoj" tranziciji, dokazujući da je rad na uspeostavljanju demokratije teži nego održavanje represije. Kad imamo u vidu Darendorfov "dilemu tri sata", ona izgleda preoptimističnu, kad je Makedonija u pitanju. Članak analizira razloge za zakašnjaju demokratsku konsolidaciju Makedonije i izazovi sa kojima se susreće.



*DRAGAN BATAVELJIĆ*

## **ODLUKE USTAVNOG SUDA SRBIJE O ŽALBAMA NOSILACA PRAVOSUDNIH FUNKCIJA I NJIHOVE POSLEDICE**

### **U V O D**

Ustavni sud Srbije je više godina veoma usporeno radio na donošenju nekih veoma važnih odluka, ali je neposredno pred formiranje nove Vlade Republike Srbije, u veoma kratkom roku, doneo nekoliko izuzetno značajnih odluka. Na te odluke se veoma dugo čekalo, iako su one od vitalnog značaja za samu državu, srpsko pravosuđe i brojne političke funkcije. Zbog tako “iznenadne ažurnosti”, ovog samostalnog i nezavisnog državnog organa, koji štiti ustavnost i zakonitost i ljudska i manjinska prava i slobode, čije su odluke konačne, izvršne i opšte-obavezujuće, u javnosti se pojavilo mišljenje da je ažurnost ovog Ustavnog suda “politički motivisana”. Naime, poništene su 22 odredbe Zakona o utvrđivanju nadležnosti Autonomne pokrajine Vojvodina, usvojene su žalbe 318 neizabranih sudija i tužilaca, proglašeni su neustavnim funkcija zamenika predsednika Vlade i mesto predsednika Nacionalnog saveta za infrastrukturu.

Među tužiocima i sudijama o kojima je Ustavni sud doneo odluku i pozitivno rešio njihove žalbe, nalaze se neki koji imaju sumnjivu prošlost, kao i oni koji, prilikom reforme pravosuđa, nisu reizabrani, jer je njihov učinak bio neza-

---

Dr Dragan Bataveljić, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.

dovoljavajući. Uvidom u obrazloženje Državnog veća tužioca, oni su bili neažurni u značajnom broju predmeta. U odlukama Ustavnog suda, po okončanju razmatranja svih žalbi neizabраних носилаца правосудних функција, пише да се Високом савету судства и Државном већу туžiоца налаже да их распореде на радна места. Такође, Уставни суд Србије у својој одлуци наводи да првобитним одлукима наведених органа “није оборена претпоставка о стручности и достојности”. То значи да овај Суд, иако је један од првих његових ставова био да образложења о nereizboru морају бити конкретна и да се односе на одређеног носиоца правосудне функције, доноси исто тако, једно опште образложење за све.

*Krajnosti u donošenju odluka o (re)izboru  
nosilaca правосудних функција*

Kada je reč o žalbama sudija i tužilaca, tj. neizabраних носилаца правосудних функција, vrlo je interesantno pitanje, zašto je doneta zbirna odluka i kada su ove žalbe bile “zrele” za donošenje jedne takve odluke. Ustavni sud je započeo sa održavanjem rasprava po ovim žalbama, u svakom pojedinačnom slučaju, ali kada je uvideo da svi predmeti imaju iste manjkavosti, da je reč o “univerzalnim propustima”, koji se tiču svih ostalih neizabраних носилаца правосудних функција, pretao je sa daljim zakazivanjem rasprava. Posle održane pripremne sednice o svim spornim pitanjima u vezi sa procesnim manjkavostima, doneta je zajednička odluka, pa su tako rešeni svi predmeti neizabраних судија, čije su žalbe do 1. jula 2012. godine primljene u Sud. Posle ovog roka, sve ostale žalbe koje budu pristizale, biće rešene na identičan način, bez izuzetka, jer svi postupci pred Visokim savetom sudstva, vođeni po prigovorima neizabраних судија, imaju iste procesne manjkavosti. Naime, Visoki savet sudstva je radio u nepotpunom sastavu, a pored toga, ovaj Savet nije dokazao da su ti nosioci правосудних функција “nestručni, neosposobljeni i nedostojni”. Zato su svi vraćeni u status судија, ali ih samo Visoki savet sudstva može rasporediti u sudove za koje ispunjavaju uslove.

Međutim, ovde se uviđa da i Ustavni sud, kao i Visoki savet sudstva, idu iz jedne krajnosti u drugu (doduše, to je karakteristika za naše društvo tokom čitavih proteklih decenija, pa tako ni ovo nije ništa čudno). Naime, kako su jednom odlukom Visokom saveta sudstva, 837 носилаца правосудних функција, u jednom danu ostali bez posla, bez obrazloženja i poštovanja određenih kriterijuma, tako su, isto, svih 837 (doduše, samo oni koji su ostali živi, jer su neki od stresa i nemogućnosti da podnesu nepravdu, preminuli), vraćeni na posao, takođe, bez obrazloženja i bez poštovanja potrebnih kriterijuma. Tako se desilo da će među njima ponovo biti “nestručnih, neosposobljenih i nedostojnih”, iako to nije dokazano. Opravdanje za takav svoj postupak, Ustavni sud nalazi u činjenici da sada

Visoki savet sudstva može, pre donošenja odluke o njihovom raspoređivanju u odgovarajući sud, pokrenuti postupak za razrešenje takvih sudija i tim povodom, odrediti njihovu suspenziju do okončanja postupka za razrešenje<sup>1</sup>.

Takođe, jedno veoma važno pitanje koje se ovde postavlja, a koje je provejavalo tokom cele reforme pravosuđa (ova reforma je doživela potpuni krah i fijasno), jeste da li se može desiti da nisu bile izabrane sudije, koje su svoj posao veoma kvalitetno i pošteno radile i imale izuzetno veliki broj potvrđenih odluka. Nažalost, takvih slučajeva je bilo veoma mnogo, iako se s pravom od strane brojnih i veoma kompetentnih stručnjaka (kako domaćih, tako i stranih), na to ukazivalo od samog početka. Naime, u sprovedenom postupku po žalbama neizabranih sudija, utvrđeno je da kriterijum stručnosti (koji treba da bude najvažniji i jedino opredeljujući), nije poštovan i nije primenjen onako kako je to zakonom predviđeno, tako da je bilo dosta promašaja (često i namernih, jer su više poštovani neki politički kriterijumi, tj. pripadnost ili simpatije prema određenim političkim partijama).

Sve je to uticalo da nije postojala realna slika o stručnosti nosilaca pravosudnih funkcija, koje su izuzetno važne za očuvanje i opstanak svakog društva, jer bez vladavine prava, poštovanja sloboda i prava čoveka i građanina, ograničavanje zakonodavne i izvršne vlasti i slično, jedno društvo, na duži rok, nema mogućnosti da napreduje. Tako se dešavalo, što je sada i priznato, da je Visoki savet sudstva pravio kardinalne greške prilikom sprovođenja reforme pravosuđa, pa su izabrane sudije koje to ne zaslužuju, a s druge strane, nisu izabrane sudije, koje su veoma stručne i kvalitetne u svom radu. Da zlo bude još veće, taj isti Savet nije imao u vidu da se jedan sudija ili tužilac ne stvara za par godina, nego tek za par decenija (tako je i u drugim važnim oblastima društvenog života – zdravstvu, školstvu, politici i slično). Mnogo brzo i veoma olako se taj Visoki savet sudstva odrekao usluga svojih najkvalitetnijih kadrova, smatrajući da će ih vrlo lako zameniti njihovi dojučerašnji pripravnici i stručni saradnici, koji koliko god da su talentovani, ne mogu za godinu-dve da steknu iskustvo, koje su njihovi neizabrani učitelji, mentori, savetodavci sticali decenijama.

### *“Reforma pravosudne reforme”*

Imajući u vidu značaj pravosuđa, kao jednog od tri stuba svakog društva (pored zdravstva i prosvete) i neophodnost, što hitnijeg ispravljanja grešaka uči-

---

<sup>1</sup> Ustavni sud takvu svoju odluku pravda i činjenicom da Visoki savet sudstva može isti postupak sprovesti pod tim uslovima i u propisanoj proceduri za razrešenje već izabranih sudija. Naravno, ovaj Savet to može uraditi samo pod uslovom da na jedan kontradiktoran način, utvrdi postojanje zakonom propisanih uslova za razrešenje nosilaca pravosudnih funkcija, za koje se utvrdi da su nedostojni.

njenih tokom neuspele reforme pravosuđa, u rešavanje nastalih problema uključila se i novoizabrana Vlada Republike Srbije. Otuda, Ministarstvo pravde i državne uprave, zajedno sa Društvom sudija Republike Srbije i drugim relevantnim političkim i pravosudnim organima, mora da razgovara i iznađe pravo rešenje u vezi aktuelnog stanja u pravosuđu i sprovođenja odluke Ustavnog suda o vraćanju neizabranih sudija i tužilaca na posao. Činjenica je da su neophodne suštinske promene u pravosudnom sistemu, koje podrazumevaju i otklanjanje navedenih grešaka i problema, koji su se nagomilali tokom sprovođenja prethodne neuspele reforme i doveli do toga da stanje u pravosuđu nije bilo nikad lošije.

Naravno, sada treba biti veoma oprezan i ne napraviti, ponovo, neke početničke greške, već je neophodno, prethodno izvršiti pažljivu analizu stanja u celokupnom pravosuđu, ali ne na brzinu i po svaku cenu. To ne znači da ovaj, izuzetno važan, posao može da traje godinama, nego da se uočeni problemi reše odgovarajućim efikasnim merama ili nekom novom reformom, što će dovesti do odgovarajućih rezultata i sistemskih poboljšanja u adekvatnom roku. To, svakako, podrazumeva primenu određenih rešenja, koja su u skladu sa savremenim evropskim standardima, što će dovesti do izmene pojedinih zakona, preispitivanja organizacije i efikasnosti nove mreže sudova i slično. Posebno je važno u tom poslu, koji čeka sve nosioce pravosudnih funkcija, kao i organe zadužene za organizaciju i praćenje srpskog pravosuđa, da se izvrši unapređenje sistema redovnog vrednovanja rada, poštovanje kriterijuma izbora i disciplinske odgovornosti sudija i tužilaca.

U ovom trenutku je veoma teško ili, bolje reći, nemoguće predvideti kako će tehnički biti izvedeno vraćanje šest stotina sudija i tužilaca na posao, kao i da li će, zaista, biti u pitanju ovoliki broj nosilaca pravosudnih funkcija. Naime, Ustavni sud je svojom odlukom naložio Visokom savetu sudstva i Državnom veći tužilaca, da u roku od 60 dana od prijema odluke Ustavnog suda, neizabrane sudije, odnosno tužioce, vrata na posao. Međutim, nije, pre svega, jasno kako će ovaj Savet da odlučuje, imajući u vidu da u njemu postoji raskol između članova tog tela i dolazak dva nova člana po položaju (to su novi ministar pravde i novi predsednik skupštinskog odbora za pravosuđe), a do sada su tri izborna člana ovog Saveta iz redova sudija javno ispoljila neslaganje sa zvaničnim odlukama tog tela.

Neophodnost revidiranja mreže sudova u Republici Srbiji je evidentna i na to je mnogo puta ukazivano još tokom 2011. godine, sa najavom podnošenja inicijative za reviziju mreže sudova. Međutim, na tom planu, do sada, ništa nije učinjeno, tako da iz manjih mesta, u kojima su ukinuti sudovi, građani putuju kilometrima do sudova u većim mestima, dok neke sudske jedinice nisu opravdale svoje postojanje. Mnoge sudije rade van mesta stanovanja, pa se iz budžeta plaćaju troškovi njihovog stanovanja, naknade za odvojeni život od porodice i put-

ni troškovi. Tako, neki nosioci pravosudnih sudija mesečno pređu i po nekoliko hiljada kilometara (svakodnevno 50, 100 ili, čak, i više od toga). Upravo sa navedenih razloga, treba pristupiti detaljnoj analizi kompletnog stanja u srpskom pravosuđu i postojeće mreže sudova, pa zadržati i sačuvati sve ono što je dobro, a eliminisati i odbaciti sve ono što je loše i negativno utiče na reformu pravosuđa u Republici Srbiji.

### *Odgovornost reformatora pravosuđa u Srbiji*

Naravno, uvek se postavlja pitanje, šta uraditi sa onima, koji su doveli do lošeg stanja u određenoj oblasti društvenog života, namerno ili nenamerno, činjenjem ili nečinjenjem, sa znanjem ili usled "neobaveštenosti", svojom aktivnošću ili saglašavanjem sa tuđim radnjama?! Najčešće se dešava da takvi "stručnjaci" nekažnjeno odlaze na svoja bivša radna mesta ili dobijaju, kao nagradu, neku još bolju funkciju. Ceh u takvim slučajevima uvek plaća narod ili nosioci određenih nižih funkcija, koji su nerazumnim odlukama njihovih nadređenih, trpeli godinama, i štetu, i sramotu. Zato, kao i u svakom drugom slučaju, treba precizno, jasno i tačno utvrditi ko su glavni krivci za katastrofalno stanje u pravosuđu i te ljude javno pozvati na odgovornost, s obzirom da je šteta od reforme pravosuđa bila izuzetno velika. Danas je ceo sistem potpuno urušen, a kod građana je izraženo veliko nepoverenje prema pravosuđu, kao i prema drugim institucijama države.

Kao što smo napred naveli, jedan od osnovnih problema, ne samo u pravosuđu, nego i svim drugim oblastima društvenog života, posebno u prosveti (tu, pre svega, mislimo na visoko školstvo), zdravstvu, javnoj upravi, policiji, vojsci i slično, jeste nepostojanje kriterijuma za određena radna mesta i neadekvatno vrednovanje rada nosilaca određenih funkcija. Nažalost, taj princip nije poštovan ni prilikom započinjanja reforme pravosuđa, a ni sada, kada se svi neizabrani nosioci pravosudnih funkcija vraćaju na posao. Nadamo se da će ovaj ili neki drugi sastav Visokog saveta sudstva (potpuno ili delimično izmenjen), konačno shvatiti ozbiljnost situacije i utvrditi kriterijume, na osnovu kojih će sudije i tužioci biti vraćeni na posao. Otuda je osnovni problem našeg sudstva, pre svega, nestručnost i zato politika ne sme da ima uticaj na sudstvo, nego samo stručnost i saveznost. Nažalost, u našoj bližoj i daljoj istoriji se dešavalo, vrlo često, da poštene i sposobni ljudi budu sputavani od predstavnika vlasti u obavljanju svog posla, dok su, s druge strane, napredovali poslušnici i miljenici vlasti.

Kada smo ukazali na činjenicu da greške nosilaca javnih i političkih funkcija plaćaju građani, to se u ovom slučaju najjasnije vidi. Naime, greške prethodne vlasti plaćaju poreski obveznici Republike Srbije, s obzirom da neizabrane sudije i tužioci, umesto šest meseci, tj. od 1. januara do 30. juna 2010. godine (kako je to bilo predviđeno prema Zakonu o sudijama), već treću godinu primaju mesečne

naknade i tako će biti do završetka postupka revizije<sup>2</sup>. Međutim, široj javnosti je to malo poznato. Ovaj rok je produžen preporukom Evropske komisije, tako da ta cifra iznosi preko 40 miliona dinara mesečno za navedene izdatke. Ne(re)izabrani nosioci pravosudnih funkcija su zbog svoje, navodne, “nedostojnosti, nestručnosti i neosposobljenosti” udaljeni iz sudnica, a njihovim (re)izabranim kolegama su nametnute norme, tj. količina odluka koju moraju da urade u toku jednog meseca<sup>3</sup>. Došlo je do “zatrpavanja” sudija starim i novim predmetima, ne(re)izabrani su sedeli kod kuće, nisu bili u mogućnosti da rade svoj posao, a primali su lični dohodak, umanjen samo za 100 evra<sup>4</sup>.

Da se naše pravosuđe nalazi u nezavidnoj situaciji i da je potrebno preduzimanje hitnih i radikalnih, ali ne brzopletih i površinskih mera, činjenica je koju ne treba posebno dokazivati. Na to je ukazalo i Evropsko udruženje sudija i tužilaca početkom juna ove godine, što je potvrdilo i Konstativno veće evropskih sudija Saveta Evrope, koje formuliše evropske standarde. Takođe, dva nezavisna stručnjaka iz Nemačke i Francuske, inače Evropskog udruženja sudija i tužilaca za demokratiju i slobode, izvršila su analizu pravosuđa Srbije u aprilu ove godine. Tom prilikom, posle izvršene analitičke posete, oni su saopštili “da su potreseni zatečenim stanjem”, dok su u svom izveštaju naveli da se moraju poništiti rezultati reforme koji se tiču, pre svega, reizbora sudija i tužilaca, insistirajući na obuci, etičkoj i disciplinskoj odgovornosti i vrednovanju rada sudija i obezbeđivanju nezavisnosti sudijske funkcije.

### *Karakter odluka Ustavnog suda o vraćanju ne(re)izabranih nosilaca pravosudnih funkcija*

Ne ulazeći u to, da li je veoma brzo delovanje Ustavnog suda i njegova iznenadna ažurnost politički motivisana ili ne, činjenica je da se to moralo desiti mnogo ranije i da je ovaj Sud trebalo, kao “čuvar ustavnosti i zakonitosti”, rani-

<sup>2</sup> Prema zaključku Vlade Republike Srbije, svi neizabrani nosioci pravosudnih funkcija, koji se nisu negde zaposlili, primali su za 100 evra manji iznos od plate.

<sup>3</sup> Na primer, svaki sudija osnovnog suda mora da ispuni normu koja nije ispod 20 odluka.

<sup>4</sup> Tako, na primer, jedan pravnik iz Pančeva je izračunao, koliku je štetu napravila neuspela reforma pravosuđa, koja je počela krajem 2009. godine. Ako računanje počnemo sa 1.1.2010. godine i ako pomnožimo 126 sudija (koliko je prvom odlukom Ustavnog suda vraćeno na posao), sa 30 meseci i 20 presuda (koliko je minimalna norma) ili 12,6 miliona dinara (koliko su otprilike plate za navedeni broj sudija), vidimo da je, do sada, 126 ne(re)izabranih sudija na ime plate primilo 378 miliona dinara iz budžeta, a da je za to vreme navedeni broj sudija, radeći u osnovnom sudu, mogao da donese 75.600 presuda, odnosno da se toliko postupaka okonča. Međutim, s obzirom da će biti mnogo više žalbi (očekuje se preko 600), onda se sve ove cifre mogu pomnožiti sa koeficijentom 5, pa se tako može sagledati razmera ukupnih gubitaka.

je da reaguje. No, nikada nije kasno da se prizovemo pameti ili, kako naš narod kaže, "bolje ikad, nego nikad". Time su izbegnute dalje posledice navedene reforme i data mogućnost ispravljanja nelogičnih i nezakonitih odluka. Zato se sada opravdano postavlja pitanje, da li i kako izvršiti "reformu reforme", tj. šta uraditi i koje mere preduzeti, a da se u najkraćem mogućem roku, postignu određeni rezultati i isprave učinjene greške, ali bez pravljenja novih i bez ograničavanja nezavisnosti i samostalnosti nosilaca pravosudnih funkcija. To je zato što je pravosuđe, kao što smo napred naveli, jedan od osnovnih stubova pravne države, a sama profesija sudije, jedna od najčasnijih.

Naravno, na ovom mestu je veoma bitno ukazati na činjenicu same ustavnosti opšteg izbora, tj. na pitanje, da li je ovaj izbor bio u skladu sa ustavnim odredbama. O tome smo detaljno pisali u radu, koji je pripremljen i prezentovan na Kopaoničkoj školi prirodnog prava decembra 2011. godine, a kao takav, objavljen i u odgovarajućem zborniku. Naime, Ustav iz 1990. godine je garantovao stalnost sudija i tužilaca, dok je sada važeći Ustav iz 2006. godine, koji je donet po proceduri za ustavne promene propisanoj prethodnim Ustavom (iz 1990.), preuzeo ovu odredbu i garantovao nezavisnost i stalnost nosilaca pravosudnih funkcija. To znači da je postojao ustavni kontinuitet, pa je i Ustavni sud Srbije nastalu dilemu formalno razrešio svojim stavom da opšti izbor nije neustavan, ali je isti Sud jula 2012. godine, doneo odluku kojom je pravosudnu reformu, u delu izbora sudija i javnih tužilaca, vratio na početak.

Treba se prisetiti da je Visoki savet sudstva doneo Odluku o izboru sudija na stalnu sudijsku funkciju u sudovima opšte i posebne nadležnosti 16.12.2009. godine<sup>5</sup>, koja je negativno dopunjena narednom odlukom Saveta, donetom 25.12.2009. godine<sup>6</sup>, kojom je na jedinstven način (?) utvrđen prestanak sudijske dužnosti sa 31.12.2009. godine sudijama koje nisu izabrane u skladu sa Zakonom o sudijama<sup>7</sup>. Opšti prestanak sudijske funkcije svim zatečenim sudijama u ovoj Odluci nije na izričit i jasan način utvrđen, pa tako ispada, kao da izabranim sudijama i ne prestaje stari mandat. Takođe, postoji i nesklad između zakonske odredbe, po kojoj "sudije izabrane u skladu sa ovim zakonom stupaju na funkciju 1. januara 2010. godine"<sup>8</sup> i odredbe o prestanku dužnosti sudija "koji nisu izabrani u skladu sa ovim Zakonom"<sup>9</sup>.

---

<sup>5</sup> "Službeni glasnik RS", broj 106/09 od 17.12.2009. godine.

<sup>6</sup> Broj Odluke 06-00-37-01.

<sup>7</sup> "Službeni glasnik RS", broj 116/08 od 22.12.2008. godine.

<sup>8</sup> Zakon o sudijama, član 100. stav 3.

<sup>9</sup> Član 101. stav 1. Zakona o sudijama. Ovaj stav predviđa da sudijama iz člana 99. st. 1. i 2. ovog Zakona ... dužnost prestaje danom stupanja na funkciju sudija izabranih u skladu sa ovim Zakonom.



Ovde je jedno od ključnih pitanja na koje treba ukazati i dati odgovor – pitanje ustavnog kontinuiteta u pogledu ustavnosti sudijske funkcije. Naime, posebnu pažnju zaslužuje tvrdnja Ustavnog suda da postoji prekid ustavnog kontinuiteta, tj. “da ne postoji ustavni kontinuitet u pogledu ustavnosti sudijske funkcije stečene po Ustavu iz 1990. godine u personalnom pogledu”. Naravno, svaki organ, a posebno Ustavni sud ima pravo na svoje mišljenje koje se, u svakom slučaju, mora opravdati i dokumentovati. Međutim, Ustavni sud za takvo svoje stanovište nije mogao da nađe nikakvo uporište u najvišem opštem pravnom aktu države, tj. u samom Ustavu, nego jedino u toliko osporavanom Ustavnom zakonu, čija je ustavnost i predmet ovog rada. Činjenica je da 2006. godine, donošenjem novog Ustava, nije prekinut ustavni kontinuitet, jer nije izvršena nikakva pravna revolucija.

Iako po zakonu, Ustavni sud može da donosi jedino “odluke, rešenja i zaključke” (član 44. Zakona o Ustavnom sudu), a ne “stavove”, ovaj Sud je, ipak, “stao na stanovište” da neizabranim nosiocima pravosudne funkcije, ta funkcija prestaje na dan 31. decembra 2009. godine, i to na osnovu pojedinačne i obrazložene odluke Visokog saveta sudstva, odnosno Državnog veća tužilaca, protiv koje se može izjaviti žalba Ustavnom sudu. Takođe, takva odluka Saveta, između ostalog, mora da sadrži individualizovane razloge zbog kojih određeno lice nije izabrano, a koji se temelje na Zakonu o sudijama i Odluci Visokog saveta sudstva o kriterijumima i merilima za ocenu stručnosti, osposobljenosti i dostojnosti za izbor sudija i predsednika sudova (u drugom stavu istog odeljka, to se navodi i za zamenike javnih tužilaca)<sup>10</sup>. Međutim, početkom aprila 2011. godine, javnost je obavještena da je Ustavni sud poništio sve odluke Visokog saveta sudstva o izboru sudija iz decembra 2009. godine, čime su uklonjene suštinske prepreke za reviziju izbora sudija. Tako, “sve ne(re)izabrane sudije, za koje ne može da se dokaže da su nestručne, nesposobne i nedostojne, biće vraćene na posao, a Odluka Visokog saveta sudstva o broju sudija u sudovima ne može da bude ograničavajući faktor za vraćanje neizabranih sudija na funkcije”. Ovako glasi jedno od osnovnih pravila za reviziju opšteg izbora sudija, odnosno preispitivanje odluka Visokog saveta sudstva o neizabranim sudijama. Zadatak Visokog saveta sudstva je da izabere sve dostojne sudije, osim onih čiji rezultati rada u velikoj meri odstupaju od proseka suda u kome je sudija obavljao funkciju.

<sup>10</sup> Ovde treba naglasiti da Ustavni sud, kada dobije žalbu na odluku o prestanku sudijske funkcije, može da kasira, poništi tu odluku (zbog neustavnosti i nezakonitosti), ali on ne može i da rešava u meritumu, tj. ne može on da izabere neizabranog sudiju (znači, Ustavni sud ima kasatorna, a ne meritorna ovlašćenja).

Posle objavljivanja odluka Ustavnog suda Srbije, čelni ljudi neuspele reforme pravosuđa, olašavali su se izjavama da je odluka ovog Suda politička i da su “vraćene sudije koje su činile teška krivična dela i koje su nedostojne za obavljanje sudijske funkcije”. Međutim, ta njihova primedba nije primerena, jer je opštepoznata činjenica da se mora poštovati prezumpcija (pretpostavka) nevinosti, što znači da je svako nevin, dok se pravosnažnom sudskom presudom ne dokaže da je kriv. Zato, ako je neki nosilac pravosudne funkcije i učinio određeno krivično delo, on se ne može proglašavati, unapred, krivim i nedostojnim, jer se, na taj način, krši jedno od osnovnih ljudskih prava. Ukoliko postoji takva pravosnažna sudska presuda, onda se ne vrši se reizbor svih sudija, već samo tog koji je sporan. Ne može se paušalno i uopšteno govoriti o nedostojnosti sudije, bez sprovedenog posebnog disciplinskog postupka u kom se utvrđuje nedostojnost sa konkretnim razlozima za svakog sudiju. To je, upravo, posao koji treba da obave, veoma pažljivo i odgovorno, Visoki savet sudstva i Državno veće tužilaca.

### *Značaj odluka Ustavnog suda*

Odluka Ustavnog suda iz jula 2012. godine se mora poštovati, jer je i prema samom Ustavu Republike Srbije iz 2006. godine, “svako dužan da poštuje i izvršava odluku Ustavnog suda” (član 171. stav 1.). Izvršenje odluka Ustavnog suda se uređuje zakonom (član 171. stav 3.), a kada je to potrebno, Ustavni sud svojom odlukom uređuje način njenog izvršenja (član 171. stav 2.). Prema tome, kada je reč o nespretno sprovedenoj reformi pravosuđa u Srbiji i odluci Ustavnog suda iz jula 2012. godine, može se reći da sledi “povratak otpisanih” i vraćanje neizabranih, što znači da se, uglavnom, “reizbor reizbora i reformisanje reforme nastavljaju...”

Za sudijsku funkciju je bitno primeniti ono što već postoji u zakonu, a to je dobijanje ocene rada sudija svake treće godine<sup>11</sup>. Samo loša ocena može i treba da predstavlja osnov za razrešenje, jer stalnost sudijske funkcije nije u suprotnosti sa tim. Naime, stalnost ne znači da je neko doživotno sudija, bez obzira kako i na koji način obavlja svoj posao. Zakon o sudijama u svom članu 32. vrlo jasno i precizno ukazuje na to da “rad svih sudija i predsednika sudova podleže redovnom vrednovanju” (stav 1), koje obuhvata “vrednovanje svih aspekata sudijskog posla, odnosno poslova predsednika suda i predstavlja osnovu za izbor, obaveznu obu-

---

<sup>11</sup> Članom 35. Zakona o sudijama je predviđeno da se “rad sudija na stalnoj funkciji i predsednika sudova redovno vrednuje jednom u tri godine, a sudija koji su prvi put izabrani jednom godišnje. Izuzetno, na osnovu odluke Visokog saveta sudstva, sudija može biti i vanredno vrednovan”.

ku sudija i razrešenje” (stav 2). Takođe, Zakon u istom članu naglašava da se ovo vrednovanje vrši na osnovu javno objavljenih, objektivnih i jedinstvenih kriterijuma i merila, u jedinstvenom postupku u kome je obezbeđeno učešće sudije, odnosno predsednika suda, čiji se rad vrednuje, a kriterijume, merila i postupak za vrednovanje rada sudija, odnosno predsednika sudova utvrđuje Visoki savet sudstva (stav 3. i 4). Vrednovanje se izražava odgovarajućom ocenom, koja se se upisuje u list sudije, odnosno predsednika suda.

Odlukama Ustavnog suda da se razrešene sudije i tužioci, čije su žalbe usvojene, vrate na posao, stanje u srpskom pravosuđu vraća se na “nultu tačku” i stanje pre reizbora. To znači da je, do sada, sve rađeno uzaludno, da je potrošeno ogromno vreme i da su postignuti negativni rezultati. Opšti izbor Srbije, koji je sproveden pre više od dve godine doživeo je potpuni fijasko, tako da će od 837 razrešenih nosilaca pravosudnih funkcija, na posao biti vraćen veliki broj njih, na primer, odlukom Ustavnog suda od 11. jula 2012. godine – 126, a odlukom istog Suda od 18. jula – 316. Naravno, ovaj broj nije konačan i očekuje se da on bude preko 600. Na sve ove odluke postoje komentari određenih institucija i pojedinaца, u kojima se navodi da je Ustavni sud njihovim donošenjem, derogirao niz svojih prethodnih odluka kojima je konstatovano da je opšti izbor sudija i tužilaca u skladu sa Ustavom Srbije. Svakako, odluke Ustavnog suda treba i mogu da budu predmet rasprave, ali samo na stručnim skupovima, na kojima učestvuju najeminentniji stručnjaci iz oblasti ustavnog prava. Međutim, ni tom prilikom se ne mogu osporavati, niti se, na bilo koji način, može dovoditi u pitanje njihovo poštovanje i izvršnost.

Najznačajniji prigovor ovim odlukama Ustavnog suda, sastoji se u isticanju da su njima vraćeni na posao nosioci pravosudnih funkcija, koji su “nedostojni, nestručni ili neosposobljeni”. Međutim, Ustavni sud na ove prigovore odgovara da je Visoki savet sudstva, bio dužan da utvrdi činjenice i pruži dokaze kojima se obara pretpostavka izbornosti, što ovaj Savet nije učinio ni u ponovljenom postupku, pa je to osnovni razlog, zbog koga je Ustavni sud morao da uvaži sve podnete žalbe. Međutim, naglašavamo da to ne znači, da se po odluci Ustavnog suda, na posao vraćaju i nedostojni nosioci pravosudnih funkcija. Ustavni sud je samo utvrdio da se svim neizabranim nosiocima pravosudnih funkcija mora priznati raniji status, a da li su oni dostojni da obavljaju svoje funkcije, da li su stručni i osposobljeni - utvrdiće Visoki savet sudstva, u skladu sa izmenjenim zakonom, koji ga na to obavezuje. Ustavni sud je doneo opštu odluku, a ne pojedinačne odluke, zbog manjkavosti u sprovođenju postupka izbora nosilaca pravosudnih funkcija, koje su takve, da se tiču svih koji nisu izabrani, a učinjeni propusti u postupku preispitivanja su takvi da, sami po sebi, isključuju mogućnost donošenja drugačije odluke.

Ustavni sud je, kao što smo već napred naveli, usvojio sve pristigle žalbe neizabranih sudija i tužilaca i najavio da će biti usvojene i žalbe koje će tek stići, čime je praktično poništio celokupan rad Visokog saveta sudstva i Državnog veća tužilaca. Ova dva tela treba sada da obave veoma složen zadatak vraćanja sudija i tužilaca, jer se tu ne radi samo o sistematizaciji radnih mesta, već i o promeni sudske mreže, koju treba da isplanira i sprovede novi ministar pravde. Treba naglasiti da je Venecijanska komisija, još u junu 2009. godine, uputila Visokom savetu sudstva i Državnom veću tužilaca, svoje mišljenje o kriterijumima za ocenu rada sudije, u kome se kaže da nije uvažen stav Venecijanske komisije o značaju očuvanja pretpostavke da postojeći sudija ispunjava kriterijume, a mnogo ranije (kada se ova Komisija izjašnjavala o nacrtima pravosudnih zakona) je ukazala “da uopšte nije očigledno da postoji potreba za procesom ponovnog imenovanja (reizbora) svih sudija”. I Evropska komisija je, u svom Izveštaju o napretku Srbije u 2010. godini, izričito navela svoje primedbe na reformu pravosuđa, koje se, pre svega, odnose na zabrinutost zbog sumnje u nezavisnost Visokog saveta sudstva i Državnog veća tužilaca i nedovoljno javnu proceduru, neprimenjivanje objektivnih kriterijuma i kratak vremenski okvir.

### *Položaj srpskog pravosuđa danas*

Ono što je za Srbiju posebno značajno, a što se od strane nepristrasnih i objektivnih posmatrača uvek naglašava, jeste sporost u rešavanju predmeta, jer poneke parnice kod nas traju i po nekoliko decenija. Zbog toga je Ustavni sud godinama bio zatrpan hiljadama žalbi građana zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku. Naime, prema podacima ovog Suda, najduža parnica u Srbiji trajala je 33 godine, najduži izvršni postupak 17 godina, dok je najduži krivični postupak trajao 16 godina. Takođe, najduži upravni spor za ostvarenje prava na invalidsku penziju trajao je 12 godina, a najduži radni spor 8 godina. Prema tome, iz ovoga se očigledno zaključuje da su reforme u srpskom pravosuđu (kao i u svim drugim oblastima života) neophodne, ali samo prema unapred utvrđenim kriterijumima i vrednovanju rada nosilaca odgovarajućih pravosudnih funkcija.

Posle svega što se desilo, nalazimo se opet na početku, s tim što mnogi poznavaoци prilika u srpskom pravosuđu smatraju da je ova “reforma” dovela do još gorih rezultata, odnosno da predstavlja *reformatio in peius* (preinačenje na gore)<sup>12</sup>. Nesporno je da se država Srbija nalazi u teškoj ekonomskoj, privrednoj,

---

<sup>12</sup> *Reformatio in peius* predstavlja jedan od principa u krivičnom procesnom pravu, koji se ispoljava u žalbenom postupku i podrazumeva da, kada se osuđeno lice žali na izrečenu presudu, drugostepeni sud koji rešava po žalbi, ne može licu izreći strožiju kaznu od one koja je utvrđena

političkoj, moralnoj i opštoj društvenoj krizi, da naše društvo prolazi kroz proces tranzicije i da sve to ostavlja određene posledice i na druge oblasti života. Usled toga, građani gube poverenje u određene institucije, ali uvek gaje nadu i tek na kraju gube poverenje u pravosuđe, religiju, vojsku i policiju. Ostvarivanje ideje vladavine prava je neophodno za stvaranje pravne države, ali bez jakog, nezavisnog i samostalnog pravosuđa, u koga građani imaju potpuno poverenje, to ostaju samo puste želje.

Do takvog kolapsa je neminovno dovela neozbiljnost, selektivnost, paušalnost, nepoštovanje unapred utvrđenih kriterijuma, koji su bili predviđeni kao osnova promena u organizaciji i funkcionisanju pravosudnih organa i slično. Zbog neslaganja sa svim ovim promenama, svoj stav o njihovom kvalitetu i izboru sudija, tužilaca i njihovih zamenika, stvarnoj nadležnosti sudova, njihovom smanjivanju i izmeni mreže sudova, kao i drugim važnim pitanjima, dali su brojni poslenici pravničke struke, stručne organizacije, profesori prava iz naše države i inostranstva, predstavnici Evropske unije (pre svega, članovi Venecijanske komisije), advokatske komore, Društvo sudija Srbije, Udruženje tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije i drugi<sup>13</sup>.

Ono što je karakteristično za sve ove potpisnike apela protiv reforme pravosuđa, jeste činjenica da su, među njima, mnogi koji se nalaze na potpuno suprotstavljenim političkim ili ideološkim pozicijama, ali su oni shvatili da, kao dobri poznavaoци prava, moraju da deluju jedinstveno, u interesu profesije, s obzirom da to nije nikakvo političko ili ideološko pitanje, nego pre svega, profesionalno pitanje. Zato su predstavnici struke i nauke, koji se, inače, nalaze na "suprotnim polovima", radi odbrane načela stalnosti sudijske funkcije (koja predstavlja sveti princip sudijske funkcije)<sup>14</sup> i borbe protiv neumoljive vlasti, stali u jedan složni red boraca za pravdu. Naravno, tako i treba da se radi i da ljudi poštuju, na prvom mestu, svoju profesiju, da ujedine svoje znanje i da prave primedbe upute na pravo mesto, a to pravo mesto jesu nosioci najviših političkih funkcija u drža-

---

prvostepenom presudom (može je potvrditi ili ublažiti). Srpsko krivično zakonodavstvo, takođe predviđa princip zabrane preinačenja na gore.

<sup>13</sup> O ovome videti šire: Vladan Mihailović, *Jedno razmišljanje o sudskom sistemu Republike Srbije i njegovoj aktuelnoj reviziji*, Konkurs, Politika, 25. januar 2012. godine. Internet adresa: <http://crms.org.rs/jedno-razmisljanje-o-sudskom-sistemu-republike-srbije-i-njegovoj-aktuelnoj-reviziji>.

<sup>14</sup> Ova "reforma" pravosuđa je, nažalost, poljuljala poverenje u stalnost sudijskog poziva, kao princip koji ne sme nikada da bude doveden u pitanje, jer rušenjem ovog principa, ruši se i nezavisnost sudstva, kao njegovo glavno obeležje. A, sve to ima velike posledice na rad sudija, jer izaziva njihovu zavisnost od izvršne (i zakonodavne) vlasti, nesigurnost, nezameranje vladajućoj političkoj garnituri zbog straha od gubitka posla i drugo.

vi - predsjednik Republike Srbije, predsjednik Narodne skupštine, ministar pravde, nadležni skupštinski odbori i poslanici.

S obzirom da je sudstvo jedan od tri stuba države, za njega se slikovito kaže da je ono “ ahilova peta države Srbije”<sup>15</sup>. Zbog toga je veoma bitno uređivanju i reformama ovog, tako značajnog i osjetljivog, “stuba” prilaziti potpuno profesionalno, spremno, otvoreno, javno i argumentovano, uz poštovanje odgovarajućih, unapred utvrđenih kriterijuma i merila, koji važe za sve i koji se moraju poštovati. Svaki drugačiji prilaz ovom problemu, predstavlja improvizaciju i siguran put ka neuspehu<sup>16</sup>.

Činjenica je da će loša reformska rešenja tražiti, kako neki to zovu, “reformu reforme” ili “reviziju revizije”. Ona će biti duga, skupa i bolna, ali neophodna. Koliko će ona koštati, u ovom trenutku još ne znamo. Ali, jedno znamo – ceh će biti, sigurno veliki, a sve troškove, svih reformi (kako uspelih, tako i neuspelih) platiće, kao i uvek do sada - naši poreski obveznici. Odluke Ustavnog suda iz jula 2012. godine, pokazale su da nije bilo uslova da se većini sudija, tužilaca i njihovih zamenika ospori “dostojnost, stručnost i osposobljenost”, pa je reforma propala, jer nije bila izvedena na prirodan način i uz uticaj struke, nego uz uticaj politike. A sve što je neprirodno, to nema šansu na opstanak i uspeh!

## ZAKLJUČAK

Očigledno, ovde ima posla, pre svega, za stručnjake, a ne za političare, jer su ciljevi svih reformi, a posebno u pravosuđu – porast kvaliteta rada, veća odgovornost sudija, efikasniji i, naravno, jeftiniji sudski sistem. To nikada nije bilo sporno (makar deklarativno i normativno), ali je sporno pitanje mera koje su preduzimate, da bi se ovi ciljevi ostvarili, kriterijuma i njihovog poštovanja prilikom (re) izbora nosilaca pravosudnih funkcija, kao i načina rešavanja problema u kadrovskom sastavu sudova i tužilaštava. Posebno je značajno sprovođenje i poštovanje ozbiljne stručne javne rasprave, prilikom formiranja nove mreže sudova i donošenja novih procesnih zakona. Mere koje treba preduzeti moraju biti zasnovane

---

<sup>15</sup> Ratko Marković, *Sudstvo – Ahilova peta države Srbije*, Magazin Pečat, br. 111 i 112, 04.05.2010.

<sup>16</sup> Za nezavisnost sudijskog poziva potrebno je znanje i stručnost, sigurnost u svoju osposobljenost i na takvog sudiju ne može niko da utiče. Predstavnik Fondacije “Konrad Adenauer”, gospodin Torsten Gajsler, rekao je da nezavisnost sudstva u Nemačkoj nije ugrožena, jer su sudije materijalno obezbeđene, visoko obrazovane, stručno osposobljene i etički principijelne. “Da bi neko postao sudija u Nemačkoj, mora da ima visok prosek na studijama, jer je konkurencija velika, a kada je izabran, onda je sudijska funkcija doživotna, penzija sigurna, plata dobra, a može da vidi i dnevnu svetlost, za razliku od bolje plaćenih menadžera i advokata”, rekao je Gajsler.

na ozbiljnoj analizi postojećeg stanja i utvrđivanju pravih uzroka slabosti u pojedinim segmentima pravosudnog sistema, kako bi se u budućnosti pokazale kao održive.

Ono što je najznačajnije i što želimo još jedanput da naglasimo jeste, pre svega, podizanje odgovornosti i kvaliteta sudskog kadra na znatno viši nivo, što se može postići samo utvrđivanjem i poštovanjem jasnih kriterijuma za izbor nosilaca pravosudnih funkcija, kao i uspostavljanje sistema periodičnog vrednovanja njihovog rada i disciplinske odgovornosti. Naravno, sve to treba raditi javno i pouzdano, uz obezbeđivanje pravičnog postupka, radi prepoznavanja onih koji ne zaslužuju da budu nosioci tako važnih funkcija u društvu, kao što su pravosudne funkcije.

DRAGAN BATAVELJIĆ, LL.D.,  
Professor, Faculty of Law, University of Kragujevac

DECISIONS OF CONSTITUTIONAL COURT OF SERBIA  
ABOUT THE APPEALS HOLDERS OF JUDICIAL OFFICE  
AND THEIR CONSEQUENCES

Summary

The author in the article pays special attention to the analysis of decisions the Constitutional Court of Serbia from July 2012. Herewith decisions were adopted to appeal to all non-elected judicial officials and they are returned to their jobs. The author also points to some extremes in the decisions of the High Judicial Council and the Constitutional Court. Consequently, the condition in which is Serbian justice, demands "reform of judicial reform." However, this new reform must be fast, but not half-cocked, based on the knowledge and under the influence of the vocation, and not politics. A significant part of the article is devoted to the character and significance of the decisions of the Constitutional Court, and the consequences that they will produce in the judicial system of the Republic of Serbia. At the end of the article author has given an overview of the current status of the Serbian judiciary and measures for overcome the current situation



DARKO SIMOVIĆ

## OD POLITIČKE KA USTAVNOSUDSKOJ FUNKCIJI EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

### RAZVOJNI PUT EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

S obzirom na vreme njenog donošenja, 1950. godine, pored svoje delotvornosti, Evropska konvencija o ljudskim pravima (Konvencija) je ostala prepoznatljiva po značajnim novinama koje su tada predviđene. *Prvo*, Konvencija je predvidela međunarodni nadzor nad poštovanjem ljudskih prava na nacionalnom nivou, što je bio veoma značajan korak napred u odnosu na dotadašnju međunarodnopravnu praksu, budući da samo proklamovanje ljudskih prava bez obezbeđivanja njihove zaštite ne zajemčuje njihovo sprovođenje u praksi. Jer, kako je to govorio Dajsi (*A. Dicey*), “pravo postoji tamo gde postoje pravni lekovi” (*ubi jus – ibi remedium*).<sup>1</sup> *Drugo*, predviđena je mogućnost da se tom novoustanovljenom supranacionalnom pravosuđu, Evropskom sudu za ljudska prava (Sud), može obratiti i pojedinac u cilju zaštite Konvencijom zajemčenih prava. Na taj način, pojedincu se prvi put priznaje subjektivitet u međunarodnom javnom pravu. Ako se ima u vidu da je u svom dotadašnjem razvoju međunarodno pravo za svo-

---

Dr Darko Simović, profesor Kriminalističko-policijske akademije, Beograd. Ovaj rad je rezultat realizovanja naučnoistraživačkog projekta koji finansira Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije pod brojem 179045.

<sup>1</sup> A. Dicey, *Law of the Constitution*, New York, 1956, p. 159.

je subjekte priznavalo isključivo suverene države, a da je pravni status pojedinca bio uređen isključivo nacionalnim pravom, nije preterano reći da su te novine bile gotovo revolucionarnog karaktera. Donošenjem Konvencije osnažena je svest o primatu pojedinca i njegovih prava u odnosu na državnu vlast.

Budući da Konvencija predviđa samo mali broj osnovnih prava, kao i to da je najveći broj njenih materijalno-pravnih odredbi načelnog karaktera, jasno je da je izvorna namera njenih tvoraca bila da ovaj međunarodni instrument regionalnog karaktera služi ostvarivanju prvenstveno političkih ciljeva.<sup>2</sup> Naime, ustanovljavanje Suda je trebalo da obezbedi "sistem ranog reagovanja" (*early warning system*) u situacijama kada postoji opasnost od potkopavanja demokratskog poretku masovnim i sistematskim kršenjem ljudskih prava. Dakle, Sud je obezbeđivao suplementarnu i supsidijarnu zaštitu ljudskih prava u nacionalnim pravnim sistemima čije su političke, upravne i sudske vlasti zadržale primarnu odgovornost za zaštitu ljudskih prava.<sup>3</sup> Prema tome, Sud je konstituisan u cilju stvaranja kolektivne bezbednosne politike koja je trebalo da predupredi pretvaranje demokratskih sistema u diktature.<sup>4</sup>

Sud je započeo sa radom 21. januara 1959. godine sa sedištem u Strazburu. Isprva, Sud nije bio u stalnom zasedanju, a kako je praksa pokazala to nije bila prepreka za njegovo uspešno funkcionisanje, jer je broj predmeta bio mali. Svoja prva dva predmeta Sud je dobio tek 1961. godine, a trebalo je da prođe još pet godina da bi se pred Sudom našli novi predmeti. Ta činjenica jasno svedoči o tome da je ovaj nadnacionalni mehanizam zaštite ljudskih prava u prvo vreme bio više nominalnog karaktera i da ga je trebalo polako i strpljivo razvijati. Pred posebnim izazovima Sud je bio početkom devedesetih godina minulog veka kada je nakon pada Berlinskog zida broj potpisnica Konvencije počeo ubrzano da raste. Od 23 članice 1989. godine, Konvencija je već 2001. godine imala 41 državu potpisnicu, da bi taj broj konačno narastao na 47. Proširivanje teritorijalnog polja primene Konvencije pretilo je da zaguši rad Suda i učini ga potpuno nedelotvornim mehanizmom zaštite ljudskih prava. Kao ilustraciju navedimo podatke da je u prvih 18 godina svog postojanja Sud doneo 26 presuda.<sup>5</sup> U sledećih 18 godina doneto je 472 presude. Međutim, samo 1999. godine, prve godine nakon krupnih

<sup>2</sup> L. Wildhaber, "The European Court of Human Rights: the Past, the Present, the Future", *American University International Law Review*, Vol. 22, No. 4, 2007, p. 523.

<sup>3</sup> L. Helfer, "Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime", *The European Journal of International Law*, Vol. 19, No. 1, 2008, p. 128.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

<sup>5</sup> Videti: J. Hedigan, "The European Court of Human Rights: Yesterday, Today and Tomorrow", *German Law Journal*, Vol. 12, No. 10, 2011, p. 1719.

institucionalnih promena, Sud je doneo 177 presuda, a 2010. godine taj broj je narastao na 1499 presuda. Postalo je jasno da Konvencija postaje žrtva sopstvenog uspeha i da se trenutno susreće sa krizom masovnih razmera.<sup>6</sup> Naime, kombinacija faktora kao što su: pozitivna reputacija Suda, ekstenzivnije tumačenje odredaba Konvencije, nepoverenje u domaće sudove u pojedinim državama, povećanje ugrožavanja ljudskih prava u drugim, izazvalo je pojavu desetina hiljada novih predstavlki godišnje.

Dakako, mehanizam zaštite ljudskih prava koji je izvorno predvidela Konvencija nije ostao nepromenjen, već se razvijao i postajao delotvorniji. Prvobitno, Konvencija je ustanovila dvoslojan mehanizam zaštite ljudskih prava u kome je centralna uloga pripadala Evropskoj komisiji za ljudska prava (Komisija). Ovaj organ, koji je u međuveremenu prestao da postoji, je bio sastavljen od članova vlada država-potpisnica Konvencije i nije bio u stalnom zasedanju. Naime, građani nisu imali mogućnost neposrednog obraćanja Sudu, pa je predstavke razmatrala Komisija i odlučivala o njihovoj prihvatljivosti. Ukoliko je Komisija predstavku ocenila prihvatljivom sledilo je odlučivanje o meritumu stvari. Istovremeno, Komisija je imala i ulogu medijatora koji je nastojao da se postupak okonča poravnanjem između države i građanina. U slučaju da do prijateljskog poravnanja ne dođe, Komisija ili same države, ako su prihvatile njegovu obaveznu nadležnost, mogle su u roku od tri meseca uputiti predmet Sudu koji je o sporu donosio konačnu odluku. Međutim, ako u roku od tri meseca predmet nije upućen Sudu, Komisija je odlučivala o tome da li je došlo do poverede Konvencije. Dakle, u ovoj početnoj fazi Konvencije Sud je bio, uslovno rečeno, druga instanca koja je mogla biti u potpunosti zaobiđena u rešavanju sporova.

Ovaj probitni institucionalni model zaštite ljudskih prava pretrpeo je izmene stupanjem na snagu 11. Dodatnog protokola uz Konvenciju 1998. godine kada je ukinuta Komisija. Iako ovaj organ više ne postoji kratak osvrt na njegovu ulogu svedoči o bitnoj kvalitativnoj promeni mehanizma zaštite ljudskih prava. Naime, taj prvi korak u ustanovljavanju nadnacionalnog mehanizma zaštite ljudskih prava nije smeo biti previše radikaln, jer bi, na taj način, mogla biti dovedena u pitanje njegova prihvatljivost. Zato se ovaj institucionalni model međunarodne zaštite ljudskih prava nije odlikovao potpunom nezavisnošću i samostalnošću, jer su države potpisnice, preko predstavnika svojih vlada, zadržale presudan uticaj u njegovom funkcionisanju. Bilo je jasno da stvaranje nadnacionalnog mehanizma zaštite ljudskih prava protivreći načelu suverenosti država pa je taj čitav proces trebalo postepeno razvijati. Istini za volju, ovo prvobitno institucionalno rešenje imalo je i svoju dobru stranu, jer je značajno rasterećivalo rad Suda koji je

---

<sup>6</sup> Videti: L. Helfer, p. 126.

tako mogao biti delotvoran u svom radu. No, sa druge strane, čitav taj institucionalni mehanizam zaštite ljudskih prava je, pored toga što se odlikovao sporošću, dobijao izrazitu političku dimenziju, jer je Komisija svoj rad, pored neizostavnog načela legalnosti, zasnivala i na načelu celishodnosti.

Nakon ukidanja Komisije, Sud je postao stalni organ Konvencije kome se građani mogu neposredno obraćati u cilju zaštite svojih prava i čija je nadležnost obavezna za sve države članice Saveta Evrope. Pre ustanovljavanja stalnosti suda, sudije su se sastajale samo jednu nedelju mesečno, što im je omogućavalo da zadrže pozicije koje su pre izbora imale u svojim državama. Takav položaj, razume se, nije jamčio nezavisnost sudija. Promena u radu Suda značila je da se sudije sastaju svakodnevno, što je doprinelo intenziviranju njihove interakcije i pojačavalo osećaj zajedništva.<sup>7</sup> Takva institucionalna promena doprinela je snaženju Suda učinivši ga delotvornijim.

#### *Osobnosti postupka pred Evropskim sudom za ljudska prava*

U skladu sa načelom supsidijarnosti ovog supranacionalnog mehanizma zaštite ljudskih prava, neophodna pretpostavka za pokretanje postupka je iscrpljenost svih unutrašnjih pravnih lekova. U tom smislu, Sud nije ustanovljen kao osnovni i primarni mehanizam zaštite ljudskih prava, već kao “dopunski, drugorazredni i reklo bi se, korektivni mehanizam”.<sup>8</sup> U cilju očuvanja pravne sigurnosti rok za podnošenje predstavke je šest meseci od dana donošenja pravosnažne presude na nacionalnom nivou. Teret dokazivanja da nisu iscrpljeni svi pravni lekovi na nacionalnom nivou leži na tuženoj državi. Međutim, Sud dopušta i odstupanje od ova dva uslova, u situacijama kada postupak pred nacionalnim pravosuđem suviše dugo traje, budući da se tako povređuje član 6 Konvencije koji zajemčuje pravo na suđenje u razumnom roku. U suprotnom, zbog nedelotvornosti pravosudnog sistema na nacionalnom nivou, lice kome je povređeno pravo bi istovremeno bilo lišeno mogućnosti da svoja prava štiti putem ovog nadnacionalnog mehanizma.

Saglasno načelu *ne bis in idem*, Sud ne postupa u situacijama ako je već razmatrao pojedini predmet. Ipak, ukoliko je u istoj stvari došlo do promene podnosioca ili ako isti podnosioci podnesu predstavku zasnovanu na drugim činjenica-

<sup>7</sup> N. Arnold, *The Legal Culture of the European Court of Human Rights*, Leiden/Boston, 2007, p. 29.

<sup>8</sup> D. Popović, *Evropski sud za ljudska prava*, Beograd, 2008, str. 22.

ma, suštinski to neće biti istovetne predstavke.<sup>9</sup> Promena pravne argumentacije u okviru nepromenjenog činjeničnog stanja činiće podnetu predstavku neprihvatljivom. Međutim, upravo zbog osobenosti ovog nadnacionalnog mehanizma zaštite ljudskih prava, koji ne raspolaže mogućnošću neposrednog sprovođenja svojih presuda, u slučaju *Olsson II v. Sweden* (1992) Sud je priznao mogućnost tužiocu da i drugi put podnese jedan predmet na odlučivanje. Naime, imajući u vidu da Švedska nije postupila po presudi u slučaju *Olsson I* (1988) tužilac je iznova izneo predmet pred Sud, što je samo pojačalo politički pritisak na Švedsku da postupi po presudi.

Države potpisnice Konvencije se obavezuju da se povinuju pravosnažnoj presudi Suda u svakom predmetu u kome su stranke. Pravosnažna presuda se dostavlja Komitetu ministara koji nadgleda njeno izvršenje. Ukoliko Komitet ministara proceni da neka od država potpisnica odbije da se povinuje pravosnažnoj presudi u predmetu u kome je stranka, on može, nakon što zvanično obavesti tu državu, a na osnovu odluke usvojene dvotrećinskom većinom glasova predstavnika koji sede u Komitetu, da se Sudu obrati pitanjem da li je ta država propustila da ispuni svoju obavezu. Ako Sud utvrdi da postoji povreda Konvencije na ovom polju, upućuje predmet Komitetu ministara radi razmatranja mera koje treba preduzeti.

Imajući u vidu prirodu Konvencije, koja je po svom karakteru međunarodni ugovor, jasno je da se izvršenje presuda Suda zasniva na dobroj volji država potpisnica. Sud ne može da izmeni ili ukine odluku nacionalnog suda, kao i što ne može da stavi van snage zakon koji je u suprotnosti sa odredbama Konvencije, budući da su njegove presude po svojoj prirodi deklarativnog karaktera. Dakle, presudom Suda se samo utvrđuje povreda Konvencije od strane države potpisnice i određuje pravično zadovoljenje. Ukoliko država potpisnica odbija da se povinuje pravosnažnoj presudi Komitet ministara može preduzimati diplomatske inicijative i usvajati rezolucije kojima će se vršiti politički pritisak na odgovornu državu. Kao najteža posledica nesprovođenja pravosnažne presude Suda pojavljuje se pretnja suspenzijom ili isključenjem iz članstva Saveta Evrope. Prema tome ne postoji pravni mehanizam kojim bi se mogla izvršiti presuda Suda, već se njeno izvršenje zasniva na mehanizmima političkog karaktera. Međutim, iz dosadašnjeg iskustva se može zaključiti da su presude Suda podjednako efektivne, kao i presude domaćih sudova (*Helfer, Slaughter*).<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> M. Paunović, S. Carić, *Evropski sud za ljudska prava – nadležnost i postupak*, Beograd, 2007, str. 68.

<sup>10</sup> L. Helfer, A. Slaughter, "Toward a Theory of Effective Supranational Litigation", 107 *Yale Law Journal*, 1997, p. 296.

Formalnopravno posmatrano, presuda Suda ima dejstvo *inter partes*, odnosno odnosi se samo na stranke u sporu. Ipak, dosadašnja praksa je ukazala na to da po svom značaju presuda Suda nadilazi konkretan spor i stranke u njemu. U tom smislu, u teoriji je sve prisutnije gledište da se stavovi suda izraženi u pojedinim presudama inkorporišu u tekst Konvencije i da naknadno obavezuju sve države potpisnice.<sup>11</sup> Naime, donošenjem presuda u konkretnim slučajevima Sud tumači i primenjuje norme Konvencije na autoritativan način. Stavovi Suda izraženi u presudama, tako, posredno postaju sastavni deo Konvencije. Osim toga, s obzirom na precedentni karakter prava Konvencije, jasno je da će tumačenje Konvencije od strane Suda u presudama proizvoditi dejstvo *erga omnes*. Presuda na taj način postaje ono što kontinentalna nauka naziva izvorom prava.<sup>12</sup> Osvrnimo se, tim povodom, na stav Suda izražen u predmetu *Christine Goodwin v. The United Kingdom* (2002): "Iako Sud nije formalno obavezan da sledi svoje prethodne presude, u interesu je pravne sigurnosti, predvidljivosti i jednakosti pred zakonom da on ne bi trebalo da odstupa, bez dobrog razloga, od precedenata učinjenih u prethodnim slučajevima". Pored toga, Preporukom 1535 iz 2001. godine, Parlamentarna skupština Saveta Evrope je sugerisala da nacionalni sudovi neposredno primenjuju *case-law* Suda, kao i da se ovo pravo inkorporiše u nacionalno zakonodavstvo.

### *Doktrinarna osnova postupanja Evropskog suda za ljudska prava*

Svoje postupanje Sud zasniva na dve doktrine. Prva doktrina, pod nazivom polje slobodne procene država (*margin of appreciation*), zajemčuje nacionalnom pravosuđu široko polje slobodne procene, jer su domaće sudije, u odnosu na one iz Strazbura, bliže društvu u kome je nastao spor, tako da su u boljoj poziciji da procene način na koji treba najadekvatnije primeniti odredbe Konvencije na nacionalnom nivou. Dakle, ova doktrina omogućava državi da saglasno slobodno procenjenom činjeničnom stanju primenjuje odredbe Konvencije.<sup>13</sup> Drugim rečima iskazano, sudije raspoložu diskrecionim pravom da bi bile u mogućnosti da donose pravične odluke u svakom konkretnom slučaju, što ne bi bilo moguće da su u obavezi da poštuju unapred postavljene formule koje se, po prirodi stvari,

<sup>11</sup> J. H. Gerards, *Judicial Deliberations in the European Court of Human Rights*, p. 2; Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1114906>

<sup>12</sup> D. Popović, str. 117.

<sup>13</sup> Y. Arai-Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia Publishers, 2002, p. 2.

ne mogu uklopiti u svaki scenario koji život može nametnuti.<sup>14</sup> Prema tome, ova doktrina je nastala radi obezbeđivanja elastičnosti pri rešavanju konflikata koji nastaju kao posledica različitih socijalnih, političkih, kulturnih i pravnih tradicija ugovornih strana u okviru evropskog konteksta.<sup>15</sup> Iako se ističe da koreni ove doktrine izviru iz jurisprudencije francuskog Državnog saveta, gde se koristi termin “*marge d’appréciation*”, neophodno je dodati da polje slobodne procene obeležava svaki sistem administrativne prakse u okviru građanskog prava.<sup>16</sup> Na nacionalnom nivou ova doktrina je prvi put ustanovljena upravo u okviru sistema zaštite ljudskih prava koji predviđa Konvencija i to u slučaju *Handyside v. United Kingdom* (1976). Naime, u ovom slučaju Sud je zauzeo stav da je “mehanizam zaštite ustanovljen Konvencijom, supsidijaran u odnosu na nacionalne sisteme zaštite ljudskih prava”, pri čemu “državama nije ostavljena neograničena sloboda procene”, jer je sam Sud ovlašćen da o tome konačno odluči.<sup>17</sup> Ipak, dosadašnja praksa ukazuje na to da Sud ne nameće uniformnost u interpretiranju normi Konvencije, jer u svojim odlukama on nastoji da uvaži “kulturne i ideološke raznolikosti, kao i pravnu različitost, koje karakterišu Evropu” (*Matschner*).<sup>18</sup> Zadatak je Suda da razgraniči aspekte lokalnog značaja od onih bazičnih aspekata koji treba da budu jednoobrazni u svim državama bez obzira na njihove međusobne kulturološke razlike.

Druga doktrina, pod nazivom Konvencija kao živi instrument (*living instrument doctrine*), počiva na ideji da se u trenutku donošenja ovog akta nisu mogle predvideti potonje potrebe društva i njegov razvoj, zbog čega ljudska prava treba interpretirati u svetlosti postojećih društvenih okolnosti. S obzirom na to da je najveći broj materijalnopravnih odredaba Konvencije programskog karaktera, uveliko neodređene sadržine i da prvenstveno izražava demokratske težnje, u njoj nema jasnih pravnih normi koje su jednostavno primenjive od strane Suda.<sup>19</sup> Konvencija nije krut i nepromenjiv ugovor koji je imao pretenziju da zamrzne onovremeno stanje stvari, kakvo je postojalo pre više od 60 godina, već je instrument koji se razvija i unapređuje.<sup>20</sup> U tom smislu, evolutivno tumačenje Konven-

---

<sup>14</sup> O. Bakircioglu, “The Application of the Margin of Appreciation Doctrine in Freedom of Expression and Public Morality Cases”, *German Law Journal*, Vol. 08, No. 07, 2007, p. 711.

<sup>15</sup> *Ibidem*.

<sup>16</sup> Y. Arai-Takahashi, p. 2-3.

<sup>17</sup> D. Popović, str. 110–111.

<sup>18</sup> N. Arnold, p. 38.

<sup>19</sup> J. H. Gerards, p. 7.

<sup>20</sup> K. Dzehtsiarou, “European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights”, *German Law Journal*, Vol. 12, No. 10, 2011, p. 1730.



cije se nameće kao nužnost, budući da je reč o sredstvu koje ovaj nadnacionalni sistem ljudskih prava čini neprestano savremenim i delotvornim.

Opravdavajući ovu doktrinu Rozakis (*C. Rozakis*) ističe da su rudimentarna priroda odredaba Konvencije, kao i godina njenog donošenja podsticajno uticale na prihvatanje evolutivnog tumačenja.<sup>21</sup> Dakle, tumačenje Konvencije zahteva fluidan, elastičan i savremeni pristup da bi se sačuvala njena delotvornost i izbeglo njeno transformisanje u instrument stagnacije.<sup>22</sup> Uostalom, u jednoj od svojih odluka Sud je istakao da je “od suštinske važnosti da se Konvencija tumači i primenjuje na način koji prava njome ustanovljena čini praktičnim i ostvarivim, a ne teorijskim i iluzornim. Izostanak dinamičkog i evolutivnog pristupa bi doveo do rizika stvaranja brane reformi i unapređivanja”.<sup>23</sup> Međutim ovakav pristup Suda nije naišao na jednodušno odobravanje. Prevažodno, ističe se nelegitimnost evolutivnog tumačenja Konvencije, a u takvim stavovima svakako prednjači Lord Hofman (*Lord Hoffmann*). Po njegovim rečima, tvrdnja da je Konvencija “živ instrument” je barjak pod kojim Sud prisvaja nadležnost da proširuje primenu Konvencije u skladu sa zahtevima “evropskog javnog poretka”.<sup>24</sup> On, doduše, priznaje neophodnost postojanja razumne mere evolutivnog tumačenja, ali to ne treba da bude način ustanovljavanja potpuno novih koncepata o kojima nije bilo pomena u samoj Konvenciji. Pored toga, ova doktrina se osporava i zbog činjenice da njeno postojanje protivreči pravnoj sigurnosti, jer nije moguće predvideti stanje stvari u bliskoj budućnosti.

### *Pravna priroda Evropskog suda za ljudska prava*

S obzirom na sve veći uticaj Suda na nacionalne pravne sisteme u teoriji su sve prisutniji pokušaji odgonetanja njegove pravne prirode. Imajući u vidu da Konvencija nema neposredno dejstvo u državama potpisnicama, kao i da njen pravni status zavisi od osobenosti pojedinih ustavnih sistema, iz čisto pravne perspektive posmatrano ovaj organ ima prirodu supranacionalnog suda.<sup>25</sup> Međutim, u teoriji se mogu susresti stavovi koji Sudu pridaju karakter svojevrsnog ustavnog, ili u malo blažoj varijanti poluustavnog suda. Tako se ističe da Konvencija

<sup>21</sup> C. Rozakis, “The European Judge as Comparativist, *Tulane Law review*, Vol. 80, No. 1, 2005, p. 260–261.

<sup>22</sup> K. Dzehtsiarou, p. 1742.

<sup>23</sup> *Scoppola v. Italy* (no. 2) (2010)

<sup>24</sup> Videti: K. Dzehtsiarou, p. 1736–1737.

<sup>25</sup> J. H. Gerards, p. 2.

i Sud obavljaju funkcije koje su uporedive sa onima koje imaju ustavi i nacionalni ustavni sudovi u Evropi.<sup>26</sup> Sud je konačni i autoritativni tumač Konvencije, što je on i izričito istakao u jednoj od svojih presuda. Naime, u predmetu *Barfod v. Denmark* (1987) Sud je izneo stav da je on “ovlašćen da donosi konačne odluke o tome da li je zaštita ljudskih prava na nacionalnom nivou u skladu sa Evropskom konvencijom”. Dakle, donoseći konačnu odluku o tome da li je nacionalno pravo usaglašeno sa pravnim normama više pravne snage Sud štiti ljudska prava upravo na način na koji to čine i nacionalni ustavni sudovi.<sup>27</sup> U jednoj drugoj presudi Sud je otišao i korak dalje ističući da je “Konvencija ustavni instrument evropskog javnog prava”.<sup>28</sup> Sledeći ovakav razvoj događaja pojedini teoretičari navode da se Sud već sada može okvalifikovati Ustavnim sudom Evrope u smislu da je ovaj organ poslednji autoritativni pravosudni tribunal u postojećem pan-evropskom ustavnom sistemu, a jedina dilema je u kojoj meri on može delotvorno da ostvaruje tu svoju misiju.<sup>29</sup>

Značaj ovih tvrdnji je dodatno pojačan nastankom tzv. pilot-presuda. Naime, ovaj pojam je nastao u sudskoj praksi povodom presude u slučaju *Broniowsky v. Poland* (2004), i on se odnosi na situacije kada “Veliko veće Suda u izreci utvrdi postojanje sistemskog nedostatka u unutrašnjem pravu, naloži državi da otkloni taj nedostatak i istovremeno obustavi postupanje u svim repetitivnim predmetima, dok država ne odgovori svojoj obavezi iz pilot-presude”.<sup>30</sup> Na taj način, postupanje Suda dobija svojevrstnu, uslovno rečenu, ustavnu dimenziju, jer se takvom presudom nalaže odgovornoj državi da merom opšte prirode uskladi svoj nacionalni pravni sistem sa Konvencijom.<sup>31</sup> Budući da pilot-presude nisu predviđene Konvencijom, jer ih je izrodila sama praksa u cilju efikasnijeg prevazilaženja situacija koje su posledica sistematskog nedostatka u unutrašnjem pravnom poretku, isuviše je rano za izricanje neke konačne ocene o primenjivosti ovog instituta. Ipak, u teoriji se već ističu oprečni stavovi o legalnosti i legitimnosti pilot-presuda. Po rečima sudije Zupančića, pitanje pilot-presuda nije principijelnog karaktera, već isključivo praktičnog, budući da bi njihov izostanak imao za posledicu vođenje

---

<sup>26</sup> H. Keller, A. Stone Sweet, *A Europe of Rights: The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford University Press, 2008, p. 7.

<sup>27</sup> Videti: L. Helfer, p. 138; L. Wildhaber, “The European Court of Human Rights: the Past, the Present, the Future”, p. 528.

<sup>28</sup> *Loizidou v. Turkey* (1996).

<sup>29</sup> S. Greer, *The European Convention on Human Rights – Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge, 2006, p. 173.

<sup>30</sup> D. Popović, str. 99.

<sup>31</sup> D. Popović, str. 117.

80.000 predmeta u kojima bi Sud mehanički ponavljao jednu te istu odluku.<sup>32</sup> Međutim, ovakva praksa ima i svoje oponente. Naime, kako se ističe, relativno slabšan pravni osnov donošenja pilot-presuda može značajno da oslabi autoritet Suda, jer, na taj način, ovaj organ uzurpira nadležnost koja mu ne pripada.<sup>33</sup>

Bez obzira na to što je Konvencija uspostavila najdelotvorniji međunarodni sistem zaštite ljudskih prava koji je ikada postojao, čini se da pomenuti način razmišljanja ne odgovara pravom stanju stvari. Tačno je, postoje elementi analogije između nacionalnih ustavnih sudova i Evropskog suda za ljudska prava, jer obe institucije predstavljaju krajnju instancu i donose svoje odluke na osnovu apstraktnih i neodređenih odredaba o ljudskim pravima.<sup>34</sup> Ipak, interpretirajući široko formulisane i neodređene norme Sud u svojim presudama iznosi stavove kojima se nadograđuje tekst Konvencije, zbog čega se, uslovno rečeno, ovaj organ može smatrati više kreatorom prava, a manje negativnim zakonodavcem, što je primarna funkcija nacionalnih ustavnih sudova.

Sud ne raspolaže pravnim mehanizmom kojim bi mogao da obezbedi izvršenje svojih presuda, već je njihovo sprovođenje zasnovano na dobroj volji nacionalnih država, što je sistem zasnovan na tradicionalnim premisama međunarodnog prava. U tom smislu, pokušaji stvaranja analogije između Konvencije i ustava se u literaturi nazivaju problematičnim i delikatnim.<sup>35</sup> Kao posledica njenog međunarodnopravnog karaktera Konvenciju karakterišu odlike koje su nespojive sa ustavom kao najvišim pravnim aktom u jednoj državi. Naime, rasutost materijal-nopravnih odredbi o ljudskim pravima u Konvenciji i dodatnim protokolima koje nisu ratifikovale sve države, kao i veći broj rezervi država članica, svedoči o različitom obimu ljudskih prava koji se zajemčuje u državama potpisnicama. Osim toga, procedura promene Konvencije putem protokola ne doprinosi stvaranju razumljivog i modernog dokumenta, što svakako ometa i sputava proces konstitucionalizovanja Evrope na polju ljudskih prava.

Dakako najbitnije, iako se ne može osporiti uticaj na nacionalne pravne sisteme, Sud nema ovlašćenja jednog ustavnog suda. Naime, donošenjem presuda Sud može samo da utvrdi postojanje povrede prava Konvencije, kao i da dosu-

<sup>32</sup> W. Sadurski, "Partnering with Strasbourg: Constitutionalisation of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments", *Human Rights Law Review*, 9:3, 2009, p. 424.

<sup>33</sup> Videti: W. Sadurski, p. 428.

<sup>34</sup> W. Sadurski, p. 399.

<sup>35</sup> E. A. Alkema, "The European Convention as a constitution and its Court as a constitutional court" in P. Mahoney, F. Matscher, H. Petzold, and L. Wildhaber, (eds.), *Protecting Human Rights: The European Perspective - Studies in Memory of Rolv Ryssdall*, Cologne/Berlin/Bonn/Munich, 2000, p. 62.

di tužiocu pravično zadovoljenje, ali ne može izmeniti ili ukinuti akt nacionalnog pravosuđa. Istovremeno, funkcija Suda je restriktivno postavljena, jer se vezuje isključivo za povrede Konvencije, pa tako izvan njegovog domašaja ostaju slučajevi neispravne primene nacionalnog prava od strane nacionalnih sudova ukoliko njima nije učinjena povreda Konvencije. Na taj način, Sud ne vrši kontrolu nacionalnog pravosuđa, budući da on nije ni zamišljen kao četvrta i poslednja pravosudna instanca.

*Ka ustavnosudskoj funkciji Evropskog suda  
za ljudska prava?*

Nije preterano reći da je razvojem ovog evropskog mehanizma zaštite ljudskih prava nastao "najdelotvorniji transnacionalni pravosudni postupak za žalbe podnete od strane pojedinaca ili organizacija protiv svojih vlada".<sup>36</sup> Sud harmonizuje pravo i pravdu i nastoji da, nepristrasno i objektivno u meri u kojoj je to uopšte moguće, obezbedi osnovna prava, demokratiju i vladavinu prava, kao i da zajemči dugotrajnu međunarodnu stabilnost.<sup>37</sup> Uostalom, Sud je mnogo više od još jedne evropske institucije, on je prvenstveno simbol.<sup>38</sup> U državama u kojima postoji samo deklarativno poštovanje ljudskih prava, postojanje ovog nadnacionalnog mehanizma kontrole koji je dostupan pojedincima omogućava sticanje realne predstave o stanju ljudskih prava u svakoj državi ponaosob. Upravo iz tog razloga, Sud je imao poseban značaj u snaženju legitimiteta nacionalnih pravosudnih sistema tada još uvek mladih postkomunističkih demokratija, čiji su sudovi bili niskog kredibiliteta. Tako se ističe da jurisprudencija suda socijalizuje nacionalne institucije u skladu sa demokratskim vrednostima i vladavinom prava kakva je ustanovljena Konvencijom.<sup>39</sup> Dakle, reč je o njegovoj, metaforično iskazano, pedagoškoj ulozi, jer je pristupanjem novih članica Evropska konvencija od "kluba demokratskih sistema" preobražena u "trening centar".<sup>40</sup> U tom smislu, poučno može biti zapažanje primećeno u mađarskoj literaturi, koje ističe da usaglašavanje sa jurisprudencijom Suda doprinosi legitimnosti ustavnog suda na nacionalnom nivou, kao i poboljšanju njegove reputacije u inostranstvu.<sup>41</sup> Kon-

---

<sup>36</sup> S. Greer, p. 1.

<sup>37</sup> *Ibidem*.

<sup>38</sup> L. Wildhaber, "Various Looks at the European Court of Human Rights", *Ritsumeikan Law Review*, No. 26, 2009, p. 149.

<sup>39</sup> L. Helfer, p. 139.

<sup>40</sup> Videti: W. Sadurski, p. 411.

<sup>41</sup> W. Sadurski, p. 442.

vencija se, tako, pojavljuje i kao sredstvo snaženja otpora u svim državama protiv prikrivenih nastojanja slabljenja demokratskog načina života. Istovremeno, jurisprudencija Suda je značajno doprinela i pravnom modernizovanju pojedinih uzornih demokratskih sistema. Upečatljiv je primer Ujedinjenog Kraljevstva, jer je svojim stavovima Sud razarao snažno ukorenjene vekovima stare tradicije u nacionalnim pravnim sistemima, zamjenjujući ih sopstvenim interpretacijama prava i Konvencije.<sup>42</sup> Pomenimo i primer Holandije u kojoj je jurisprudencija Suda uticala na različite grane prava, a posebno na krivično pravo. Prema rečima pojedinih teoretičara, uticajem Suda "holandski pravni sistem je postao blaži, sofisticiraniji i zreliji"<sup>43</sup>

Uloga Suda je u međuvremenu značajno promenjena. Ovaj sistem zaštite ljudskih prava je nastao u cilju sprečavanja ekstremnih oblika narušavanja osnovnih ljudskih prava, a on danas deluje kao organ koji ustanovljava minimalne standarde u oblasti ljudskih prava.<sup>44</sup> Sud je dobio sofisticiraniju ulogu zaštite pojedina i grupa od ekscesa većine u zdravim demokratskim sistemima, kao i ulogu rešavanja relativno minornih i izolovanih konflikata interesa kakvi postoje u svakom razvijenijem društvu.<sup>45</sup> Njegov zadatak sve više postaje identifikovanje strukturalnih problema u građanskim, krivičnim i upravnim postupcima. Sud prestaje da bude sekundarni i supsidijarni mehanizam zaštite ljudskih prava i umesto toga zauzima suštinsku i istureniju frontalnu liniju.<sup>46</sup> Dakle, od prevashodno političke funkcije da bude "sistem ranog reagovanja" u situacijama kada postoji opasnost od potkopavanja demokratskog poretka masovnim i sistematskim kršenjem ljudskih prava, Sud je postao fini korektor nacionalnih pravnih sistema, što, prema pojedinim teoretičarima, doprinosi snaženju uverenja da on postaje svojevrsni regionalni ustavni sud.

Međutim, proširenje broja članica Saveta Evrope je doprinelo i povećanju različitosti i heterogenosti u okviru sistema ustanovljenog Konvencijom, što je za posledicu imalo začetak obrnutog procesa dekonstitucionalizacije poretka, jer konstitucionalizam podrazumeva i traži određen stepen homogenosti.<sup>47</sup> Ovaj proces dekonstitucionalizacije se najbolje može ilustrovati proširivanjem po-

<sup>42</sup> N. Arnold, p. 34.

<sup>43</sup> B. Swart, "The European Convention as an Invigorator of Domestic Law in the Netherlands", *Journal of Law and Society*, Vol. 26, 1999, p. 52.

<sup>44</sup> W. Sadurski, p. 400.

<sup>45</sup> L. Helfer, p. 129.

<sup>46</sup> R. Harmsen, "The European Convention of Human Rights after Enlargement", *International Journal of Human Rights*, Vol. 5, No. 4, 2001, p. 29.

<sup>47</sup> W. Sadurski, p. 400.

lja slobodne procene država, što neminovno protivreči ulozi ustavnog suda koji sam interpretira ustavne odredbe. Naposljetku, opravdano se može postaviti i pitanje njegove delotvornosti da štiti ljudska prava na čitavom evropskom kontinentu, budući da se njegova nadležnost proteže na približno 800 miliona ljudi. Sporost u postupanju, kao i nemogućnost da brzo reaguje u urgentnim situacijama, doprinosi utisku da se u slučaju postojanja ozbiljnog i sistematskog kršenja ljudskih prava, ovaj organ pokazuje kao neadekvatan mehanizam zaštite pojedinaca.

Jasno je da je uticaj Suda sve značajniji na nacionalne pravne sisteme, jer se njegovim presudama stvaraju jedinstveni standardi tumačenja Konvencije. No, kako je to istakao jedan od sudija: "... naše odluke se odnose na uspostavljanje minimalnih standarda, nezavisno od toga na koji način se dešavaju povrede ljudskih prava na Islandu ili Azerbejdžanu. Mi nismo i ne možemo biti ustavni sud za 46 država. Strah da ćemo uzurpirati tu ulogu je nerealan" (*B. Zupančić*).<sup>48</sup> Upravo u skladu sa takvim načinom razmišljanja, može se reći da se primerenijim mogu smatrati blaži i odmereniji stavovi. Jedan od takvih stavova podvlači poseban značaj Konvencije, jer ona predstavlja nukleus zajedničkog evropskog procesa konstitucionalizacije na polju ljudskih prava.<sup>49</sup> U tom smislu, u mislima optimistički nastrojenih teoretičara rađa se ideja da Konvencija i jurisprudencija Suda predstavljaju embrion konstitucionalizovanja Evrope. Dakle, u ovom kontekstu se ne pominje ustavnosudska funkcija Suda, već se samo govori o klicama konstitucionalizovanja Evrope, pri čemu Sud i njegova jurisprudencija mogu biti zdravi i podsticajni zamajac jednom takvom procesu koji je, bar za sada, u nekim početnim fazama.

DARKO SIMOVIĆ, LL.D.,  
Professor, Academy of Criminalistic  
and Police Studies, Belgrade

## FROM POLITICAL TO CONSTITUTIONAL REVIEW FUNCTION OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

### Summary

Establishment of the European Court of Human Rights (ECtHR) was motivated by idea to provide an early warning system in situation where there is a high risk of ruin democracy by sys-

---

<sup>48</sup> W. Sadurski, p. 398.

<sup>49</sup> W. Weiß, "Human Rights in the EU: Rethinking the Role of the European Convention on Human Rights After Lisbon", *European Constitutional Law Review*, 7, 2011, p. 76.

tematic human rights violations. As a preventive mechanism that is to prevent the existence of a new dictatorship, the ECtHR had primary political function. In the meanwhile, due to expanding of the European Convention on Human Right's territorial scope, institutional physiognomy of the ECtHR was changed in order to increase its decision-making capacity.

The ECtHR changed its political function into function of primary legal nature since its main role has transformed and become to establish minimal standards for human rights protection. This change relating to the function of the ECtHR has initiated debates on its legal nature. There are more and more theoreticians who believe that the ECtHR is going to become some kind of regional constitutional court.

However, the ECtHR has no legal mechanism to provide the execution of its decisions because it is dependent on the good will of national states. In final judgments the ECtHR can only make a declaration that a contracting state has violated the Convention, but the Court has no power to change or repeal domestic laws. Regarding the limited scope of the ECtHR decisions, conclusions that the ECtHR is going to become a constitutional court are quite weak.



MARKO STANKOVIĆ

## POLA VEKA USTAVNOG SUDSTVA U SRBIJI

– U susret pedesetoj godišnjici Ustavnog suda Srbije –

1. Bivša Socijalistička Federativna Republika Jugoslavija je, u težnji da razvije sopstveni model socijalizma i ustavnosti, bila poznata po uvođenju ustavnog sudstva, koje se u to vreme smatralo institucijom imanentnom isključivo za padnim demokratijama.<sup>1</sup> “Uspostavljanje Ustavnog suda kao posebnog organa za zaštitu ustavnosti i zakonitosti bilo je smelo i originalno za socijalističku državu i pravo. Time je formalno bio priznat značaj načela ustavnosti i zakonitosti.”<sup>2</sup> Neobičnost ustavnosudske kontrole u Jugoslaviji bila je u tome što je njen ustavni sistem, kao i u ostalim socijalističkim zemljama, bio zasnovan na načelu jedinstva vlasti.<sup>3</sup> Ostale socijalističke zemlje, nasuprot tome, odlučno su sledile sovjetski uzor, koji nije dozvoljavao da bilo koji organ osim skupštine razmatra ustavnost

---

Dr Marko Stanković, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

<sup>1</sup> “(...) Ustanovljen je specijalni, ustavni sud, po ugledu na ‘klasičan’, evropski već dobro poznat model ustavnog suda, a pritom je vlast bila organizovana po modelu socijalističke varijante načela jedinstva vlasti, tzv. ‘demokratskog jedinstva vlasti’ – skupštinskog sistema.” (Olivera Vučić, Vladan Petrov, Darko Simović, *Ustavni sudovi bivših jugoslovenskih republika – teorija, norma, praksa*, Beograd 2010, 76).

<sup>2</sup> *Ustavni sud Srbije – četrdeset godina postojanja*, Beograd 2003, 8.

<sup>3</sup> “Jedan od osnovnih principa ustavnih sistema socijalističkih zemalja, koji je posledica uticaja sovjetskog konstitucionalizma, je princip jedinstva državne vlasti zasnovan na poveravanju svih zakonodavnih i izvršnih nadležnosti države njenom demokratskom predstavničkom telu.”

zakona. Sovjetski ustavi od 1936. i 1977. godine nisu predviđali sudsku kontrolu ustavnosti normativnih akata, dosledno sprovodeći tada vladajuću doktrinarnu koncepciju da bi u socijalističkim zemljama “davanje prava nekom organu izvan parlamenta da ceni saglasnost zakona s ustavom značilo povredu načela jedinstva vlasti”<sup>4</sup>. Ipak, uvođenje ustavnog sudstva u Jugoslaviji bilo je motivisano i potrebom da se obezbedi skladno funkcionisanje federalnog državnog uređenja, a poznato je da u federacijama savezni ustavni sud igra ulogu “čuvara federalizma”<sup>5</sup>.

Poznati konstitucionalista Alan Bruer-Karias (Allan R. Brewer-Carías) je isticao da se jugoslovenski model stavljanja ustavnog sudstva u ustavni kontekst skupštinskog sistema “može smatrati znakom napuštanja načela jedinstva državne vlasti”, ali je navodio i da “takav zaključak obično ne prihvataju socijalistički autori, koji takva iskustva vide pre kao odstupanje od sovjetskog tumačenja tog načela nego kao odstupanje od samog načela.”<sup>6</sup> Takvog stava bio je i Jovan Đorđević, koji je pisao da “ustavno sudstvo ukazuje na nužnost i značaj garantija ustavnosti u političkom sistemu socijalizma”, kao i da je ono “posledica sazrevanja i institucionalizovanja socijalističkog društva i njegovog političkog sistema”.<sup>7</sup> Jugoslovenski eksperiment sa ustavnim sudstvom je, ispostavilo se, nadživelo i državu i društveno-politički poredak u kojem je nastao, jer ustavno sudstvo danas postoji u svih šest nekadašnjih federalnih jedinica te federacije.

2. Ustav Federativne Narodne Republike Jugoslavije od 1946. godine i Ustavni zakon od 1953. godine nisu predviđali sudsku kontrolu ustavnosti, već je ta kontrola, slično kao u Sovjetskom Savezu, formalno bila u nadležnosti federalne skupštine, premda je ta skupština nijedanput u praksi nije izvršila. Međutim, u Ustavu SFRJ od 1963. godine “novi državni organi bili su Ustavni sud Jugoslavije i ustavni sudovi republika, kojima je poverena funkcija zaštite ustavnosti, šire shvaćena”<sup>8</sup>, čime je SFRJ postala prva socijalistička država u svetu koja je uvela

(Allan R. Brewer-Carías, *Judicial review in comparative law*, Cambridge – New York – Port Chester – Melbourne – Sydney 1989, 236)

<sup>4</sup> Miodrag Jovičić, *Veliki ustavni sistemi – elementi za jedno uporedno ustavno pravo*, Beograd 1984, 418. Doduše, neposredno pre raspada najveće socijalističke federacije osnovan je Komitet za ustavni nadzor SSSR, ali je on imao slabe instrumente kontrole ustavnosti i bio je osnovan suviše kasno da bi očuvao ustavni poredak u dezintegrisanom Sovjetskom Savezu.

<sup>5</sup> “(...) Snažan podsticaj ustavno sudstvo imalo je u federalnom karakteru ustavnog uređenja socijalističke Jugoslavije i s tim u vezi, opredeljenja ustavotvorca da nove odnose uspostavljene između federacije i republika efikasno zaštiti i obezbedi delovanjem novouvedenog ustavnog sudstva.” (O. Vučić, V. Petrov, D. Simović, 79)

<sup>6</sup> A. R. Brewer-Carías, 236.

<sup>7</sup> Jovan Đorđević, *Politički sistem*, Beograd 1985, 721. O različitim stavovima o uvođenju ustavnog sudstva u našoj teoriji opširnije pogledati: O. Vučić, V. Petrov, D. Simović, 77–79.

<sup>8</sup> Ratko Marković, *Ustavno pravo*, Beograd 2012, 136.

ustavno sudstvo. Ona je to učinila dosledno primenivši federalno načelo u njegovoj organizaciji, pošto su, pored federalnog, postojali i ustavni sudovi republika, što je bilo tumačeno kao izraz relativno decentralizovanog federalnog državnog uređenja. Federalno načelo bilo je obezbeđeno i u sastavu federalnog Ustavnog suda, jer su republike bile predstavljene u skladu sa načelom pariteta. “Obeležja, tog u osnovi jedinstvenog sistema ustavnosudske zaštite u organizaciji više ustavnih sudova, koja su uspostavljena 1963. godine, u svim bitnim elementima zadržana su nepromenjena i u ustavima donetim 1974. godine.”<sup>9</sup>

Ustavni sud SR Srbije bio je, dakle, deo jedinstvenog sistema ustavnosudske zaštite i normativne kontrole nad republičkim i pokrajinskim zakonodavstvom, kao i nad drugim opštim pravnim aktima. On je bio ustanovljen kao respektabilna institucija javnog prava i “narodne demokratije”. Stvoren u okviru jedinstvenog sistema ustavnog sudstva u SFR Jugoslaviji, Ustavni sud Srbije je bio samostalan organ, koji je u okrilju ondašnjeg ustavnog sistema Srbije imao nezavisan položaj. Njegova uloga u ustavnom sistemu nije bitnije promenjena sve do 1990. godine, kada je ustavotvorac napravio temeljne izmene, napuštajući načela socijalističke ustavnosti i jedinstva vlasti i ustrojavajući ustavni sistem na tekovinama demokratsko-socijalne ustavnosti, podele vlasti i narodne suverenosti.<sup>10</sup>

Pedestogodišnje delovanje ustavnog suda u Srbiji može se podeliti na četiri razdoblja, koja se poklapaju sa periodima važenja četiri ustava Srbije, prvo kao federalne jedinice u sastavu Jugoslavije (FNRJ, SFRJ i SRJ), zatim kratko kao države članice u realnoj uniji Srbije i Crne Gore, a odnedavno i kao samostalne države. Prvo razdoblje trajalo je od 1963. do 1974, drugo od 1974. do 1990, treće od 1990. do 2006, a četvrto je započelo nakon donošenja važećeg Ustava Republike Srbije i još uvek traje.

3. Pravni osnov za obrazovanje Ustavnog suda Srbije bio je sadržan u članu 229. Ustava SR Srbije od 9. aprila 1963. godine, a Zakonom o Ustavnom sudu Srbije, donesenom decembra iste godine, uspostavljen je “Ustavni sud Srbije kao samostalni organ Republike, koji obezbeđuje zaštitu ustavnosti i zakonitosti na osnovu Ustava u okviru svojih Ustavom utvrđenih prava i dužnosti” (član 1. Zakona). Pored načela samostalnosti, kao važna garantija položaja Ustavnog suda bili su proklamovani i pojedini segmenti načela nezavisnosti. Razume se, iako je

---

<sup>9</sup> Ljiljana Slavnić, *Federalizam i ustavnosudska funkcija*, Beograd 2000, 111.

<sup>10</sup> Pogledati: R. Marković, 2012, 207. Na proslavi dvadeset godina postojanja Ustavnog suda Srbije, njegov tadašnji predsednik Najdan Pašić je rekao: “Nije, dakle, reč ni o kakvoj demokratskoj dekoraciji i fasadnom ukrasu, niti o pukoj imitaciji nekih tuđih uzora, nego o demokratskim institucijama, niklim na našem tlu, čije dobro ili loše funkcionisanje ima ne mali značaj za stabilnost i unutrašnju koherentnost pravnog i političkog sistema u celini i za ostvarivanje ustavom garantovanog položaja svih subjekata u našem društvu.”

proglašen nezavisnim, Ustavni sud se u stvarnosti potpuno uklopio u ustavni mišljenje sistema jedinstva vlasti i jednopartijskog političkog sistema.<sup>11</sup> Osnovna načela ustavnosudskog postupka bila su načelo kolektivnog odlučivanja, načelo besplatnosti, načelo javnosti i druga. Ustavni sud Srbije je počeo i sa izdavanjem sopstvenog Biltena, u kome se i danas objavljuju najznačajnije odluke i rešenja. Sastav Ustavnog suda SR Srbije činilo je 11 članova – predsednik i deset sudija. Članove Ustavnog suda je birala i razrešavala dužnosti Skupština SR Srbije, na period od osam godina, sa mogućnošću još jednog izbora, s tim što je polovina sudija birana posle svake četvrte godine.

Ustavni sud je, prema Ustavu od 1963. godine, imao više funkcija, od kojih su neke imale pravni, a neke savetodavni karakter. Osnovna funkcija svakog ustavnog suda jeste funkcija normativne kontrole prava, odnosno kontrole ustavnosti opštih pravnih akata. Vršeci funkciju normativne kontrole, Ustavni sud je imao ovlašćenja da ispituje saglasnost opštih pravnih akata i samoupravnih akata sa Ustavom, zakonima i drugim republičkim propisima. Bez sumnje, najvažnija je bila njegova nadležnost da odlučuje o saglasnosti zakona sa Ustavom. Pokretanje postupka normativne kontrole bilo je uređeno tako što je načinjeno razlikovanje između predloga i inicijative za pokretanje postupka, koje je zadržano do danas. Postupak je mogao da pokrene i sam Ustavni sud po službenoj dužnosti (*ex officio*).

Ustav od 1963. je uveo i jedan specifičan oblik ustavne žalbe, koja je u to vreme bila smatrana veoma progresivnim pravnim institutom (poređenja radi, Austrija, zemlja sa najstarijim ustavnim sudom u svetu, u to vreme još uvek nije uvela taj institut). Ustavnom sudu bila je, naime, poverena i nadležnost zaštite pojedinačnih prava – on je bio ovlašćen za zaštitu prava samoupravljanja i drugih osnovnih sloboda i prava utvrđenih ustavom, u slučajevima povreda tih prava i sloboda putem pojedinačnih akata ili radnji državnih organa, kao i u drugim zakonom određenim slučajevima, pod uslovom kada u tim slučajevima zakonom nije bila obezbeđena druga sudska zaštita.

Konačno, Ustavni sud Srbije je prema Ustavu od 1963. godine imao i izvesne predlagačke i savetodavne nadležnosti. Prvo, on je bio ovlašćen da “prati pojave od interesa za ostvarivanje ustavnosti i zakonitosti” i da na osnovu toga daje republičkoj Skupštini mišljenja i predloge u vezi sa donošenjem zakona i eventualnim preduzimanjem drugih mera u cilju obezbeđivanja ustavnosti i zakonitosti. Osim toga, Ustavni sud je bio ovlašćen da donosi odluke kojima se vrši tumačenje propisa u skladu sa Ustavom odnosno zakonom. Naime, povodom primene propisa za koji je utvrdio da nije u suprotnosti sa Ustavom ili zakonom, Ustavni sud

<sup>11</sup> U tom smislu: Lj. Slavnić, 109–110.

Srbije je mogao odlukom utvrditi za taj propis “smisao koji odgovara Ustavu, odnosno republičkom zakonu”.<sup>12</sup>

Kada je dejstvo odluka Ustavnog suda u pitanju, Ustav od 1963. godine je svojim normativnim rešenjima uglavnom pratio evropske trendove tog vremena. Sankcija za neustavne i nezakonite opšte pravne akte bila je njihovo ukidanje ili poništavanje. Ipak, u pogledu dejstva odluka Ustavnog suda u odnosu na neustavne zakone Ustav je dao prednost načelu jedinstva vlasti u odnosu na načelo ustavnosti. U slučajevima kada bi Ustavni sud utvrdio da određeni zakon nije u skladu sa Ustavom, on je svoju odluku (tzv. “prvu odluku”) prvo morao da dostavi Skupštini, koja je bila dužna da u roku od šest meseci usaglasi zakon sa najvišim opštim pravnim aktom (član 410. Ustava). Taj rok je Ustavni sud, na zahtev Skupštine, mogao da produži za još najduže šest meseci, da bi, nakon isteka ostavljenog roka, Ustavni sud svojom odlukom (tzv. “drugom odlukom”) ukinuo neustavni zakon (Ustav je koristio izraz “prestanak važenja”, što je pravna formulacija za prospektivno, *ex nunc* dejstvo odluke Ustavnog suda, tj. stavljanje propisa van snage).<sup>13</sup>

Generalno gledano, u ondašnjoj Evropi je bilo svega nekoliko ustavnih sudova, pri čemu ni jedan u istočnoevropskim socijalističkim zemljama. Zbog toga je ovlašćenje Ustavnog suda Srbije (kao i drugih ustavnih sudova u Jugoslaviji) da ukida neustavne zakone bilo veoma smelo i moderno. Ali ono u praksi nije ostvarilo zapažene rezultate, jer je za 11 godina važenja Ustava od 1963. ostalo mrtvo slovo na hartiji. Jugoslovenska federacija je, prema izvornom tekstu Ustava od 1963. godine, bila relativno centralizovana, pa je i pravni sistem uglavnom funkcionisao kao federalni pravni sistem u kojem su normativna i ustavnosudska funkcija bile definisane prilično široko. Otuda i ne iznenađuje što je u tom razdoblju o većini predmeta odlučivao federalni ustavni sud, dok su republički ustavni sudovi uglavnom imali “dopunsku” ulogu. Takva situacija je, međutim, potrajala nepunu deceniju, jer su već od 1971. godine, zbog proširivanja normativnih funkcija republika i pokrajina, republički ustavni sudovi imali značajno veći broj predmeta.

U prvoj deceniji rada Ustavnog suda Srbije bilo je gotovo nezamislivo da on donese odluku o neustavnosti zakona, pa u periodu primene Ustava od 1963.

---

<sup>12</sup> Ovakve odluke se u savremenoj nauci ustavnog prava nazivaju interpretativnim odlukama i na njih se često glada kao na negativnu pojavu u ustavnom sistemu, s obzirom na to da ustavni sud prekoračuje svoja ovlašćenja “negativnog zakonodavca” i ponaša se kao “pozitivni” ili “aktivni” zakonodavac, zakoračujući u domen nadležnosti parlamenta. Uprkos takvom stavu, mnogi značajni ustavni sudovi, poput nemačkog, italijanskog i ruskog, imaju razvijenu praksu interpretativnih odluka.

<sup>13</sup> Uporediti: Vida Čok, *Vrste i dejstvo odluka ustavnih sudova*, Beograd 1972, 91–92.

godine nije donesena ni jedna odluka o neustavnosti zakona (identično je bilo i u slučajevima ostalih republičkih ustavnih sudova, dok je savezni ustavni sud u prvoj deceniji rada doneo preko 20 odluka o utvrđivanju neustavnosti zakona). Ipak, Ustavni sud Srbije se služio svojim ovlašćenjem da ukaže Skupštini na nesaglasnost zakona sa Ustavom. Uopšteno posmatrano, u razdoblju između 1963. i 1974. godine, uloga Ustavnog suda Srbije u oblasti zaštite načela ustavnosti je, uprkos velikim formalnim ovlašćenjima, u stvarnosti bila zanemarljiva. Uslovi za rad Ustavnog suda i za realizaciju njegovih ciljeva bili su primereni jednom originalno modeliranom, ali suštinski neefikasnom socijalističkom samoupravnom sistemu.

4. Gotovo sve osobine sistema ustavnosudske kontrole od strane više ustavnih sudova, koje su u jugoslovenskoj federaciji postojale od 1963. godine, u svim važnim elementima zadržane su i u ustavima federacije i federalnih jedinica donesenim 1974. godine. Jedna od velikih novina u Ustavu Srbije od 1974. godine jeste postojanje tri ustavna suda na teritoriji ove jugoslovenske federalne jedinice – Ustavnog suda Srbije i dva pokrajinska ustavna suda. Još je ustavnim amandmanima na Ustav SFRJ donesenim 1968. predviđen ustavni osnov za uspostavljanje ustavnih sudova autonomnih pokrajina, pa su 1972. godine osnovani ustavni sudovi Vojvodine i Kosova. Takođe, autonomne pokrajine su imale po jednog predstavnika u saveznom Ustavnom sudu. Ovakvo rešenje, prema kojem, osim federalnih jedinica, čak i jedinice teritorijalne autonomije imaju sopstveno ustavno sudstvo i predstavnike u sastavu federalnog ustavnog suda bilo je jedinstveno u uporednom pravu. Nadležnost ustavnih sudova autonomnih pokrajina bila je da “obezbeđuju zaštitu ustavnosti kao i zakonitosti u skladu sa ustavom, odnosno pokrajinskim ustavom”.<sup>14</sup>

Sastav Ustavnog suda bio je sličan onome koji je predviđao prethodni Ustav Srbije – Ustavni sud je i prema Ustavu od 1974. godine imao 11 članova (deset sudija i predsednika), čiji je mandat trajao osam godina, a razlika u odnosu na Ustav od 1963. bila je u nemogućnosti ponovnog izbora na funkciju.

S druge strane, nadležnosti Ustavnog suda Srbije su pretrpele nekoliko izmena u odnosu na Ustav od 1963. godine. Pre svega, iz delokruga Ustavnog suda Srbije izbačene su dve nadležnosti koje su bile sadržane u Ustavu od 1963. godine – tumačenje Ustava i zaštita pojedinačnih prava. Slično rešenjima sadržanim u Ustavu od 1963, Ustavni sud Srbije je i sada bio ovlašćen da rešava sporove o pravima i dužnostima između društveno-političkih zajednica, zatim sukobe nadležnosti, a imao je i pravo da daje mišljenja, predloge i obaveštenja Skupštini.

<sup>14</sup> Širenje dejstva federalnog načela na jedinice teritorijalne decentralizacije je, generalno gledano, bio jedan od ključnih faktora kasnije dezintegracije SFR Jugoslavije.

Najosnovnija proceduralna pitanja – način pokretanja postupka i krug nosilaca prava za njegovo pokretanje – bila su regulisana tako što je Ustav predviđao veoma širok krug subjekata koji su mogli da pokrenu postupak pred Ustavnim sudom.<sup>15</sup> Osim toga, svako je mogao podneti inicijativu Ustavnom sudu za pokretanje postupka za ocenu ustavnosti i zakonitosti normativnih akata, a Ustavni sud je u tom slučaju sam odlučivao da li ima potrebe za takvom ocenom.

U ovom periodu razvoja ustavnog sudstva u Srbiji bio je evidentan porast broja predloga i inicijativa za ocenu ustavnosti i zakonitosti normativnih akata, iz čega je proizašla i povećana aktivnost Ustavnog suda u vršenju njegove osnovne nadležnosti, kao i relativno veliki broj odluka. Ta aktivnost je implicirala i određene rezultate u zaštiti načela ustavnosti i zakonitosti, jer je Ustavni sud Srbije za nepune dve decenije doneo čak 31 odluku o utvrđivanju nesaglasnosti zakona sa Ustavom. Treba, ipak, podsetiti da je procedura ukidanja zakona prema Ustavu od 1974, koja je bila uređena slično kao prema Ustavu od 1963, bila umnogome specifična – zadržan je sistem donošenja tzv. “prve” i “druge” odluke,<sup>16</sup> pa u praksi nije donesen veliki broj odluka kojima se zakoni kasiraju, jer je u gotovo 80 odsto slučajeva Skupština postupala prema uputstvima Ustavnog suda i usklađivala neustavne zakone sa Ustavom.<sup>17</sup>

Uprkos tome što je Ustavni sud Srbije pod Ustavom od 1974. godine svoje nadležnosti obavljao u ustavnom poretku utemeljenom na načelu jedinstva vlasti, u sistemu gde je centralno mesto, umesto načela vladavine prava i pravne države, imala ideja odumiranja države otelovljena kroz samoupravljanje, ipak je uspostavljen sistem zaštite načela ustavnosti i zakonitosti za koji se može reći da je bio razvijen i funkcionalan u datom istorijskom trenutku. Delovanje Ustavnog suda Srbije pod Ustavom od 1974. predstavljalo je nesporno korak unapred u odnosu na njegovo delovanje pod Ustavom od 1963, ali ono ipak, što je potpuno razumljivo, nije bilo na onom nivou na kojem bi ustavno sudstvo, kao garant ustavnosti i zakonitosti, trebalo da deluje.

5. Donošenjem Ustava od 1990. godine, Srbija se, premda je u to vreme još uvek bila federalna jedinica u sastavu socijalističke Jugoslavije, vratila tradiciji liberalno-demokratskog modela ustavnosti. Tu tradiciju Srbija je negovala još u devetnaestom veku i u prvoj polovini dvadesetog veka, najpre kao samostalna država, a zatim i u sastavu Kraljevine SHS (kasnije Kraljevine Jugoslavije). Osnovne tekovine liberalno-demokratske ustavnosti predstavljaju dva načela – načelo na-

---

<sup>15</sup> Ovlašćeni predlagači za pokretanje postupka su bili: skupštine (republička, pokrajinska, gradska, opštinska), predsedništvo (šef države), izvršni organi, sudovi, javni tužioci, javni pravobranici, upravni funkcioneri, direktori preduzeća, itd.

<sup>16</sup> Pogledati: A. R. Brewer-Carías, 240–242.

<sup>17</sup> Ustavni sud Srbije je u ovom periodu doneo ukupno osam tzv. “drukih odluka”.



rodne suverenosti i načelo podele vlasti. Savremena demokratija, stoga, počiva na dva temelja: prvom, koji podrazumeva da sva vlast potiče od građana, a oni je vrše ili neposredno ili preko svojih slobodno izabranih predstavnika, i drugom, čija se suština ogleda u tome što tri osnovne funkcije državne vlasti (zakonodavna, izvršna i sudska) imaju različite tutulare. Ustav Srbije od 1990. godine usvojio je tzv. organski pojam državnih funkcija, prema kojem su tri klasične državne funkcije definisane u odnosu na organe koje ih vrše – ustavotvorna i zakonodavna pripadala je Narodnoj skupštini, izvršna Vladi, a sudska sudovima. Izvan ove klasične triparticije ostao je predsednik Republike, kojem je poverena tzv. moderatorna vlast, i Ustavni sud, kome je poverena funkcija kontrole ustavnosti i zakonitosti normativnih akata (član 9. Ustava). Ustavno sudstvo bilo je, dakle, ustanovljeno kao posebna, četvrta državna funkcija, nezavisna od tri tradicionalne.<sup>18</sup>

Ustavni sud bio je jedna od retkih ustavnih institucija koja je i posle temeljnih promena ustavnog uređenja nastavila da postoji i u osnovi zadržala istu koncepciju, ali je, u skladu sa potpuno novim ustavnim principima, i njegova uloga unekoliko izmenjena. Ustavne promene su, generalno gledano, imale dvostruk uticaj na njega. S jedne strane, one su se odnosile na ustavni položaj i nadležnosti Ustavnog suda, dok je, s druge, temeljna promena ustavnih načela, usvajanje načela podele vlasti, narodne suverenosti i ustavnih garancija ljudskih prava, predstavljala mnogo povoljnije okrilje za valjan rad Ustavnog suda.

U novim ustavnim rešenjima su se, uprkos temeljnoj ustavnoj reformi, mogli pronaći i izvesni elementi kontinuiteta sa prethodnim ustavom kad se radi o položaju Ustavnog suda. Pre svega, mnoge su nadležnosti Ustavnog suda bile iste ili slične prema oba Ustava, a osnovna i najvažnija bila je kontrola ustavnosti zakona. Zatim, postupak pred Ustavnim sudom odvijao se u skladu sa istim osnovnim principima (javnost, besplatnost), pokretao se na isti način i prolazio kroz iste faze. Dejstvo odluka o neustavnosti ili nezakonitosti normativnih akata bilo je kasatorno (ukidajuće). Izbor sudija je i prema Ustavu od 1990. bio u nadležnosti zakonodavnog organa (Narodne skupštine), mada su se prema njegovom rešenju birale na predlog šefa države, a unutrašnja organizacija Ustavnog suda ostala je u nadležnosti samog Suda. Razume se, potpuno nov ustavni sistem, zasnovan na dijametralno suprotnim načelima (podele vlasti i narodne suverenosti), podrazumevao je mnoge korenite promene u ustrojstvu Ustavnog suda Srbije – obezbeđen je pre svega samostalan i nezavisan položaj Ustavnog suda (član 9. i član 125. Ustava), koji u sistemu jedinstva vlasti i nije bio moguć u potpunosti.

Ustavni sud bio je sačinjen od devet sudija, koje je birala Narodna skupština na predlog predsednika Republike. Predsednika Ustavnog suda je takođe birala iz

<sup>18</sup> Donošenjem Ustava od 1990. prestali su da postoje ustavni sudovi autonomnih pokrajina.

reda sudija Narodna skupština na predlog šefa države, i to na period od pet godina, bez mogućnosti ponovnog izbora na tu funkciju.

Ovlašćenja Ustavnog suda su Ustavom od 1990. povećana, jer je on uglavnom zadržao funkcije koje je i ranije imao, a dobio je i neke nove, koje su uobičajene u ustavnim porecima koji poznaju višestranački sistem i slobodne izbore (član 125. Ustava). Među takvim funkcijama jesu ispitivanje saglasnosti statuta ili drugog opšteg akta političke stranke ili druge političke organizacije sa Ustavom i zakonom, zabrana rada političkih stranaka i drugih političkih organizacija i rešavanje izbornih sporova. Premda je navedena kao posebna funkcija Ustavnog suda, kontrola ustavnosti statuta i drugih opštih akata političkih organizacija svakako bi bila u njegovoj nadležnosti, jer je bez sumnje bila obuhvaćena i generalnom ustavnom formulacijom prema kojoj Ustavni sud vrši kontrolu ustavnosti i "drugih opštih akata". Osim toga, nova je bila i funkcija Ustavnog suda da zabranjuje rad političkih stranaka i drugih političkih organizacija ako deluju protivno Ustavu. Konačno, radi zaštite izbornih prava, Ustavni sud Srbije je bio ovlašćen i da rešava izborne sporove koji nisu u nadležnosti sudova ili drugih državnih organa (ovde se, dakle, radilo o supsidijarnoj nadležnosti Ustavnog suda).

Postupak pred Ustavnim sudom bio je uređen nešto drugačije nego ranije, jer je bilo potrebno da se upodobi novim nadležnostima i načinu organizacije. Ustav od 1990. godine je očuvao razlikovanje između predloga i inicijative za pokretanje postupka, pa se stoga postupak mogao pokrenuti ili podnošenjem predloga ovlašćenog predlagača ili donošenjem rešenja o pokretanju postupka (član 128. Ustava). Ovo rešenje Sud je mogao da donese ili povodom inicijative koja mu je podneta ili po službenoj dužnosti (*ex officio*). Odluke Ustavnog suda u postupku normativne kontrole bile su "opšteobavezne i izvršne" (član 129. stav 2. Ustava). One su, dakle, delovale *erga omnes*. Ustav je predviđao ukidajuće (*ex nunc*) dejstvo odluka Ustavnog suda, što je u skladu sa Kelzenovim modelom ustavnog sudstva, jer je predviđao da "opšti akt prestaje da važi danom objavljivanja odluke Ustavnog suda" (član 130. Ustava).

Uloga Ustavnog suda Srbije u ustavnom sistemu za šesnaest godina važenja Ustava od 1990. godine i rezultati njegovog rada nisu uvek bili isti. Ali već na samom početku njegovog delovanja bila je očigledna velika promena u odnosu na prethodni period, što je bila prirodna posledica potpuno novih načela na kojima je ustavni sistem utemeljen. Od 1990. do 2003. godine bilo je preko 800 zahteva za ocenu ustavnosti zakona i preko 100 zahteva za ocenu ustavnosti i zakonitosti uredbi.<sup>19</sup> Za ovih trinaest godina doneto je ukupno 85 odluka kojima je utvrđena neustavnost zakona i uredbi. Međutim, u ovom periodu bilo je evidentno da

---

<sup>19</sup> Ustavni sud Srbije – četrdeset godina postojanja, 28.

se Ustavni sud ustručavao da proglasi neustavnim pojedine zakone koji su imali ključni značaj za funkcionisanje ustavnog sistema (Zakon o izboru narodnih poslanika, Zakon o izboru predsednika Republike, Zakon o vanrednom stanju), kao i mnoge uredbe Vlade Republike Srbije, stavljajući politički oportunitet iznad ustavnosti i zakonitosti.

Političke promene koje su izvršene krajem 2000. godine odrazile su se i na funkcionisanje Ustavnog suda. Duže od petnaest meseci, od februara 2001. do juna 2002. godine, Ustavni sud nije mogao da vrši svoje ustavne nadležnosti jer je imao manje od pet sudija u svom sastavu, pošto je funkcija više od polovine sudija prestala usled ispunjenja uslova za penzionisanje, a Narodna skupština nije blagovremeno izvršila izbor novih sudija. Junu 2002. godine izabran je predsednik i šest sudija Ustavnog suda, čime su stvoreni uslovi da on nesmetano nastavi sa radom. Novi sastav suda je logično doveo i do izvesnih novina u pristupu Suda njegovim funkcijama, pa je Sud mnogo češće nego ranije počeo da postupa *ex officio*, kao i da koristi institut tzv. privremene mere.

6. Ustav Republike Srbije od 2006. godine donesen je nakon što je Republika Srbija, posle bezmalo devet decenija, ponovo postala samostalna država. Jedna od logičnih posledica takve promene državnog statusa jeste i donošenje novog ustava, jer je prethodni ustav bio donesen još u vreme dok je Srbija bila jedna od šest republika u sastavu SFR Jugoslavije. Ustav od 2006. je bez sumnje izraz kontinuiteta sa Ustavom od 1990. godine, kako u formalnom tako i u materijalnom smislu. U formalnom smislu zbog toga što je donesen u skladu sa postupkom za promenu ustava koji je bio predviđen Ustavom od 1990. godine, a u materijalnom zato što je većinu instituta uredio na istovetan ili veoma sličan način kao njegov prethodnik, unevši vrlo malo potpuno novih, originalnih ustavnih rešenja.

Položaj Ustavnog suda, njegov sastav i nadležnosti predstavljaju oblast *materiae constitutionis* koja je verovatno najviše inovirana. Krupne izmene učinjene su pre svega u pogledu njegovog sastava.<sup>20</sup> Broj sudija Ustavnog suda Srbije povećan je sa devet na 15, a opravdanje za to može se pronaći u jednoj njegovoj novoj ustavnoj nadležnosti – da odlučuje o ustavnim žalbama.<sup>21</sup> Na potpuno nov način u odnosu na Ustav od 1990. godine uređeno je i pitanje izbora odnosno imenovanja sudija, pri čemu je kao uzor poslužilo italijansko rešenje, koje u osnovi ima tripartitnu podelu vlasti (na zakonodavnu, izvršnu i sudsku): po pet sudija bira-

<sup>20</sup> Pogledati član 172. Ustava.

<sup>21</sup> "U poređenju s Ustavom Srbije od 1990. godine, nadležnost Ustavnog suda prema Ustavu Srbije od 2006. godine znatno je proširena, što je za sobom povuklo i povećanje broja sudija Ustavnog suda." (R. Marković (2007), 30)

ju odnosno imenuju nosioci svake od tri grane državne vlasti<sup>22</sup> – Narodna skupština, predsednik Republike i opšta sednica Vrhovnog kasacionog suda. Prema Ustavu od 1990. godine funkcija sudije Ustavnog suda je bila stalna, dok je Ustav od 2006. godine predvideo vremenski ograničen mandat u trajanju od devet godina, pri čemu sudija može vršiti tu funkciju u najviše dva mandata.<sup>23</sup>

Nadležnosti Ustavnog suda su, s druge strane, značajno proširene u odnosu na one koje je imao prema Ustavu od 1990. godine. U domenu opšte normativne kontrole novinu predstavlja institut prethodne (preventivne) kontrole ustavnosti zakona, pre njegovog stupanja na snagu, za šta je kao uzor verovatno poslužio postupak pred francuskim Ustavnim savetom. Drugu značajnu novinu u vezi s nadležnostima Ustavnog suda, verovatno i najznačajniju, predstavlja već pomenuti institut ustavne žalbe, koji nije bio predviđen Ustavom Srbije od 1990. godine (ali jeste Ustavom Savezne Republike Jugoslavije od 1992. godine). Ova nadležnost je, pokazalo se u praksi, u najvećoj meri dovela do opterećenosti Ustavnog suda velikim brojem predmeta, zbog čega je bilo neophodno uvesti nove oblike rada Ustavnog suda, što je i učinjeno početkom 2011. godine.<sup>24</sup> Treće proširenje nadležnosti Ustavnog suda je neposredna posledica promenjene koncepcije odgovornosti predsednika Republike, koji zbog povrede Ustava može biti razrešen od strane Narodne skupštine (dok je prema Ustavu od 1990. godine mogao biti opozvan od strane biračkog tela).<sup>25</sup> Da bi dvotrećinska većina u Narodnoj skupštini mogla da razreši šefa države potrebno je da Ustavni sud prethodno utvrdi da je ovaj povredio Ustav. Ostale nadležnosti Ustavnog suda Srbije (rešavanje sukoba nadležnosti između državnih, pokrajinskih i lokalnih organa, izborni sporovi,

---

<sup>22</sup> “Ustavni sud se sastoji od petnaest sudija u čijem izboru tri vlasti učestvuju ravnopravno.” (Olivera Vučić, “Pet godina posle – primena ustava, poštovanje ustava –”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu i Pravnog fakulteta u Kragujevcu, Tematski broj: Ustav Republike Srbije – pet godina posle (2006-2011)*, Niš 2011, 50.

<sup>23</sup> Postavlja se pitanje da li je ovakvo rešenje dobro, zato što se sudija tokom svog prvog mandata može, obavljajući funkciju na odgovarajući način, “nuditi” za ponovni izbor ili imenovanje onome ko o tome odlučuje, a sve na uštrb savesnog i objektivnog vršenja funkcije. U Italiji, koja je poslužila kao uzor ustavotvorcima, sudija Ustavnog suda, nakon isteka devetogodišnjeg mandata ne može biti ponovo izabran ili imenovan.

<sup>24</sup> Novim zakonskim rešenjem je predviđeno da Ustavni sud odlučuje na sednici Ustavnog suda, sednici Velikog veća i sednici Malog veća (član 42. Zakona o Ustavnom sudu). Uvođenje novih oblika rada Ustavnog suda, kao što su sednice Velikog i Malog veća, trebalo bi da doprinese efikasnijem odlučivanju Ustavnog suda, naročito kada je u pitanju donošenje odluka procesne prirode i odlučivanje u postupku po ustavnim žalbama.

<sup>25</sup> Postupak razrešenja predsednika Republike bio je predviđen i amandmanom VII na Ustav SR Jugoslavije od 1992. godine, koji je donesen jula 2000. godine. Taj postupak je bio gotovo identično uređen kao postupak razrešenja predsednika Republike Srbije prema Ustavu od 2006. g.

kao i zabrana rada političkih stranaka, sindikalnih organizacija, udruženja građana i verskih zajednica) su u načelu istovetno uređene kao što su bile i za vreme važenja Ustava od 1990. godine.

Postupak pred Ustavnim sudom ustrojen je uglavnom u skladu sa načelima koja su i ranije bila osnova prilikom njegovog regulisanja. Recimo, “u vezi s pokretanjem postupka pred Ustavnim sudom za ocenu ustavnosti ili zakonitosti opštih akata, Ustav od 2006. godine zadržao je već tradicionalnu razliku, koja se povlači još od uvođenja ustavnog sudstva od 1963. godine, između predloga i inicijative.”<sup>26</sup> Dejstvo odluka Ustavnog suda zavisi od toga u kojem je postupku donesena. Kad je reč o primarnoj nadležnosti Ustavnog suda, postupku normativne kontrole, Ustav definiše da su odluke “konačne, izvršne i opšteobavezujuće” (član 166. stav 2. Ustava). One imaju ukidajuće (kasatorno) dejstvo, jer “zakon ili drugi opšti akt koji nije saglasan Ustavu ili zakonu prestaje da važi danom objavljivanja odluke Ustavnog suda u službenom glasilu” (član 168. stav 3. Ustava). Ovakvo, prospektivno (*ex nunc, pro futuro*) dejstvo odluka Ustavnog suda, je i ranije bilo zastupljeno u našem ustavnom sistemu i ono je u potpunosti u skladu sa Kelzenovom koncepcijom ustavnog sudovanja.

Iako je dugo (od decembra 2007. do aprila 2010. godine) radio u nepotpunom sastavu sa samo deset sudija, Ustavni sud težio tome da igra važnu ulogu u ustavnom sistemu Srbije i donosi značajne odluke. Kada je Sud sredinom 2010. počeo da radi u punom sastavu, njegova uloga postala je još značajnija.

8. Ustavno sudstvo u Srbiji je za pet decenija svog postojanja bilo suočeno sa brojnim iskušenjima, a njegova uloga se stalno menjala, kao uostalom i sama država. Svoju egzistenciju je počelo kao ustavno sudstvo jedne od federalnih jedinica u šestočlanoj socijalističkoj federaciji, utemeljenoj na načelu jedinstva vlasti, da bi danas, pola veka kasnije, bilo organizovano kao posebna državna funkcija u okviru samostalne unitarne države, ustrojene u skladu sa načelom podele vlasti. Šezdesetih i sedamdesetih godina prošlog veka, Ustavni sud Srbije se veoma često ustručavao da slobodno i objektivno vrši svoju primarnu funkciju – funkciju normativne kontrole prava, a danas on slobodno donosi odluke kojima ukida neustavne odredbe zakona koji su od velike važnosti za funkcionisanje sistema vlasti, kao što su, na primer, Zakon o Vladi ili Zakon o utvrđivanju nadležnosti AP Vojvodine. Njegova uloga u domenu zaštite ljudskih prava nekada je bila zane-marljiva (iako je još Ustav od 1963. predviđao u ograničenom obliku), dok danas odluke o ustavnim žalbama i posebnim žalbama u Ustavom predviđenim slučajevima čine veliki deo njegove jurisprudencije. Promena uloge Ustavnog suda posledica je kako temeljnih promena ustavnog sistema, koji gotovo da nema ničega

<sup>26</sup> R. Marković (2007), 41.

zajedničkog sa onim od pre pedeset godina, tako i sazrevanja svesti o ulozi ustavnog suda u modernoj državi kao jemca ustavnosti, ljudskih prava i pravne države uopšte.

Potpuno je jasno da vladavina prava kao jedno od osnovnih načela ustavnog sistema Republike Srbije ne može biti ostvarena bez aktivne uloge Ustavnog suda Srbije. To je danas državni organ sa značajnim nadležnostima, složenim postupkom i ozbiljnom sankcijom za neustavnost i nezakonitost, koja ne isključuje ni krivičnu odgovornost za neizvršenje njegovih odluka, pa stoga predstavlja čvrst bedem načela ustavnosti i vladavine prava. Ipak, njegov autoritet ne sme biti ugrožavan tako što će državni, pokrajinski i lokalni organi, kao i opozicija, dovesti u pitanje njegovu nepristrasnost i nezavisnost svaki put kada on donese odluku koja ne odgovara njihovoj aktuelnoj politici, što se u našoj ustavnoj praksi, nažalost, i dalje događa. Samo ako odluke Ustavnog suda u budućnosti budu prihvatane bespogovorno čak i od onih političkih aktera kojima ne idu naruku, stvoriće se dobro političko i pravno okruženje za potpunu afirmaciju Ustavnog suda kao čuvara Ustava, legaliteta i ljudskih sloboda i prava kao najvećih vrednosti modernog doba.

MARKO STANKOVIĆ, LL.D.,  
Assistant Professor, Faculty of Law  
University of Belgrade

HALF A CENTURY OF THE JUDICIAL REVIEW IN SERBIA  
– Towards the fiftieth Anniversary of the Constitutional court of Serbia

Summary

Next year will mark a five decades since the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia had adopted a judicial review. Since the Constitution of the SFRY of 1963 established constitutional courts at the federal level as well as at the level of federal units (so-called German model), the Constitutional Court of Republic of Serbia began with the work in the same year. The Constitutional Court of Serbia continued its existence in subsequent constitutions of 1974, 1990 and 2006, which means that during the past five decades it worked continuously, although its organization, composition and competencies have changed several times. The Constitutional Court of Serbia started its work as a constitutional court of a federal unit in the federation that has adopted the socialist model of the constitutionality, based on the principle of the unity of powers. Today, almost fifty years later, the Constitutional Court of Serbia is the constitutional court of an independent unitary state, which has returned to the liberal-democratic model of constitutionality and the principle of separation of powers.





DRAGUTIN AVRAMOVIĆ

## ELEKTRONSKA DEMOKRATIJA – PUT KA NEPOSREDNOJ DEMOKRATIJI

Dva dana uoči predsedničkih izbora u SAD 2008. godine, televizija Foks je emitovala epizodu iz serije “Simpsonovi”. U tom kratkom crtanom filmu, Homer Simpson ulazi u kabinu za elektronsko glasanje, pritiska taster da glasa za Obamu, a kompjuter mu odgovara: “Hvala, glasali ste za Mekejna”. Simpson, zbunjen, ponovo pritiska taster za Obamu, ali dobija od kompjutera odgovor: “Hvala, dali ste dva glasa za Mekejna”. Kada je, sasvim iznerviran, i treći put pritisnuo Obamin taster, iz kompjutera stiže glas: “Hvala, dali ste tri glasa za Mekejna”. U kratkom trajanju ovog video klipa od svega 1,5 minuta, sažet je niz kontroverzi vezanih za pitanje budućnosti: kako će izgledati participacija građana u političkoj vlasti, pre svega kroz izbore, u budućem, ne tako dalekom tehnološkom društvu?

Jedna od osnovnih karakteristika modernosti, koja pokreće istorijske tokove, nesumnjivo jeste tehnologija. Razvojem informacionih tehnologija i telekomunikacionih sistema stvara se “informaciono društvo”, u kome su oni glavni alat za obavljanje nebrojenih aktivnosti koje prodiru u sve veće dubine, postepeno sežući i do najzaostalijsih krajeva i jedva pismenih ljudi.<sup>1</sup> Pojedinci koji su im se opi-

---

Dr Dragutin Avramović, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu.

<sup>1</sup> “Značajno je zabeležiti i to da je 1946. godine u svetu postojao samo jedan kompjuter, sagrađen na Univerzitetu Pensilvanije, koji je težio 30 tona i koji je zauzimao 1.500 kvadratnih stopa. Od tada je revolucija u mikroelektronici, informatičkoj tehnologiji i kompjuterima stvorila svetske

rali polako ali sigurno postaju njihovi zavisnici, jer su elektronski uređaji i komunikacija nezaobilazni deo svakodnevice savremenog čoveka i modernog društva. Internet koji pruža velike mogućnosti kao riznica sveukupnog ljudskog znanja, stvarajući *on-line* ljude, sajber građane, kao transteritorijalna pojava koja ne poznaje državne granice, proizvodi višestruke efekte. S jedne strane, najrazličitiji sa-držaji postaju lako dostupni, dok se, s druge strane, otvara prostor za mnogobrojne zloupotrebe. Nove komunikacije povezuju ljude, ali istovremeno stvaraju svest o različitosti, i uzrokuju raznovrsne štetne posledice na velikim distancama, uz lako skrivanje tragova. Sajber revolucija jeste glavni uzrok nastanka današnjeg "umreženog društva". To može da bude potpora međusobnom razumevanju, ali i da vodi dubljoj fragmentaciji, pogoduje boljem povezivanju, ali i specifičnoj kriminalizaciji društva. Sve posledice nije moguće predvideti, niti izvagati moguće pozitivne i negativne efekte novih sredstava komunikacija.

U savremenom tehnološkom društvu iz dana u dan raste mogućnost uticaja novih informacionih i komunikacionih tehnologija na institucije neposredne demokratije. Eru globalizacije obeležava nastanak novih, bržih, efikasnijih i jednostavnijih mogućnosti participacije građana u vršenju državne vlasti. Informacione tehnologije mogu imati veliki demokratizujući potencijal kao medijum koji približava građanima proces političkog odlučivanja.

Bilo kako bilo, pomenuti video klip Simpsonovih u sebi nosi veoma ozbiljnu opomenu na terenu savremene političke prakse, predstavničke demokratije, ustavnog prava, ali i teorije prava. Participacija građana u procesima političkog odlučivanja, koja predstavlja nesporni imperativ današnjeg doba, suočava se danas sa elektronsko-tehnološkim izazovima koji su do skora bili nezamislivi, što je samo jedan od mnogih izazova i za vladavinu prava u današnjem svetu.<sup>2</sup> Ideja o približavanju procesa odlučivanja svakom pojedincu, u krajnjoj liniji inspirisana idealizovanjem neposredne demokratije u prošlosti, suočila se sa potencijalnim opasnostima koje će se još više umnožavati u uslovima nekakve buduće, projektovane svetske države.

Pitanje korišćenja savremenih elektronskih dostignuća kao mehanizma za ostvarivanje političke participacije građana, naravno, ima svoju tehničku, ali i teorijsku stranu. Tehnička pitanja podrazumevaju najmanje dva scenarija: elektronsko glasanje na glasačkim mestima putem mašina za glasanje, koje je na

---

veze koje se uspostavljaju istog trenutka i koje kada se kombinuju sa tehnologijama televizijskog, kablovskog, satelitskog prenosa i mlaznog transporta, dramatično menjaju prirodu komunikacija." (D. Held, *Demokratija i globalni poredak*, Beograd 1997, 149).

<sup>2</sup> O savremenim izazovima koji stoje pred vladavinom prava videti više: D. Avramović, *Savremena pravna država – pravnoteorijski aspekti*, (doktorska disertacija) Novi Sad 2011.

zapadu, pre svega u SAD, danas skoro prevaziđeno (Simpson), ali i buduća mogućnost *i*- glasanja (internet glasanja) “iz fotelje” pomoću računara, poput kupovine iz fotelje, bez izlaženja na izborno mesto. Međutim, terminom elektronsko glasanje (*e*- glasanje) su obuhvaćeni kako gore pomenuti modeli, tako i glasanje putem telekomunikacionih tehnologija (mobilnih telefona, kablovske ili satelitske televizije). Zbog toga je slogan za 2001. godinu jedne od vodećih kompanija koja se bavi proizvodnjom i prodajom računara bio “*Vote in your underwear!*”. Elektronsko glasanje, bez obzira na moguće načine, podrazumeva kompjutersku identifikaciju glasača, kompjutersko davanje glasa i kompjutersko prebrojavanje glasova. U skladu sa tim, mora se znati ko glasa, ne sme se znati za koga glasa (zbog nužne tajnosti glasanja) i moraju se izbeći elektronske prevare sa rezultatima glasanja.

Ovakav, komforan način glasanja, koji nudi mogućnost glasanja od kuće ili iz kancelarije, nesumnjivo ima brojne prednosti: približavanje glasačkog mesta hendikepiranima, smanjivanje troškova (organizacije i održavanja izbora), olakšavanje pristupa glasačima sa udaljenih mesta, aktiviranje glasačkog tela, veća izlaznost i potpunija participacija naročito mladih koji su sve manje zainteresovani za politički život,<sup>3</sup> odsustvo uticaja vremenskih prilika i drugih sličnih faktora koji se često optužuju za slabu izlaznost na izbore, brzina i preciznost pri saopštavanju rezultata (bez čekanja prebrojavanja glasačkih listića), više mogućih opcija kod referenduskog glasanja (ne samo izjašnjavanje sa da ili ne), itd.<sup>4</sup> Veća izlaznost na izbore je nužna pretpostavka sticanja i učvršćivanja demokratskog legitimiteta. Ukoliko birači neće da izlaze na biračka mesta, zašto se onda biračka mesta ne bi približila njima? Elektronsko glasanje štedi vreme biračima i predstavlja udoban način odlučivanja, bez ulaganja napora da se stigne do biračkih mesta. S druge strane, otvara se i veliki broj dodatnih opcija vezanih za elektronsko glasanje. Prvo, otvorila bi se mogućnost da roditelji glasaju za svoje dete, od njegovog rođenja do punoletstva. Drugo, građani bi mogli da promene svoje mišljenje u toku izbornog procesa i da usmere svoj glas u drugom pravcu. Treće, pojavljuje se čak i mogućnost podeljenog glasanja, gde bi glasač eventualno mogao da da odgovarajući procenat svog glasa različitim kandidatima ili listama. Četvrto, u

---

<sup>3</sup> Istraživanje koje je vršeno u Velikoj Britaniji je pokazalo da 2/3 onih koji ne izlaze na izbore bi učestvovalo u narednim izborima, ukoliko bi svoj glasa mogli da daju putem mobilnih telefona. Takođe, ovim istraživanjem je utvrđeno da bi 57% Britanaca bilo rado da glasa putem interneta. Videti: R. Gibson, “Internet voting and European Parliament elections”, *The European Union and e-Voting* (ed. F. Mendez, A. Trechsel), London – New York 2005, 30.

<sup>4</sup> Videti više: *Ibid.*, 35–37; H. Buchstein, “Online Democracy, Is it Viable? Is it Desirable? Internet Voting and Normative Democratic Theory”, *Electronic Voting and Democracy – A Comparative Analysis* (ed. N. Kersting, H. Baldersheim), New York 2004, 44–45.

uslovima višestepene i višeslojne vladavine, građani bi mogli da imaju više glasova koje bi davali na različitim nivoima – jedan za nacionalne predstavnike, drugi za regionalne predstavnike, treći za globalne predstavnike.<sup>5</sup> Može se razmišljati i o uvođenju uslovnog glasa, kako stranka kojoj je poveren glas ne bi izneverila birača i iskrivila njegovu volju, stupanjem nakon izbora u određene koalicije koje građani nisu imale u planu. To bi rezultiralo povećanim razumevanjem predstavnika građana za potrebe svojih birača i veću zavisnost od njihove volje. Nakon ovakvih, i još mnogih drugih argumenata *pro* koji bi se dali zamisliti, svako ko bi se suprotstavio modelu elektronskog glasanja dobio bi etiketu konzervativnog, anti-modernog, tehnofobičnog.

Problem se javlja u onom trenutku kada se od tehničkog pitanja pokušava izdići na teren teorije prava. Kako se, u savremenim uslovima, kroz elektronsku participaciju građana u političkim procesima, mogu ugroziti osnovna načela pravne države i vladavine prava? Šta se time dobija, a šta se gubi?

Svaka izborna procedura kroz koju građani po pravilu participiraju u vršenju vlasti, povezana je sa mogućnostima manipulacije. Teško je i zamisliti bilo kakvo dobro, koje ne može da se zloupotrebi i pretvori u svoju suprotnost. Čak je i u uslovima neposredne demokratije u jednom od najtipičnijih modela – atinskoj demokratiji – takva egzemplarna participacija neprestano trpela udare i ugrožavanje, a polis se pomno borio da ih svede na najmanju meru, i to na različite načine – od mekih mera za sputavanje demagoga, sve do ostrakizma.

Međutim, kako je savremena država stasavala i kako su se usavršavali modeli participacije građana kroz izbore, tako je i pitanje izbornih prevara prerastalo u većitu temu političkih borbi, a prebrojavanje glasačkih listića u noćnu moru. Otud čuvena izreka, koja se vezuje za Staljina, da oni koji daju glas ne odlučuju ni o čemu, već da oni koji broje glasove odlučuju o svemu. Ili, pak, moderna sarkastična opservacija da izbori predstavljaju samo povremenu predstavu za građane. Otud su se, uporedo sa usavršavanjem metoda za vršenje izbornih krađa, razvijali i metodi za njihovo suzbijanje, ali se ta mrtva trka nikad ne završava, jer se imaginacija i domišljatost i jednih i drugih neograničeno širi, poput univerzuma.

U uverenju da je ideja o glasanju uz pomoć elektronske logistike mogući garant veće objektivnosti izbornog procesa, ona dobija sve više pristalica.<sup>6</sup> Međutim, u vremenima kada je proizvodnja kompjuterskih virusa svakodnevnica, kada upad u najzaštićenije baze podataka vrše srednjoškolci, kada *Vikiliks* ruši mit o tajnosti zaštićene diplomatske prepiske (naravno elektronske), elektronska parti-

<sup>5</sup> P. Schmitter, "E-Voting, e-Democracy and EU-democracy", *The European Union and e-Voting* (ed. F. Mendez, A. Trechsel), 194.

<sup>6</sup> Čak je formiran i *e-Democracy Center*, istraživački centar koji se bavi isključivo proučavanjem elektronske demokratije, sa sedištem na Univerzitetu u Cirihu.

cipacija dobija nove, sve opasnije i komplikovanije dimenzije i počinje da se prepliće sa drugim velikim temama poput svetske države, sajber građanstvom, globalnom vladavinom prava i elektronskom demokratijom.

Ključna dilema je da li elektronska participacija građana u izbornom procesu pospešuje ili ugrožava neposrednu demokratiju, odnosno demokratiju uopšte, da li je to korak ka usavršavanju ili ka ugrožavanju vladavine prava?

I, ukoliko bi se nekome učinilo da je to problem daleke budućnosti i dalekih zemalja poput SAD, treba biti svestan da nam se takav sistem sasvim približio (Estonija,<sup>7</sup> premišljanja u Švajcarskoj i e-glasanje u pilot kantonima, pilot e-glasanje u Austriji, Nemačkoj, Velikoj Britaniji, Holandiji, kolebanja u Norveškoj i drugim skandinavskim zemljama).<sup>8</sup> Prvi obavezujući internet izbori na svetu su bili realizovani u SAD u martu 2000. godine. Internet glasanje je bilo samo jedna od opcija za davanje glasa u Arizoni, pored tradicionalnih glasačkih listića. Izlaznost građana je bila udvostručena, nisu registrovani hakerski napadi, a mlađa populacija je pokazala naročitu zainteresovanost i entuzijazam za internet glasanje.<sup>9</sup>

Međutim, jedna od glavnih mana elektronskih sistema glasanja jeste ugrožavanje osnovnih ljudskih prava. Nejednaka dostupnost interneta, koji još uvek nije u potpunosti postao javni medijum jeste ono što se u literaturi često naziva “digitalna podela” (*digital divide*) između onih koji imaju i onih koji nemaju pristup internetu. Dodajmo, i između onih koji su tome vični i onih koji su elektronski nepismeni. “Digitalna podela” podrazumeva tri različita aspekta podele. Postoji globalna podela između industrijalizovanih država i država u razvoju, ali i

---

<sup>7</sup> “Republika Estonija je bila i jeste široko priznata kao pionir u e-vladavini i posebno e-demokratiji, što se odražava na naslovima poput ‘Estonija: 10 godina od komunizma do napredne e-demokratije’. Tako je Estonija vodeća država i u elektronskom glasanju, koje je uvedeno već na nacionalnim izborima 2003. godine”, W. Drechsler, Ü. Madise, “Electronic Voting in Estonia”, *Electronic Voting and Democracy – A Comparative Analysis* (ed. N. Kersting, H. Baldersheim), 97. U većini država prvi korak ka uvođenju elektronskog glasanja jeste ustanovljavanje glasačkih mašina na glasačkim mestima. Međutim, Estonija je preskočila taj korak i odmah uspostavila daljinsko, internet glasanje.

<sup>8</sup> Videti: M. Alvarez, T. Hall, *Electronic Elections – The Perils and Promises of Digital Democracy*, Oxford 2008, 78. “Mi nastavljamo da proučavamo i prikupljamo informacije o procesima u drugim državama kao što su Estonija, Švajcarska i Velika Britanija, gde se ostvaruju inovativni napori da se isprobaju i primene procedure glasanja pomoću Interneta i drugih elektronskih tehnologija. Među tim drugim tehnologijama su glasanje pomoću “kratkih poruka” ili “instant poruka” u Švajcarskoj i Velikoj Britaniji. Estonija je obezbedila svim građanima elektronski potpis, koji se može koristiti za autorizaciju lica u širokom spektru elektronskih transakcija, uključujući i glasanje. Ne eksperimentišući sa tim novim tehnologijama, SAD bi mogle zaostati za ostalim svetom”, *ibid.*, 98.

<sup>9</sup> F. Solop, “Electronic Voting in the United States: At the Leading Edge or Lagging Behind?”, *Electronic Voting and Democracy – A Comparative Analysis* (ed. N. Kersting, H. Baldersheim), 61.

podela u okviru država između različitih grupa ljudi. Fizički radnici, stariji ljudi i nezaposleni po pravilu nemaju pristup internetu na poslu. Na kraju, uočava se i podela u okviru onih grupa koje imaju pristup internetu između onih koji učestvuju u političkom životu putem interneta i onih koji iz nekih razloga to ne rade<sup>10</sup> (dakako, prvo pada na pamet nepoverenje u garancije tajnosti glasanja).

Na taj način se zadire u same temelje demokratije čija je baza pravna i politička jednakost. Ovaj tehnički razlog može da utiče na gubitak vere u demokratske procedure i neprikosновенost ljudskih prava. Uostalom, čak i u razvijenim, industrijalizovanim demokratijama manjina stanovništva ima pristup internetu.<sup>11</sup> No, i kada bi se ta okolnost uzela samo kao temporarno ograničenje, s obzirom na izvesnost da se dostupnost elektronskim napravama naglo ubrzava uporedo sa njihovim enormnim pojeftinjenjem (setimo se samo ljudi koji preturaju po kontejnerima i istovremeno vode razgovor mobilnim telefonima), ostaju drugi, još ozbiljniji problemi.

To se pre svega odnosi na velike i prilično realne potencijalne zloupotrebe (mogućnost ugrožavanja anonimnosti izražene volje glasača, mogućnost nadgledanja građana i ugrožavanja njihove privatnosti, elektronske prevare). Pogotovo bi glasanje od kuće ili sa radnog mesta moglo ugroziti tajnost glasanja na bezbroj mogućih zamislivih načina, a time i izražavanje prave autentične volje pojedinca. Pođimo od najprostijih scenarija, gde bi glasači mogli biti pod velikim uticajem članova porodice ili kolega, pogotovo nadređenih, što bi moglo uticati na njihovo formirano mišljenje ili iskreno uverenje koje se ustežu da iskažu. Od prave izborne volje individue mogao bi ostati samo mehur od sapunice.

Pojedini protivnici elektronske participacije građana ukazuju i na činjenicu da bi takav način glasanja umanjio značaj samih izbora, što bi čak moglo uticati ne na veću, nego upravo obrnuto, na smanjenu izlaznost na izbore,<sup>12</sup> naročito starijih birača. Ritual izlaska na izbornu mesto i dana izbora nesumnjivo ima veliki značaj, a predstavlja i snažan psihološki doživljaj pojedinaca da učestvuju u javnom životu. "Ritualizovano glasanje na javnom mestu simbolizuje vezu između glasača i njegove zajednice. Internet udaljava glasanje iz njegove dosadašnje

---

<sup>10</sup> K. Grönlund, "Cyber Citizens: Mapping Internet Access and Digital Divides in Western Europe", *Electronic Voting and Democracy – A Comparative Analysis* (ed. N. Kersting, H. Baldersheim), 22.

<sup>11</sup> Samo je oko 1/3 građana Evropske Unije (oko 35%) prijavilo da koristi internet i samo četiri zemlje (Švedska, Holandija, Danska i Finska) mogu se pohvaliti time da je većina njihove populacije *on-line*. R. Gibson, "Internet voting and European Parliament elections", *The European Union and e-Voting*, 45.

<sup>12</sup> *Ibid.*, 40.

javne sfere. Elektronsko glasanje izmešta proces glasanja u privatni domen dnevne sobe”.<sup>13</sup>

Tradicionalni glasački listići jesu često bivali falsifikovani ili su nestajali. Ali su glasovi fizički evidentni, ostaju u glasačkim kutijama, gde se potom prebrojavaju u kontrolisanim uslovima, tako da je velike izborne prevare lakše uočiti. Javni karakter glasanja podrazumeva to da se izborni proces, uključujući i prebrojavanje glasova učini dostupnim javnosti. Tradicionalna glasačka procedura je vidljiva i transparentna, građani mogu biti na biračkim mestima ili čak učestvovati u radu prilikom realizacije izbora. Na taj način se stiče poverenje građana u izborni proces i uspostavlja se visok nivo legitimnosti izbora.

Nasuprot tome, sajber glasanje u velikoj meri izmiče demokratskoj kontroli.<sup>14</sup> Poverenje u proceduru i razumevanje je ključno za uspostavljanje demokratskog legitimiteta, koji podrazumeva potpunu transparentnost. Lepo je jedan pisac uočio da u slučaju elektronskog glasanja građani ne ukazuju svoje poverenje transparentnom postupku glasanja, već tehničkim ekspertima.<sup>15</sup> Opravdano se može postaviti pitanje da li se građani mogu osloniti na mišljenje i procenu eksperata za informacione tehnologije? Postoji velika sumnja da bi građani imali poverenja da pošalju svoj glas u sajber prostor, gde bi njihov glas bio smešten u nevidljivoj, neproverljivoj, virtualnoj kompjuterskoj “glasačkoj kutiji” (memoriji) i gde bi neproverljivom elektronskom procedurom bio određen neproverljivi izborni pobednik. U ovakvom sistemu je moguće znati koja informacija ulazi u sistem i koja izlazi iz sistema, ali ne i to šta se sa glasom dešava dok ga obrađuje sistem.

Pristalice “digitalne demokratije” često porede jednostavne elektronske načine glasanja sa postupkom podizanja novca sa bankomata. Međutim, treba imati na umu činjenicu da prilikom podizanja novca sa bankomata dobijate priznanicu kao dokaz (sa vašim imenom i prezimenom, brojem računa i brojem transakcije), što vam olakšava mogućnost žalbe ukoliko je nastupila neka greška. Elektronsko glasanje se uklapa u viziju rizičnog društva, jer može dovesti do katastrofalnih ishoda. Izbori se mogu okončati, a aktuelni (pravi) pobednik može ostati zauvek nepoznat. U tom slučaju se legitimnost demokratskih izbora dovodi u pitanje, a država može ostati bez predstavnika ili predsednika. Pritom, elektronski sistem

---

<sup>13</sup> H. Buchstein, *op. cit.*, 54.

<sup>14</sup> *Ibid.*, 49.

<sup>15</sup> P. Garrone, “Fundamental and political rights in electronic elections”, *The European Union and e-Voting* (ed. F. Mendez, A. Trechsel), 119.



glasanja može postati meta kako unutrašnjih,<sup>16</sup> tako i spoljnih napada, koje je teško preduprediti, a još teže otkriti.<sup>17</sup>

Jedna od glavnih opasnosti razvoja novih informacionih tehnologija i izazova za pravnu državu jesu sve rasprostranjeniji informatički, visokotehnološki kriminal (*cybercrime*) i sajber terorizam (*cyberterrorism*).<sup>18</sup> Ta vrsta kriminala i terorizma se pojavila kasnih 80-tih godina XX veka, sa procvatom informacionih tehnologija, a naročita pažnja javnosti posvećena im je nakon terorističkog napada na SAD 11. novembra 2000. godine.<sup>19</sup> Ovaj termin prevashodno označava upotrebu Interneta u terorističkim aktivnostima iza kojih se najčešće kriju politički, religijski i ideološki motivi. Novi oblici kriminala i terorizma podrazumevaju upade u kompjuterske mreže, a naročito u personalne računare koji su povezani s Internetom, kao i ubacivanje kompjuterskih virusa koji mogu naneti ozbiljnu štetu korisnicima, ali i bezbednosti država. Terorizam zasnovan na Internetu je zbog nekoliko razloga primamljiviji od drugih oblika terorizma: napadi mogu biti izvršeni iz bilo kog kraja sveta, mogu se brzo izvesti i teško im se ulazi u trag. Oslanjanje celokupnog društvenog života na moderne informacione tehnologije otkrilo je i slabu tačku tih dostignuća, koju teroristi vešto koriste ulazeći u oblasti koje su im do tada bile skoro potpuno nedostupne, kao što su sistemi odbrane država, nuklearna istraživanja, sistemi transportnog upravljanja. Otuda i poku-

<sup>16</sup> “Glasačkoj mašini može ‘isprati mozak’ onaj ko je kontrološe – kompjuterski programer ili tehničar koji postavlja softver u mašini pre njene upotrebe”, R. Gibson, “Internet voting and European Parliament elections”, *The European Union and e-Voting*, 39.

<sup>17</sup> *Ibid.*, 36.

<sup>18</sup> Jednu od najupotrebljivijih definicija sajber terorizma dala je Deningova: “Sajber terorizam predstavlja spoj terorizma i informatičkog prostora. Pod njim se obično podrazumevaju protivpravni napadi ili zastrašivanje napadima prema kompjuterima, mrežama i informacijama pohranjenim u njima, kada se to čini da bi se zastrašile ili prinudile vlade ili njeni građani na ostvarivanje političkih ili društvenih ciljeva. Nadalje, da bi bio kvalifikovan kao sajber terorizam, napad mora da rezultira u nasilju prema ličnosti ili imovini, ili barem da izaziva štetu koja uzrokuje strah. Primer su napadi koji izazivaju smrt ili telesne povrede, eksplozije, avionske nesreće, zagađenje vode ili velike ekonomske gubitke. Ozbiljni napadi na kritičnu infrastrukturu mogu biti akt sajber terorizma, zavisno od njihovog uticaja. Napadi koji remete nesuštinske službe ili koji samo izazivaju neprilike to nisu.” (D. Denning, “*Cyberterrorism*”, Testimony before the Special Oversight Panel of Terrorism Committee on Armed Services, US House of Representatives, 23 May 2000. (<http://www.cs.georgetown.edu/~denning/infosec/cyberterror.html>) Međutim, već ova definicija pokazuje koliko se pravnih problema može otvoriti već pri određivanju šta spada u pomenutu oblast. Naravno da se doktrinarne definicije poput ove mogu kritikovati i dopunjavati, ali se još ozbiljniji problem javlja kada se ovaj pojam pokušava definisati na normativnom planu.

<sup>19</sup> O političkim implikacijama sajber terorizma videti detaljnije: A. Colarik, *Cyberterrorism – Political and Economic Implications*, London 2006; G. Weimann, *Terror on the Internet: The New Arena, the New Challenges*, Washington DC 2006; J. Clough, *Principles of Cybercrime*, Cambridge 2010.

šaji normiranja na međunarodnom nivou (jer je po svojoj prirodi visokotehno-  
loški kriminal transnacionalog karaktera), barem u domenu onoga što predstavlja  
eksplicitnu zloupotrebu korišćenja tehnoloških dostignuća u kriminalne svrhe  
(npr. Konvencija Saveta Evrope o visokotehnoškom kriminalu iz 2001. godine,  
čija ratifikacija ne ide ni brzo ni glatko).<sup>20</sup> Samo ubacivanje kompjuterskog virusa  
koji broji jedan glas dva ili više puta ili, pak, poništava neki glas, može uticati na  
to da država ne dobija pravog pobjednika na izborima. *David Dill*, profesor infor-  
matike na Stenford Univerzitetu, je utvrdio postojanje 9.000 potencijalnih načina  
hakerskih napada na elektronske sisteme glasanja. Pored elektronske krađe ili za-  
mene glasova, ubacivanjem kompjuterskih virusa, nije teško onemogućiti održava-  
nje izbora i prostim preopterećenjem servera, tako da građanin ne može da ni da  
pristupi glasanju. Takođe, najjednostavniji način ometanja izbornog procesa je-  
ste sama tvrdnja, koju naročito može iskoristiti opozicija odnosno gubitnik na iz-  
borima, da se takav napad dogodio, iako zapravo nije. Pored, ovih, namernih na-  
čina ometanja izbornog procesa, treba imati u vidu i realnu mogućnost slučajnih  
tehničkih smetnji i grešaka do kojih često dolazi i u manje ambicioznim elektron-  
skim korisničkim poduhvatima.

Uključivanje internet izbora u politički život jeste samo prethodni korak ka  
uvođenju narodnog odlučivanja o svim bitnim pitanjima i afirmaciji nečega što bi  
se moglo nazvati “elektronska agora”.<sup>21</sup> Predizborne kampanje i informisanje gra-  
đana bi se vršilo na internet portalima i forumima, tako da bi građani na taj način  
formirali mišljenje o onome o čemu treba da odluče. U Srbiji su takvi koraci već  
učinjani od strane pojedinih političkih stranaka koje koriste internet i društvene  
mreže za komunikaciju sa biračima, pa ne bi bilo neobično da to bude važan se-  
gment i njihovih predizbornih kampanja. Kao svojevrsna ilustracija ove pojave u  
dnevnom listu “Politika” je 21. novembra 2011. godine osvanuo članak pod na-  
zivom “Jeftinija kampanja na Fejsbuku nego u hali”. Autor ovog novinskog član-  
ka iznosi podatke o tome da profil na Fejsbuku ima oko 2,5 miliona građana Sr-  
bije, da više od 1.900.000 građana svakoga dana koristi internet, kao i da se Srbija  
nalazi na 43. mestu u svetu po korišćenju društvenih mreža. U tekstu je ukazano  
i na brojne prednosti korišćenja interneta u izbornim kampanjama. Pored velike  
ušteđe novca za sprovođenje kampanje, ključna prednost jeste nepostojanje ogra-  
ničenja koja se postavljaju drugim medijima, poput izborne ćutnje, koja bi se mo-  
gla prekršiti na sajtovima registrovanim u inostranstvu.

---

<sup>20</sup> D. Vasić, “Neka otvorena pitanja primene Konvencije Saveta Evrope o visokotehnoškom  
kriminalu”, *Srpska politička misao*, 2/2010, 233. Videti i jedan od najnovijih i najpotpunijih radova  
kod nas: M. Drakulić, *Regulacija cyber kriminala – Cyber kriminal*, Beograd 2009.

<sup>21</sup> H. Buchstein, *op. cit.*, 54.

Predizborni proces (*pre-voting sphere*) podrazumeva učešće tri ključna aktera. Političke stranke i kandidati bi predstavljali i diskutovali o svojim političkim programima. *Net* – građani bi koristili te informacije na internetu i učestvovali u različitim diskusijama. Državni organi bi imali delikatan zadatak da odluče da li bi uopšte trebalo dozvoliti predizbornu kampanju. Ukoliko bi je dozvolili, u zadatak bi im bila stavljena kontrola i osmišljavanje kako bi ona trebalo da izgleda.<sup>22</sup> Ovakav model uspostavlja sastajalište u kome bi se povećala interaktivnost kandidata i birača, a pritom se ne bi robovalo ograničenom vremenu kao u drugim medijskim kampanjama. Na takav način bi se, kroz otvoren, vidljiv postupak olakšalo i kvalitativno poboljšalo formiranje mišljenja kod glasača. Lako bi postala dostupna na istom mestu i mišljenja ne samo političara, već i istaknutih novinara, profesora, eksperata. Čak i male stranke dobile bi priliku da promovišu svoje programe pod jednakim uslovima. Sve bi to nesumnjivo uticalo na veću zainteresovanost i participaciju građana u političkim procesima, pa i u debatama sa političkim neistomišljenicima.

Međutim, na tom fonu dolazi se do stare teorijske dileme o kompetentnosti građana za donošenje bitnih političkih odluka. Stvari o kojima treba da se izjasni mogu biti isuviše komplikovane za sveobuhvatnu percepciju prosečnog *homo politicus*-a, koji se ne može posvetiti dubinskom sagledavanju uzroka, posledica, mogućih izlaza i njegovih konsekvenci. Naravno, taj *homo politicus* ne bi bio ni nalik onome koga je poznao svet do sada, jer bi istovremeno bio i *homo interneticus*. Pa ipak, i pored toga što će mu dostupnost informacija biti fascinantno velika, ostaje jedan važan, nepremostivi, prirodni limit: kada će i da li će, u svakodnevnoj borbi za ekonomski opstanak, takav čovek uopšte biti u stanju da posveti dovoljno svoje pažnje i vremena svim tim brojnim, značajnim informacijama koje su mu na dohvat ruke. Jer, one se više ne broje stotinama i hiljadama, nego milionima podataka, i ne daju se konzumirati u tome obimu, pogotovo od strane političkog amatera. Utoliko će aktuelnija biti opomena koju su pre dosta vremena izrekli pojedini teoretičari, poput Norberta Bobia, da građani tokom dana nemaju dovoljno vremena da razmotre sva pitanja koja treba da budu stavljena na glasanje.<sup>23</sup> Vreme koje će prosečni građanin imati na raspolaganju za donošenje meritornih političkih odluka postaće jedan od važnih ograničavajućih faktora.

<sup>22</sup> R. Kies, H. Kriesi, "Internet voting and opinion formation", *The European Union and e-Voting* (ed. F. Mendez, A. Trechsel), 149.

<sup>23</sup> N. Bobbio, *The Future of Democracy. A Defence of the Rule of the Games*, Minneapolis 1987, cit. prema F. Mendez, A. Trechsel, "The European Union and e-voting: upgrading Euro-elections", *The European Union and e-Voting*, 4.

Pojedini autori vide lek za ovaj problem u tome što bi bile ponuđene svedene informacije prilagođene potrebama prosečnog glasača, koje bi mu omogućile relevantno predznanje kako bi mu se olakšao izbor.<sup>24</sup> Tako bi se onda mogla otvoriti mogućnost i za uvođenje elektronskog referenduma ili plebiscita, gde bi se građani mogli neposredno izjasniti o nekim bitnim političkim pitanjima ili o donošenju nekog pravnog akta, mnogo češće nego što se danas te institucije neposredne demokratije koriste u tradicionalnom političkom ambijentu. Ponuđeno rešenje odlučivanja putem *on-line* referenduma bi nesumnjivo bilo mnogo lakše i jeftinije realizovati. Aktivna participacija građana u političkom životu dovodi do transformacije političkog procesa i predstavničke demokratije, ali i do demokratizacije politike. S obzirom na to da ovakav način odlučivanja ne košta mnogo, misli nekih pisaca sežu čak do ideje o uvođenju savremenog oblika neposredne demokratije koji bi se mogao nazvati “instant demokratijom”, gde bi se građani mogli svakodnevno referendumski izjašnjavati.<sup>25</sup> “Manji troškovi političke komunikacije bi, na primer, mogli najaviti novu zoru neposredne demokratije, a moguće je da ideali diskurzivne demokratije konačno budu ostvareni u sajber prostoru. Javni čovek bi se ponovo mogao uzdići”.<sup>26</sup> Ali, sve i kada bi se prevazišli tehnički problemi koji se nalaze na putu ovakvim ružičasto obojenim slikama političkog odlučivanja u budućnosti, ipak ostaje suštinski problem: ko na kraju odlučuje – da li građani koji učestvuju u elektronskom referendumu ili provajder informacija, koji (može da) vrši masovnu *on-line* indoktrinaciju građana. Ovo bi bilo opšte mesto sa kojeg potiče kritika svakog oblika demokratije koja nudi i neograničene mogućnosti manipulacije, smeštene u savremenom svetu pre svega u carstvu sredstava javnog informisanja. U digitalnoj demokratiji, koja trijumfuje u eri interneta, samo se zaoštavaju stare tvrdnje da je “moć masovnih medija, iza kojih po pravilu stoje krupni politički i drugi interesi, tolika da se javnim mnjenjem dade upravljati, da se ono može po volji preparirati i podešavati”.<sup>27</sup>

Uvođenje elektronskog glasanja na predsedničkim i parlamentarnim izborima u sve većem broju država čini se da predstavlja pripremu za ostvarenje teorijskog modela kosmopolitske demokratije i svetske države. Pritom će kosmopolitski sajber građanin moći nesmetano neposredno da učestvuje u vršenju svetske

---

<sup>24</sup> R. Kies, H. Kriesi, *op. cit.*, 160.

<sup>25</sup> N. Kersting, R. Leenes, J. Svensson, “Conclusions: Adopting Electronic Voting – Context Matters”, *Electronic Voting and Democracy – A Comparative Analysis* (ed. N. Kersting, H. Baldersheim), 280.

<sup>26</sup> N. Kersting, H. Baldersheim, “Electronic Voting and Democratic Issues: An Introduction”, *Electronic Voting and Democracy – A Comparative Analysis* (ed. N. Kersting, H. Baldersheim), 3.

<sup>27</sup> D. Basta, “Slabosti demokratije”, *O demokratiji*, Beograd 1995, 157.

vlasti, dajući legitimitet svetskim odlukama u sajber prostoru. Jedan od vodećih svetskih sajber-utopista, Džon Peri Barlou (*John Perry Barlow*), je čak objavio 1996. godine Deklaraciju o nezavisnosti sajber prostora.<sup>28</sup> Njome se promovise virtuelna zajednica koja se sastoji od *net*-građana. To nesumnjivo predstavlja važan korak ka uspostavljanju savremene, neposredne, demokratije na dugme ("*direct push-button democracy*"). U tim okolnostima, pobornici klasične predstavničke demokratije bi uskoro mogli biti optuživani za zalaganje za elitistički model demokratije ili čak za uspostavljanje aristokratije,<sup>29</sup> bolje reći elektronske aristokratije.

Posle svega, ostaje pitanje na koje savremena pravna teorija nije u stanju da ponudi decidan odgovor. To, dakako, nije niti namera, niti očekivani domet promišljanja u prilogu ovog obima. Ipak, sve ono što se ubrzano dešava u savremenom svetu, intenzivira dilemu da li bi mogla zaista postojati masovna eklezija, gde bi se saglasnost volja o važnim pitanjima mogla postići u sajber prostoru? Da li je možda moguće Rusoov teorijsko-filozofski model društvenog ugovora danas, u eri globalizacije, realizovati na jedan sasvim novi način? I, konačno, da li je *on line*-demokratija korak ka učvršćivanju vladavine prava ili put ka lakšoj manipulaciji ovim plemenitim principom u uslovima neke buduće svetske države?

Zato, kada sledeći put budemo gledali neke nove, slične epizode Simpsnovih, nemojmo se samo nasmejati, u uverenju da je u pitanju naučna fantastika, više svetlosnih godina udaljena od ovog vremena i prostora, od realnih praktičnih i teorijskih pitanja koja se tiču nas samih, našeg poimanja neposredne demokratije, participacije građana i vladavine prava. Uskoro ćemo morati da prihvatimo i tu vrstu realnosti, a za to se valja pripremiti i praktično i teorijski. Namera ovog teksta je da i u našoj literaturi podstakne obimnija i brojnija razmišljanja, odme-

---

<sup>28</sup> "Cyberspace consists of transactions, relationships, and thought itself, arrayed like a standing wave in the Web of our communications. Ours is a world that is both everywhere and nowhere, but it is not where bodies live. – We are creating a world that all may enter without privilege or prejudice accorded by race, economic power, military force, or station of birth. – We are creating a world where anyone anywhere may express his or her beliefs, no matter how singular, without fear of being coerced into silence or conformity. – Your legal concepts of property, expression, identity, movement, and context do not apply to us. They are all based on matter, and there is no matter here. Our identities have no bodies, so, unlike you, we cannot obtain order by physical coercion. We believe that from ethics, enlightened self-interest, and the commonwealth, our governance will emerge. Our identities may be distributed across many of your jurisdictions. The only law that all our constituent cultures would generally recognize is the Golden Rule. We hope we will be able to build our particular solutions on that basis. But we cannot accept the solutions you are attempting to impose", OECD, *Promise and Problems of E-Democracy: Challenges of Online Citizen Engagement*, 2003, 145.

<sup>29</sup> H. Buchstein, *op. cit.*, 54.

ravanja vrlina i mana elektronske demokratije, pre nego što se i sami u životu suočimo sa problemima koji su nesumnjivo pred nama za koju godinu. Samo, što će se onda o njima govoriti kroz prizmu dnevnopolitičkog interesa i utoliko će odgovori biti više ideološki i interesno obojeni, a manje teorijski neutralni i objektivizirani.

DRAGUTIN AVRAMOVIĆ, Ph.D.,  
Assistant Professor, Faculty of Law,  
University of Novi Sad

## E-DEMOCRACY – A ROAD TO DIRECT DEMOCRACY

### Summary

Possibility of influencing direct democracy institutions by the new information and communication technologies grows up daily in contemporary society. The issue of using modern electronic achievements and devices in political participation, includes at least two means: electronic voting at polling places with sophisticated voting machines, but also the possibility of *i*-voting (internet voting) via personal computers, without turnout to polling places. However, the term electronic voting (*e*-voting) also includes voting by telecommunication technologies (mobile phones, cable or satellite television), beside the models mentioned above. These, convenient and comfortable ways of expressing the political will of citizens, certainly have many advantages (lower costs of elections, higher turnout in the elections, faster and precise election results). But, on the other hand, this voting methodology is necessarily connected to huge manipulation possibilities (voting confidentiality violation, threat to voter privacy, use of electronic frauds, cyber-terrorism attempts, etc.).

Internet elections are just a preliminary step towards wider involvement of citizens in decision-making and overall political processes, that is in developing a phenomenon that might be called “electronic agora”. That way, political participation would basically come to electronic referendum or plebiscite, where the citizens would be able to directly express their opinion on certain political issues, or about the adoption of some legal act. That would certainly have to be accompanied by adequate preparation. However, it is hard to imagine that the process would be completely free of ideological indoctrination through the media, internet portals, facebook, etc. However, despite possible disadvantages, the active *e*-participation of citizens in political life leads to transformation of the political process and representative democracy, but also to the democratization of politics. Given that this type of decision-making does not cost much, there is increasing number of supporters of modern form of direct democracy that could be called “instant democracy”. By examining evident pros and contras of the expected processes, this paper aims to foster discussion on theoretical, rather than technical and political grounds, before they became reality in Serbia. The answers may be then less biased, preparing a more solid foundation for the future challenges.





OLIVER NIKOLIĆ

## **PRESEDNIK REPUBLIKE U PARLAMENTARNOM REŽIMU**

### U V O D

Načelo podele vlasti je omogućilo kao organizaciono načelo za obrazovanje kako parlamentarnog, tako i predsedničkog sistema, ali i različitih njihovih oblika. Strukturu svakog parlamentarnog sistema čine dve ključne poluge, i to parlament i egzekutiva, odnosno zakonodavna i izvršna vlast. U sadašnjim parlamentarnim sistemima izvršna funkcija se sprovodi preko bicefalne egzekutive, odnosno putem šefa države i vlade. Odnos ova dva organa izvršne vlasti se znatno razlikuje od države do države, bilo u korist jednog ili drugog organa. Šef države, koji predstavlja i oličava državu, kako u zemlji tako i u inostranstvu, može da bude monarh ili predsednik, u zavisnosti od državnog oblika. "Jedan šef države koji je došao na vlast nasleđivanjem, ne može polagati pravo na iste nadležnosti kao jedan predsednik izabran na direktan ili posredan način od strane biračkog tela... tako da status šefa države nije uporediv u ova dva sistema."<sup>1</sup>

Položaj i ovlašćenja predsednika republike čine da on predstavlja važnu instituciju u svakom političkom režimu i ustavnom sistemu. "Njegov položaj i uloga, ovlašćenja i odnosi s drugim organima vlasti, daju određeni pečat političkom

---

Doc. dr Oliver Nikolić, naučni saradnik Instituta za uporedno pravo, Beograd.

<sup>1</sup> Francis Delpérée, *La responsabilité du chef de l'État*, u časopisu *Revue française de droit constitutionnel*, br. 49 iz 2002, str. 33.

sistemu. Pored ustavnih određenja, na njegov stvarni status u političkom sistemu veoma veliki uticaj imaju lični autoritet i prestiž ličnosti koja vrši funkciju šefa države, a zatim i sklop stranačkih odnosa u zemlji.”<sup>2</sup>

#### PREDSEDNIK REPUBLIKE U FRANCUSKOJ

*Istorijske napomene.* – Izvršna vlast u Fransuskoj se sastoji od Predsednika Republike koji predstavlja šefa države sa jedne strane i sa druge strane od Vlade, kojom rukovodi Predsednik vlade (Premier ministre). Ustavom od 1958. godine, kada je stvorena Peta Republike, uspostavljen je novi koncept uloge Predsednika Republike kojim mu je data mnogo veća vlast, nego što je posedovao u periodu Treće i Četvrte Republike. Ovaj novi koncept vlasti Predsednika Republike se ogleda u znatnom proširenju njegovih nadležnosti, načinu njegovog izbora i samom položaju koji ima u odnosu na druge institucije Pete Republike. “Šef države preuzima regulatorni i zaštitnički zadatak u institucionalnim radnjama, dok Vlada osigurava kreativnu i domaćinsku ulogu”.<sup>3</sup> Ovakva uloga Predsednika Republike, institucionalizovana Ustavom od 1958. godine, ima svoje korene u političkoj i institucionalnopravnoj kritici francuskog parlamentarizma Šarla de Gola (Charles de Gaulle). U svom čuvenom govoru u Bajeu (Bayeux), juna 1946. godine, de Gol je izneo svoje mišljenje o Predsedničkoj funkciji, kao i celokupnom ustrojstvu vlasti. Šef države kao predstavnik državnog kontinuiteta “mora da raspolaže svim onim pravima odlučivanja koja mu omogućavaju da bude nacionalni arbitar... on mora da osigura, izvan i iznad igre političkih stranaka, redovno obavljanje funkcija svih državnih vlasti kao i uprkos svim političkim različitostima, osnovne trajne državne interese.. a da bi mogao da osigura nacionalnu nezavisnost, teritorijalnu celovitost i državnu postojanost, u slučaju državne opasnosti, on mora da bude iznad vlade koja je rezultat odnosa stranaka u parlamentu, da ima pravo imenovanja Predsednika vlade i ministara kao i pravo njihovog razrešenja, da ima pravo sazivanja i predsedavanja sednicama vlade, kao i da donosi uredbu, ali vlada ostaje odgovorna parlamentu što ima za posledicu uvođenje racionalnog parlamentarizma.”<sup>4</sup> Racionalni parlamentarizam se zasniva na redefinisanoj podeli vlasti, pri čemu se insistira na takvoj podeli koja osigurava stabilnost

<sup>2</sup> Pavle Nikolić, Ustavno pravo, Prosveta, Beograd 1995–1996, str. 289.

<sup>3</sup> Jean Gicquel, Droit constitutionnel et institutions politiques, Montchrestien, Paris, 1993, str. 591.

<sup>4</sup> Yves Guchet, Jean Catsiapis, Documents politiques et constitutionnels, govor Šarl de Gola u Bajeu 16. juna 1946. godine, Ellipses, Pariz, 1994, str. 108–110.

vlasti i institucija, a Predsednik Republike predstavlja kamen temeljac svih institucija u državi.<sup>5</sup> Inače položaj Predsednika Republike je hteo da osnaži i uveliča, ustavnim reformama iz 2008. godine, tadašnji Predsednik Nikola Sarkozy (Nicolas Sarkozy), ali bez većih uspeha.<sup>6</sup>

Položaj Predsednika Republike u Francuskoj je jedinstven i to se ispoljava u nekoliko aspekata. Predsednička funkcija je dvostruka; prvo postoji institucionalna funkcija o čemu govori i koju je u suštini trasirao član 5. Ustava. Ta funkcija se sastoji od tri aspekta i to: čuvara Ustava, garanta nacionalne nezavisnosti, teritorijalnog integriteta i poštovanja međunarodnih sporazuma i konačno, arbitra pravnog funkcionisanja javnih vlasti, kao i održavanja državnog kontinuiteta. Drugo, tu je i politička funkcija koju ni jedan ustavni ili zakonski tekst eksplicitno ne propisuju, ali na njeno postojanje utiču način na koji je Predsednik Republike izabran, kao i njegov društveni položaj uopšte.

*Izbor Predsednika Republike.* – Predsednik se bira na opštim izborima, apsolutnom većinom glasova, a ukoliko nema takve većine, u drugi krug idu dva kandidata sa najvećim brojem glasova. U drugom krugu, koji se održava četrnaest dana nakon prvog glasanja, pobeđuje onaj kandidat koji dobije više glasova. Predsednički mandat traje pet godina i niko ne može biti izabran za Predsednika Republike više od dva puta<sup>7</sup>. Još od 1873. godine u Francuskoj dužina Predsedničkog mandata je bila ograničena na sedam godina ali je skraćena na pet godina tek<sup>8</sup> 24. septembra 2004. godine na referendumu.

*Položaj i odgovornost Predsednika Republike.* – Ukoliko iz bilo kojih razloga (bolest, nesreća) Predsednik Republike ne može da obavlja svoju funkciju, a to konstatuje Ustavni savet, sve funkcije Predsednika Republike vršiće Predsednik Senata, a kada Ustavni savet definitivno konstatuje sprečenost za obavljanje funkcije Predsednika Republike, Predsednički izbori se moraju održati, najranije za 20. a najkasnije za 35. dana.

---

<sup>5</sup> O ovoj viziji racionalnog parlamentarizma u Francuskoj, videti više u govoru Mišel Debra (Michel Debré) održanim pred Državnim savetom (Conseil d'Etat) 27. avgusta 1958. godine.

<sup>6</sup> Videti više, Richard Ghevontian, La révision de la Constitution et le Président de la République: l'hyperprésidentialisation n'a pas eu lieu, u časopisu Revue française de droit constitutionnel, br. 70. iz 2009, str. 119–133.

<sup>7</sup> Do ustavne reforme 2008. godine (Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23. juillet 2008), broj mandata nije bio ograničen. Inače ova ustavna reforma je izvršena na osnovu izveštaja koji je sačinio tzv. "Odbor Balladur", tj. Odbor za raspravu i predloge o modernizaciji i konsolidaciji institucija Pete Republike na čijem je čelu bio bivši prvi ministar Eduar Baladir (Edouard Balladur).

<sup>8</sup> I ranije su postojale namere da se skрати mandat Predsednika, između ostalih reforma Žorža Pompidua (Georges Pompidou) iz 1973. godine.

U sistemu bicefalne egzekutive, položaj predsednika republike može uveliko da se promeni, kada parlamentarna većina koja bira vladu, zastupa suprotstavljenu političku ideologiju, što dovodi do kohabitacije ova dva izvršna organa.<sup>9</sup> U Francuskoj period prve kohabitacije je bio od 1986. do 1988. godine, nakon čega su sledile još dve kohabitacije (1993–1995. i 1997–2002).

Tokom svog mandata Predsednik “ne može da obavlja nikakve javne ili privatne aktivnosti a očekuje se i da napusti svoje izborne mandate”.<sup>10</sup>

Po Ustavu, Predsednik Republike ne odgovara za akte koje je učinio vršenjem svoje funkcije.<sup>11</sup> Predsednik odgovara samo u slučaju veleizdaje (ovaj pojam nije detaljnije objašnjen i oko njega se vodi stalna rasprava<sup>12</sup>) i u tom slučaju je nadležan Visoki sud pravde. Od 1999. godine Predsednik može da odgovara pred Međunarodnim krivičnim sudom zbog zločina protiv čovečnosti.

Inače nakon završetka mandata, predsednici Republike postaju trajno članovi, po pravu, Ustavnog saveta i ako učestvuju u njegovom radu primaju redovnu platu sudija. Pored toga, bivši Predsednici primaju novčanu pomoć do odlaska u penziju, a kasnije redovnu Predsedničku penziju. Imaju pravo na fizičko obezbeđenje, kancelariju, sekretaricu, automobil, kao i mnoge protokolarne i druge povlastice.

*Nadležnost Predsednika Republike.* – Predsednik Republike je potpuno slobodan u izboru predsednika Vlade i za razliku od ranijih perioda, ne mora da obavlja bilo kakve konsultacije po tom pitanju u Parlamentu. Ukoliko Predsednik Republike želi da smeni predsednika Vlade, (obzirom da ne poseduje legitimno takvo ovlašćenje, već isključivo u tome zavisi od volje Nacionalne skupštine), može jednostavno da odbija da potpisuje akte Vlade, i time parališući rad Vlade, primora predsednika Vlade da podnese ostavku. Na predlog predsednika Vlade Predsednik Republike imenuje članove Vlade a ako je potrebno iste razrešava dužnosti.

U zakonodavnom postupku, između ostalog, Predsednik Republike proglašava zakone u roku od petnaest dana od dana njihovog usvajanja u Parlamentu. Predsedniku je data mogućnost da traži od Parlamenta ponovnu raspravu bilo

<sup>9</sup> Videti više, Marie-Claire Ponthoreau, *Le Président de la République – Une fonction à la croisée des chemins*, u časopisu *Pouvoirs*, br. 99. iz 2001, str. 33–49.

<sup>10</sup> Philippe Ardant, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, L.G.D.J, Paris, 2002, str. 451.

<sup>11</sup> O ovom pitanju više videti, Louis Favoreu, *De la responsabilité pénale à la responsabilité politique du Président de la République*, u časopisu *Revue française de droit constitutionnel*, br. 49 iz 2002, str. 9.

<sup>12</sup> Jedini Predsednik koji je osuđen za veleizdaju je bio maršal Filip Peten (Philippe Pétain). Još jedan šef države u Francuskoj je prvo osuđen a kasnije i pogubljen i to je bio kralj Luj XVI.

celog zakona, bilo samo nekih njegovih članova. Vlada ili oba doma Parlamenta (Assemblée nationale i Sénat) zajedno, mogu da predlože Predsedniku Republike da iznese na referendum bilo koji predlog zakona koji se bavi organizacijom vlasti, reformom koja se odnosi na ekonomsku, socijalnu ili ekološku politiku, ili ratifikaciju ugovora, koji iako nije suprotan Ustavu, može da utiče na funkcionisanje institucija države. Predsednik Republike stavlja na referendum i predlog zakona koji je raspravljan u oba doma Parlamenta u zakonskom roku. Predlog zakona koji je prihvaćen na referendumu, Predsednik Republike proglašava u roku od petnaest dana od dana kada su saopšteni konačni rezultati. U nadležnosti Predsednika Republike spada i mogućnost raspuštanja Nacionalne skupštine ali tek nakon konsultacije sa predsednikom Vlade i predsednicima oba doma Parlamenta.

Predsednik Republike komunicira sa domovima Parlamenta putem poruka koje se čitaju na sednicama i o kojima nema mogućnosti vođenja debate, a ukoliko želi može i lično da se obrati na zajedničkoj sednici oba doma.

Pored toga što predsedava savetom ministara, Predsednik Republike i potpisuje ukaze i dekrete koje je razmatrala Vlada. On još imenuje civilne i vojne službenike, državne savetnike, glavne savetnike Računskog suda, prefekte, rektore, kao i druge državne činovnike, akredituje ambasadore i specijalne izaslanike u strane države i prima akreditivna pisma stranih diplomatskih predstavnika.

Predsednik Republike nije samo na čelu vojske, već i predsedava visokim savetima i odborima državne odbrane. U vreme kada su institucije Republike, nacionalna nezavisnost, teritorijalni integritet i izvršenje međunarodnih sporazuma ozbiljno ugroženi, a javna vlast i ustavni poredak narušeni, Predsednik Republike nakon konsultacije sa predsednikom Vlade, predsednicima oba doma Parlamenta i Ustavnim savetom, preduzima sve neophodne mere koje zahteva nastala situacija.

Predsednik Republike pregovara i ratifikuje međunarodne ugovore, a obaveštavan je o svim pregovorima za zaključenje međunarodnih sporazuma koji ne podležu ratifikaciji. Između ostalog, ukoliko Predsednik Republike smatra da neka međunarodna obaveza sadrži odredbu suprotnu Ustavu, a Ustavni savet to i utvrdi, ovlašćenje za ratifikovanje, odnosno potvrdu može biti dato samo posle izmene Ustava (ne može se delimično odobriti odnosno ratifikovati jer se međunarodni ugovor odnosno sporazum smatra jednom celinom). Predsednik Republike je garant nezavisnosti sudske vlasti i imenuje dvojicu sudija Kasacionog suda i tri od devet članova Ustavnog saveta, kao i njegovog predsednika. On predsedava sednicama Visokog saveta sudstva. Predsednik ima pravo pomilovanja, a da bi taj akt imao pravnu važnost potrebno je da je premapotpisan od strane predsednika

Vlade i Čuvara pečata (Garde des Sceaux)<sup>13</sup>, što po pravilu, oni nikada ne odbijaju da potpišu.

#### PREDSEDNIK REPUBLIKE U SRBIJI

*Istorijske napomene.* – U većem delu svoje istorije Srbija je kao šefa države imala monarha i tek je 2006. godine kada je Crna Gora napustila državnu zajednicu i Srbija se osamostalila, dobila predsednika Republike.<sup>14</sup> Današnji položaj predsednika Srbije je regulisan Ustavom od 2006. godine, Zakonom o izboru predsednika Republike iz 2007. godine i Zakonom o predsedniku Republike iz 2007. godine. Položaj predsednika Republike u sistemu bicefalne egzekutive, kakav je zastupljen u Srbiji, nije mnogo promenjen u odnosu na Ustav od 1990. godine, kada je Srbija bila deo federacije. Jasno je da se nadležnost šefa države proširila u oblasti spoljnih poslova, proširena mu je izborna funkcija koja se odnosi na izbor sudija Ustavnog suda, promenjene su mu nadležnosti u vojnoj i bezbedonosnoj oblasti, tako da sada postavlja, unapređuje i razrešava oficire, dato mu je pravo da raspisuje izbore za narodne poslanike, ali je uvedena mogućnost i njegovog opoziva od strane narodnih poslanika.

*Izbor predsednika Republike.* – Predsednik Republike se bira na slobodnim i neposrednim izborima, tajnim glasanjem. Za predsednika Republike je izabran onaj kandidat koji dobije većinu glasova birača koji su glasali. Ako se ta većina ne postigne, Zakon predviđa drugi krug glasanja, koje se organizuje u roku od 15 dana od dana prvog glasanja. U drugom krugu glasanja učestvuju dva kandidata koja su dobila najviše glasova u prvom izbornom krugu. Za predsednika Republike izabran je kandidat koji je dobio najveći broj glasova birača. Inače izbore za predsednika Republike raspisuje predsednik Narodne skupštine 90 dana pre isteka mandata dotadašnjeg predsednika Republike, tako da se izbori okončaju u narednih 60 dana. predsednika Republike biraju građani koji su punoletni, poslovno sposobni i imaju državljanstvo Republike Srbije, na osnovu opšteg i jednakog izbornog prava. Isti uslovi se moraju ispuniti za kandidaturu na mesto predsednika Republike. Kandidate za predsednika mogu predložiti grupa građana, politička stranka ili koalicija političkih stranaka u roku i proceduri propisanoj Zakonom. Mandat predsednika Republike traje pet godina, a isto lice ne može da bude birano više od dva puta na tu funkciju. Danom polaganja zakletve pred poslanicima Narodne skupštine počinje da teče mandat predsednika Republike.

<sup>13</sup> Čuvar pečata je titula koju nosi ministar pravde još od 1848. godine.

<sup>14</sup> Ne treba zaboraviti da je od 1945. pa do 2006. godine Srbija uvek bila federalna jedinica.

*Položaj i odgovornost predsednika Republike.* – U parlamentarnim sistemima sa bicefalnom egzekutivom, položaj predsednika Srbije, spada među srednja rešenja. Ne možemo govoriti ni o premoći predsednika nad Vladom, ali daleko je od situacije gde je predsednik Republike samo ceremonijalna funkcija bez ikakvih nadležnosti u državi. Shodno tome, teško možemo da govorimo o postojanju istinske kohabitacije<sup>15</sup>, koja je ipak karakterističnija za izrazitije polupredsedničke sisteme, kao npr. Francuska.

Mandat predsednika Republike prestaje istekom vremena na koji je biran, podnošenjem ostavke ili njegovim razrešenjem. Postupak za razrešenje predsednika Republike zbog povrede Ustava, pre isteka mandata za koji je biran, može da predloži jedna trećina narodnih poslanika. Izglasavanjem od strane većine poslanika, postupak započinje i u roku od 45 dana Ustavni sud je dužan da se izjasni o tome da li je predsednik Republike povredio Ustav. Ako Ustavni sud smatra da je došlo do povrede Ustava, a dve trećine poslanika to izglasa, dolazi do razrešenja predsednika Republike. Ako je predsednik Republike podneo ostavku, ili je razrešen po navedenoj proceduri ili je sprečen da obavlja svoju funkciju, njega zamenjuje predsednik Narodne skupštine<sup>16</sup> ali najduže tri meseca.

Imunitet koji poseduje predsednik države je isti kao kod narodnih poslanika i o njemu odlučuje Narodna skupština većinom svih poslanika. Tokom obavljanja svoje funkcije, predsednik Republike ne može da obavlja ni jednu drugu javnu ili profesionalnu funkciju i dužan je da se u svemu povinuje propisima kojima se uređuje sukob interesa pri vršenju javnih funkcija. Ako pogledamo period od početka devedeseth godina, odnosno od ponovnog uvođenja višestranačkog sistema u Srbiju, samo se jedan predsednik Republike nije oglušio o ovu ustavnu odredbu o nespojivosti funkcija.<sup>17</sup> Zanimljivo je da Ustavni sud Srbije nije reagovao povodom ovakvog kršenja Ustava i Zakona, iako je imao više inicijativa za pokretanje postupka po ovom pitanju.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> Kohabitacija je u demokratskoj Srbiji bila u periodu 2000. do 2002. i 2004. do 2006.

<sup>16</sup> U periodu od 1997. pa do 2012. godine čak šest predsednika Narodne skupštine je privremeno obavljalo funkciju predsednika države. Doduše Nataša Mičić kao predsednik Narodne skupštine je obavljala funkciju vršioca dužnosti predsednika Republike od 29. 12. 2002. do 04. 02. 2004. godine.

<sup>17</sup> Samo je predsednik Tomislav Nikolić, izabran 2012. godine, odmah po stupanju na dužnost predsednika, podneo ostavku na mesto predsednika Srpske napredne stranke, dok je predsednik Slobodan Milošević u vreme svoje vlasti, navodno, "zamrzo" funkciju predsednika Socijalističke partije Srbije, a predsednik Boris Tadić u vreme oba svoja mandata nastavio da vodi Demokratsku stranku i pojavljivao se kao nosilac liste na parlamentarnim izborima. Predsednik Milan Milutinović nije imao u vreme svog mandata neku stranačku funkciju.

<sup>18</sup> Postaje simptomatično da Ustavni sud Srbije reaguje i odlučuje o nekoj stvari kada ona prestaje da bude politički aktuelna. U vezi sa tim Ustavni sud je na sednici održanoj 19. juna 2012. godine doneo odluku u kojoj je ustanovio da neke odredbe Odluke o Nacionalnom savetu za infrastrukturu Republike Srbije iz 2008. godine nisu u saglasnosti sa Ustavom i zakonom. U ovoj odlu-



Nakon isteka mandata, predsednik Republike, pored prava na počasni naziv "bivši predsednik Republike", ima i pravo na platu u iznosu plate predsednika Republike, dok se ne zaposli ili ne ispuni uslove za penziju, ali najviše šest meseci od dana kada mu je prestao mandat. Predsednik Republike ima pravo na policijsko i vojno obezbeđenje, godinu dana po prestanku mandata. Bivšem predsedniku pripada pravo na kancelarijski prostor, savetnika, sekretara, službeni automobil i vozača na onoliko vreme koliko je trajao njegov mandat, kao i još neke protokolarne i tehničke povlastice. Ako su poslanici Narodne skupštine razrešili funkcije pre isteka mandata, bivši predsednik nema pravo na gore navedene povlastice.

*Nadležnost predsednika Republike.* – Katalog nadležnosti predsednika Republike je utvrđen Ustavom i Zakonom o predsedniku Republike. Predsednik Republike izražava državno jedinstvo Republike Srbije i predstavlja državu u zemlji i inostranstvu.

Nadležnost kojom predsednik Republike, nakon što sasluša mišljenja predstavnika izabranih izbornih lista, predlaže, u pisanom obliku, Narodnoj skupštini kandidata za predsednika Vlade, jasnija je izneta u Zakonu o predsedniku Republike, nego u samom Ustavu. Zakonska formulacija insistira da predsednik Republike predlaže mandataru za novu Vladu kad god se bira nova Vlada, i to onog kandidata koji može da obezbedi izbor Vlade. Time se onemogućava eventualna namera predsednika Republike da zbog neizbora Vlade u predviđenom roku prozrokuje održavanje novih parlamentarnih izbora.

U okviru zakonodavne procedure, predsednik Republike donosi ukaz o proglašenju zakona u roku od 15 dana od izglasavanja zakona, odnosno ukoliko je zakon donet po hitnom postupku u roku od sedam dana. Ukoliko predsednik Republike smatra da je doneti zakon protivustavan ili je u suprotnosti sa potvrđenim međunarodnim ugovorima, opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava ili da pri donošenju zakona nije poštovana procedura koja je propisana za donošenje zakona ili da zakon ne uređuje neku oblast na odgovarajući način, on ga može vratiti, uz pismeno obrazloženje, Narodnoj skupštini na ponovno odlu-

---

ci Vlade tadašnji predsednik Republike Boris Tadić je imenovan za predsednika Nacionalnog saveta za infrastrukturu. Četiri godine kasnije, kada predsednik Republike nije bio više Boris Tadić, Ustavni sud "smatra da samo imenovanje predsednika Republike u telo Republike Srbije, koje obavlja poslove koji se računaju izvršnoj funkciji, ali se načelno nalaze izvan ustavnih kompetencija predsednika Republike, može da vodi ne samo neprihvatljivom preplitanju funkcija nego i stvaranju konfliktnih odnosa u samom vrhu izvršne vlasti, ali i do poremećaja u potencijalnim odnosima sa drugim državnim organima, pa i sa centralnom predstavničkom institucijom u Republici Srbiji". Ako gledamo tajming donošenja odluka Ustavnog suda, ne bi trebalo da nas začudi da se donese još neka odluka o neustavnosti ili nezakovitosti nekog akta ili postupanja institucije iz nekog prošlog skupštinskog saziva.

čivanje. Bez obzira na predsednikovo mišljenje, ukoliko su se o zakonu građani izjasnili na referendumu pre njegovog donošenja ili je doneti zakon potvrđen na referendumu, takav zakon ne može biti vraćen Narodnoj skupštini na ponovno odlučivanje. Ako poslanici ponovo izglasaju zakon koji je predsednik Republike vratio na odlučivanje, predsednik Republike je dužan da proglasi takav zakon, a ukoliko on to ne učini u predviđenom roku, ukaz o proglašenju donosi predsednik Narodne skupštine.

U okviru spoljno-političke aktivnosti, predsednik svojim ukazom, na predlog Vlade, postavlja i opoziva ambasadore Republike Srbije i prima akreditivna i opozivna pisma stranih diplomatskih predstavnika.

Predsednik Republike predlaže Narodnoj skupštini nosioce funkcija, pre svega kandidate za sudije Ustavnog suda. Predsednik dostavlja Narodnoj skupštini, u pisanim obliku i sa obrazloženjem, listu od deset kandidata za izbor sudija Ustavnog suda, sa koje poslanici biraju pet sudija. Narodna skupština dostavlja listu od deset kandidata za izbor sudija Ustavnog suda, sa koje predsednik Republike imenuje pet sudija. Sa svake od predloženih lista kandidata jedan od izabranih kandidata mora biti sa teritorije autonomnih pokrajina. Takođe predsednik Republike svojom odlukom imenuje generalnog sekretara, šefa Kabineta, savetnike i druge funkcionere u Generalnom sekretarijatu predsednika Republike.

U okviru odnosa predsednika Republike sa Narodnom skupštinom, pre svega, spada mogućnost da na obrazloženi predlog Vlade raspusti Skupštinu. Ako ne raspusti Narodnu skupštinu predsednik je dužan da obavesti Vladu i građanstvo o razlozima zbog čega nije prihvatio Vladin predlog. U slučajevima kada je Narodna skupština počela sa raspravom i izglasavanjem nepoverenja Vladi, ako nije prihvatila Vladin odgovor na interpelaciju ili ako je sama Vlada podnela predlog da se glasa o poverenju Vladi, predsednik Republike neće ni razmatrati Vladin predlog o raspuštanju Skupštine. U vreme trajanja ratnog ili vanrednog stanja Narodna skupština se ne može raspustiti. Predsednik je dužan da raspusti Skupštinu, ako ona u roku od 90 dana od dana konstituisanja ne izabere Vladu ili ako ne izabere Vladu u roku od 30 dana, od dana prestanka mandata staroj Vladi. Predsednik ukazom raspušta Narodnu skupštinu i odlukom raspisuje izbore za narodne poslanike. Ukoliko dobije poziv od predsednika Narodne skupštine, predsednik Republike se može obratiti narodnim poslanicima.

Po novom Ustavu, ako Narodna skupština nije u mogućnosti da se sastane, odluku o proglašenju ratnog ili vanrednog stanja i akt o ograničenju ustavnih sloboda i prava van ustavnih okvira, donose zajedničkim potpisom predsednici Republike, Skupštine i Vlade. Predsednik Republike se nalazi na čelu Vojske, odnosno, u skladu sa zakonom njome komanduje, a postavlja, unapređuje i razrešava oficire Vojske Srbije.

Pravni akti koje predsjednik Republike može da donese su ukazi, odluke, pravila, naredbe i naređenja. U nadležnost šefa države spada i davanje pomilovanja, priznanja i odlikovanja, vrši i druge poslove određene Ustavom i Zakonom.

#### SAVEZNI PREDSEDNIK U NEMAČKOJ

*Istorijske napomene.* – Šef države Savezne Republike Nemačke je Savezni predsjednik (Bundespräsident). Položaj Saveznog predsjednika je donošenjem Osnovnog zakona 1949. godine znatno promjenjen u odnosu na period važenja Vajmarskog ustava, pre svega iz razloga da se preduprede stravične posljedice koje su se desile dolaskom na vlast Adolfa Hitlera i njegove Nationalsocijalističke partije. Poznato je da, u vreme pre Drugog svetskog rata, Predsednik Rajha (Reichspräsident) je imao neuporedivo više nadležnosti u odnosu na položaj sadašnjeg Saveznog predsjednika. Predsednik Rajha je imao izuzetno jaku političku moć, a posedovao je nadležnosti u imenovanju i razrešenju vlade, raspuštanju Rajhstaga, pravo na sudelovanje u zakonodavstvu i pravo da pribegne upotrebi vojne sile, kao i da privremeno suspenduje vršenje određenih osnovnih prava.<sup>19</sup> Smrću drugog Predsednika Rajha Hindenburga i dolaskom Hitlera na čelo države kao Vođe i kancelara Rajha (Führer und Reichskanzler), Vajmarski ustav nije zvanično prestao da važi ali brojnim zakonskim promenama, u potpunosti je uspostavljen drugačiji režim.

*Izbor Saveznog predsednika.* – Izbor Saveznog predsjednika je regulisan Osnovnim zakonom i Zakonom o izboru Saveznog predsjednika (Gesetz über die Wahl des Bundespräsidenten durch die Bundesversammlung). Savezni predsjednik se bira tajnim glasanjem, bez rasprave, u Saveznoj skupštini (Bundesversammlung), posebnog konstitutivnog organa koji se saziva isključivo radi ovog izbora. Inače Savezna skupština se sastoji od članova Bundestaga i istog broja članova koje biraju predstavnička tela Zemalja (Länder)<sup>20</sup> po principu proporcionalnog izbornog sistema. Da bi izabrala Saveznog predsjednika, Saveznu skupštinu saziva predsjednik Bundestaga, najkasnije trideset dana pre isteka mandata dotadašnjeg Saveznog predsjednika, a u slučaju prevremenog okončanja njegovog mandata najkasnije trideset dana nakog tog momenta<sup>21</sup>. Smatra se da je izabran

<sup>19</sup> Videti više o Vajmarskom ustavu: Heinrich Oppenheimer, *The Constitution of the German Republic*, Stevens & Sons Ltd., London, 1923.

<sup>20</sup> Prilikom izbora za Saveznog predsjednika održanom 2012. godine, Savezna skupština je ukupno brojala 1240. članova.

<sup>21</sup> U periodu od 1979. godine do 2009. godine Savezna skupština je bila sazivana 23. maja, na dan osnivanja Savezne Republike Nemačke. Zbog podnošenja ostavke Saveznog predsjednika

onaj kandidat koji je dobio većinu glasova članova Savezne skupštine, a ukoliko niko nije dobio potrebnu većinu u dva izborna kruga, smatra se izabranim onaj ko u trećem izbornom krugu dobije najveći broj glasova. Kandidat za Saveznog predsednika mora biti Nemač koji ima aktivno biračko pravo za Bundestag i koji je navršio četrdeset godina života. Mandat Saveznog predsednika traje pet godina i ponovni uzastopni izbor je dozvoljen samo jedanput.

*Položaj i odgovornost Saveznog predsednika.* – Funkcija Saveznog predsednika je inkopatibilna sa članstvom u Vladi ili bilo kom zakonodavnom telu savezne države ili Zemlje. Saveznom predsedniku je zabranjeno obavljanje bilo koje plaćene funkcije, samostalne delatnosti ili profesije, kao i članstvo u rukovodstvu ili nadzornom odboru profitno orijentisanog preduzeća. Iako se nigde direktno ne zabranjuje stranačka pripadnost Saveznog predsednika, ipak, od njega se očekuje stranačka neutralnost. Do sada su svi Savezni predsednici, tokom trajanja svog mandata, dezaktivirali eventualno članstvo u strankama. Što se tiče imuniteta Saveznog predsednika on je potpuno isti kao i za poslanike Bundestaga.

Ukoliko Savezni predsednik bude sprečen da obavlja svoju funkciju u zemlji (bolest, odmor, službeni put) ili privremeno napusti svoju dužnost, ovlašćenja Saveznog predsednika vrši predsednik Bundesrata. Savezni predsednik ne odgovara za političke akte tokom vršenja svoje funkcije, ali može biti optužen ukoliko krši Osnovni zakon ili druge zavezne zakone.<sup>22</sup> Dvotrećinskom većinom članova Bundestaga ili Bundesrata, može se pokrenuti postupak pred Saveznim ustavnim sudom i optužiti Saveznog predsednika za namerno kršenje Osnovnog zakona ili drugog saveznog zakona. Zahtev za podizanje ovakve optužbe mora biti podnet od najmanje jedne četvrtine članova Bundestaga ili Bundesrata. Pred Saveznim ustavnim sudom optužbu zastupa predstavnik onog tela koje je pokrenulo postupak. Ukoliko Savezni ustavni sud utvrdi namerno kršenje pomenutih pravnih akata od strane Saveznog predsednika, može da mu oduzme funkciju. Nakon isteka mandata, Savezni predsednik dobija određenu finansijsku nadoknadu.

*Nadležnost Saveznog predsednika.* – U okviru zakonodavne procedure nadležnost Saveznog predsednika je svedena na potpisivanje i proglašavanje saveznih zakona. Bez njegovog potpisa savezni zakoni nemaju pravnu snagu. Osnovni zakon ne dodeljuje Saveznom predsedniku pravo na veto prilikom potpisivanja zakona ukoliko se ne slaže sa njegovom sadržinom, ali on ima pravo da ne potpi-

---

2010, odnosno 2012. godine, taj datum je morao da bude pomeren kako bi bio usaglašen sa ustavnim odredbama.

<sup>22</sup> Savezni predsednik Horst Keler je maja 2010. godine podneo ostavku na svoju funkciju, nakon žestokih političkih i medijskih kritika koje su usledile nakon njegovog stava o učešću nemačke armije u vojnim intervencijama.

še zakon, ukoliko smatra da je protivan Osnovnom zakonu, što se u praksi veoma retko dešavalo.

Savezni predsednik predlaže kandidata za Saveznog kancelara Bundestagu, koji vrši izbor bez rasprave. Ukoliko predloženi kandidat ne dobije glasove većine članova Bundestaga, sam Bundestag može u roku od četrnaest dana od izbornog kruga da izabere Saveznog kancelara većinom glasova svojih članova. Savezni predsednik u roku od sedam dana od izbora imenuje Saveznog kancelara. Na predlog Saveznog kancelara sve savezne ministre imenuje i opoziva Savezni predsednik. Savezni predsednik imenuje i opoziva savezne sudije, savezne službenike, oficire i podoficire.

Raspuštanje Bundestaga je dato u nadležnost Saveznog predsednika u dva slučaja. Prvo, kada poslanici Bundestaga ne mogu da većinom izaberu Saveznog kancelara, i drugo, kada sa zahtevom Saveznog kancelara da mu se izglasa poverenje ne saglasi većina članova Bundestaga. U tom slučaju Savezni predsednik na predlog Saveznog kancelara može u roku od dvadeset i jednog dana da raspusti Bundestag. Ukoliko članovi Bundestaga izaberu novog Saveznog kancelara, ovo pravo na raspuštanje se ukida.

Inače, da bi naredbe i odluke Saveznog predsednika imale punu pravnu snagu moraju da imaju premapotpis Saveznog kancelara ili nadležnog saveznog ministra. Premapotpis se ne traži za imenovanje i opozivanje Saveznog kancelara i raspuštanje Bundestaga.

U ime Savezne države Nemačke Savezni predsednik u pojedinačnim slučajevima daje pomilovanje, s tim što on ovo pravo može da prenese i na druge organe.

## ZAKLJUČAK

Uparedno-pravni osvrt na instituciju predsednika republike u nekoliko država sa parlamentarnim režimom pokazuje raznovrsnost ustavnih i zakonskih rešenja položaja, uloge, izbora, nadležnosti i ovlašćenja, ali i odgovornosti predsednika republike kao šefa države i dela bicefalne egzekutive i njegovog odnosa sa drugim organima u organizaciji državne vlasti. Sva ta rešenja uslovljavaju odnosno određuju njegov položaj uopšte, a posebno njegov uticaj u vršenju vlasti u dotičnoj zemlji i stepen moći kojom raspolaže. Otuda, ustavno-pravno posmatrano, i može se govoriti o "slabom", odnosno "jakom" predsedniku republike, ali i onom koji nije ni previše jak, ni previše slab. Razume se, to onda dobrim delom, ako ne i odlučujuće utiče na oblikovanje različitih varijanata, odnosno tipova parlamen-

tarnog režima u republikanskim državama, o čemu u teoriji ustavnog prava i političkih nauka postoje brojna shvatanja i objašnjenja.<sup>23</sup>

Upravo navedeni primeri zemalja to jasno potvrđuju. Tako, posmatrano isključivo sa ustavno-pravnog aspekta, u Francuskoj parlamentarni režim je u velikoj meri dobio (za razliku od III i IV Republike) obrise jednog polupredsedničkog sistema, dok u Nemačkoj ustavno-pravna slika pokazuje postojanje jednog parlamentarnog sistema sa izrazito jakim kancelarom i njegovom vladom. Slično je i u Italiji i Grčkoj u kojima predsednik republike, nasuprot predsedniku vlade i samoj vladi, ima znatno manju ulogu. Srbija se, ako tako može da se kaže, u tom pogledu svojim Ustavom opredelila za neku vrstu srednjeg rešenja.

Naravno, u praksi sva navedena ustavno-pravna rešenja mogu biti potvrđena (ostvarena), ali i ublažena, delom izmenjena pod uticajem drugih, vanpravnih faktora. Naime, sasvim je razumljivo da na status, odnosno opšti položaj i delovanje predsednika republike, njegovu ulogu, uticaj na vršenje vlasti i moć uopšte u manjoj ili većoj meri (nekad i presudnoj) utiču i drugi činioци, pa, samim tim, i na menjanje (preobražavanje) samog parlamentarnog sistema utvrđenog Ustavom.

*Pitanja autoriteta predsednika republike.* – Jedan od tih faktora, ponekad i glavni, jeste autoritet ličnosti koja vrši funkciju predsednika republike. To može biti njegov lični autoritet koji proizilazi iz snage njegove ličnosti, snage njegove volje, harizmatičnosti i slično. Tipičan primer je, čini se, Šarl de Gol koji je ustavno-pravnom statusu Predsednika Republike Francuske utisnuo svoj snažan pečat. To se ogledalo kako u faktičkom jačanju njegovog ustavnog položaja kao Predsednika Republike, tako i njegovom ugledu i popularnosti, a time i njegovom uticaju na vršenje vlasti uopšte.

Međutim, to može biti i, da se tako kaže, nametnuti autoritet čoveka koji je predsednik republike. Reč je o autoritetu koji ne izvire iz njegove ličnosti, već iz njegove ambicije, volje za vlašću pa, shodno tome, u većoj ili manjoj meri i agresivnog ponašanja u vršenju vlasti, kao i vešte diplomatije ali i manipulisanja. Ako bi se, možda, za pojačani autoritet bivšeg francuskog Predsednika Nikolu Sarkozija u domenu međunarodnih odnosa i spoljne politike, pa i u političkom životu Francuske, moglo reći da je proizašao iz njegovih ličnih ambicija, dotle za predsednika republike u nekim drugim zemljama uzroci jakog autoriteta su bili i drugi, gore navedeni faktori.

Tako npr., to u velikoj meri važi za bivšeg Predsednika Republike Srbije Slobodana Miloševića. Pored ambicije i želje za vlašću, njegov jak položaj i odlučujućí uticaj na vršenje vlasti proisticali su i iz njegovog autoritarnog ponašanja u vršenju vlasti, nametanja svoje volje, držanja u poslušnosti svojih saradnika drugim

---

<sup>23</sup> Videti, Pavle Nikolić, op. cit., str. 306 i dalje.

organima vlasti i slično. Pri tome, ne treba zaboraviti ni ignorisanje samog Ustava (npr., pomenuto zadržavanje pod velom izmišljenog “zamrzavanja” funkcije predsednika njegove političke partije – Socijalističke partije Srbije, falsifikovanje izbora, i dr.). Povezano sa njegovom stvarnom ulogom i moći stoji i činjenica da je njegova partija bila vladajuća, pa tako i držala sve konce u Narodnoj skupštini, Vladi i drugim organima (sudstvu, upravi i dr.). Naravno, to je onda davalo poseban pečat (autoritarni) čitavom sistemu vlasti i režimu uopšte. Uzgred rečeno, pod vladom istog Ustava (od 1990), ali u promenjenim okolnostima, nepostojanja tih drugih činilaca i njihovog dejstva (onih iz vremena vlade S. Miloševića), položaj jednog drugog predsednika Republike Srbije, Milana Milutinovića (1997–2002.) je bio faktički degradiran, a uticaj na vršenje vlasti praktično nepostojeći. To samo potvrđuje izuzetan značaj tih drugih činilaca u ustpostavljanju nametnutih autoriteta jednog predsednika republike.

Kada je reč o Srbiji, valja reći da je i dosadašnji Predsednik Republike Boris Tadić imao faktički jači položaj i uticaj, kako na unutrašnjem tako i međunarodnom planu, u poređenju sa njegovim statusom određenim Ustavom od 2006. godine (pa i onim od 1990. godine). Može se verovati da je to bila posledica, ne njegovog ličnog autoriteta kao političara i državnika, već ambicije i namere, njegove i njegove stranke, čiji predsednik je ostao uprkos zabrani Ustava, da obezbede i pojačaju svoju vlast i poziciju u režimu.

*Predsednik republike i političke stranke.* – Nije potrebno posebno naglašavati uticaj i jednog drugog faktora – političke stranke. Činjenica da predsednik republike pripada političkoj partiji koja je na vlasti (ima većinu u parlamentu, vodi vladu, i slično) sigurno da stimulatивно utiče na položaj i ulogu (moć) predsednika republike u političkom životu zemlje, odnosno i u samom funkcionisanju režima, ali ne mora imati i presudan uticaj (npr. Sarkozy u Francuskoj). Međutim, ako je predsednik republike istovremeno i lider (aktivni predsednik takve stranke, bez obzira da li ustav te zemlje to toleriše ili zabranjuje), onda to, po prirodi stvari, u velikoj meri (možda i odlučujuće), uz dejstvo i drugih činilaca koji pozitivno utiču na autoritet predsednika, jača njegovu poziciju u sistemu. Mogućno je da to onda, kao npr. u slučaju Srbije pod “vladom” Miloševića dovede i do faktičkog uspostavljanja autoritarnog režima. U svakom slučaju, reč je o znatnom jačanju pozicije predsednika republike (npr. Tadića u Srbiji).

Međutim, praksa u nekim zemljama pokazuje da predsednik republike pripada političkoj partiji koja nije na vlasti, već nekoj drugoj, opozicionoj, i što je češći slučaj – ne pripada ni jednoj partiji. Tada je reč o jednoj ili drugoj vrsti kohabitacije. U prvom slučaju sigurno je da to ne utiče povoljno na poziciju, odnosno ulogu predsednika republike u vršenju njegove funkcije i u političkom životu



uopšte (pored drugih faktora, očigledno da je i to uslovalo marginalni položaj i odsustvo uticaja M. Milutinovića u Srbiji). Šta više, to može da dovodi do neslaganja (sukobljavanja) predsednika republike i parlamenta i vlade povodom pojedinih pitanja (Klaus u Češkoj, Basesku u Rumuniji).

Valja verovati da u zemljama u kojima predsednik republike ne pripada nijednoj političkoj partiji, takva vrsta kohabitacije između njega kao vanpartijske ličnosti i vladajuće partije je (mnogo) manje izložena opasnostima sukobljavanja. To, ipak, treba primiti sa rezervom: naime to će zavisiti od ustavnog položaja, snage njegovog ličnog autoriteta, njegovog političkog opredeljenja i slično.

Stiče se utisak, a to izgleda i logično, da nepartijska ličnost se bira za predsednika republike u onim sistemima u kojima je njegov ustavni položaj slab a njegova uloga, dobrim delom, ceremonijalna. Takve slučajeve je beležila praksa u Nemačkoj, Italiji i dr. Naravno, pri tome, ne treba smetnuti sa uma činjenicu da se takvim slučajevima predsednik republike bira iz reda izuzetno uglednih građana. Međutim, praksa pokazuje da i u sistemima sa jakim (jačim) predsednikom republike može da se desi da izabrani predsednik dezaktivira (napušta) svoje članstvo u političkoj partiji. Takav slučaj je danas Srbiji – novoizabrani predsednik Tomislav Nikolić je napustio svoju stranku. Naravno, ne treba zaključiti da u slučajevima kada predsednik republike dezaktivira svoje članstvo u partiji da time gubi svaku podršku svoje stranke. Treba verovati da ta podrška (u većoj ili manjoj meri) ipak ostaje.

\*  
\*   \*  
\*

Na kraju, nameće se očigledan zaključak da na položaj, učešće u vlasti i moć predsednika republike u parlamentarnim državama utiču prevashodno dva faktora: ustavno-pravna rešenja i vanpravni činiooci. Nije uvek lako utvrditi da li pretežan uticaj imaju oni prvi ili ovi drugi (da se ostavi po strani i eventualni uticaj još nekih činilaca), mada i istorijska praksa to ponekad jasno otkriva.

Otuda, u životu raznih država sa parlamentarnim sistemom institucija predsednika republike nije, a teško i može da bude jednoobrazna (ista). Razlike mogu da budu manje ili veće. Razumljivo, to onda utiče i na sam model (tip) parlamentarnog sistema u svakoj od tih država, mada to nije uvek i glavni (možda ni jedini) činilac koji uslovljava preobražavanje, menjanje, pa i izvitoperavanje ovog sistema vlasti.

OLIVER NIKOLIĆ, LL.D.,  
Assistant Professor, Research associate,  
Institute of Comparative Law, Belgrade

THE PRESIDENT OF THE REPUBLIC  
IN THE PARLIAMENTARY REGIME

Summary

The executive function in the current parliamentary systems is being implemented through the bicefal executive, i.e. by the head of the state and government. The relation between these two bodies of executive authority varies considerably from state to state, weather in favor of one or another one. Besides constitutional determinations, the position of the president of the republic is under the strong influence of the personal authority and the reputation of the person who acts as the head of the state, and then, as well, of the structure of the political parties' relations in the country. Comparative – legal review of the presidential institution in France, Serbia and Germany presents the variety of constitutional and legal solutions for the position, role, election, jurisdiction and powers, but also responsibilities of the president of the republic as the head of the state and a part of bicefal executive and his relationship with other bodies in the organization of the state authority.

GORAN MARKOVIĆ

## DETERMINANTE PARTIJSKOG SISTEMA BOSNE I HERCEGOVINE

### U V O D

Bosna i Hercegovina je država sa specifičnim partijskim sistemom. Najvažniji pravno-politički činioci koji utiču na njegovo oblikovanje su izborni sistem, oblik državnog uređenja, oblik političkog režima i političke stranke. Ovi činio-ci su istovremeno i pravni i politički zato što imaju svoje uporište u ustavnopravnom sistemu, ali izviru i iz prirode društva i političkih procesa čiji su glavni nosioci nacionalne političke elite.

Osnovne karakteristike partijskog sistema u Bosni i Hercegovini su: 1) veliki broj političkih stranaka; 2) fragmentiranost parlamenata, bez mogućnosti dominacije jedne političke stranke; 3) široke koalicione vlade; 4) etnički karakter političkih stranaka; 5) odsustvo ideološki uslovljenih koalicija i jasnog ideološkog profilisanja političkih stranaka; 6) entitetska ograničenja partijskog organizovanja i djelovanja.

Pošto je Bosna i Hercegovina složena država, a političke stranke imaju etničko, dobrim dijelom i entitetsko, obilježje, partijski sistem je složen, u tom smislu da ga čine partijski sistemi na državnom nivou, entitetskom nivou i u okviru pojedinih konstitutivnih naroda. U najvećem broju slučajeva, iste partije se javljaju u sva tri sistema. Izvjesni faktori utiču na razlike između partijskog sistema uspostavljenog na nivou države i onih koji funkcionišu na nivou entiteta i u okviru

---

Dr Goran Marković, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Istočnom Sarajevu.

pojedinih naroda. Samo je na prvi pogled paradoksalno da Bosna i Hercegovina ime jedinstven izborni sistem, a složen partijski sistem.

#### UTICAJ IZBORNOG SISTEMA NA PARTIJSKI SISTEM

Bosna i Hercegovina ima proporcionalni izborni sistem. On je najvećim dijelom uređen Izbornim zakonom Bosne i Hercegovine, donesenim 2001. godine.<sup>1</sup> Federalno uređenje Bosne i Hercegovine omogućava da i entiteti imaju svoje izborne zakone. Ustav Bosne i Hercegovine ne uređuje detaljno ovu materiju, već sadrži samo nekoliko sasvim uopštenih normi o tome da će država urediti izbore za Parlamentarnu skupštinu i Predsjedništvo Bosne i Hercegovine.

Aneks VI (Sporazum o izborima) Opšteg okvirnog sporazuma o miru u Bosni i Hercegovini i Izborni zakon Bosne i Hercegovine detaljnije uređuju ovu materiju. Sporazum o izborima u članu V predviđa postojanje stalne izborne komisije, koja će biti nadležna za sprovođenje izbora u Bosni i Hercegovini (a ne “na nivou Bosne i Hercegovine”), što implicira da će država, u osnovi, biti nadležna da uređuje izborni sistem.

Izborni zakon u čl. 1.1 propisuje da se njime uređuju principi koji važe za izbore na svim nivoima vlasti u Bosni i Hercegovini. Time je zaokružen jedinstveni izborni sistem Bosne i Hercegovine, koji predstavlja temelj za formiranje partijskog sistema.

Izborni sistem po više osnova<sup>2</sup> utiče na oblikovanje partijskog sistema: 1) njime se ustanovljava izborni prag od 3%; 2) primjenjuje se Sent-Lagijev (Sainte-Laguë) metod raspodjele mandata; 3) izborne jedinice na izborima za Predstavnički dom Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine obrazuju se unutar entiteta; 4) ustanovljeni su tzv. kompenzacioni mandati.

#### *Izborni prag*

Izborni zakon u čl. 9.5 predviđa da će politički subjekt<sup>3</sup> učestvovati u raspodjeli mandata ako osvoji više od 3% glasova u izbornoj jedinici. Ovaj izborni

---

<sup>1</sup> *Službeni glasnik Bosne i Hercegovine*, br. 23/01, 7/02, 9/02, 20/02, 25/02, 4/04, 20/04, 25/05, 52/05, 65/05, 77/05, 11/06, 24/06, 32/07, 33/08, 37/08, 32/10.

<sup>2</sup> John G. Grumm, “Theories of Electoral Systems”, *Midwest Journal of Political Science*, Vol. 2, No. 4, Nov. 1958, 357–376.

<sup>3</sup> Prema Izbornom zakonu, politički subjekti su političke stranke, koalicije političkih stranaka, nezavisni kandidati i liste nezavisnih kandidata.

prag je nizak u odnosu na znatan broj država, pogotovo onih koje su promijenile svoje izborne sisteme nakon raspada Istočnog bloka,<sup>4</sup> kao i u odnosu na većinu država u regionu.<sup>5</sup> On je u skladu sa preporukom Parlamentarne skupštine Savjeta Evrope, izraženom u Rezoluciji broj 1547 iz 2007. godine, o stanju ljudskih prava i demokratije u Evropi, u kojoj se kaže da izborni prag ne treba da prelazi 3%.<sup>6</sup> Na ovaj način uspostavlja se odgovarajuća veza između potrebe za pravičnom predstavljenošću različitih mišljenja i interesa u parlamentu i efikasnog rada parlamenta i vlade.

Određenje izbornog praga od 3 ili 5% ne mora uticati na povećanje broja parlamentarnih stranaka. Na opštim izborima održanim 2010. godine, u Predstavnički dom Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine ušle su samo političke stranke koje su u izbornim jedinicama osvajale više od 10% glasova.<sup>7</sup> Isto se dogodilo na izborima održanim 2006. godine. Drugim riječima, mali broj direktnih mandata koji se raspodjeljuju u svakoj pojedinoj izornoj jedinici i odnos snaga političkih stranaka mogu eliminisati praktični značaj dileme o tome da li treba povisiti izborni prag. Isto se dogodilo na izborima za Predstavnički dom Parlamenta Federacije Bosne i Hercegovine. Međutim, to nije bio slučaj sa izborima za Narodnu skupštinu Republike Srpske, održanim 2010. godine, jer bi povećanje izbornog praga sa 3 na 5% dovelo do toga da bi manje političke stranke izgubile šest mandata, a neke od njih uopšte ne bi stekle status parlamentarnih stranaka.<sup>8</sup> Slično tome, na izborima za skupštine kantona, direktne mandate su osvajale i političke stranke koje su osvojile više od 3 a manje od 5 % glasova.

Zadržavanje izbornog praga od 3% je potrebno iz više razloga: 1) ono ne vodi nužno ekstremnoj fragmentaciji partijske scene; 2) demokratsko je, jer omogućava da u parlamentu budu zastupljeni različiti stavovi i, što je još važnije, interesi; 3) neophodno je u multietničkom društvu i političkom režimu konsoci-

---

<sup>4</sup> Milan Jovanović, "Izborna jedinica, izborni prag i stranački sistem", *Srpska politička misao*, br. 1–2/2006, 44.

<sup>5</sup> Izborni prag u Srbiji i Hrvatskoj iznosi 5%, u Crnoj Gori 3 %, a u Sloveniji 4 %.

<sup>6</sup> *Stanje ljudskih prava i demokratije u Evropi*, Internet prezentacija Savjeta Evrope, <http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta07/ERES1547.htm>, pogledano 06.09.2012.

<sup>7</sup> Što je manji broj direktnih mandata koji mogu biti osvojeni u određenoj izornoj jedinici, potrebno je osvojiti veći procenat glasova da bi se učestvovalo u raspodjeli mandata.

<sup>8</sup> Demokratska partija (DP) bi osvojila jedan umjesto dva mandata, Socijaldemokratska partija (SDP) bi osvojila dva umjesto tri, Stranka demokratske akcije (SDA) jedan umjesto dva, Demokratski narodni savez (DNS) bi osvojio pet umjesto umjesto šest, dok Narodna demokratska stranka (NDS) ne osvojila nijedan umjesto osvojena dva mandata.

jativne demokratije, pogotovo na subnacionalnim nivoima, u kojima je izrazita nesrazmjera između biračkog tijela pojedinih konstitutivnih naroda.<sup>9</sup>

Ima mišljenja da je izborni prag od 3% prenizak, jer vodi pretjeranoj fragmentaciji parlamenta, nestabilnim parlamentarnim većinama i širokim koalicionim vladama.<sup>10</sup> Ovo mišljenje je teorijski opravdano, ali se pokazalo da u bosanskohercegovačkim prilikama nije naročito tačno. Istina je da u Bosni i Hercegovini postoji značajna partijska fragmentiranost parlamenata, ali ona sama nije uzrok nestabilnih parlamentarnih većina i širokih koalicija. Koalicionne vlade na nivou Bosne i Hercegovine uvijek su široke i moraju biti takve. Radi se o tzv. velikim koalicijama, u koje ulaze političke stranke iz reda sva tri naroda. Čim se dogodila partijska diferencijacija unutar svakog naroda, koalicije su se morale sastojati od najmanje pet ili šest političkih stranaka. Male političke stranke, čiji uticaj se kreće oko 3% glasova, ne učestvuju u tim koalicijama. Drugo, parlamentarne većine su često nestabilne, ali ne zato što ih čini veliki broj malih stranaka, već zato što ih čine nacionalne stranke koje nemaju slične poglede na mnoga važna pitanja državne politike. Kad bi izborni prag bio povećan, na primjer na 5 %, u parlamentima bi bilo manje političkih stranaka, što ne bi bitno ili čak uopšte uticalo na stabilnost parlamentarnih većina i koalicionih vlada, jer bi ih i dalje činile velike stranke koje se ne mogu sporazumjeti o najvažnijim pitanjima državne politike.

### *Sistem raspodjele mandata i izborne jedinice*

Sistem raspodjele mandata takođe utiče na oblikovanje partijskog sistema. Političke stranke su motivisane da djeluju samostalno ukoliko imaju više izgleda da steknu i zadrže parlamentarni status. U Bosni i Hercegovini je prihvaćen Sent-Lagijev metod raspodjele mandata,<sup>11</sup> koji ima dosta sličnosti sa D'Ontovim me-

<sup>9</sup> Na primjer, na izborima za Skupštinu Livanjskog kantona, održanim 2006. godine, Bošnjaci bi, kao malobrojniji narod, imali dva puta manje predstavnika koji bi osvojili direktne mandate, da je izborni prag iznosio 5 %. Ili, Hrvati bi ostali bez predstavnika u Skupštini Zeničko-dobojskog kantona. – *Rezultati izbora 2006. godine*, Internet prezentacija Centralne izborne komisije Bosne i Hercegovine, <http://www.izbori.ba/rezultati/konacni/kantoni/cantonsMainPage.asp?jed=210>, pogledano 06.09.2012. Na izborima za Narodnu skupštinu Republike Srpske, održanim 2010. godine, bošnjačke stranke osvojile bi dva umjesto pet mandata. – *Potvrđeni rezultati opštih izbora održanih 2010. godine*, Internet prezentacija Centralne izborne komisije Bosne i Hercegovine, <http://www.izbori.ba/Finalni2010/Finalni/NarodnaSkupstinaRS/Default.aspx>, pogledano 06.09.2012.

<sup>10</sup> Zvonko Mijan, "Volja birača ili algebra bez granica: kakav izborni sistem treba BiH", *Puls demokratije*, <http://arhiva.pulsdemokratije.net/index.php?id=304&l=bs>, pogledano 09.09.2012.

<sup>11</sup> Ovaj metod je prihvaćen u Njemačkoj, Novom Zelandu, Švedskoj, Danskoj i nizu drugih država.

todom, ali se od njega razlikuje u jednom bitnom svojstvu – većoj proporcionalnosti, čime se izlazi u susret manjim strankama i stvara mogućnost fragmentacije partijskog sistema.<sup>12</sup> Izgleda, međutim, da primjena ovog metoda nije uvijek obezbjeđivala punu proporcionalnost,<sup>13</sup> a političke stranke ponekad osvajaju isti broj mandata uprkos značajnim razlikama u pogledu osvojenih glasova.<sup>14</sup> Male izborne jedinice na izborima na državnom nivou, postojanje kompenzacionih mandata i nesrazmjerna snaga stranaka u pojedinim izbornim jedinicama utiču na to da se kod pojedinih političkih stranaka javlja izvjesna disproportionalnost.

Veličina izbornih jedinica značajno varira, u zavisnosti od nivoa vlasti na kome se izbori organizuju. Tako, na izborima za Predstavnički dom Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine, u tri izborne jedinice u Republici Srpskoj raspodjeljuju se po tri direktna mandata, a u Federaciji Bosne i Hercegovine između tri i šest (od pet izbornih jedinica, samo u jednoj izornoj jedinici se dijeli šest direktnih mandata). Načelno, proporcionalnost je veća ukoliko se u izbornim jedinicama dijeli više mandata.

Izborne jedinice se obrazuju u entitetima.<sup>15</sup> Ovo rješenje je uobičajeno za federalne države.<sup>16</sup> Postoje argumenti za i protiv ovog rješenja, a koji od njih će

---

<sup>12</sup> Dragan Đukanović, "Izborni sistemi u zemljama nastalim na području nekadašnje Jugoslavije", *Međunarodni problemi*, br. 4/2006, 515.

<sup>13</sup> Na izborima za Predstavnički dom Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine održanim 2010. godine, parlamentarne stranke su osvajale sljedeći procenat glasova u odnosu na procenat mandata: Socijaldemokratska partija 26,07:28,57; Stranka demokratske akcije 19,40:25; Savez za bolju budućnost 12,16:14,28; Hrvatska demokratska zajednica 10,99:10,71; Hrvatska koalicija HDZ 1990-HSP 4,86:7,14; Narodna stranka "Radom za boljitak" 4,81:3,57; Savez nezavisnih socijaldemokrata 43,30:57,14; Srpska demokratska stranka 22,19:28,57; Partija demokratskog progresa 6,45:7,14; Demokratski narodni savez 4,59:7,14.

<sup>14</sup> Tako su, na primjer, u izornoj jedinici 1 u Federaciji Bosne i Hercegovine, Socijaldemokratska partija i Demokratska narodna zajednica osvojile po jedan mandat, iako je prva imala 2,3 puta više glasova od druge.

<sup>15</sup> Do 2000. godine, entiteti su predstavljali jedinstvene izborne jedinice na izborima za Predstavnički dom Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine.

<sup>16</sup> Ustav Švajcarske u čl. 149, st. 3 predviđa da će prilikom izbora za Nacionalni savjet svaki kanton predstavljati posebnu izbornu jedinicu. Ustav Meksika u čl. 52 predviđa da će se članovi Predstavničkog doma birati u okviru država i teritorija. Ustav Argentine u čl. 45 predviđa da će članovi donjeg doma biti birani od strane građana provincija. Član 24 Ustava Australije propisuje da će članovi Predstavničkog doma biti birani u državama, u skladu sa njihovom brojnošću. Član 45 Ustava Brazila propisuje da će članovi donjeg doma federalnog parlamenta biti birani u svakoj državi, svakoj teritoriji i u Federalnom distriktu. Član 37 BNAA (Ustava Kanade) predviđa koliko će članova donjeg doma (House of Commons) biti birano u svakoj od provincija i federalnih teritorija. Član 81 Ustava Indije u stavu 1 predviđa da će članovi Narodnog doma biti birani na teritoriji država. Ustav SAD u članu I odsjek 2 određuje da će članove Predstavničkog doma birati narod u državama.



biti uvaženi, više zavisi od političkih činilaca. Pošto je donji dom predstavništvo građana, bilo bi logično da se prilikom obrazovanja izbornih jedinica ne uzima u obzir granice federalnih jedinica. Međutim, budući da federalne jedinice u mnogim federacijama posjeduju znatnu autonomiju, koju žele očuvati, smatra se da nije poželjno da granice izbornih jedinica prelaze granice federalnih jedinica.

Ovo je naročito teško zamislivo u Bosni i Hercegovini, u kojoj dominantni politički i ideološki diskurs sprečava da se razmišlja o kategoriji građanina Bosne i Hercegovine. Političke stranke imaju svoje kandidate u oba entiteta, pa se događa da neka partija ima poslanike u Predstavničkom domu iz oba entiteta. U ovom sazivu Parlamentarne skupštine, to nije uspjela postići nijedna partija, dok su u sazivima 2002–2006. i 2006–2010. dvije stranke sa sjedištem u Federaciji Bosne i Hercegovine imale po jednog poslanika u Predstavničkom domu izabranog na teritoriji Republike Srpske.<sup>17</sup> Na izborima održanim 1996. i 1998. godine, bošnjačke stranke su osvajale po tri mandata u Predstavničkom domu, sa teritorije Republike Srpske. Međutim, i kad poslanici iz oba entiteta djeluju kao jedinstven poslanički klub, njihova partija ostaje monoetnička, pa se i dalje ne može tvrditi da predstavljaju građane oba entiteta, osim ako se pod tim ne misli da su dobile glasove određenog broja građana iz oba entiteta, ne ulazeći u njihovu brojnost i etničku pripadnost.

### *Kompenzacioni mandati*

Izborni sistem utiče na prirodu partijskog sistema i posredstvom tzv. kompenzacionih mandata.<sup>18</sup> Oni treba da omoguće proporcionalniju raspodjelu mandata.<sup>19</sup> Prilikom dodjele ovih mandata, vodi se računa o broju glasova koji politička stranka ili koalicija osvoji na nivou entiteta.<sup>20</sup> Taj broj glasova se preračunava u mandate koje bi stranka ili koalicija osvojila na nivou entiteta. Od tog broja man-

<sup>17</sup> To je bio slučaj sa Strankom demokratske akcije i Strankom za Bosnu i Hercegovinu.

<sup>18</sup> Pojedini autori govore o kompenzacionom izbornom sistemu: “na višoj se razini raspodjeljuje zakonski utvrđen broj mandata kako bi se ublažio stupanj nesrazmjernosti u odnosu između glasova i mandata što je nastao na razini temeljnoga izbornog okruga”. – Mirjana Kasapović, *Izborni leksikon*, Politička kultura, Zagreb 2003, 235.

<sup>19</sup> Izborni zakon u članu 1.1a daje definiciju kompenzacionih mandata: “Kompenzacijski mandati’ podrazumijevaju mandate koji se raspodjeljuju na liste političkih stranaka ili koalicija prema broju dobivenih važećih glasova i služe da kompenziraju nedovoljnu proporcionalnost na nivou entiteta, a koja nastaje sabiranjem rezultata za pojedine višečlane izborne jedinice u entitetu.”

<sup>20</sup> Od ukupnog broja mandata koji se raspodjeljuju na nivou entiteta oduzima se broj mandata koji su pripali nezavisnim kandidatima. U raspodjeli kompenzacionih mandata učestvuju samo liste koje su na nivou entiteta osvojile više od 3% glasova.

data oduzima se zbir mandata koji ona osvoji u svim izbornim jedinicama. Ako je razlika ta dva broja pozitivna, stranka ili koalicija će dobiti kompenzacione mandate. Ovi mandati omogućavaju parlamentarnu predstavljenost i malim strankama, koje ni u jednoj izbornoj jedinici nisu prešle prag od 3%.<sup>21</sup> Kompenzacioni mandati mogu poboljšati parlamentarnu predstavljenost i onih stranaka koje u pojedinim izbornim jedinicama prelaze izborni prag, ali ne osvajaju direktne mandate. Takvim strankama, kompenzacioni mandati su spasonosan instrument za realniju parlamentarnu predstavljenost.<sup>22</sup> Na koncu, iako ne manje važno, kompenzacioni mandati omogućavaju da u parlamentima budu bolje predstavljene političke stranke manje brojnih konstitutivnih naroda.<sup>23</sup>

#### UTICAJ PRIRODE POLITIČKIH STRANAKA NA PARTIJSKI SISTEM

Na funkcionisanje partijskog sistema utiču ideološka priroda političkih stranaka i njihov koalicioni potencijal. Prvi činilac daje političkim strankama obilježje specifičnih organizacija i zaslužuje posebno istraživanje. Naime, političke stranke u Bosni i Hercegovini čine tek prve korake ka ideološkom određenju i, osim rijetkih izuzetaka, ni u kom slučaju ne bi mogle biti shvaćene kao ideološ-

---

<sup>21</sup> Na primjer, na izborima održanim 2002. godine, Hrvatska seljačka stranka (HSS) je osvojila jedan (kompenzacioni) mandat u Predstavničkom domu Parlamenta Federacije Bosne i Hercegovine, iako je na nivou Federacije osvojila 0,88%, a u većini izbornih jedinica je osvajala između 0,50 i 0,80%, da bi samo u tri izborne jedinice osvojila između 1,30 i 1,80 % glasova. Neki autori kritikuju ovakve efekte kompenzacionih mandata: "Dakle, sve ove stranke su 'ugurane' u zakonodavne organe vlasti, a da nisu prešle zakonom utvrđeni izborni prag od 3% na nivou na kojem se tvori predstavnička vlast što je *conditio sine qua non* ulaska u zakonodavna predstavnička tijela vlasti." – Suad Arnautović, *Političko predstavljanje i izborni sistemi u Bosni i Hercegovini u HH stoljeću*, Promocult, Sarajevo 2009, 603.

<sup>22</sup> Na izborima za Predstavnički dom Parlamenta Federacije Bosne i Hercegovine, 2002. godine, Bosanska stranka (BOSS) je u tri izborne jedinice osvojila više od 3 % glasova, ne dobivši nijedan direktan mandat. Međutim, stranka je osvojila ukupno tri mandata – jedan direktan i dva kompenzaciona. Da nije bilo kompenzacionih mandata, stranka bi ušla u parlament sa samo jednim mandatom. Na izborima za Predstavnički dom Parlamenta Federacije, održanim 2006. godine, sva tri mandata Narodne stranke "Radom za boljitak" bili su kompenzacioni, kao i tri od četiri mandata Bosanskohercegovačke patriotske stranke. Prva stranka prešla je izborni prag u sedam, a druga u šest izbornih jedinica.

<sup>23</sup> Na izborima za Narodnu skupštinu Republike Srpske, održanim 2002. godine, od 14 mandata bošnjačkih stranaka, šest su bili kompenzacioni. Na istim izborima, srpske stranke su osvojile jedan mandat, i to kompenzacioni, u Predstavničkom domu Parlamenta Federacije. Na izborima za Narodnu skupštinu Republike Srpske, održanim 2006. godine, od osam mandata koji su pripali bošnjačkim strankama, pet su kompenzacioni.

ki dovršene političke organizacije. Čak i kad se ideološki definišu u svojim dokumentima, ne vide se jasne razlike u političkim ciljevima i političkoj strategiji. Kad je riječ o dugoročnim političkim ciljevima, jasne razlike se vide povodom sljedećih pitanja: egzistencije i teritorijalnog uređenja Bosne i Hercegovine, njenog državnog uređenja i političkog režima. Ove razlike, međutim, nisu uslovljene ideološkim samoodređenjem stranaka, već njihovim etničkim karakterom.

Etnički karakter političkih stranaka vodi fragmentaciji partijskog sistema i u tom smislu što se "dupliraju" političke stranke istog ideološkog samoodređenja. U tom pogledu, partijski sistem Bosne i Hercegovine vrlo je sličan partijskom sistemu Belgije.

Ako su ideološke razlike od sekundarnog značaja za oblikovanje partijskog sistema, to se ne bi moglo reći za razlike koje proističu iz političke strategije i stavova o pojedinim važnim političkim pitanjima, od kojih su najvažnija pitanja ustavne reforme. Povodom ovih pitanja, dolazilo je do rascjepa u najvažnijim političkim strankama.<sup>24</sup> Povremeno su formirane predizborne koalicije koje su značajno uticale na politički život zemlje, kao što su Koalicija za cjelovitu i demokratsku Bosnu i Hercegovinu i Koalicija "Sloga".<sup>25</sup>

Na oblikovanje partijskog sistema utiče postojanje tzv. velikih koalicija. Multietnički karakter društva i konsocijativni tip političkog režima uslovljavaju da u vladama učestvuju predstavnici konstitutivnih naroda.<sup>26</sup> Vlade najčešće formiraju najuticajnije stranke iz reda svih naroda, pa koalicioni potencijal malih parlamentarnih stranaka nije značajan. Zaista, vlade su dosad najčešće formirale najveće etničke političke stranke.

Ustavna rješenja, međutim, omogućavaju da i male parlamentarne stranke povremeno dobijaju neočekivano značajnu ulogu u formiranju velikih koalicija.

<sup>24</sup> Najsvježiji primjer podjele po ovom osnovu bio je rascjep u Hrvatskoj demokratskoj zajednici, nakon čega je prestala dominacija ove stranke u hrvatskom biračkom tijelu. Odmah nakon rata došlo je do rascjepa u Stranci demokratske akcije i formiranja Stranke za Bosnu i Hercegovinu, odnosno u Srpskoj demokratskoj stranci i formiranja Srpskog narodnog saveza. U oba slučaja, osnovni razlog rascjepa bile su razlike u viđenju političke strategije koja treba da dovede po političkih ciljeva. Manje dalekosežan bio je rascjep u Hrvatskoj demokratskoj zajednici, kada je formirana Nova hrvatska inicijativa.

<sup>25</sup> Mile Dmičić, "Izborni sistem i izborne koalicije u Bosni i Hercegovini", *Pravni život*, br. 14/2009, 804.

<sup>26</sup> Ovo je uvijek slučaj na nivou države i Federacije Bosne i Hercegovine, ali nije uvijek slučaj u Republici Srpskoj, pošto brojčana predominacija srpskog naroda dovodi do predominacije srpskih političkih stranaka u Narodnoj skupštini Republike Srpske, koje ne mogu formirati vladu bez bošnjačkih i hrvatskih ministara, ali mogu bez učešća bošnjačkih i hrvatskih stranaka. Učešće bošnjačkih i/ili hrvatskih stranaka u vladi dogodiće se samo ako su srpske stranke podijeljene i nijedna od njih ne može formirati vladu sama ili sa drugim, manjim srpskim strankama.

Naime, ustavi ne zahtijevaju da u sastav vlada ulaze legitimni predstavnici konstitutivnih naroda, tako da ministre mogu dati i male parlamentarne stranke. To se prvi put dogodilo sa Alijansom za promjene, 2000. godine, kada su Socijaldemokratska partija i Stranka za Bosnu i Hercegovinu formirale vladu, između ostalog, i sa Novom hrvatskom inicijativom. Noviji primjer dogodio se nakon izbora 2010. godine, kada su u Federaciji Bosne i Hercegovine minorne parlamentarne stranke ušle u vladu.<sup>27</sup>

Postoji li odnosno da li je u Bosni i Hercegovini moguć višepartijski sistem sa dominantnom strankom? U odgovoru na ovo pitanje, mora se voditi računa o tome da li se govori o državnom ili subdržavnom nivou, kao i o tome da li se posmatra partijski sistem na nivou društva ili na nivou njegovih segmenata, pod kojim podrazumijevamo politički organizovane nacije odnosno konstitutivne narode. Ovaj drugi kriterij je opravdan zato što je bosanskohercegovačko društvo segmentirano (podijeljeno), što utiče na postojanje "partijskih podsistema" u okviru jednog partijskog sistema. To znači da postoje političke stranke koje imaju iste ideološke a različite etničke predznake.

Podimo od Sartorijeve (Giovanni Sartori) definicije sistema sa dominantnom strankom kao onih sistema u kojima jedna politička stranka osvaja apsolutnu većinu mandata, osim ako jednostranačka manjinska vlada uspijeva djelovati efikasno i stabilno.<sup>28</sup> Ovom kriteriju, Sartori dodaje još jedan – politička stranka mora osvojiti apsolutnu većinu barem tri puta uzastopno. Ako posmatramo sastav Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine i zanemarimo etnički karakter političkih stranaka, možemo reći da u višepartijskom sistemu Bosne i Hercegovine nema dominantne stranke. Nijedna stranka ne uspijeva osvojiti apsolutnu većinu mandata, niti upravljati sama, obrazujući stabilnu manjinsku vladu. Međutim, ako sastav Parlamentarne skupštine posmatramo sa stanovišta odnosa snaga političkih stranaka koje imaju isti etnički predznak, odnosno ako posmatramo pojedine partijske podsisteme, vidjećemo da postojanje dominantne stranke nije rijetka pojava.<sup>29</sup> Na izborima održanim 1996. i 1998. (sa izuzetkom Republike Srbije), pojedine stranke su dominirale parlamentima. Već na izborima održanim 2000. i 2002. godine, ove dominacije nije bilo ni u državnom ni u entitetskim parlamentima. Na izborima održanim 2006. godine ponovo je uspostavljena domi-

---

<sup>27</sup> U vladu su ušle Narodna stranka "Radom za boljitak", koja je osvojila pet od 98 mandata, i Hrvatska stranka prava, koja je manje uticajna članica koalicije koju čini i HDZ 1990 (koalicija je osvojila pet mandata).

<sup>28</sup> Giovanni Sartori, *Stranke i stranački sustavi*, Politička kultura, Zagreb 2002, 182–183.

<sup>29</sup> U Republici Srpskoj, od 1996. do 2012. godine, dominacija jedne stranke je postojala osam godina, a u Federaciji Bosne i Hercegovine šest godina.

nacija jedne stranke, ovaj put u Republici Srpskoj.<sup>30</sup> Ovaj trend je nastavljen i na izborima održanim 2010. godine, mada nešto manje izražen.<sup>31</sup> Kad se posmatraju nacionalna biračka tijela, najkasnije je prestala dominacija jedne hrvatske političke stranke – Hrvatske demokratske zajednice – i to 2006. godine.

Polovinu ili trećinu poslijeratnog perioda postojala je dominacija jedne stranke na nivou entiteta. Međutim, to nije bila dominacija istih političkih stranaka. Tako je, na primjer, u Republici Srpskoj dominirala prvo Srpska demokratska stranka a zatim Savez nezavisnih socijaldemokrata. Među Hrvatima, s druge strane, uvijek je dominirala Hrvatska demokratska zajednica. Stoga se partijski sistem Bosne i Hercegovine ne može posmatrati kao višepartijski sistem sa dominantnom strankom.

Ukoliko je dominacija postojala, bila je uslovljena dejstvom dva osnovna činioca. Jedan činilac su istorijske okolnosti u kojima su političke stranke nastale i djelovale, a drugi je priroda samog društva. Prvi činilac se ogleda u sljedećem. Političke stranke su nastale u vrijeme nacionalne homogenizacije i dubokih međunacionalnih podjela, kojima su u velikoj mjeri same doprinijele. Tad su djelovale kao organizacije koje su okupljale većinu pripadnika jedne nacije, prikazujući se predstavnicima i zaštitnicima nacionalnih interesa. One su bile političke predvodnice svojih naroda tokom rata. Neposredno po okončanju rata, kada su međuetničke tenzije bile vrlo izražene, one su mogle računati na podršku većine pripadnika svojih naroda, kako zbog svoje uloge u nedavnoj prošlosti, tako i zbog međusobnog nepovjerenja i straha bosanskohercegovačkih naroda. Njihova dominacija je bila pojačana činjenicom da dosad nije ustanovljen konenzus političkih elita o državnom uređenju i političkom režimu Bosne i Hercegovine, o egzistenciji države i entiteta, te o njihovom međusobnom odnosu, što je političke stranke stavljalo u ulogu koja im je bila nužna za preživljavanje i jačanje. To je uloga zaštitnika nacionalnih, entitetskih ili državnih interesa, zavisno od toga iz kog naroda su stranke poticale.

Drugi činilac koji je omogućavao dominaciju pojedinih stranaka je priroda političkog režima. Riječ je o režimu konsocijativne demokratije, karakterističnom za podijeljena društva. Ovakva priroda društva i njime uslovljenog političkog režima dovela je do stvaranja partijskih podsistema u okviru složenog partijskog sistema. Ti podsistemi se formiraju tako što stranke različitih ideologija imaju et-

<sup>30</sup> Na izborima za Predstavnički dom Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine, Savez nezavisnih socijaldemokrata je osvojio sedam od 14 mandata iz Republike Srpske, a na izborima za Narodnu skupštinu Republike Srpske osvojio je 41 od 83 mandata.

<sup>31</sup> Na izborima za Narodnu skupštinu Republike Srpske, Savez nezavisnih socijaldemokrata je osvojio 37 mandata, što je još uvijek dva puta više od drugoplasirane Srpske demokratske stranke (18 mandata), ali nedovoljno za osvajanje apsolutne većine.

nički predznak. Ako se ovom činiocu doda istorijski činilac, koji smo prethodno opisali, dolazimo do zaključka da je moguća dominacija pojedinih stranaka, i to ne samo na entitetskom već i na etničkom nivou.

Uprkos dejstvu ovih činilaca, višepartijski sistem sa dominantnom stran-  
kom nije postao trajna karakteristika političkog sistema Bosne i Hercegovine. To je zbog toga što određeni činiooci djeluju u suprotnom pravcu od činilaca koje smo prethodno opisali. Kontinuiranu dominaciju jedne političke stranke sprečava diferencijacija unutar političkih stranaka, koja se u više navrata dešavala nakon 1996. godine. Podjele koje su najviše uticale na partijski sistem događale su se u tri vodeće nacionalne stranke, iz kojih su se izdvojile grupe koje su formirale uticajne političke stranke, čime je spriječeno postojanje dominantnih stranaka, na nivou entiteta i u okviru pojedinih naroda. Ove diferencijacije nisu imale ideološku i klasno-socijalnu pozadinu, već su izazvane različitim viđenjem politike koju treba voditi kada je u pitanju odnos prema međunarodnim činioocima i drugim nacionalnim političkim elitama, odnosno kada su u pitanju sadržina i tempo sprovođenja unutrašnjih političkih i ustavnih reformi.

Drugi činilac koji utiče na diferencijaciju političkih stranaka i sprečava trajnu dominaciju neke od njih je nezadovoljstvo građana spremnošću i sposobnošću partijskih elita da rješavaju ekonomske, socijalne i političke probleme, zbog čega povremeno mijenjaju partijske preferencije. Tako se u nekoliko navrata dogodilo da se na vlasti smjenjuju političke stranke za koje bi se uslovno moglo reći da pripadaju desnici ili desnom centru, s jedne strane i lijevom centru, s druge strane.

Treći činilac koji utiče na odsustvo trajne dominacije jedne političke stranke, a doprinosi fragmentaciji partijskog sistema, jeste izborni sistem. Svi ovi činiooci dovode do toga da se broj političkih stranaka zastupljenih u Predstavničkom domu Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine povećava nakon 1996. godine. Te godine, u njemu je bilo predstavljeno šest političkih stranaka i jedna koalicija. Nakon izbora 1998. godine, u Predstavničkom domu se nalazi osam političkih stranaka i dvije koalicije, a 2000. godine 13 političkih stranaka. Dvije godine kasnije, u Predstavničkom domu je predstavljeno 13 političkih stranaka i jedna koalicija. Na izborima 2006. i 2010. godine, poslanike ima 11 partija i jedna koalicija. Nakon posljednjih izbora, efektivni broj političkih stranaka, mjeren brojem osvojenih mandata, je 7,7,<sup>32</sup> što je više nego u većini predstavničkih demokratija, uključujući tako fragmentirane sisteme kakvi su belgijski i izraelski.<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> Za način računanja ovog broja, vid.: Michael Gallagher and Paul Mitchell (eds.), *The Politics of Electoral Systems*, Oxford University Press, Oxford 2009, 598–599.

<sup>33</sup> *Isto*, 621.

## ZAKLJUČAK

Partijski sistem Bosne i Hercegovine je vrlo specifičan i uslovljen dejstvom činilaca koji se, kumulativno posmatrano, teško mogu naći u nekoj drugoj državi. Ovi činioci su kontinuirano djelovali od okončanja rata do danas, sa djelimičnim izuzetkom izbornog sistema, koji se u određenoj mjeri mijenjao. Budući da nije bilo radikalnih promjena političkog režima, partijski sistem nije evoluirao u većoj mjeri.

Iako je strani faktor imao značajnu ulogu u oblikovanju izbornog sistema, utičući tako na ponašanje političkih stranaka, preuzimanje iskustava drugih država, koje je očigledno, nije vršeno na nekritički način. Izborni sistem i segmentirano društvo favorizuju fragmentaciju partijskog sistema i formiranje širokih koalicija, a nedosljednosti ustavnopravnog sistema dozvoljavaju i minornim strankama da se nadaju učešću u vršenju izvršne vlasti.

Da bi ovakav partijski sistem bio izmijenjen, morale bi se dogoditi krupne promjene u prirodi društva, državnog uređenja, političkog režima i političkih stranaka. Tada bi vjerovatno bila moguća i potrebna i reforma izbornog sistema. Kako se ove determinante partijskog sistema ne mijenjaju, ni njegova evolucija nije realna.

GORAN MARKOVIĆ, LL.D.,  
Assistant Professor, Faculty of Law  
University of East Sarajevo

## DETERMINANTS OF PARTY SYSTEM OF BOSNIA AND HERZEGOVINA

### Summary

This paper analyzes factors which affect formation of party system of Bosnia and Herzegovina. The starting point is that the party system is complex because it exists on three levels – ethnic, entity and state. The factors which make it specific are of legal and political nature: electoral system, form of government, political regime and ethnic character of political parties.

From these basic factors other factors are derived: method of allocation of parliamentary seats, threshold, broad coalition governments, non-ideological character of ruling coalitions, and others. The paper comes to the conclusion that Bosnia and Herzegovina has a complex multi-party system, in which there is no a dominant party and where political parties are ethnically based and ideologically insufficiently differentiated. They operate in fragmented parliaments, but this fact in itself does not affect stability of parliamentary majorities and ruling so-called large coalitions.



## STANJA IZUZETKA I SUVREMENI TERORIZAM

Doktrina izvanrednih stanja u osnovi se bavi problemom treba li ustav u kontekstu krize ostati nepromijenjen ili nastupanje određenih izvanrednih okolnosti zahtijeva i njegove odgovarajuće modifikacije. Izveden na višoj razini, ovaj problem se postavlja kao pitanje o mogućoj *suspenziji načela vladavine prava*.<sup>1</sup> Obzirom, nadalje, da takva suspenzija teorijski i praktično može biti bilo *parcijalna* bilo *potpuna*, postavlja se i pitanje kvalifikacije same modifikacije, pri čemu dakle nastupanje izvanrednih stanja na praktičnoj razini vodi ili prema posebnim ustavnim normama predviđenim za izvanredna stanja (*poremećaj nadležnosti*) ili prema provođenju određenog oblika izvan-ustavnih izvanrednih mjera (*stanje pravog izuzetka*).<sup>2</sup>

---

Dr. sc. Đorđe Gardašević, docent Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu – Katedra za ustavno pravo. Ovaj tekst u osnovi je, uz manje izmjene i dopune, izveden iz doktorske disertacije autora pod naslovom “Ograničenja ljudskih prava i temeljnih sloboda u izvanrednim stanjima” (Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2010).

<sup>1</sup> Kako prikladno navodi I. Zuckerman: “...*izuzetak pretpostavlja određenu vrstu norme – vladavinu prava – od koje on derogira. Ukoliko nema vladavine prava, ne može biti niti izuzetka.*” Vidi: Zuckerman, I., *One Law for War and Peace? Judicial Review and Emergency Powers between the Norm and the Exception*, Constellations, Vol. 13, No. 4 (2006), na str. 523. Vidi također: Paye, J-C., *La fin de l’État de droit – La lutte antiterroriste de l’état d’exception à la dictature*, La Dispute/SNÉDIT, Paris, 2004., na str. 179–183.

<sup>2</sup> Odnos između potpune vladavine prava s jedne te njezine parcijalne ili potpune suspenzije koja potom vodi ili u konstitucionalizirani poremećaj nadležnosti ili u stanje pravog izuzetka

U tekstu koji slijedi najprije se daje striktno teorijski opis osnovne “strukture” izvanrednih stanja (izgrađene na relaciji “pravilo-izuzetak”). Tome slijedi prikaz dvaju najznačajnijih klasičnih teorijskih koncepcija izvanrednih stanja (sagledanih upravo s aspekta problema moguće i legitimne “suspenzije” načela vladavine prava u okolnostima krize), one koju je u okviru teorije o stanju izuzetka ponudio C. Schmitt te one koju je u obliku pojma “ustavne diktature” izgradio C. L. Rossiter. U završnom dijelu rada prikazani su relevantni primjeri sudske prakse njemačkog Saveznog ustavnog suda i francuskog Ustavnog vijeća izgrađene u kontekstu suvremene borbe protiv terorizma s početka 21. stoljeća. Slijedom tih primjera, moguće je zaključivati o kontinuiranoj prisutnosti određene “filozofije” stanja izuzetka u vremenima krize, odnosno o trajnoj aktualnosti mogućnosti primjene klasičnih modela na moderne primjere.

\*  
\*   \*  
\*

Na najvišoj teorijskoj razini, izvanredna stanja koja tendiraju koncepciji stanja izuzetka mogu se u odnosu prema redovitom ustavnom sustavu predočiti kao *dihotomija* izražena u formuli “pravilo – izuzetak”. Od suvremenih autora, ovako postavljenu shemu u preglednom obliku nude J. Ferejohn i P. Pasquino koji ovome dodaju i element “opravdanja izuzetka”, tako da shema u cjelini glasi “pravilo – izuzetak – opravdanje izuzetka”.<sup>3</sup>

na normativnoj razini dobro opisuje relacija između maksime “Inter arma silent leges” te opaske W. H. Rehnquista kako “u vrijeme rata prema tome zakoni neće biti tihi, već će na određeni način govoriti drugačijim glasom”. Vidi: Rehnquist, W. H., *All the Laws but One – Civil Liberties in Wartime*, Vintage Books (a Division of Random House, Inc.), New York, 2000., na str. 225. J. Lobel komentira kako je Rehnquist tome “...mogao dodati da je u vrijeme rata glas zakona često bio toliko tih da je bio gotovo nečujan.” Vidi: Lobel, J., *The War on Terrorism and Civil Liberties*, 63 U. Pitt. L. Rev. 767 (2002), na str. 767.

<sup>3</sup> Vidi: Ferejohn, J. i Pasquino, P., *The Law of the Exception: A Typology of Emergency Powers*, International Journal of Constitutional Law, vol. 2, number 2 (2004), str. 210–239, na str. 221–223. Sličan opće teorijski pristup nudi i I. Zuckerman. Vidi: Zuckerman, I., *One Law for War and Peace? Judicial Review and Emergency Powers between the Norm and the Exception*, op. cit., na str. 522–545. Razlog isticanju sheme koju nude J. Ferejohn i P. Pasquino na ovom mjestu nalazi se u činjenici što ova dva autora nude analitički najpregledniji model procjene. Deskriptivni potencijal tog modela nije upitan jer se kroz njega na najbolji mogući način mogu opisati relacije između redovnih i izvanrednih stanja (redovno stanje – poremećaj nadležnosti – stanje pravog izuzetka) i na taj način on korespondira uvodno citiranim podjelama. Moguće kritike modela samog su nužno normativne i, ako postoje, one upućuju na sasvim suprotan zaključak: naime, da u izvanrednim stanjima izuzetka uopće nema jer je sve moguće analitički svesti na pravilo pa je i sama shema “pravilo-izuzetak” u tom smislu suvišna. Normativno i koncepcijski, izravnu kritiku konstrukcije na relaciji

Ferejohn i Pasquino na ovome temelje svoje daljnje usporedbe i obrazloženja pojedinih elemenata navedene sheme pa tako odnos između pravila i izuzetka, prema njima, reflektira sljedeće: pojam *pravila* (norme) konceptijski odgovara pojmu “ustava ili, konkretnije, (pojmu – op. Đ.G.) redovite vlade”, pojam *izuzetka* korespondira pojmu “derogacije” norme ili “derogacije vi-à-vis ustavne vlade”, odnosno pojmu “izvanrednih ovlasti”, dok opravdanje izuzetka predstavlja “više načelo koje se u izvanrednim okolnostima namjerava zaštititi...”<sup>4</sup>

Sam pojam derogacije, nadalje, oni definiraju kao “...devijaciju od normalnog ponašanja, dozvoljenu pod određenim okolnostima, opravdanu, a u svakom slučaju onu koju je potrebno opravdati”.<sup>5</sup> Pored toga, osim što derogaciju treba razlikovati od *abrogacije* pri čemu je distinkcija utemeljena na razlikovanju između *parcijalne* i *potpune suspenzije ustava*, derogacija sama “...uključuje dva različita pitanja: vladu koja derogira od svoje redovite forme, s jedne strane te, opravdanje otklanjanja od norme, s druge strane.”<sup>6</sup>

Shema koju nude Ferejohn i Pasquino u osnovi, dakle, postulira kako je osnovni obrazac prosudbe odnos “pravilo – izuzetak”, ali uz daljnje bitno određenje prema mogućnostima dosega pojma izuzetka samog: obzirom da taj izuzetak konceptijski može implicirati bilo parcijalnu (*derogacija*) bilo potpunu suspenziju ustava (*abrogacija*), o tome ovisi i daljnje određenje u vezi načelne pozicije ustava prema izvanrednim stanjima.

Na taj način, navedena shema se može modificirati u sljedeći oblik: *pravilo – modifikacija pravila – stanje pravog izuzetka*. Modifikacija pravila bi ovdje upućivala na parcijalnu suspenziju ustava ili svojevrsno “drugo, alternativno pravilo”, što izravno upućuje na pojam “poremećaja nadležnosti” te, korelativno, određenu parcijalnu suspenziju ustavno zajamčenih temeljnih ljudskih prava i sloboda. Karakteristika poremećaja nadležnosti je, međutim, da se radi o stanju koje je i dalje

---

“pravilo – izuzetak”, između ostalih, nudi N. C. Lazar. Vidi: Lazar, N. C., *Making Emergencies Safe for Democracy: The Roman Dictatorship and the Rule of Law in the Study of Crisis Government*, *Constellations*, vol. 13, No. 4 (2006), str. 506–521. **Iste se vrste kritika očituju i kroz obrasce “modela redovitog stanja”** (O. Gross i F. Ní Aoláin), “striktnog pristupa” (E. Posner i A. Vermeule), “civilnog libertarijanizma” (S. Issacharoff, R. Pildes, M. Rosenfeld), “maksimalizma slobode” (C. R. Sunstein), “apsolutističke pozicije” (J. Lobel) ili “Ne” pozicije (W. McCormack).

<sup>4</sup> Pored toga, ovi autori postuliraju kako bi “nedostatak opravdanja predstavljao devijaciju vi-à-vis devijacije!”. Vidi: Ferejohn, J. i Pasquino, P., *The Law of the Exception: A Typology of Emergency Powers*, op. cit., na str. 222–223.

<sup>5</sup> *Ibid.*, na str. 222.

<sup>6</sup> Na taj način, opravdanje derogacije (izuzetka) postaje sastavni dio same derogacije. Ova svoja zapažanja, J. Ferejohn i P. Pasquino grade na temelju analize odnosa između derogacije i abrogacije prema Ciceronu i H. Kelsenu te cijeli koncept povezuju s distinkcijom između “ustava” (*Verfassung*) i “ustavnih normi” (*Verfassungsgesetze*), prema C. Schmittu. *Ibid.*

regulirano pravnim sustavom te je u tome sadržana i osnovna razlika prema “*stanju pravog izuzetka*” koje implicira izostanak pravne regulacije u potpunosti.

Ovakva konstrukcija, nadalje, izravno navodi na zaključak kako je osnovni element prosudbe izvanrednih stanja uopće jesu li ona predviđena pravnim sustavom (ustavom) ili nisu. Prema tome, na krajnjim točkama analize nalazi se dvojba u vezi pozicije stanja izuzetka, koji može biti *ili unutar ili izvan pravnog poretka*.<sup>7</sup> Pored toga, samo određenje pozicije ovako koncipiranog “*stanja pravog izuzetka*” (unutar ili izvan ustava) neposredno je vezano njegovom normativnom pretpostavkom sadržanom ne nužno u tekstu pisanog ustava, već u koncepciji “*stanja nužde*” (“*law of necessity*”), odnosno u devizama kako “*nužnost nema zakona*” (*Necessitas legem non habet*) ili kako “*Među oružjem zakoni šute*” (*Inter arma silent leges*).<sup>8</sup>

Začeci suvremene doktrine o stanju izuzetka neodvojivo su vezani uz C. Schmitta koji je temelje svojih razmatranja izložio u prvom poglavlju knjige “*Politička teologija*”, iz 1922. godine.<sup>9</sup> Taj njegov inače vrlo kratki tekst sadrži više relevantnih dimenzija analize, a prva od njih je vrlo jasno postavljen postulat kako *izuzetak općenito izmiče doseg pravne regulacije*. U tom pogledu, Schmitt tvrdi sljedeće:

“*Jer, opća norma, onako kako ju predstavlja normalno važeći pravni propis, nikada ne može obuhvatiti neki apsolutni izuzetak te zato ne može niti potpuno obrazložiti odluku da je dat pravi slučaj izuzetka*”.<sup>10</sup>

<sup>7</sup> Daljnje normativno pitanje koje se nužno derivira iz ovoga je mogu li uzroci i posljedice izvanrednih stanja uopće unaprijed biti predviđeni i definirani ustavom. Na koncepcijskoj razini, taj problem dovodi do potencijalnog obaranja presumpcije o ustavnosti izvanrednih stanja.

<sup>8</sup> U tekstu koji slijedi fokus je stavljen na C. Schmitta i C. L. Rossitera isključivo iz razloga potrebe redukcije dužine ovoga rada, ali je na ovom mjestu potrebno barem kratko napomenuti kako se slični problemi koji okružuju pitanje odnosa “*stanja izuzetka*” prema načelu vladavine prava, naravno, očituju u znatno dužem vremenskom slijedu. U tom ih smislu nalazimo jasno artikulirane najkasnije kod J. Lockea (definicija “*prerogative*”) te A. V. Diceya (razmatranja o “*ratnom pravu*”) te u svakom slučaju kod vrlo velikog broja suvremenih autora. Isto vrijedi i za načelno definiranje koncepcije “*stanja nužde*” te njezino pozicioniranje unutar ili izvan pravnog poretka. U tom smislu, između ostaloga, vidi: Locke, J., *The Works of John Locke in Nine Volumes*, 12<sup>th</sup> ed., Rivington, London, 1824, vol. 4.; Dicey, A.V. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Liberty Classics, Indianapolis, 1982; Agamben, G., *State of Exception*, The University of Chicago Press, Chicago and London, 2005; Gross, O, i Ní Aoláin, F., *Law in Times of Crisis – Emergency Powers in Theory and Practice*, Cambridge University Press, New York, 2006; Lobel, J., *Emergency Power and the Decline of Liberalism*, 98 Yale. L. J. 1385 (1988–1989), str. 1385–1433.

<sup>9</sup> Vidi: Schmitt, C., *Politische Theologie, Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, u: Samardžić, S. (ur.), *Norma i odluka – Karl Šmit i njegovi kritičari* (prijevod: D. Basta), Filip Višnjić, Beograd (2001), na str. 91–96.

<sup>10</sup> *Ibid.*, na str. 91.

Iz ovog objašnjenja vidljivo je kako Schmitt izravno raskida vezu s načelom vladavine prava. Ona je sama po sebi kontradiktorna pojmu izuzetka. Međutim, za njega je ovdje riječ o nečem još širem. Dijalektika odnosa pravna norma-izuzetak ima presudan značaj i u metodološkom smislu:

*“Normalno ne dokazuje ništa, izuzetak dokazuje sve; on ne samo da potvrđuje pravilo, pravilo zapravo živi samo od izuzetka. U izuzetku snaga stvarnog života probija okvire mehanike sadržane u ponavljanju.”*<sup>11</sup>

U praktičnom smislu, kontradikcija u koju pada vladavina prava, a koju uočava i Schmitt, znači *postulat nepredvidivosti*:

*“Niti se s jasnoćom koja se da supsumirati može navesti kada postoji slučaj nužde niti se sadržajno može navesti što se u nekom takvom slučaju smije dogoditi, ako je zaista riječ o ekstremnom slučaju nužde i o njegovom otklanjanju. Pretpostavka i sadržaj nadležnosti ovdje su nužno neograničene.”*<sup>12</sup>

Najčešće citirana Schmittova rečenica iz ovog dijela *“Političke teologije”* je ona uvodna: *“Suveren je onaj tko odlučuje o izvanrednom stanju”*.<sup>13</sup> Razrađujući svoje uvodne postavke, Schmitt dalje tvrdi kako je u granicama ustava moguće zamisliti samo rješenje pitanja tko je *titular nužde*, odnosno nositelj suverenosti koji o izvanrednom stanju odlučuje:

*“Stoga u smislu pravne države uopće nema nikakve kompetencije. U najbolju ruku, ustav može navesti tko u takvom slučaju smije djelovati. Ako to djelovanje nije podvrgnuto nikakvoj kontroli, ako nije, kao u praksi ustava pravne države, na neki način raspodijeljeno na različite instance koje se uzajamno obuzdavaju i uravnotežuju, onda je bez daljnjeg jasno tko je suveren.”*<sup>14</sup>

U tom pogledu, granice ovlasti nositelja suvereniteta su gotovo neograničene, a pozicija samog suverena je istovremeno locirana i unutar i izvan pravnog poretka:

*“On (suveren – op. Đ.G.) odlučuje kako o tome postoji li ekstremni slučaj nužde, tako i o tome što treba učiniti da bi se on otklonio. On se nalazi izvan normalno važećeg prav-*

---

<sup>11</sup> *Ibid.*, na str. 96. John E. Finn navodi kako ovakav metodološki pristup seže sve do Sorena Kierkegaarda: *“...(izuzetak) sve otkriva mnogo jasnije nego pojam općega”* i navodi nas da o *“općem razmišljanju s intenzivnom strašću”*. Vidi u: Finn, J. E., *Constitutions in Crisis – Political Violence and the Rule of Law*, op. cit., na str. 9.

<sup>12</sup> Vidi: Schmitt, C., *Politische Theologie, Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, op. cit., na str. 91.

<sup>13</sup> I sam naslov prvog dijela *“Političke teologije”* u kojem C. Schmitt *raspravlja o pojmu izuzetka* je *“Definicija suverenosti”*.

<sup>14</sup> Schmitt, C., *Politische Theologie, Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, op. cit., na str. 91–92.

nog poretka, a ipak mu pripada, jer je nadležan za odluku o tome može li ustav in toto biti suspendiran.”<sup>15</sup>

Iz ovog dijela teksta postaje jasno zašto Schmitt pod pojmom “apsolutnog izuzetka”, zapravo jedinog koji mu je znanstveno relevantan, smatra samo i isključivo *suspenziju cijelog pravnog sustava*:

“Jer, nije svako izvanredno ovlaštenje, nije svaka policijska mjera za stanje nužde ili uredba iz nužde već i izvanredno stanje. Naprotiv, u ovo spada ovlaštenje koje je načelno neograničeno, odnosno koje je *suspenzija cjelokupnog postojećeg poretka*.”<sup>16</sup>

U navedenim okvirima postaju jasniji i daljnji zaključci Schmitta vezani uz *supremaciju pojma države*, a izvedeni iz potpune premoći apsolutnog izuzetka. Schmitt piše:

“Ako je takvo stanje nastupilo (*suspenzija cjelokupnog postojećeg poretka – op. D.G.*), onda je jasno da država i dalje postoji, dok se pravo povlači. Pošto je izvanredno stanje uvijek još i nešto drugo nego anarhija i kaos, u pravnom smislu još uvijek postoji poredak, iako ne pravni poredak. Egzistencija države ovdje potvrđuje nesumnjivu nadmoć nad važenjem pravne norme. Odluka se oslobađa od svake normativne vezanosti i u pravom smislu postaje apsolutna. U izvanrednom slučaju država suspendira pravo, na osnovu samoodržanja...”<sup>17</sup>

Schmitt ipak smatra da se ovdje radi o problemu teorije prava, iako vladavina prava logički nije sposobna objasniti izuzetak. Veza s pravnim sustavom je sljedeća:

“U svom apsolutnom obliku, izvanredni slučaj nastupio je onda kada se tek mora stvoriti situacija u kojoj pravni propisi mogu vrijediti.”<sup>18</sup>

U ovom dijelu može se uočiti Schmittovo poimanje izuzetka (*izvanrednog stanja*) kao korak prema uspostavi pravila (*redovitog stanja*). On kaže:

“Ne postoji norma koja bi bila primjenjiva na kaos. Poredak mora biti uspostavljen kako bi pravni poredak imao smisla. Mora se stvoriti normalna situacija, i suveren je onaj tko definitivno odlučuje o tome da li to normalno stanje stvarno vlada.”<sup>19</sup>

<sup>15</sup> *Ibid.*, na str. 92.

<sup>16</sup> *Ibid.*, na str. 94.

<sup>17</sup> *Ibid.*, na str. 94.

<sup>18</sup> *Ibid.*, na str. 95.

<sup>19</sup> *Ibid.*, na str. 95. Suspencija o kojoj govori Schmitt, dakle, traje do uspostave normalnog stanja. Međutim, još je važnije da, kako je vidljivo iz citiranog odlomka, krajnji cilj uspostave poretka znači ponovnu uspostavu “pravnog poretka”. Time se cijela stvar vraća na početak, a Schmitt kao da sam pada u kontradikciju: njegov izuzetak je “apsolutan”, on suspendira “cijeli pravni poredak”, iako teži njegovoj ponovnoj uspostavi. No, bez obzira na rješenje konkretnog problema radi li se ovdje o legitimiziranoj transformaciji pravnog poretka koji je postojao prije nastupanja nužde u nešto novo ili ne, Schmitt zapravo samo potvrđuje relevantnost dodatnog dijela analize izvanrednih stanja koja se sastoji u potrebi promišljanja “opravdanja” izuzetka samog.

Prvo poglavlje “*Političke teologije*” C. Schmitta znanstveno je i moralno ispravno promatrati u specifičnom kontekstu i vremenu njegovog djelovanja, kroz njegov osobni politički angažman, ali i u odnosu na cjelokupno njegovo djelo. Pored toga, ovdje je potrebno dati dvije posebne napomen. S jedne strane, osim ovako koncipiranog stanja izuzetka, sveukupni opus C. Schmitta, koji se uz određene transformacije proteže kroz više desetljeća, neodvojivo je povezan i s drugim temeljnim pojmovima koji čine osnovu njegove doktrine vezane uz mogućnosti suspenzije prava u kriznim stanjima. Između njih posebno mjesto zauzimaju daljnje “dihotomije” postulirane na odnosima između “*komesarske diktature*” i “*suverene diktature*”<sup>20</sup>, na relaciji pojmova “*prijatelj*” i “*neprijatelj*”<sup>21</sup> te u opreci između “*ustava*” (*Verfassung*) i “*ustavnih normi*” (*Verfassungsgesetze*).<sup>22</sup> S druge strane, doktrinarno artikulirane postavke o supremaciji države pred pozicijom ustava u izvanrednim stanjima, kao i njihove kritike, duboko su ukorijenjene u njemačkom teorijskom diskursu kojega C. Schmitt predstavlja tek jedan dio.<sup>23</sup>

U suprotnosti C. Schmittu, C. L. Rossiter (kao i C. J. Friedrich) svoju koncepciju izvanrednih stanja gradi oko normativnog modela tzv. “ustavne diktature”

<sup>20</sup> C. Schmitt je razlikovanje između pojmova “*komesarske diktature*” i “*suverene diktature*” uveo godinu dana prije “*Političke teologije*”, u knjizi “*Diktatura*” (“*Die Diktatur*”). Osnova ove njegove distinkcije sadržana je u razlikovanju vodi li “diktatura” prema očuvanju postojećeg poretka (*komesarska diktatura*) ili prema njegovom rušenju odnosno transformaciji (*suverena diktatura*). O Schmittovom prijelazu s ovih dvaju pojmova “diktature” na pojam “stanja izuzetka”, odnosno “suverenosti”, vidi u: Agamben, G., *State of Exception*, op. cit., na str. 32. Za prijevod predgovora knjige “*Diktatura*” (Schmitt, C., *Die Diktatur*, München, (1921), prijevod: N. Zakošek), vidi u: Bačić, A. *Ustav i ustavna diktatura*, op. cit., na str. 215–220.

<sup>21</sup> Ova se druga Schmittova “dihotomija” pojavljuje u njegovom djelu “*Pojam političkoga*” iz 1932. godine (“*Der Begriff des Politischen*”). Njzinu osnovu, kako navodi D. Dyzenhaus, čini razlikovanje između pojmova “pravnog” i “političkog” prema kojem suveren u stanju krize ima zadatak “prijatelje” razdvojiti od “neprijatelja”, u cilju donošenja “egzistencijalne odluke”. Vidi o tome u: Dyzenhaus, D., *Intimations of legality amid the clash of arms*, 2 International Journal for Constitutional Law 2 (2004), na str. 244–245. Vidi također: Šmit, K., *Pojam političkoga* (Schmitt, C., *Der Begriff des Politischen*, Duncker & Humblot, Berlin (1979), prijevod: D. Basta), u: Samardžić, S. (ur.), *Norma i odluka – Karl Šmit i njegovi kritičari*, op. cit., na str. 14–52.

<sup>22</sup> Treća je ovdje navedena Schmittova distinkcija izvedena u knjizi “*Teorija ustava*” (“*Verfassungslehre*”) iz 1928. godine. O mogućnostima suspenzije “ustavnih normi” radi “zaštite i stabilizacije” ustava u Schmittovoj viziji, vidi u: Ferejohn, J. i Pasquino, P., *The Law of the Exception: A Typology of Emergency Powers*, op. cit., na str. 222.

<sup>23</sup> Rasprave ovog tipa u razvijenom njemačkom obliku sežu unatrag barem do razdoblja Weimarske republike, ali se protežu i do modernih vremena. O razdiobi njemačke teorije javnog prava u tom kontekstu na “državno-orijentirane teorije” i “ustavno-orijentirane teorije”, vidi opširnije u: Jakab, A., *German Constitutional Law and Doctrine on State of Emergency – Paradigms and Dilemmas of a Traditional (Continental) Discourse*, 7 German Law Journal 5 (2005), na str. 467–475.



(*constitutional dictatorship*), shvaćenog kao sveukupni izričaj dopuštenih izvanrednih mjera u kriznom kontekstu.<sup>24</sup>

Rossiter je svoja iscrpna stajališta o izvanrednim stanjima iznio u knjizi *“Constitutional Dictatorship – Crisis Government in Modern Democracies”*, izdanoj 1948. godine. Osim uvodnog prikaza prakse i institucija rimske republike, ova knjiga je opširan komparativni pregled izvanrednih stanja u četiri moderne države (Njemačka, Francuska, Velika Britanija i Sjedinjene Američke Države). Obuhvaćeni vremenski period odnosi se na razdoblje 19. i 20. stoljeća, a osnovna tema je mogućnost adaptacije suvremenih demokratskih sustava na izvanredna stanja kroz različite oblike “ustavne diktature”, što Rossiter postulira na samom početku kroz sljedeće retoričko pitanje: *“Može li demokracija voditi uspješan totalni rat i još uvijek ostati demokracija kada je rat završen?”*<sup>25</sup>

Rossiter je vrlo eksplicitan u generalnoj procjeni smisla ustavne diktature, koji razrađuje kroz *“tri fundamentalne činjenice”*: prvo, “redovne” institucije ustavnog ustrojstva nisu pogodne za izvanredna stanja; drugo, nužno proširenje državnih ovlasti u krizi izravno dovodi do smanjenja opsega ljudskih prava i slo-

<sup>24</sup> Polazeći od konstatacije kako “smo se uspješno borili u totalnom ratu i nadalje ostali demokracija”, C. L. Rossiter daje i svoje vrijednosno opravdanje ovog pojma: “Ono što običan građanin možda ne može shvatiti je da je ovakva njegova moćnija i manje obazriva vlada u praksi i teoriji promicala dobro uspostavljeno načelo ustavne vladavine, načelo ustavne diktature. Riječ diktatura ne bi trebala predstavljati povod za uzbunu. Diktator je u Websterovom rječniku primarno “onaj koji je imenovan za izvršavanje ili onaj koji izvršava apsolutnu vlast, pogotovo u republici.” Zapravo, kvalificirajući pridjev ustavna je gotovo suvišan obzirom da povijesna koncepcija diktature upućuje da ona ne može biti drugačija nego ustavna... Fraza ustavna diktatura će, iako na mnogim razinama hiperbola, poslužiti kao opći deskriptivni pojam za čitavu skalu izvanrednih ovlasti i postupaka u periodičnoj primjeni u svim ustavnim državama, ne isključujući Sjedinjene Američke Države.” Vidi: Rossiter, C. L., *Constitutional Dictatorship – Crisis Government in the Modern Democracies*, Princeton University Press, Princeton, 1948, na str. 4–5. Na iznimno značajnu poveznicu između C. Schmitta i C. J. Friedricha, u kontekstu pojma “ustavne diktature”, upućuje G. Agamben koji konstatira: “Schmittova distinkcija između komesarske diktature i suverene diktature pojavljuje se ovdje kao opozicija između ustavne diktature, koja pokušava sačuvati ustavni poredak, i neustavne diktature, koja vodi prema njegovom rušenju.” Vidi: Agamben, G., *State of Exception*, op. cit., na str. 8. Pojam “ustavne diktature” kao koncepciju kroz koju se izražavaju “institucije obrane ustavnog poretka” koristi i A. Bačić. Vidi: Bačić, A. *Ustav i ustavna diktatura*, Književni krug, Split, 1992, na str. 57. i dalje.

<sup>25</sup> Za C. L. Rossitera je ovo “moderna verzija” Lincolnovog pitanja sadržanog u njegovoj specijalnoj poruci Kongresu upućenoj 4. srpnja 1861. godine: “Postoji li u svim republikama ona inherentna i fatalna slabost? Mora li vlada iz nužde biti prejaka za slobode svojih građana ili preslaba da održi svoje vlastito postojanje?” Vidi: Rossiter, C. L., *Constitutional Dictatorship – Crisis Government in the Modern Democracies*, op. cit., na str. 3. Za cjeloviti tekst ove poruke vidi: Richardson, J. D., *A Compilation of Messages and Papers of the Presidents (1789–1897)*, Volume VI, Government Printing Office, Washington, 1897., na str. 20–31.

boda i; treće, jedina legitimna svrha ustavne diktature može biti očuvanje države i njezinog ustavnog poretka te upravo konačna zaštita tih istih ljudskih prava i sloboda.<sup>26</sup> Prisutnost pojma “stanja izuzetka” može se locirati već u ovim uvodnim Rossiterovim premisama, u okviru kojih on dalje tvrdi da su “...građanske slobode, slobodno poduzetništvo, konstitucionalizam, vlada debate i kompromisa – striktno luksuzni produkti...” ili da se “...u vrijeme kriza demokratska, ustavna vladavina mora privremeno prilagoditi do kojeg god je to stupnja potrebno da bi se prevladala opasnost i obnovili normalni uvjeti” pri čemu će “ova promjena nezostavno podrazumijevati vladu jačeg karaktera; što znači da će vlada imati više ovlasti, a ljudi manje prava.”<sup>27</sup> Pored toga, pojam “izuzetka” se u analizi provlači kroz cijelu knjigu što se na kraju ilustrativno očituje u posljednjoj autorovoj rečenici: “Niti jedna žrtva nije prevelika za našu demokraciju, a najmanje od svih privremeno žrtvovanje demokracije same.”<sup>28</sup>

Ipak, Rossiterov specifičan prilog raspravi o izvanrednim stanjima je onaj normativne naravi: on nabroja ukupno jedanaest kriterija po kojima treba procjenjivati legitimitet primijenjenog modela ustavne diktature. Tih jedanaest kriterija sam Rossiter svodi na tri osnovna parametra: *kriteriji uvođenja izvanrednih stanja, kriteriji njihovog produženja te kriteriji okončanja.*<sup>29</sup>

<sup>26</sup> Vidi: Rossiter, C. L., *Constitutional Dictatorship – Crisis Government in the Modern Democracies*, op. cit., na str. 5–7.

<sup>27</sup> *Ibid.*, na str. 5.

<sup>28</sup> *Ibid.*, na str. 314. Slične se kvalifikacije mogu pronaći i u drugim dijelovima knjige, pa tako Rossiter tvrdi da je “Jedna od osnovnih odlika izvanrednih ovlasti oslobođenje države od “paralize ustavnih ograničenja”“, kao i da je “Klasičan primjer oslobođenja državnih ovlasti od lanaca konstitucionalizma rimska diktatura.” Paralelno tome, Rossiter procjenjuje kako bitna obilježja izvanrednih stanja njegovog vremena čine koncentracija izvanrednih ovlasti, zatim njihovo proširenje te primjena “fleksibilnijih” ustavnih ograničenja u njihovom izvršavanju, nego što je to slučaj u redovnim stanjima. *Ibid.*, na str. 280-290. Pisana neposredno nakon i samim time pod snažnim utjecajem iskustava iz najvećeg dosadašnjeg globalnog sukoba u povijesti čovječanstva, Rossiterova koncepcija ustavne diktature ipak nije u potpunosti lišena minimuma kritike (na primjer, kritika odluke Vrhovnog suda Sjedinjenih Američkih Država u predmetu *Korematsu v. United States*), kao niti primjerene procjene potencijalnih izazova budućnosti “atomskog doba”.

<sup>29</sup> *Ibid.*, na str. 298-306. Fascinacija i povezanost s rimskim modelom diktatora ovdje je očita jer Rossiter svoje kriterije primarno gradi kroz proceduralne postulate. Ti su kriteriji sljedeći: “1. Niti jedan načelni režim ili konkretna institucija ustavne diktature ne bi smjela biti aktivirana ukoliko to nije potrebno ili čak neophodno za očuvanje države i njezinog ustavnog poretka...; 2. odluka o aktivaciji ustavne diktature nikada ne bi smjela biti u rukama osobe ili osoba koje će biti u funkciji diktatora. Drugim riječima, niti jedan ustavni diktator ne bi smio biti samo-imenovan...; 3. Niti jedna vlada ne bi smjela inicirati ustavnu diktaturu bez da kreira specifičnu odredbu za njezino okončanje...; 4. sve uporabe izvanrednih ovlasti kao i sve prilagodbe u organizaciji vlade trebale bi biti izvedene kao provođenje ustavnih ili zakonskih uvjeta. Ukratko, ustavna diktatura bi trebala biti le-



Odluka njemačkog Saveznog ustavnog suda (*Bundesverfassungsgericht*) od 15. veljače 2006. godine<sup>30</sup>, kojom je ocjenjivana ustavnost *Zakona o zračnoj sigurnosti (Luftsicherheitsgesetz)*<sup>31</sup>, predstavlja najinteresantniju ilustraciju njemačkog ustavnog pristupa sigurnosnim pitanjima nastalima u razdoblju nakon 11. rujna 2001. godine. Zakon o zračnoj sigurnosti valja sagledavati kao specifičnu reakciju na pojavu modernog terorizma, što se najizravnije očituje kroz ključnu odredbu toga akta, upravo onu koja i jest dovela do ustavnog spora.<sup>32</sup>

Načelno donesen u cilju “...zaštite sigurnosti zračnog prometa protiv napada, posebno protiv otmice aviona, akata sabotaze i terorističkih napada”<sup>33</sup>, ovaj Zakon je odredbom članka 14, a u cilju sprječavanja “teške nesreće”, dopustio i uporabu

*gitimna...*; 5. niti jedna diktatorska institucija ne bi smjela biti usvojena, niti jedno pravo prekršeno, niti jedna regularna procedura izmijenjena više nego što je to apsolutno nužno za okončanje konkretne krize; 6. Mjere usvojene u provođenju ustavne diktature ne bi nikada smjele biti trajne u svojoj naravi ili učinku. Izvanredne ovlasti striktno su uvjetovane svojom svrhom, a ta svrha je restauracija normalnih uvjeta...; 7. Diktatura bi trebala biti provedena od strane osoba koje predstavljaju svaki dio građanstva zainteresiran za obranu postojećeg ustavnog poretka...; 8. Krajnja odgovornost za svaku radnju poduzetu pod ustavnom diktaturom mora biti održana...; 9. Odluka o okončanju ustavne diktature, kao i odluka o njezinoj aktivaciji, nikada ne bi smjela biti u rukama osobe ili osoba koje će biti u funkciji diktatora...; 10. Niti jedna ustavna diktatura ne bi se smjela produžavati nakon završetka krize zbog koje je aktivirana. Kriza sama je ono što diktaturu čini ustavnom...; 11. Konačno, završetku krize mora slijediti koliko je god moguć potpun povratak na političke i vladavinske uvjete koji su postojali prije aktivacije ustavne diktature.” Rossiter, C. L., *Constitutional Dictatorship – Crisis Government in the Modern Democracies*, op. cit., na str. 298-306.

<sup>30</sup> 1 BvR 357/05, (odluka od 12. veljače 2006. godine). Vidi: <http://www.bverfg.de/en/press/bvg06-011en.html>, pristup 3. prosinca 2009. Za tekst ove odluke, vidi također: Roos, R. S. (ur.), *Izabrane odluke njemačkog Saveznog ustavnog suda*, Konrad Adenauer Stiftung, Sankt Augustin (2009), na str. 176-179. Prikaz odluke Saveznog ustavnog suda koji slijedi na ovom mjestu temelji se na ova dva navedena izvora.

<sup>31</sup> *Luftsicherheitsgesetz*, BGBl. 2005 I, 78. Tekst Zakona na engleskom jeziku dostupan je na: <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/LuftSiG.htm>, pristup 1. prosinca 2009.

<sup>32</sup> Za suvremenu je njemačku anti-terorističku praksu vidljivo kako je njezina posebna karakteristika određena mjera zakonodavne adaptacije, a ne, kao u američkom primjeru, izravno pozivanje na ustavne odredbe o izvanrednom stanju. *Zakon o zračnoj sigurnosti* je u tom smislu vrlo specifičan primjer percepcije “novog terorizma” u okviru koje se, slijedom sukoba između temeljnog prava na život i ljudsko dostojanstvo s jedne te javne sigurnosti s druge strane, izravno pozicioniralo moderno njemačko stanje izuzetka. Za prikaz odluke, između ostaloga, vidi: Youngs, R., *Germany: Shooting down aircraft and analyzing computer data*, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 6, no. 2 (2008), str. 331-348.

<sup>33</sup> *Luftsicherheitsgesetz*, § 1.

oružanih snaga, kojima je omogućeno da “prisile avion na skretanje, na slijetanje, da zaprijetite uporabom oružane sile ili da ispale hice upozorenja.”<sup>34</sup> Istim člankom propisani su i kriteriji razmjernosti u uporabi mogućih mjera prisile.<sup>35</sup>

Klasično “stanje izuzetka” u ovom slučaju, međutim, predviđeno je odredbom stavka 3. članka 14. Zakona kojom je propisano sljedeće: “Izravna uporaba oružane sile bit će dopuštena jedino u slučaju da okolnosti navode da postoji namjera da se avion iskoristi protiv ljudskog života te da je to jedini način zaštite tog ljudskog života protiv trenutne prijetnje.”<sup>36</sup> Zakonom je, pored toga, propisano i da ovlast donošenja navedene odluke ima savezni ministar za obranu, odnosno osoba koja ga mijenja.<sup>37</sup>

Osobita relevantnost ovoga slučaja proizlazi iz činjenice što je u svojoj odluci Ustavni sud spornu odredbu članka 14. stavak 3. promatrao s dva aspekta: prvo, u vezi ustavne diobe vlasti između Federacije (*Bund*) i pojedinih zemalja (*Länder*) te, drugo, u vezi prava na život i ljudskog dostojanstva.

U pogledu ustavne razdiobe ovlasti između Federacije i pojedinih zemalja, Ustavni sud je utvrdio nesuglasnost odredbe članka 14. stavka 3. Zakona o zračnoj sigurnosti s odredbama sadržanima u članku 35. stavak 2. i 3. Temeljnog zakona. Ovim dvjema ustavnim odredbama predviđene su situacije suradnje između saveznih i zemaljskih vlasti u slučaju različitih nepogoda i to bilo u slučaju da je njima pogođena jedna, bilo više saveznih zemalja.<sup>38</sup> Prema interpretaciji Suda,

---

<sup>34</sup> *Luftsicherheitsgesetz*, § 14 (1).

<sup>35</sup> *Luftsicherheitsgesetz*, § 14 (2). Odredba članka 14. st. 2. u potpunosti glasi: “Kada postoji mogućnost izbora više mogućih mjera koje se mogu poduzeti, izabrat će se ona mjera koja će uzrokovati najmanje zadiranja prema individualnim osobama, odnosno prema općoj zajednici. Takva se mjera može izvršavati toliko dugo i u tolikom opsegu koliko to cilj koji se njome želi postići zahtijeva. Neće se dopustiti da ona uzrokuje nepogodnost koja je očito nerazmjerna očekivanom cilju.” O načelu razmjernosti u ovom kontekstu, vidi također: *Luftsicherheitsgesetz*, § 15.

<sup>36</sup> *Luftsicherheitsgesetz*, § 14 (3).

<sup>37</sup> *Luftsicherheitsgesetz*, § 14 (4).

<sup>38</sup> Konkretno odredbe njemačkog Temeljnog Zakona koje su razmatrane u ovom segmentu odluke, sadržane su u članku 35. stavak 2. rečenica 2. te stavak 3. rečenica 1. Stavak 2. rečenica 2. glasi: “U slučaju prirodne nepogode ili iznimno teške nesreće, zemlja može pozvati u pomoć policijske snage drugih zemalja, druge upravne službe te jedinice saveznoga graničarskog sastava i oružanih snaga.” Stavak 3. rečenica 1. glasi: “Ako je prirodnom nepogodom ugroženo područje više zemalja, Savezna vlada može, ako je to nužno radi djelotvornog suzbijanja opasnosti, uputiti zemaljsku vladu da drugim zemljama stavi na raspolaganje svoje policijske snage te da jedinicama saveznoga graničarskog sastava i oružanim snagama potpomognu policijske snage.” Prijevod njemačkog Temeljnog zakona na hrvatski jezik vidi u: *Temeljni zakon Savezne Republike Njemačke od 23. svibnja 1949. godine*, prijevod: Nina Sokol, Vladavina prava, god. I, br. 4-5-6, Zagreb, 1997, na str. 149-221.

neustavnost je konkretnog zakonskog rješenja u odnosu na članak 35. stavak 2. proizašla iz toga što je navedena ustavna odredba predvidjela samo i isključivo uporabu oružanih snaga na način koji bi se mogao kvalificirati kao prava “pomoć” zemljama, a ne kao mjera koja je u kvalitativnom smislu “*potpuno drugačija od one vrste (mjera – op. Đ.G) koje su originalno na raspolaganju policijskim snagama Zemlje, za izvršavanje njihovih dužnosti.*”<sup>39</sup>

S druge strane, Zakonom propisano rješenje po kojem u situacijama kada zbog nedostatka vremena nije moguće da federalna vlade donese odluku o uporabi oružane sile, takvu odluku može donijeti federalni ministar obrane zajedno s ministrom unutarnjih poslova, Sud je proglasio suprotnom članku 35. stavak 3. Temelnog zakona. Obrazloženje tome sadržano je u tumačenju kako će, obzirom na uobičajenu prirodu kritičnih situacija izazvanih terorističkim aktima koje se ovim Zakonom namjeravaju regulirati, najčešće upravo biti slučaj da će se odlučivati u vrlo kratkom roku, što će posljedično dovesti do toga da će odluku praktično uvijek donositi navedeni pojedinci, a ne vlada u cjelini, kako to u pravilu zahtijeva članak 35. stavak 3.<sup>40</sup>

Pored toga, kako navodi O. Lepsius, Savezni ustavni sud je odbio i tumačenje po kojem bi se sporna ovlast iz Zakona o zračnoj sigurnosti mogla opravdati slijedom ekstenzivne interpretacije “*pojma “obrana” iz članka 87.a stavak 2. Temelnog zakona*”, odnosno pozivanjem na pojam “*novih sigurnosnih izazova*”.<sup>41</sup>

<sup>39</sup> 1 BvR 357/05, (odluka od 12. veljače 2006. godine). Vidi: <http://www.bverfg.de/en/press/bvg06-011en.html>, pristup 3. prosinca 2009. Kako naglašava O. Lepsius, ocjenom neustavnosti Zakona o zračnoj sigurnosti po ovoj prvoj osnovi, Savezni ustavni sud je zapravo pošao od ustavne razdiobe ovlasti između Federacije (kojoj su u nadležnost dani poslovi obrane) te pojedinih zemalja (kojima su nadležnost dane sigurnosne mjere, uključujući i anti-terorističke). Prema njemu, ova je razdioba presudna upravo u odnosu na dikciju članka 35. Temelnog zakona koji “*dopušta tehničku pomoć i potporu u osoblju, ali pritom ne mijenja i ovlasti samih zemalja ili Federacije.*” Vidi: Lepsius, O., *Human Dignity and the Downing of Aircraft: The German Federal Constitutional Court Strikes Down a Prominent Anti-terrorism Provision in the New Air-transport Security Act*, German Law Journal, vol. 7, no. 9. (2006), na str. 765.

<sup>40</sup> *Ibid.* Na ovom je mjestu potrebno navesti kako je Savezni ustavni sud zapravo tumačio članak 14. st. 3. u relaciji prema članku 13. st. 3. Zakona o zračnoj sigurnosti. Naime, spomenuta procedura alternativnog odlučivanja od strane dvaju ministara propisana je upravo ovom drugom odredbom koja je ujedno eksplicitno navela da se radi o postupku odlučivanja o uporabi oružanih snaga u skladu s odredbom članka 35. st. 3. Temelnog zakona. Vidi: *Luftverkehrsgesetz*, § 13 (3).

<sup>41</sup> O. Lepsius u istom kontekstu navodi kako je u tom argumentu bila sadržana i tvrdnja da pojam “*obrane ne bi trebao značiti samo napad od strane oružanih snaga...već da bi morao obuhvatiti i terorističke napade*” te cijelu situaciju dovodi u izravnu relaciju upravo prema problemu specifičnog američkom poimanju suvremenog terorizma. Vidi: Lepsius, O., *Human Dignity and the Downing of Aircraft: The German Federal Constitutional Court Strikes Down a Prominent Anti-terrorism Provision in the New Air-transport Security Act*, op. cit., na str. 764–765. Za kritiku ovog staja-

U pogledu zaštite *ustavno zajamčenih temeljnih prava i sloboda*, Savezni ustavni sud je spornu odredbu Zakona o zračnoj sigurnosti doveo u izravnu suprotnost s *pravom na život te pravom na ljudsko dostojanstvo*.<sup>42</sup> Slijedeći uobičajenu praksu kombinacije ovih dviju temeljnih ustavnih odredbi<sup>43</sup>, Sud je u osnovi razdvojio dvije moguće situacije.

*Prva situacija* koja je uzeta u analizu obuhvatila je slučaj obaranja aviona na kojem bi se nalazili putnici. Takva je mogućnost apsolutno osporena uz nekoliko razina obrazloženja. Sud je najprije protumačio kako sporna sigurnosna mjera članka 14. stavak 3. Zakona o zračnoj sigurnosti u takvim okolnostima nedužne putnike pravno reducira na pojam “*objekata vlastite operacije spašavanja i zaštite drugih*”, pri čemu se zapravo negira njihov status “*subjekata podarenih dostojanstvom i neotuđivim pravima*”, uključujući i njihovo osobno pravo na zaštitu.<sup>44</sup> Isti je oblik obrazloženja primijenjen i u odnosu na argument kako su “*...osobe koje se nalaze u avionu postale dio oružja te se moraju suočiti s time da će ih se tako i tretirati...*”<sup>45</sup> Nadalje, Sud je naglasio kako u konkretnom slučaju neće uvijek biti moguće apsolutno izvjesno utvrditi pravo stanje stvari relevantno za donošenje odluke o uporabi oružane sile, okolnost od osobitog značaja kada se radi o odluci o okončanju nečijeg života, te je odbio argument “*fiktivnog*” pristanka osoba koje se ukrcavaju na avion da u ovakvoj kritičnoj situaciji taj avion zaista i bude oboren. Pored toga, kvalifikacija po kojoj bi se smatralo da uporaba oružane sile ustavno nije sporna jer su putnici ionako u bezizlaznoj situaciji, izravno je odbijena kao suprotna pravu na život u vezi s ljudskim dostojanstvom, za koje je utvrđeno da uživaju “*istovjetnu ustavnu zaštitu, bez obzora na trajanje fizičke egzistencije individualnog ljudskog bića*”.<sup>46</sup> Konačno, Sud je osporio i obrazloženje po kojem bi

lišta, vidi: Ladiges, M., *Comment – Oliver Lepsius’s Human Dignity and the Downing of Aircraft: The German Federal Constitutional Court Strikes Down a Prominent Anti-terrorism Provision in the New Air-transport Security Act*, German Law Journal, vol. 8, no. 3. (2007), str. 307–310.

<sup>42</sup> Članak 1. st. 1. te članak 2. st. 2. Temeljnog zakona.

<sup>43</sup> Vidi: Kommers, D. P., *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, op. cit., na str. 298. U tom kontekstu, O. Lepsius kritizira odluku Ustavnog suda u vezi toga što nije primijenio od sedamdesetih godina 20. stoljeća razvijanu praksu ustavnog koncepta “*obveze na zaštitu*”. Vidi: Lepsius, O., *Human Dignity and the Downing of Aircraft: The German Federal Constitutional Court Strikes Down a Prominent Anti-terrorism Provision in the New Air-transport Security Act*, op. cit., na str. 773–774. Za taj koncept općenito, vidi: Starck, C., *State Duties of Protection and Fundamental Rights*, Potchefstroom Electronical Law Review (PER), vol. 1, 2000, <http://www.puk.ac.za/opencms/export/PUK/html/fakulteite/regte/per/issues/00v1star.pdf>, pristup: 16. lipnja 2009.

<sup>44</sup> 1 BvR 357/05, (odluka od 12. veljače 2006. godine). Vidi: <http://www.bverfg.de/en/press/bvg06-011en.html>, pristup 3. prosinca 2009.

<sup>45</sup> *Ibid.*

<sup>46</sup> *Ibid.*



sporna zakonska mjera mogla biti podržana kao izvršavanje državne dužnosti zaštite onih osoba koje bi mogle postati predmetom napada avionom.

*Druga analizirana situacija* obuhvatila je mogućnost da se u otežanom avionu ne nalaze nevinu putnici, već samo teroristi ili nitko. U tom je segmentu Savezni ustavni sud zaključio kako bi obaranje aviona bilo ustavno dopustivo, uz obrazloženje kako ustavna obveza spašavanja života drugih, odnosno osoba koje se nalaze u opasnosti slijedom mogućnosti da otežani avion bude uperen protiv njih, opravdava čak i kršenje temeljnog prava na život osoba koje su avion otele. Sud je eksplicitno naveo kako takvo rješenje zadovoljava i načelo razmjernosti ograničenja temeljnog prava.

\*  
\*   \*   \*

Slično kao i u slučaju Savezne Republike Njemačke, i francuski pristup suvremenom terorizmu s početka 21. stoljeća karakterizira proces zakonodavne adaptacije, a ne izravno pozivanje na ustavne izvanredne ovlasti.<sup>47</sup> Ove zaključke na određeni način potvrđuje i činjenica da, za razliku od Njemačke, u Francuskoj nisu usvojene drastične mjere koje bi, na primjer, omogućile izravnu uporabu vojne sile u okolnostima kakve su opisane u prethodnom podnaslovu. Stoga i analiza francuske ustavno-sudske prakse mora voditi računa o tome da je Ustavno vijeće bilo suočeno sa znatno manjim zakonodavnim presizanjima u domeni izvanrednih anti-terorističkih mjera, odnosno da se teorijska koncepcija *stanja izuzetka* u francuskom slučaju nakon 2001. godine ne javlja u svojem ekstremnom obliku.<sup>48</sup> Pored toga, kako navodi Mazeaud, koliko se stanje izuzetka ne javlja u za-

<sup>47</sup> Kako to navodi jedan od članova francuskog Ustavnog vijeća, O. D. de Lamothe, u francuskoj praksi se može locirati bitna razlika i prema američkom, ali i prema engleskom primjeru, karakterističnom po primjeni privremene derogacije od odredaba Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i sloboda. Vidi: Dutheillet de Lamothe, O., *French Legislation against Terrorism: Constitutional Issues* (2006), Dostupno na: [http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank\\_mm/pdf/Conseil/constitutionalterrorism.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/constitutionalterrorism.pdf). Slično tome, i bivši predsjednik Ustavnog vijeća, P. Mazeaud, u tom smislu vrlo eksplicitno navodi kako je u Francuskoj od sredine osamdesetih godina 20. stoljeća zauzeta strategija "specifičnih, ali trajnih" zakonodavnih adaptacija terorizmu, koja je istovremeno omogućila da se "izbjegne zakonodavstvo iznimke". Vidi: Mazeaud, P., *La lutte contre le terrorisme dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, (2006), dostupno na: [http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank\\_mm/pdf/Conseil/20060426.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/20060426.pdf).

<sup>48</sup> Na taj način, u specifičnom francuskom kontekstu zakonodavne adaptacije anti-terorističkih mjera, teorijska se koncepcija izvanrednog stanja izuzetka pojavljuje u mnogo suptilnijem obliku određene "akomodacije". O. D. de Lamothe, na primjer, navodi više izvanrednih mjera uve-



konodavstvu, toliko se ne javlja niti u domeni ustavno-sudske prakse koja i dalje koristi klasične metode ocjene ustavnosti, uključujući i standard *oçite pogreške* (*l'erreur manifeste*) te *proporcionalnosti* (*proportionnalit *), ali i uobičajenu mjeru popuštanja prema zakonodavcu u smislu utvrđenja primarno zakonodavne ovlasti u balansiranju između ustavno zaštićenih vrijednosti kao što je javni poredak s jedne te ustavno zajamčenih prava i sloboda s druge strane.<sup>49</sup>

Ovo je jasno vidljivo u odluci Ustavnog vijeća u vezi *Zakona o borbi protiv terorizma, sigurnosti i graničnom nadzoru* iz 2006. godine, koja na ovom mjestu može poslužiti kao paradigma francuske ustavne ocjene konkretnih izvanrednih mjera usvojenih u kontekstu razvoja modernog terorizma.<sup>50</sup>

denih od 1986. godine, kada je donesen prvi u nizu modernih anti-terorističkih zakona. Specifične izvanredne mjere koje navodi de Lamoth , a koje bi bile izravno relevantne u tom kontekstu, obuhvaćaju: promjene u definiciji kaznenog djela terorizma (na način kvalifikacije u smislu dodatnog uvjeta da se takvim aktom kroz "zastrašivanje ili teror" namjerava "ozbiljno narušiti pravni poredak"); uvođenje posebnog kaznenog djela urote u cilju počinjenja terorističkog akta; poseban sastav kaznenog suda nadležnog za djela terorizma u kojem, za razliku od redovnih kaznenih sudova, u poroti nema običnih građana, već samo profesionalni suci; razne derogacije u kaznenom postupku usmjerene prema produženju roka u kojem osoba može biti ispitivana od strane policije, kao i produženje roka unutar kojega se mora osigurati pristup odvjetniku; mjere pretrage vozila, prostora i sredstava za komunikaciju. Vidi: Dutheillet de Lamoth , O., *French Legislation against Terrorism: Constitutional Issues*, op. cit., na str. 4–10.

<sup>49</sup> Vidi: Mazeaud, P., *La lutte contre le terrorisme dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, op. cit., na str. 2–5.

<sup>50</sup> Vidi: *Loi n  2006-64 du 23 janvier 2006 relative   la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives   la s curit  et aux contr les frontaliers*, JO 24/01/2006, na str. 1129. Razlog uvrštavanju ove odluke u analizu nalazi se u tome što je njome Ustavno vijeće u jednom dijelu proglasilo neustavnim sporno zakonodavno rješenje. Za razliku od toga, Vijeće je ocijenilo sukladnima ustavu odredbe vezane uz terorizam koje su propisane *Zakonom o unutrašnjoj sigurnosti* iz 2003. godine i to nakon provedene uobičajene analize balansiranja kojom je ustanovljeno kako nema oçite pogreške (*erreur manifeste*). Vidi: *D cision n  2003-467 DC du 13 mars 2003* (Loi pour la s curit  int rieure). S druge strane, *Zakon o prilagodbi pravosudnog sustava razvoju kriminaliteta* iz 2004. godine u ovom je kontekstu potvrda određenog "reverzibilnog procesa". Naime, kako navodi P. Mazeaud, osnovna je karakteristika toga Zakona da je rješenja čija je valjanost ranije već bila potvrđena u domeni anti-terorističkih mjera proširio i na domenu općeg kriminala. Vidi: Mazeaud, P., *La lutte contre le terrorisme dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, op. cit., na str. 8. Iz tog razloga, niti odluka Ustavnog vijeća u tom predmetu nije izravno relevantan pokazatelj specifičnog ustavno-sudskog pristupa izvanrednim anti-terorističkim mjerama u razdoblju nakon 2001. godine. Vidi: *D cision n  2004-492 DC du 2 mars 2004* (Loi portant adaptation de la justice aux  volutions de la criminalit ). Konačno, *Zakon o svakodnevnoj sigurnosti* iz 2001. godine jedini je od suvremenih francuskih anti-terorističkih zakona koji uopće nije bio predmetom ocjene od strane Ustavnog vijeća. Vidi: *Loi n  2001-1062 du 15 novembre 2001 relative   la s curit  quotidienne*, JO 16/11/2001, na str. 18215.

U odluci od 19. siječnja 2006. godine<sup>51</sup>, Ustavno je vijeće izravno razmatralo ustavnost dvije sporne odredbe. Člankom 6. Zakona propisana je mogućnost "administrativne rekvizicije" podataka vezanih uz korištenje elektroničkih telekomunikacijskih usluga, uključujući i Internet, ali na način da je isključena mogućnost pristupa sadržaju komunikacije, a dopušteno prikupljanje striktno tehničkih podataka kao što su "identifikacija brojeva pretplatnika ili veza prema elektroničkim komunikacijskim uslugama", "pretplatnički brojevi ili veze određene osobe", "komunikacije određenog pretplatnika u pogledu pozvanih brojeva i osoba" te "tražanje i datum (izvršenih – op. Đ.G.) komunikacija."<sup>52</sup> Nadležnost provođenja ovih mjera dana je ovlaštenim dužnosnicima policije i žandarmerije, uz "prethodno odobrenje osobe određene od strane Nacionalne komisije za praćenje sigurnosnih prisluškivanja".<sup>53</sup> U spornom dijelu ovoga članka, međutim, propisano je kako se navedene mjere uvode radi "sprječavanja i kažnjavanja terorizma."<sup>54</sup>

Ustavno vijeće je ocijenilo kako je neustavan onaj dio odredbe članka 6. Zakona koji propisuje da se sporne mjere uvode u cilju "kažnjavanja terorizma", uz obrazloženje da se time izravno krši načelo *diobe vlasti*. U relevantnom dijelu tog obrazloženja stoji sljedeće:

"Tehnički podaci na čiju rekviziciju policiju i žandarmeriju ovlašćuje članak 6. Zakona podnesenog na ocjenu ustavnosti i inače mogu biti prikupljeni prema odredbama Kaznenog zakona u okviru policijskih operacija namijenjenih otkrivanju počinjenja kaznenih djela, prikupljanju dokaza ili hvatanju počinitelja; prikupljanje podataka dopušteno ovim novim mjerama predstavlja čisto upravne policijske mjere; one nisu stavljene pod nadzor sudskih vlasti, već isključivo pod nadzor izvršne vlasti; iz tog razloga one ne mogu imati niti jednu drugu svrhu osim osiguranja javnog poretka te sprječavanja počinjenja kaznenih djela; prema tome, navodeći kako su ove odredbe dizajnirane ne samo za sprječavanje akata terorizma, već i za njihovo kažnjavanje, zakonodavac je prekršio načelo *diobe vlasti*."<sup>55</sup>

Pored toga, Ustavno vijeće je ocijenilo kako se ostatkom članka 6. ne krše ustavna jamstva na individualnu slobodu, privatnost, slobodu poduzetništva te pravo na sudsku zaštitu. U balansiranju između *prava na privatnost i slobode poduzetništva* s jedne te *zaštite javnog poretka* s druge strane, primijenjeno je načelo

<sup>51</sup> Vidi: *Décision n° 2005-532 DC du 19 janvier 2006* (Loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers).

<sup>52</sup> *Décision n° 2005-532 DC du 19 janvier 2006, par. 2.*

<sup>53</sup> *Ibid.*

<sup>54</sup> *Ibid.*

<sup>55</sup> *Décision n° 2005-532 DC du 19 janvier 2006, par. 5.*

lo proporcionalnosti i Vijeće je naglasilo kako je u tom segmentu “zakonodavac postupak za rekviziciju tehničkih podataka opremio prikladnim ograničenjima i zaštitama.”<sup>56</sup>

S druge strane, Ustavno vijeće je ocjenjivalo i ustavnost članka 8. Zakona kojim je omogućena automatska obrada podataka prikupljenih od strane policije, žandarmerije i carinskih službenika uporabom “fiksnih ili mobilnih automatskih uređaja za praćenje” i to “u cilju identifikacije vozila kroz fotografiranje osoba koje se nalaze u njima”, odnosno u “prilikama posebnih događaja ili većih okupljanja”, ali u tom slučaju samo “na privremenoj bazi u cilju očuvanja pravnog sustava i javnog poretka.”<sup>57</sup>

U izravnom balansiranju između prava na privatnost s jedne te zaštite sigurnosti osoba i imovine, kao i hvatanja počinitelja kažnjivih djela s druge strane, Vijeće je kroz načelo proporcionalnosti uzelo u obzir više faktora slijedom kojih je utvrdilo da je osporena odredba u skladu s ustavom. Relevantni faktori u tom smislu obuhvatili su sljedeće konstatacije: da se snimljeni podaci, ukoliko se ne poklapaju s informacijama iz postojećih registara, brišu nakon proteka roka od osam dana; da su uređaji za snimanje prvenstveno namijenjeni snimanju vozila, a ne osoba u njima; da postoji više drugih proceduralnih jamstava koje onemogućuju zlouporabu podataka, a koje se sastoje u obvezi brisanja podataka, osim u slučaju potrebe provođenja kaznenog ili carinskog postupka, kao i u ograničenu pristupa takvim podacima, koji je omogućen samo posebno ovlaštenim osobama.<sup>58</sup>

\*  
\*   \*  
\*

Aktualnost centralnog pitanja svih teorijskih modela izvanrednih stanja, onog koje se odnosi na poziciju tzv. “stanja izuzetka”, potvrđuje se sve do suvre-

---

<sup>56</sup> Za razliku od toga, u vezi prigovora po liniji kršenja individualne slobode, Ustavno vijeće je konstatiralo kako ona “ne može biti prekršena mjerom koja samo uspostavlja postupak rekvizicije tehničkih podataka”, dok je u pogledu prigovora po liniji uskraćivanja prava na sudsku zaštitu utvrdilo da se Zakonom uopće ne uskraćuje to pravo, koje dakle i dalje postoji bez obzira što za sam postupak prikupljanja podataka nije potrebno dobiti sudski nalog. *Décision n° 2005-532 DC du 19 janvier 2006, par. 8–12.*

<sup>57</sup> *Décision n° 2005-532 DC du 19 janvier 2006, par. 14.*

<sup>58</sup> *Décision n° 2005-532 DC du 19 janvier 2006, par. 20.* U istom dijelu ove odluke, Vijeće je odbilo prigovore kako se osporavanom odredbom članka 8. Zakona krše pravo na individualnu slobodu te slobodu kretanja, obrazlažući kako navedeni sustav snimanja već po prirodi stvari ne može dovesti do takvih povreda. *Décision n° 2005-532 DC du 19 janvier 2006, par. 16.*

menog doba, uključujući i događaje s početka 21. stoljeća. Iako se, za razliku od američkog slučaja, nalaze na marginama suvremene debate, njemački i francuski primjeri u tom pogledu predstavljaju jasne ilustracije mogućih opredjeljenja u vezi nužnosti i opravdanosti suspenzije načela vladavine prava u okolnostima krize.<sup>59</sup> S druge strane, institucionalni modeli koje su u klasičnoj teoriji, između ostalih, formulirali C. Schmitt i C. L. Rossiter i dalje izazivaju kontroverze, ali imaju i trajni utjecaj, što je vidljivo u činjenici da suvremeni ustavni diskurs u tom pogledu nudi brojne njihove derivacije.<sup>60</sup>

Pozadinski problemi koji okružuju specifičnu "filozofiju" izvanrednih stanja također su usmjereni na cjelinu sadržaja ustavnog prava, u smislu u kojem se unutar nje rješavaju pitanja, a što je vidljivo i iz prikazanog njemačkog i francuskog slučaja, koja se jednako odnose na odnose ustavnih institucija (dioba vlasti), kao i na poziciju ustavno zajamčenih temeljnih prava i sloboda. Iz toga je ujedno, u smislu nekih budućih razmatranja, moguće i potrebno ovaj specifičan kontekst povezati s drugim općim pitanjima ustavnog prava, kao što su načelna definicija načela vladavine prava (te njezina dioba na formalne i materijalne kategorije<sup>61</sup>) te podjela na tzv. "proceduralne" teorije ustava (J. H. Ely) i teorije ustava zasnovanih na "ljudskim pravima i slobodama" (R. Dworkin).<sup>62</sup>

<sup>59</sup> Činjenica je da se, što je po prirodi stvari i logično, najznačajnija praksa, kao i teorijska diskusija, u vezi suvremenih izvanrednih stanja u posljednjih desetak godina razvila u Sjedinjenim Američkim Državama. Ujedno, tamo je i najjasnija aktualnost tzv. "stanja izuzetka", što je vidljivo na više primjera vezanih uz "Rat protiv terora" (na primjer, uvođenje pojma "neprijateljskog borca", nadležnost vojnih komisija, izuzeće jurisdikcije američkih federalnih sudova za predmete vezane uz vojnu bazu Guantanamo na Kubi itd.). U tom se smislu u toj državi i razvila najzanimljivija sudska praksa. Vidi sljedeće predmete Vrhovnog suda Sjedinjenih Američkih Država: *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004); *Rumsfeld v. Padilla*, 542 U.S. 426 (2004); *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004); *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006); *Boumediene v. Bush*, 128 S.Ct. 2229 (2008).

<sup>60</sup> Daljnja detaljnija razmatranja u tom pogledu prelaze potrebe i mogućnosti ovoga rada, ali ovdje je prikladno navesti kako se, ponovno najjasnije u američkom slučaju, suvremena teorija izvanrednih stanja vrlo jasno dijeli na nekoliko normativno suprotnih struja koje se nazivaju ili se mogu nazvati "egzekutivnim unilateralizmom" (npr. R. E. Posner, J. C. Yoo, E. Posner i A. Vermeule), "civilnim libertarijanizmom" (npr. G. Stone, D. Cole), "demokratskim formalizmom" (npr. B. Ackerman), "procesno-baziranim institucionalnim pristupom" (npr. S. Issacharoff i R. H. Pildes) te tzv. "modelima izvan-pravnih djelovanja" (npr. O. Gross i F. Ní Aoláin).

<sup>61</sup> O temeljnoj razdiobi između formalnih i materijalnih teorija načela vladavine prava, između ostaloga, vidi: Tamanaha, B. Z., *On the Rule of Law – History, Politics, Theory*, Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom, 2004., na str. 91-113.

<sup>62</sup> Za osnovne postavke navedene podjele vidi: Ely, J. H., *Democracy and Distrust (A Theory of Judicial Review)*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts and London, England (1980); Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts (1977, 1978); vidi također i: Garvey, J. H. i Aleinikoff, T. A., *Modern Constitutional Theory: A Read-*

DORĐE GARDAŠEVIĆ, LL.D.,

Assistant Professor, Faculty of Law University of Zagreb

## STATES OF EXCEPTION AND MODERN TERRORISM

### Summary

The central issue of all doctrinal conceptions of states of emergency is a requirement for a legitimate suspension of the rule of law principle. Since such a suspension, on a theoretical level, can be either partial or full, it is necessary to envisage either some kind of a crisis restructuring of competencies of constitutional institutions (and accordingly some level of suspension of constitutional rights) or a special emergency situation commonly referred to as the “state of exception”. This text consists of three parts. The first part represents a purely theoretical model of a possible structure of states of emergency (rule – secondary emergency rule – exception – justification of the exception). The second part describes the state of exception as it was developed in the classical doctrine (a challenge within the conception construed by C. Schmitt and the response in the form of the “constitutional dictatorship” model offered by C. L. Rossiter). The final part offers two contemporary comparative examples of operation of states of exception in the context of the early 21<sup>st</sup> century anti-terrorism policies (Germany and France). The basic arguments of the paper are that traditional conceptions of exception are still actual in modern circumstances and that it is necessary to link them to some broader themes of the constitutional law in general (formal and substantive conceptions of the rule of law principle; process-based and rights-based theories of constitution).

---

*er*, West Publishing Co., St. Paul, Minnesota (1994), na str. 3-40. Navedene teorije u osnovi postavljaju problem o tome tko je ovlašten odlučivati o temeljnim pravima i slobodama, predstavničko tijelo ili sudovi, te su na taj način vezana uz šira pitanja kvalifikacije pojma ustava kao dokumenta koji primarno regulira odnose izvedene iz načela diobe vlasti, odnosno kao dokumenta koji šire od toga sadrži i određena materijalna jamstva. U istom smislu, na primjer, R. Alexy govori o podjeli na dva “ekstremna modela ustava”, onaj “čisto proceduralni” i onaj “čisto supstancijalni/materijalni”. Vidi: Alexy, R., *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, Oxford (2002), na str. 349. i dalje.



JASMINA BENMANSUR

## SLOBODA UDRUŽIVANJA U PRAVNOM SISTEMU REPUBLIKE SRBIJE

### U V O D

Sloboda udruživanja predstavlja pored slobode okupljanja, slobode misli i slobode izražavanja, fundamentalno političko pravo od posebnog značaja u pluralističkim demokratijama. Ovo pravo danas garantuju svi međunarodni akti koji se odnose na zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.

Sloboda udruživanja u osnovi podrazumeva povezivanje ljudi na neprofitnoj osnovi u različite oblike organizovanja: udruženja fizičkih i/ili pravnih lica osnovana radi ostvarivanja i unapređenja određenog zajedničkog ili opšteg cilja i interesa, ekonomsko-socijalna udruženja (sindikati), politička udruženja (stranke, partije), verska udruženja (crkve i verske zajednice), sportska udruženja i drugo.

Na našim prostorima tradicija omogućavanja udruživanja na dobrovoljnim osnovama radi ostvarivanja zajedničkih nelukrativnih ciljeva duga je gotovo dva veka, a prvi put je regulisana i pre nego je postala ustavna kategorija – Zakonom o udruženjima i zborovima iz 1881. godine. Ovaj zakon nastojeći da primeni pravne standarde slobode udruživanja evropskih demokratskih država, pravio je razliku između političkih i nepolitičkih udruženja, kao i između profitnih i nepro-

---

Jasmina Benmansur, pomoćnik ministra, Ministarstvo za ljudska i manjinska prava, državnu upravu i lokalnu samoupravu – Rukovodilac Sektora za matične knjige i ostvarivanje slobode udruživanja građana, Beograd.



fitnih organizacija. Godine 1884. zamenjen je novim Zakonom o udruženjima i zborovima, koji je tu slobodu detaljnije, ali restriktivnije uređivao.<sup>1</sup> Ubrzo nakon toga sloboda udruživanja postaje osnovno političko pravo proklamovano i garantovano Ustavom iz 1888. godine, i to na način koji zadugo nije bio prevaziđen u srpskoj ustavnoj istoriji.<sup>2</sup>

Takođe, u Srbiji postoje udruženja koja deluju više od jednog veka, kao npr. Savez inženjera i tehničara koji početak svog rada vezuje za 1868. godinu, kada je u tadašnjoj Kneževini Srbiji formirana "Tehničarska družina" koja je 1890. godine prerasla u "Udruženje srpskih inženjera" ili Lovački savez Srbije koji je osnovan 1896. godine. Rezultat ovakve tradicije je i to da danas u Srbiji deluje više hiljada udruženja, ne računajući udruženja u oblasti sportskog, političkog i sindikalnog udruživanja, osnovanih radi ostvarivanja najrazličitijih ciljeva – od ciljeva koji su vezani za određenu struku ili profesiju; za zaštitu prirode u najširem smislu; za određena zajednička svojstva osnivača i članova; za zajednička interesovanja, pa do udruženja kod kojih se kao cilj delovanja navodi zaštita ljudskih prava i sloboda, a koja se u najširoj javnosti najčešće jedina označavaju kao nevladine organizacije.

S druge strane, uporednopravno posmatrano sloboda udruživanja građana i položaj i delovanje udruženja danas zauzimaju značajno mesto i ulogu u ukupnim društvenim procesima. Stvoren je tzv. treći sektor koji počiva na građanskoj inicijativi i zainteresovanosti za određena životna pitanja, koji je izborio mesto nezaobilaznog učesnika u gotovo svim značajnijim društvenim zbivanjima modernog sveta, tako da se uspešnost saradnje vladinog i nevladinog sektora danas smatra jednim od kriterijuma kojim se meri stepen razvijenosti demokratije jednog društva. Udruženja danas deluje sa pozicije aktivnog posmatrača, kritičara, ali i partnera pre svega javnog (državnog), a sve više i privrednog sektora. Građani kroz određene oblike organizovanja različitim aktivnostima i konkretnim predlozima izražavaju inicijativu da budu konstruktivan činilac i pomoć državi u rešavanju za njih i društvo u celini važnih pitanja.

Ovako narasla uloga i značaj "trećeg sektora" podrazumeva nužno uspostavljanje jasno određenog pravnog okvira za ostvarivanje slobode udruživanja, ali i precizno definisanih legitimnih ograničenja ove slobode, s obzirom na opšteprihvaćeno međunarodno pravilo da ostvarivanje ove slobode ne može biti na štetu drugih građana i same države.

<sup>1</sup> Jovica Trkulja, Deficiti srpske legislativne o slobodi udruživanja, Zbornik radova, Ustavno ograničenje slobode udruživanja, Ustavni sud Republike Srbije, Beograd, 2010, str. 32–33.

<sup>2</sup> Član 25. Ustava za Kraljevinu Srbiju od 1888. proklamovao je da "srpski građani imaju pravo udruživati se u celjima koje nisu protivne zakonu", kao i da "ovo pravo ne može se potčiniti nikakvoj preventivnoj meri". U to vreme bio je na snazi i Zakon o štampi i javnim zborovima i udruženjima iz 1891. godine, za koji se smatra da je bio jedan od najliberalnijih.

OSTVARIVANJE PRAVA NA SLOBODU  
UDRUŽIVANJA

U našem pravnom sistemu sloboda udruživanja zajemčena je Ustavom Republike Srbije,<sup>3</sup> dok je zakonom propisan način ostvarivanja ovog prava, pri čemu zakon ni u kom slučaju ne sme uticati na suštinu garantovanog prava, budući da se ljudska i manjinska prava zajemčena Ustavom neposredno primenjuju.

Pored toga, opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava koja se odnose na slobodu udruživanja i potvrđeni međunarodni ugovori koji sadrže odredbe o slobodi udruživanja sastavni su deo pravnog poretka Republike Srbije i Ustav jemči da se oni takođe, neposredno primenjuju.

*Pravo na slobodu udruživanja  
prema međunarodnim aktima*

Proces uspostavljanja međunarodnih pravila i opštih pravnih načela u promovisanju i zaštiti osnovnih ljudskih prava i sloboda započeo je donošenjem Povelje Ujedinjenih nacija 1945. godine.<sup>4</sup> Budući da je ova povelja akt čija je prvenstvena funkcija bila da zaštiti međunarodni mir i bezbednost, to u njoj nisu mogla biti nabrojana podrazumevana "prava čoveka i osnovne slobode za sve",<sup>5</sup> pa je bilo neophodno u novom aktu međunarodne zajednice utvrditi i odrediti ta prava. To pitanje rešeno je usvajanjem Opšte deklaracije Ujedinjenih nacija o pravima čoveka.<sup>6</sup> U katalogu zaštićenih ljudskih prava našlo se i pravo na slobodu udruživanja, tako što je članom 20. Opšte deklaracije uređeno da svako ima pravo na slobodu mirnog izbora i udruživanja i da niko ne može biti primoran da pripada nekom udruženju.

Nakon toga, doneto je više međunarodnih paktova i konvencija o ljudskim pravima od kojih su sa aspekta slobode udruživanja najznačajnije: Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima,<sup>7</sup> Međunarodni pakt o ekonomskim, so-

---

<sup>3</sup> Član 55. Ustava Republike Srbije ("Službeni glasnik RS"; br. 98/06).

<sup>4</sup> "Službeni list FNRJ" – Međunarodni ugovori, broj 5/45 i "Službeni list SFRJ" – Međunarodni ugovori, br. 2/65, 12/66 i 39/72.

<sup>5</sup> Član 13. stav 1. tačka b) Povelje Ujedinjenih nacija.

<sup>6</sup> "Službeni list FNRJ"; br. 0/48.

<sup>7</sup> Član 22. Zakona o ratifikaciji Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima ("Službeni list SFRJ" – Međunarodni ugovori, broj 7/71 i "Službeni list SRJ" – Međunarodni ugovori, broj 4/01).

cijalnim i kulturnim pravima<sup>8</sup> i Konvencija Ujedinjenih nacija o pravima deteta.<sup>9</sup> Ipak, svakako najznačajnije je bilo donošenje Evropske konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i njenih protokola.<sup>10</sup>

Ova konvencija potpisana je u Rimu 4. novembra 1950. godine, a stupila je na snagu 3. septembra 1953. godine. Naša država ratifikovala je Evropsku konvenciju tek 2003. godine i tako postala još jedna od više od četrdeset država članica Saveta Evrope koja joj je pristupila. Njen značaj nije samo u korpusu ljudskih prava koja promovise, već i u činjenici da je uspostavila nadzorni mehanizam kontrole ostvarivanja tih prava.

Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda posebno je garantovano pravo na slobodu okupljanja i udruživanja,<sup>11</sup> tako što je zadržano jedno od opšteprihvaćenih načela o slobodi udruživanja, koje se manifestuje kroz slobodu osnivanja udruženja i kroz slobodu autonomnog uređivanja unutrašnjih odnosa udruženja. Međutim, pošto ostvarivanje ove slobode ne može biti na štetu drugih građana ili države i Evropskom konvencijom se definišu neophodna ograničenja nužna u demokratskom društvu, odnosno ograničenja proporcionalna legitimnom cilju koji se želi postići.

*Pravo na slobodu udruživanja  
prema propisima Republike Srbije*

U skladu sa najvišim evropskim standardima u ovoj oblasti, kao i potvrđenim međunarodnim aktima, Ustav Republike Srbije jemči slobodu udruživanja – “političkog, sindikalnog i svakog drugog udruživanja”, ali i pravo da se ostane izvan svakog udruženja, što takođe predstavlja sastavni deo prava na slobodu udruživanja.

<sup>8</sup> Član 8. Zakona o ratifikaciji Međunarodnog pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (“Službeni list SFRJ” – Međunarodni ugovori, broj 7/71).

<sup>9</sup> Član 15. Zakona o ratifikaciji Konvencije Ujedinjenih nacija o pravima deteta (“Službeni list SFRJ” – Međunarodni ugovori, broj 15/90 i “Službeni list SRJ” – Međunarodni ugovori, br. 4/96 i 2/97).

<sup>10</sup> “Službeni list Srbije i Crne Gore” – Međunarodni ugovori, br. 9/03 i 5/05 (pored Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda potvrđeni su protokoli 11, 4, 6, 7, 12, 13. i 14).

<sup>11</sup> Član 11. Evropske konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda: “Svako ima pravo na slobodu mirnog okupljanja i slobodu udruživanja s drugima, uključujući pravo da osniva sindikat i učlanjuje se u njega radi zaštite svojih interesa. Za vršenje ovih prava neće se postavljati nikakva ograničenja, osim onih koja su propisana zakonom i neophodna u demokratskom društvu u interesu nacionalne bezbednosti ili javne bezbednosti, radi sprečavanja nereda ili kriminala, zaštite zdravlja ili morala, ili radi zaštite prava i sloboda drugih. Ovim se članom ne sprečava zakonito ograničavanje vršenja ovih prava pripadnicima oružanih snaga, policije ili državne uprave.”

Zatim se jemči osnivanje udruženja bez prethodnog odobrenja, uz upis u registar kod nadležnog državnog organa, čime je zadovoljen evropski standard da udruženje može biti formalno, ali i neformalno (NVO mogu biti nezvanična tela ili organizacije ili mogu imati status pravnog lica<sup>12</sup>).

Ustav dalje postavlja granice slobode udruživanja tako da je ona ograničena jedino pravima i slobodama drugih, utvrđuje da o zabrani rada udruženja odlučuje Ustavni sud i to samo u Ustavom i zakonom propisanim slučajevima. Utvrđeno je da Ustavni sud može zabraniti rad samo onog udruženja čiji su ciljevi i delovanje usmereni na nasilno rušenje ustavnog poretka, kršenje zajemčenih ljudskih ili manjinskih prava ili izazivanje rasne, nacionalne ili verske mržnje. Takođe, zabranjena su tajna i paravojna udruženja.<sup>13</sup>

Budući da Republika Srbija “uređuje i obezbeđuje ostvarivanje i zaštitu sloboda i prava čoveka i građanina”,<sup>14</sup> a da se zakonom propisuje način ostvarivanja

---

<sup>12</sup> Preporuka Komiteta Saveta Ministara Saveta Evrope o pravnom statusu nevladinih organizacija u Evropi (CM/Rec(2007)14 od 10. oktobra 2007).

<sup>13</sup> U našoj ustavnosudskoj praksi dosad je doneta samo jedna odluka kojom je zabranjen rad udruženja upisanog u registar nadležnog organa (Otačastveni pokret “Obraz”), ali nije doneta ni jedna odluka kojom se zabranjuje rad političke stranke, sportskog udruženja, sindikata ili verske organizacije koje su u skladu sa zakonom upisane u registar nadležnog organa. To pak, ne znači da Ustavnom sudu nisu podnošeni predlozi za zabranu rada pojedinih od navedenih oblika organizovanja. Npr. u periodu od 1990. do juna 2009. godine Ustavnom sudu je podneto četiri zahteva za zabranu rada političke stranke (Srpskog pokreta obnove, Lige Socijaldemokrata Vojvodine, Stranke demokratske akcije, itd), ali su ovi zahtevi ili odbačeni jer podnosilac nije imao aktivnu legitimaciju za pokretanje postupka ili obustavljeni zbog prestanka procesnih pretpostavki za vođenje postupka. Takođe, krajem 2008. godine Republičko javno tužilaštvo podnelo je Ustavnom sudu predlog za zabranu rada “tajne političke stranke (političke organizacije) “Nacionalni stroj”, zbog kako se navodi “delovanja koje je usmereno na izazivanje rasne i nacionalne mržnje”. Ustavni sud je tek nakon tri godine doneo odluku po ovom predlogu, kojom je utvrdio da je organizacija “Nacionalni stroj” tajno udruženje, čije je delovanje zabranjeno saglasno Ustavu, a da ovu odluku treba obezbediti na taj način što se: “zabranjuje upis u odgovarajući registar koji vodi nadležni organ udruženja, odnosno političke stranke sa programskim ciljevima i/ili nazivom koji ima ova organizacija; zabranjuje “Nacionalnom stroju” da deluje, promovise i širi svoje programske ciljeve i ideje” i utvrđuje da “državni i drugi organi i organizacije su dužni da u okviru svojih nadležnosti i ovlašćenja preduzmu mere u cilju sprovođenja ove odluke”. Sa ovog aspekta značajna je još jedna odluka Ustavnog suda, doneta povodom predloga Republičkog javnog tužilaštva podnetog oktobra 2009. godine za zabranu rada petnaest “ekstremnih podgrupa u okviru udruženja građana ili van udruženja (Ultra boys, Belgrade boys, Ultras, Brigade, Alkatraz, Ludaci – Padinska skela, Anti-Romi, SOuth family, Head hunters, Irriducibili – NBG, Shadows, Extreme boys, Čuvari časti, Brain damage i “United force 1987”)”, zbog kako se u predlogu navodi “delovanja koje je usmereno na nasilno rušenje ustavnog poretka, kršenje zajemčenih ljudskih ili manjinskih prava i izazivanje rasne, nacionalne, verske mržnje”. U ovom predmetu, Ustavni sud je doneo zaključak kojim je odbacio predlog Republičkog javnog tužioca za zabranu navedenih “ekstremnih podgrupa u okviru udruženja ili van udruženja” zbog nepostojanja ustavnih i zakonskih pretpostavki za vođenje postupka pred ovim sudom i odlučivanja o takvom zahtevu.

<sup>14</sup> Član 97. stav 1. tačka 2) Ustava Republike Srbije.

ljudskih i manjinskih prava, dakle i slobode udruživanja,<sup>15</sup> doneto je više zakona koji bliže uređuju ovu oblast.

Preciznije, *lex generalis* u ovoj oblasti je Zakon o udruženjima<sup>16</sup> donet 2009. godine, kojim se uređuje osnivanje i pravni položaj udruženja, upis u registar, brisanje iz registra, članstvo i organi, statusne promene i prestanak udruženja, kao i druga pitanja značajna za rad udruženja.

S druge strane, ovaj propis stvorio je zakonske pretpostavke da se drugi specifični oblici udruživanja građana, po svojoj prirodi manje ili više bliski klasičnim udruženjima, mogu urediti posebnim zakonom. Ostavljeno je zapravo, zakonodavcu da oceni da li i u kojoj meri specifičnosti određenog oblika udruživanja zahtevaju posebno zakonsko uređenje, pa su shodno tome doneti i Zakon o političkim strankama,<sup>17</sup> koji bliže propisuje političko udruživanje, Zakon o radu,<sup>18</sup> koji bliže propisuje sindikalno udruživanje i udruživanje poslodavaca, Zakon o sportu,<sup>19</sup> koji bliže propisuje sportsko udruživanje, Zakon o crkvama i verskim zajednicama<sup>20</sup>, koji bliže propisuje versko udruživanje, itd. Ipak, Zakon o udruženjima, kao *lex generalis*, shodno se primenjuje na sve oblike udruživanja uređene posebnim zakonom u pitanjima koja nisu uređena tim posebnim zakonom.

### *Obim prava na slobodu udruživanja*

*Pojam udruženja.* – Pojam udruženja u smislu Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, koja je sastavni deo našeg pravnog sistema i neposredno se primenjuje, ima autonomno značenje, nezavisno od postojećih klasifikacija u pravnim sistemima država potpisnica. Stoga se udruženje, u smislu člana 11. Evropske konvencije, može definisati kao svaki oblik dobrovoljnog udruživanja fizičkih lica radi postizanja određenog zajedničkog cilja.<sup>21</sup>

Iako se u ovoj konvenciji izričito pominje samo jedan oblik udruživanja, i to sindikati, to ne znači da se drugi oblici udruživanja time isključuju ili da sindikati uživaju neku posebnu zaštitu. Upravo suprotno, iz definicije je vidljivo da se pojam udruženja shvata vrlo široko, tako da uključuje čitav niz oblika udruživanja: političko, sportsko, idr.

<sup>15</sup> Vidi: član 18. stav 2. Ustava.

<sup>16</sup> "Službeni glasnik RS", br. 51/09.

<sup>17</sup> "Službeni glasnik RS", br. 36/09.

<sup>18</sup> "Službeni glasnik RS", br. 36/09.

<sup>19</sup> "Službeni glasnik RS", br. 24/11 i 99/11 – dr. zakon.

<sup>20</sup> "Službeni glasnik RS", br. 24/05, 61/05 i 54/09.

<sup>21</sup> Vidi: Zvonimir Mataga, Pravo na slobodu udruživanja prema Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Strazbur, 2006, str. 6.

Definišući ovaj pojam treba razlikovati udruženja od prostog okupljanja osoba koje nema neki zajednički ili opšti cilj ili interes, jer je za postojanje udruženja potrebno da ono ima institucionalni karakter tj. određeni nivo organizovanosti (organizacione izgrađenosti) i trajnosti (stabilnosti) kojim se razlikuje od neformalnih društvenih tvorevina odnosno zajednica prolaznog karaktera čija je zaštita takođe garantovana Evropskom konvencijom, ali pravom na slobodu mirnog okupljanja.

S druge strane, to ne znači da udruženje mora imati formalni status, odnosno da je upisano u registar nadležnog organa ili da na drugi način ima priznat status pravnog lica (npr. na osnovu zakona). Udruženje može biti i neformalno pod uslovom da zadovoljava, već pomenuti, minimalni nivo trajnosti i organizovanosti.<sup>22</sup>

Određujući pojam udruženja u smislu Evropske konvencije potrebno je istaći da njih karakteriše članstvo – to su zajednice lica, pa se u tom smislu razlikuju od zadužbina i fondacija koje se takođe osnivaju radi dobroćinog ostvarivanja opštekorisnog cilja, ali su pravna lica bez članova.<sup>23</sup>

Pojam udruženja u našem pravnom sistemu definisan je Zakonom o udruženjima, tako da udruženje, u smislu ovog zakona, jeste dobrovoljna i nevladina nedobitna organizacija zasnovana na slobodi udruživanja više fizičkih ili pravnih lica, osnovana radi ostvarivanja i unapređenja određenog zajedničkog ili opšteg cilja i interesa, koji nisu zabranjeni Ustavom ili zakonom.

Naravno, svaki *lex specialis* koji uređuje pojedine specifične oblike organizovanja daje određenje pojma tog posebnog oblika organizovanja, pa se u Zakonu o političkim strankama pod pojmom političke stranke definiše “organizacija građana slobodno i dobrovoljno udruženih osnovana radi ostvarivanja političkih ciljeva demokratskim oblikovanjem političke volje građana i učešća na izborima”; u Zakonu o sportu pod pojmom sportskog udruženja definiše se “dobrovoljna nedobitna organizacija zasnovana na slobodi udruživanja više fizičkih i/ili pravnih lica, organizovana na osnovu statuta i osnovana radi ostvarivanja zajedničkog cilja u oblasti sporta”, itd. Iz navedenog može se zaključiti da domaći propisi određuju pojam udruženja na istim osnovama kao i Evropska konvencija i da u tom smislu nema odstupanja.

*Javnopravna udruženja.* – Posebnu pažnju zaslužuju tzv. udruženja javnog prava kao što su npr. lekarske, advokatske, javnobeležničke, privredne i slične komore u koje se obavezno udružuju pripadnici tih zanimanja.

---

<sup>22</sup> Dobrovoljnost (neobaveznost) upisa u registar izražava jedan od osnovnih principa statusa nevladinih organizacija u Evropi i spada među najznačajnije novine Zakona o udruženjima. Prethodni upis nije uslov za osnivanje udruženja međutim, upisom u registar udruženje stiče status pravnog lica.

<sup>23</sup> Zakon o zadužbinama i fondacijama (“Službeni glasnik RS” br. 88/10 i 99/11 – dr. zakon).

Prema ustaljenoj praksi Evropska konvencija se na njih, u načelu, ne primenjuje, a razlog za to je upravo obavezno članstvo u takvim udruženjima koje ne može za posledicu imati povredu tzv. negativnog prava na slobodu udruživanja. Istina, i one su članske organizacije, tj. zajednice fizičkih lica, baš kao i udruženja privatnog prava, ali za razliku od ovih poslednjih osnovane su nekim javnopravnim aktom (najčešće zakonom<sup>24</sup>), imaju javna ovlašćenja, a osnovni cilj im nije, kao u slučaju udruženja privatnog prava, promovisanje privatnih interesa svojih članova na dobrovoljnoj osnovi.

### *Sadržaj prava na slobodu udruživanja*

Jedno od opšteprihvaćenih načela u ostvarivanju slobode udruživanja svakako je samostalnost udruženja u ostvarivanju ciljeva zbog kojih je osnovano. Ova sloboda manifestuje se u dva vida: kroz slobodu osnivanja udruženja i kroz slobodu autonomnog uređivanja unutrašnjih odnosa udruženja. Svi propisi, međunarodnog ili nacionalnog zakonodavstva, moraju biti usklađeni sa ovim načelom pa se nivo stepena demokratske države meri i prema tome da li je obezbeđeno (u propisima) i omogućeno (u praksi) slobodno osnivanje udruženja i da li i u kojem obimu ona svoje ciljeve ostvaruju samostalno.

*Ciljevi udruženja.* – Posmatrano sa aspekta Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda pravo na slobodu udruživanja podrazumeva pravo udruženja da obavlja bilo koju aktivnost radi ostvarivanja bilo kojeg dopuštenog cilja.<sup>25</sup>

Država ne može sama od sebe da poriče slobodu udruživanja i proglasi ciljeve udruženja nedopuštenim, ali kako je već navedeno ostvarivanje ove slobode ne može biti na štetu drugih građana i same države, zbog čega postoji potreba da ona jasno uredi neophodna ograničenja u pogledu ciljeva i delovanja udruženja. Tako se Ustavom Republike Srbije utvrđuje da se može zabraniti samo ono udruženje čije je delovanje usmereno na nasilno rušenje ustavnog poretka, kršenje zajemčenih ljudskih ili manjinskih prava ili izazivanje rasne, nacionalne ili verske mržnje, kao i da su zabranjena tajna i paravojna udruženja.

<sup>24</sup> Zakon o komorama zdravstvenih radnika ("Službeni glasnik RS", br. 107/05 i 99/10), Zakon o javnom beležništvu ("Službeni glasnik RS", br. 31/11), Zakon o advokaturi ("Službeni glasnik RS", br. 31/11) i dr.

<sup>25</sup> Pojedini akti organa Saveta Evrope idu i korak dalje, pa se npr. u Preporuka Komiteta Saveta Ministara o pravnom statusu nevladinih organizacija u Evropi (CM/Rec(2007)14 od 10. oktobra 2007), kao jedan od principa za ostvarivanje ciljeva udruženja navodi da "NVO treba da budu slobodne da se bave bilo kakvim zakonitim privrednim, poslovnim ili komercijalnim aktivnostima u cilju obezbeđivanja podrške za svoje neprofitne aktivnosti bez prethodnog specijalnog odobrenja, međutim, u tom slučaju će biti podložne zahtevima u pogledu licenciranja i regulatornim zahtevima koji se generalno primenjuju na aktivnostima o kojima je reč".



Ova Ustavna odredba razrađena je Zakonom o udruženjima<sup>26</sup> navođenjem *exempli causae* drugih Ustavom zagarantovanih ljudskih prava i sloboda koje su obuhvaćene antidiskriminacionim normama Ustava. Tako se predviđa da ciljevi i delovanje udruženja ne mogu biti usmereni na nasilno rušenje ustavnog poretka i narušavanje teritorijalne celokupnosti Republike Srbije, kršenje zajemčenih ljudskih ili manjinskih prava ili izazivanje i podsticanje neravnopravnosti, mržnje i netrpeljivosti zasnovane na rasnoj, nacionalnoj, verskoj ili drugoj pripadnosti ili opredeljenju, kao i polu, rodu, fizičkim, psihičkim ili drugim karakteristikama i sposobnostima, što podrazumeva da se zabrana rada udruženja može izreći samo ako su njegovi ciljevi ili delovanje suprotni navedenim Ustavnim i Zakonskim zabranama. Bitno je, međutim, naglasiti da odredbe o zabranjenim ciljevima i delovanju kao i pravne posledice ove zabrane, podjednako važe za sva udruženja, bilo da su upisana u registar ili ne.

Odredbe o ciljevima i delovanju udruženja, pored Zakona o udruženjima, sadrži i Zakonom o političkim strankama koji propisuje da delovanje političke stranke ne može biti usmereno na nasilno rušenje ustavnog poretka i narušavanje teritorijalne celokupnosti Republike Srbije, kršenje zajemčenih ljudskih ili manjinskih prava ili izazivanje i podsticanje rasne, nacionalne ili verske mržnje.<sup>27</sup> Iako možemo izneti ocenu da je logična i pravno utemeljena u odnosu na pravila međunarodnog prava i Ustavne odredbe, ova zakonska odredba predmet je ocene ustavnosti i zakonitosti pred Ustavnim sudom.<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> Član 3. stav 2. Zakona o udruženjima.

<sup>27</sup> Član 4. stav 2. Zakona o političkim strankama.

<sup>28</sup> Izvod iz Mišljenja Vlade Republike Srbije, 05 broj: 010-662/2010 od 29.01.2010. godine, povodom zahteva Ustavnog suda broj: IU-116/09 od 12.09.2009. godine za dostavu odgovora povodom pokrenute inicijative za ocenu ustavnosti pojedinih odredbi Zakona o političkim strankama: "U inicijativi za ocenu ustavnosti člana 4. stav 2. Zakona o političkim strankama podnosilac navodi da se ovom odredbom "uvodi još jedno ograničenje" u pogledu delovanja političke stranke, koje je usmereno na nasilno narušavanje teritorijalne celokupnosti Republike Srbije što, kako se navodi, nije u skladu sa članom 20. stav 1. i članom 55. stav 4. Ustava Republike Srbije. Istovremeno, podnosilac ceni da "nema nikakve sumnje da je zakonsko uvođenje ovog ograničenja slobode udruživanja i te kako politički celishodno i opravdano", te se osporavanje člana 4. stav 2. Zakona o političkim strankama zapravo zasniva na kritici ustavnih odredbi koje se odnose na ograničenje slobode udruživanja...Sloboda udruživanja i samostalnost političkih stranaka u ostvarivanju svojih ciljeva kao jedno od opšteprihvaćenih načela udruživanja, ugrađeni su u ovaj zakon. Međutim, kako ostvarivanje ove slobode ne može biti na štetu građana i same države, polazeći od člana 5. stav 3. Ustava, ali i opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava potvrđenih međunarodnim ugovorima i zakonima, pre svega člana 11. stav 2. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i člana 22. stav 2. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, članom 4. stav 2. Zakona utvrđena su neophodna ograničenja u pogledu delovanja političke stranke. Odredbom člana 4. stav 2. Zakona razrađena je odredba člana 5. stav 3. Ustava, kojom je propisano da je nedopušteno delovanje političkih stranaka koje je usmereno na nasilno rušenje ustavnog poretka, kršenje zajemčenih ljudskih ili manjinskih prava ili izazivanje rasne, nacionalne ili verske mržnje, i to u delu koji se odnosi na delovanje političke stranke koje je usmereno na nasilno rušenje ustavnog poretka. Naime, saglasno članu 8. Us-

Pored ovih ograničenja, Zakon o zabrani diskriminacije<sup>29</sup> predviđa zabranu udruživanja radi vršenja diskriminacije, odnosno delovanje organizacija ili grupa koje je usmereno na kršenje ustavom, pravilima međunarodnog prava i zakonom zajamčenih sloboda i prava ili na izazivanje nacionalne, rasne, verske i druge mržnje, razdora ili netrpeljivosti, dok se Zakonom o zabrani manifestacija neonacističkih ili fašističkih organizacija i udruženja i zabrani upotrebe neonacističkih ili fašističkih simbola i obeležja<sup>30</sup> zabranjuje bilo kakvo delovanje neonacističkih ili fašističkih organizacija ili udruženja kojim se krše ustavna prava i slobode građana.<sup>31</sup>

*Osnivanje udruženja.* – Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i određene preporuke Saveta Evrope koje propisuju osnovne smernice o broju lica potrebnih za osnivanje udruženja značajno su doprinele sa-

tava teritorija Republike Srbije je jedinstvena i nedeljiva, a granica Republike Srbije je nepovrediva i menja se samo po postupku predviđenom za promenu Ustava. Stoga je svako delovanje bilo kog lica, pa i političke stranke, usmereno na nasilno narušavanje teritorije Republike Srbije protivustavno i ograničenje ovakvog delovanja političke stranke ne može se ceniti kao ograničenje prava na slobodu udruživanja suprotnu članu 20. stav 1. Ustava. Naprotiv, navedenom odredbom Zakona ne zadire se u suštinu zajemčenog prava, već se utvrđuje u obimu neophodnom da se ustavna svrha ograničenja zadovolji u demokratskom društvu. Takođe, ovde treba imati u vidu i pravila međunarodnog prava prema kojima je rešenje sadržano u članu 4. stav 2. Zakona legitimno pravo države. Tako se članom 11. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda taksativno nabrajaju slučajevi u kojima države mogu da ograniče prava koja on štiti (u interesu nacionalne bezbednosti i javne sigurnosti ili sprečavanja nereda i kriminala ili zaštite zdravlja i morala ili zaštite prava i sloboda drugih), a ta ograničenja su zakonita samo ukoliko su *propisana zakonom i neophodna u demokratskom društvu radi postizanja jednog od legitimnih ciljeva*. S obzirom da je Republika Srbija ratifikovala Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, odredbe ove konvencije takođe su sredstvo kojim država štiti svoju jurisdikciju. U konkretnom slučaju, ona to čini na način predviđen Evropskom konvencijom zakonskim uređenjem određenog pitanja, odnosno propisivanjem ograničenja u pogledu delovanja političke stranke, uz poštovanje prava i principa utemeljenih u Evropskoj konvenciji. Uređenje pitanja sadržanog u članu 4. stav 2. Zakona, u skladu je i sa stavovima Evropskog suda za ljudska prava prema kojima države mogu slobodno, na način uređen Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, preduzimati radnje koje smatraju neophodnim u cilju poštovanja vladavine prava ili ostvarivanja ustavnih prava. Slično rešenje sadržano je i u članu 22. stav 2. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, a pri uređenju ovog pitanja imala su se u vidu i druga relevantna međunarodna akta o ograničenjima u pogledu političkog udruživanja u državama članicama Saveta Evrope (npr. Rezolucija 1308 (2002) Stalnog odbora Parlamentarne skupštine Saveta Evrope od 18. novembra 2002. godine, Rezolucija 1344 (2003) Parlamentarne skupštine Saveta Evrope od 29. septembra 2003. godine i dr). Dakle, ograničenje delovanja političke stranke utvrđeno članom 4. stav 2. Zakona o političkim strankama nije samo imperativno, već je i saglasno ustavnim načelima o političkim strankama (član 5), nepovredivosti teritorije Republike Srbije (član 8) i vladavini prava (član 3), kao i odredbama Ustava o ograničenjima ljudskih i manjinskih prava (član 20), a u skladu je i sa pravilima međunarodnog prava koja uređuju ovo pitanje.”

<sup>29</sup> “Službeni glasnik Republike Srbije”, br. 22/09.

<sup>30</sup> “Službeni glasnik Republike Srbije”, br. 41/09.

<sup>31</sup> Zakon određuje ove organizacije kao organizacije koje u svojim programima i statutima afirmišu neonacističke i fašističke ideje.

gledavanju potrebe drugačijeg uređenja ovog pitanja u nacionalnim zakonodavstvima država članica navedene konvencije.<sup>32</sup>

Na tim osnovama je osnivanje udruženja uređeno i u našem zakonodavstvu, tako da umesto ranije predviđenih "10 radnih ljudi i građana", sada udruženje mogu osnovati najmanje tri osnivača (poslovno sposobna fizička i/ili pravna lica), s tim što najmanje jedan od osnivača mora imati prebivalište (za fizička lica), odnosno sedište (za pravna lica) na teritoriji Republike Srbije. To pretpostavlja da bar jedan osnivač mora biti državljanin Republike Srbije, odnosno pravno lice osnovano prema propisima Republike Srbije i upisano u registar nadležnog organa.

U cilju usklađivanja sa Konvencijom Ujedinjenih nacija o pravima deteta,<sup>33</sup> kojom je predviđeno da države priznaju pravo detetu na slobodu udruživanja i maloletna lica sa navršених 14 godina života mogu biti osnivači udruženja. Prilikom opredeljivanja za donju starosnu granicu maloletnika očigledno se imala u vidu celina pravnog sistema Republike Srbije, pošto se u pojedinim propisima upravo navršених 14 godina života uzima kao osnov za sticanje određenih prava i odgovornosti. S druge strane, zahtevom da se maloletno lice može pojaviti kao osnivač samo uz overenu pismenu izjavu o davanju saglasnosti njegovog zakonskog zastupnika, zakonsko rešenje je usklađeno i sa odredbom iste konvencije koja govori o zabrani zloupotrebe dece.

Zakon o udruženjima u skladu sa Ustavnom odredbom predviđa liberalan režim osnivanja udruženja bez prethodnog odobrenja, uz upis u registar nadležnog organa. Takvo uređenje svakako je u skladu sa sudskom praksom Evropskog suda za ljudska prava u kojoj se ističe da je osnivanje pravnog lica u cilju zajedničkih aktivnosti jedan od najvažnijih aspekata prava na slobodu udruživanja, bez koga ovo pravo nebi imalo praktični smisao.<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> Npr. paragraf 16. Preporuka Komiteta Saveta Ministara o pravnom statusu nevladinih organizacija u Evropi (CM/Rec(2007)14 od 10. oktobra 2007) uređuje da svako lice, fizičko ili pravno, državljani i oni koji to nisu, ili grupa takvih lica, treba da bude slobodno da osnuje NVO, dok se paragrafom 17. propisuje da dva ili više lica treba da imaju mogućnost da osnuju NVO, pri čemu se može zahtevati i veći broj, ali koji ne obeshrabruje osnivanje. Kako uporedna praksa pokazuje u zakonodavstvima evropskih zemalja radi ostvarivanja slobode udruživanja broj potrebnih osnivača se smanjuje i uglavnom preovlađuje rešenje po kojem udruženje može biti osnovano ako postoji najmanje tri osnivača. Smisao takvog rešenja je da se, sa jedne strane, zahtevanim minimalnim brojem osnivača posredno ne otežava niti ograničava sloboda udruživanja, a sa druge strane, potrebno je da broj osnivača zadovoljava osnovnu, logičnu prirodu pojma udruživanja. Za očekivati je da se u praksi, po pravilu, pojavljuje daleko veći broj osnivača od ovog minimuma. Takođe, čini se da je za svaki drugi zahtevani broj koji bi bio iznad ovog logičkog minimuma, ali ne veći od 10 (da se ne bi ugrozilo ostvarivanje slobode), teško naći principijelan i argumentovan razlog.

<sup>33</sup> Član 15. Konvencije.

<sup>34</sup> Presuda Velikog veća od 17.02.2004. godine.

Udruženje se osniva na neodređeno ili određeno vreme, a ako u osnivačkom aktu nije drugačije određeno smatra se da je udruženje osnovano na neodređeno vreme. Ono se može udruživati u saveze i u druge asocijacije u zemlji i inostranstvu. Udruženje se osniva slobodno, usvajanjem osnivačkog akta, statuta i izborom lica ovlašćenog za zastupanje, na osnivačkoj skupštini, kada i počinje da deluje.

Imajući u vidu činjenicu da po pravilu značajan broj udruženja u osnivanju nisu osposobljena da sagledaju i predvide potrebu za uređenjem svih pitanja koja su od vitalnog značaja za njihov rad, Zakonom o udruženjima relativno detaljno se uređuje obavezna sadržina osnivačkog akta i statuta. Pri tome se nijednim od obaveznih elemenata ne ugrožava samostalnost udruženja i njegova sloboda da autonomno uredi unutrašnje odnose i sopstvenu organizaciju. Kada se imaju u vidu preporuke da udruženje treba da poseduje statut koji obuhvata ustavotvorni element ili instrument udruživanja i, gde je to primenjivo, svaku drugu vrstu dokumenata kojima se definišu uslovi rada,<sup>35</sup> utisak je da je zakonodavac želeo da uredi ona pitanja bez čijeg uređivanja osnovnim aktima, udruženje ili ne bi moglo da funkcioniše ili bi bio ostavljen prostor za zloupotrebu, odnosno ograničavanje prava članova udruženja, ili ne bi bila obezbeđena pravna sigurnost trećih lica koja stupaju u odnose sa udruženjem. Značajno je napomenuti da ovaj propis nije isključio mogućnost da udruženje slobodno uredi i sva druga pitanja koja smatra značajnim za svoj rad.

Što se tiče naziva udruženja, takođe je predviđena široka sloboda u pogledu njegovog određivanja,<sup>36</sup> ali i neophodna ograničenja koja se odnose pre svega na to da i naziv udruženja, odnosno pojedini njegovi elementi podležu istovrsnoj zabrani koja važi za ciljeve i delovanje udruženja.<sup>37</sup> Kako udruženje može da ima simbole vizuelnog identiteta, logičan pandan prethodnim rešenjima su odredbe prema kojima ni simboli vizuelnog identiteta ne mogu biti identični, niti izazivati zabunu o udruženju, njegovoj delatnosti ili u pogledu toga o kakvoj se vrsti pravnog lica radi.

Naravno, specifični oblici organizovanja uređeni posebnim zakonom, neka od ovih pitanja utvrđuju na način koji omogućava ostvarivanje svrhe zbog kojih su doneti. Na primer, Zakon o političkim strankama predviđa znatno veći broj lica potrebnih za osnivanje političke stranke (i to samo punoletnih fizičkih lica,

<sup>35</sup> Paragraf 18. Preporuka Komiteta Saveta Ministara o pravnom statusu nevladinih organizacija u Evropi (CM/Rec(2007)14 od 10. oktobra 2007).

<sup>36</sup> Moguće je da pored naziva na srpskom jeziku u registar bude upisan i naziv udruženja na jeziku nacionalne manjine, odnosno u prevodu na jedan ili više stranih jezika ili na jednom od klasičnih jezika, ukoliko je to predviđeno statutom udruženja.

<sup>37</sup> Konkretno to znači da kao što je, na primer, zabranjeno da delovanje udruženja bude usmereno na podsticanje nacionalne netrpeljivosti, tako je zabranjeno i da se samim nazivom nekog udruženja ili elementom tog naziva podstiče nacionalna netrpeljivost.

državljana Republike Srbije, koji imaju biračko pravo), zatim, su tu nešto različita uređenja obavezne sadržine statuta i drugo. Treba naglasiti da su ove razlike pravno moguće, jer se preporuke Saveta Evrope koje se u ovom delu primenjuju na udruženja ne odnose na političke stranke.<sup>38</sup>

*Pravni status udruženja.* – Iako udruženje ne mora biti pravno lice, da bi uživalo zaštitu shodno Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda ono mora imati status pravnog lica. U našem pravnom sistemu sloboda organizovanja i delovanja udruženja jemči se i bez prethodnog odobrenja bilo kog državnog organa, a postupak osnivanja udruženja prethodi upisu u registar. Ipak, upis u registar nije bez značaja za “život” udruženja, pošto upisom udruženje stiče status pravnog lica.

Zakonom o udruženjima izričito je propisano da je upis u registar dobrovoljan, ali samo udruženje koje ima status pravnog lica može samostalno istupati u pravnom prometu, konkurisati za sredstva iz budžeta Republike, autonomne pokrajine i jedinice lokalne samouprave, itd. Udruženja koja nisu upisana u registar smatraju se osnovanim i bez ispunjavanja tog uslova, ali se na njih primenjuju pravna pravila o građanskom ortakluku.<sup>39</sup>

Kao što se status pravnog lica stiče upisom u registar, on se gubi brisanjem iz registra. Razlozi za brisanje iz registra izričito su i precizno definisani Zakonom o udruženjima i ne ostavljaju prostor registracionom organu za diskrecionu ocenu u pogledu njihovog nastupanja. Prva grupa osnova za brisanje je posledica volje samog udruženja: protek vremena na koje je osnovano, odluka nadležnog organa udruženja o prestanku rada ili izvršena statusna promena koja ima za posledicu prestanak udruženja. Druga grupa razloga je pravna posledica odluka državnih organa: odluke Ustavnog suda o zabrani rada udruženja ili odluke trgovinskog suda o zaključenju stečajnog postupka. Konačno, iz dva razloga udruženje će biti brisano ako očigledno objektivno faktički ne postoje uslovi za njegovo dalje postojanje: ako se broj članova smanji ispod broja potrebnog za osnivanje (ima manje od tri člana), a nadležni organ udruženja ni u roku od 30 dana ne donese odluku o prijemu novih članova, kao i kada se utvrdi da više od dve godine neprekidno udruženje nema aktivnosti ili nije organizovano u skladu sa sopstvenim statutom ili za to vreme nije održana nijedna sednica skupštine udruženja.

Međutim, potrebno je naglasiti da pojedini posebni zakoni koji uređuju određene, specifične oblike organizovanja pored ovih opštih propisuju i posebne

---

<sup>38</sup> Iako je Venecijanska komisija razmatrala ovo pitanje u Kodeksu dobre prakse u oblasti političkih stranaka usvojenom na Plenarnoj sesiji 12. i 13. decembra 2008. godine i Podnetom objašnjenju usvojenom na Plenarnoj sesiji 13. i 14. marta 2009. godine (Studija broj 414/2006 CDL-AD (2009) 021 od 3. juna 2009. godine) samo je konstatovan minimalni broj osnivača političke stranke u pojedinim državama članicama Saveta Evrope, bez određenja koji je broj osnivača potreban, odnosno relativno mali ili prilično zahtevan.

<sup>39</sup> Vidi: Građanski zakonik, Zbirka zakona Kraljevine Srbije, Beograd, 1922, str. 383–390.

uslove za prestanak tog oblika organizovanja. Tačnije, Zakon o političkim strankama propisuje da politička stranka prestaje da postoji, briše se iz registra i gubi status pravnog lica ako istekom svake osme godine od dana upisa u registar ne podnese prijavu za obnovu upisa. Ovu obavezu politička stranka nema jedino u slučaju da su kandidati koje je ona predložila samostalno ili u koaliciji političkih stranaka u zakonskom roku učešćem na izborima za narodne poslanike u Narodnoj skupštini Republike Srbije, odnosno poslanike u skupštini autonomne pokrajine dobili najmanje jedan mandat. Budući da se radi o posebnom uslovu koji do sada nije postojao u našem pravnom sistemu, ove odredbe zakona koji uređuje političko udruživanje nisu naišle na sveopšte odobravanje i pored obrazloženja zakonodavca da je taj uslov jedan od mehanizama na osnovu kojih se može utvrditi da li registrovana politička stranka i deluje, odnosno da li objektivno faktički postoji, ali i da se subjekti na koje se Zakon odnosi aktiviraju u pogledu ostvarivanja izvesnih ciljeva društvene politike.<sup>40</sup>

*Članstvo i organi.* – Dobrovoljnost kao jedan od osnovnih principa na kojima se zasniva postojanje udruženja, ogleda se i u tome da svako lice može, pod uslovima i na način predviđen statutom, da postane član udruženja. Istovremeno, autonomno pravo udruženja je da propisivanjem uslova za članstvo u svom statutu opredeli “specifična svojstva” koja treba da poseduje onaj ko želi da bude član udruženja (npr. u slučaju tzv. strukovnih udruženja).

Ipak, polazeći od mogućnosti koje pruža Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda u pogledu ograničenja slobode udruživanja pripadnika pojedinih zanimanja, Ustavom se utvrđuje da sudije Ustavnog suda, sudije, javni tužioci, Zaštitnik građana, pripadnici policije i pripadnici vojske ne mogu biti članovi političkih stranaka. U funkciji ove Ustavne odredbe je i novina sadržana u Zakonu o političkim strankama kojom se utvrđuje obaveza političkoj stranci da vodi evidenciju o svojim članovima.<sup>41</sup> Ona je od značaja za određene pravne odnose koji mogu nastati u sprovođenju navedene Ustavne odredbe (npr. u postupku utvrđivanja uslova za razrešenje sudije Ustavnog suda saglasno članu 15. Zakona o Ustavnom sudu).

S tim u vezi, i Zakon o javnom tužilaštvu<sup>42</sup> i Zakon o sudijama<sup>43</sup> predviđaju da sudija, kao i javni tužilac i zamenik, ne mogu biti članovi političke stranke. Međutim, sudijama, javnim tužiocima i zamenicima izričito je priznato pravo da

<sup>40</sup> Odredbe člana 30. Zakona o političkim strankama predmet su ocene ustavnosti i zakonitosti pred Ustavnim sudom.

<sup>41</sup> Evidencija obavezno sadrži: lično ime i ime jednog od roditelja, prebivalište i adresu i jedinstveni matični broj građana člana političke stranke; datum uclanjivanja u političku stranku i prestanka članstva u političkoj stranci.

<sup>42</sup> “Službeni glasnik Republike Srbije”, br. 116/08, 104/09, 101/10, 78/11-dr.zakon i 101/11.

<sup>43</sup> “Službeni glasnik Republike Srbije”, br. 116/08, 58/09, 104/09, 101/11 i 8/12.



se u tom svojstvu udružuju radi zaštite svojih interesa, kao i da preduzimaju mere radi zaštite i održavanja svoje samostalnosti (javni tužioci i zamenici), odnosno svoje nezavisnosti i samostalnosti (sudije).

Zakon o policiji,<sup>44</sup> pak, dozvoljava sindikalno, profesionalno i drugo organizovanje i delovanje policijskih službenika, ali sadrži zabranu stranačkog organizovanja i političkog delovanja u samom ministarstvu, a policijskim službenicima ne dozvoljava prisustvovanje u uniformi stranačkim i drugim političkim skupovima, izuzev ako su u službi.

Sloboda autonomnog regulisanja unutrašnjih odnosa u udruženju je sledeća komponenta slobode udruživanja. Da bi ostvarilo ciljeve zbog kojih je osnovano i da bi obavljalo aktivnosti kojima se ti ciljevi ostvaruju, udruženje ima članove koji izražavaju svoju volju i upravljaju udruženjem neposredno ili preko izabranih predstavnika u organima udruženja (kolegijalnim ili inokosnim).<sup>45</sup> Iako se ostavlja puna sloboda udruženjima da pitanja unutrašnje organizacije urede statutom Zakon o udruženjima je, u granicama kojima se ne ugrožava autonomija, uređio pitanja vezana za organe udruženja, a pre svega za skupštinu, kao najviši organ i njene nadležnosti u odnosu na ona pitanja koja su od značaja za funkcionisanje udruženja, kao i za sve njegove članove. Uz to, uređena su i osnovna pitanja koja se tiču zastupnika udruženja.

*Strana udruženja.* – Međunarodnim dokumentima<sup>46</sup> sloboda delovanja garantovana je ne samo u okvirima države u kojoj je udruženje (nevladina organizacija) osnovano, već i van njenih granica, što znači obavezu države da stranim udruženjima omogući delovanje na svojoj teritoriji.

Do donošenja Zakona o udruženjima, gotovo bez pravnog osnova, u Republici Srbiji delovao je ne mali broj stranih udruženja čije su aktivnosti usmerene na pružanje direktne humanitarne i druge pomoći ili uspostavljanje saradnje u oblasti unapređenja stručnih i naučnih znanja, istraživanja i slično, pa je postojao opravdani interes da država preko nadležnih državnih organa, kroz urednu evidenciju o svim udruženjima i aktivnostima zbog kojih su osnovana, ne uskraću-

---

<sup>44</sup> "Službeni glasnik Republike Srbije", br. 101/05, 63/09 i 92/11.

<sup>45</sup> Ipak, bez obzira na to što se statutom uređuju uslovi i način uclanjivanja, prestanak članstva, prava, obaveze i odgovornosti članova udruženja, Zakon o udruženjima na najopštiji način obezbeđuje zaštitu članova od nezakonitih i nestatutarnih odluka organa udruženja tako što propisuje pravo pokretanja postupka pred nadležnim sudom radi utvrđivanja ništavosti takvih odluka. Istovremeno se predviđa odgovornost članova organa udruženja za štetu koju prouzrokuju udruženju donoseći odluku sa grubom nepažnjom ili namerom da se šteta prouzrokuje. Udruženje se tako štiti od njegovih nesavesnih članova, ali se istovremeno štite i članovi udruženja pojedinačno.

<sup>46</sup> Evropska konvencija o priznanju pravnog subjektiviteta međunarodnim nevladini organizacijama Savet Evrope (ETS No. 124) od 24. aprila 1986. godine.



jući im slobodu delovanja, na analogan način kao kada se radi o domaćim udruženjima, u skladu sa zakonom, vrši nadzor nad njihovim radom. Ovim zakonom je po prvi put definisan pojam stranih udruženja,<sup>47</sup> a njegove odredbe koje se odnose na upis u registar i rad udruženja primenjuju se i na upis i rad predstavništva, kancelarije i drugog organizacionog oblika stranog ili međunarodnog nevladinog nedobitnog udruženja koje ima sedište na teritoriji Republike Srbije, ako zakonom ili međunarodnim ugovorom nije drugačije utvrđeno.

U skladu sa pravilima koja važe za delovanje domaćih udruženja, i predstavništvo stranog udruženja ima pravo da deluje slobodno na teritoriji Republike Srbije samo ako njegovi ciljevi i delovanje nisu u suprotnosti sa Ustavom Republike Srbije, zakonom, međunarodnim ugovorima koje je zaključila Republika Srbija i drugim propisima. I u slučaju stranih udruženja odlučivanje o zabrani rada u nadležnosti je Ustavnog suda.

*Upis u registar.* – Registar udruženja, kao i Registar stranih udruženja vodi Agencija za privredne registre preko Registratora udruženja, odnosno Registratora stranih udruženja, kao povereni posao državne uprave iz delokruga ministarstva nadležnog za poslove uprave. Upis se vrši po sistemu prijave, uz koju zastupnik udruženja podnosi propisane isprave.<sup>48</sup> Nakon što utvrdi ispunjenost

<sup>47</sup> Strano udruženje, u smislu ovog zakona, jeste udruženje sa sedištem u drugoj državi, osnovano po propisima te države radi ostvarivanja nekog zajedničkog ili opšteg interesa ili cilja, a čije delovanje nije usmereno na sticanje dobiti, kao i međunarodno udruženje ili druga strana, odnosno međunarodna nevladina organizacija koja ima članove koji su se na dobrovoljnoj osnovi povezali radi ostvarivanja nekog zajedničkog ili opšteg interesa ili cilja koji nije usmeren na sticanje dobiti.

<sup>48</sup> Uz prijavu za upis udruženja u Registar udruženja se podnose: osnivački akt udruženja; ako je osnivač udruženja maloletno lice, izjava zakonskog zastupnika maloletnog lica da ono može biti osnivač udruženja, koja sadrži potvrdu o overi potpisa u skladu sa zakonom; dva primerka statuta; zapisnik sa osnivačke skupštine u izvorniku, odnosno overenom prepisu; akt o izboru zastupnika udruženja koji obavezno sadrži: lično ime, prebivalište i adresu, odnosno boravište zastupnika udruženja i njegov jedinstveni matični broj građana, odnosno broj putne isprave i državu izdavanja putne isprave; overena fotokopija lične karte zastupnika udruženja, a ako ona ne sadrži podatak o prebivalištu i adresi i potvrda o prebivalištu, odnosno overena fotokopija putne isprave i potvrda o boravištu, a uz prijavu za upis predstavništva stranog udruženja u Registar stranih udruženja se podnose: overena fotokopija akta i overen prevod akta o registraciji udruženja u matičnoj državi ili overena fotokopija potvrde (izjave) overene od strane suda ili javnog beležnika da udruženje ima prema pravu matične države status pravnog lica i bez upisa u registar i overen prevod potvrde (izjave); overena fotokopija odluke i overen prevod odluke nadležnog organa stranog udruženja o otvaranju predstavništva u Republici Srbiji; overen dokument i overen prevod dokumenta matične države iz koga se utvrđuje ko su osnivači udruženja koje osniva predstavništvo u Republici Srbiji; overena odluka i overen prevod odluke o licu ovlašćenom za zastupanje i predstavljanje predstavništva stranog udruženja, overena fotokopija isprave o identitetu tog lica i potvrda o prebivalištu, odnosno boravištu u Republici Srbiji i fotokopija i overen prevod statuta ili odgovarajućeg akta koji

Zakonom propisanih uslova Registrator donosi rešenje o upisu udruženja u Registar.<sup>49</sup> Podaci koji su upisani su javni, u skladu sa zakonom i svako se može pozdati u njihovu tačnost.

Međutim, ukoliko je udruženje nezadovoljno odlukom Registratora kojom je odlučeno o njegovom pravu ili pravnom interesu može izjaviti žalbu ministru nadležnom za poslove uprave.<sup>50</sup>

Uz navedeno, obezbeđena je i sudska kontrola rada uprave, jer u konkretnom slučaju protiv konačnog rešenja u upravnom postupku udruženje tužbom može pokrenuti upravni spor pred Upravnim sudom.<sup>51</sup>

### ZAKLJUČAK

Sloboda udruživanja jedna je od najznačajnijih građanskih sloboda i zajedno sa drugim političkim pravima čini osnovu funkcionisanja savremenog društva zasnovanog na pluralizmu interesa različitih društvenih grupa, a garantovanje ove slobode i njena zaštita predstavljaju temelj građanskog društva.

Zaštita i negovanje slobode udruživanja u Republici Srbiji osnov je postojanja nekoliko hiljada organizacija koje ostvaruju svoje ciljeve u različitim oblastima delovanja – od onih koje su karakteristični za klasična udruženja, pa do onih koji se odnose na političko, sindikalno, sportsko ili versko organizovanje.

Imajući u vidu celinu našeg pravnog sistema, odredbe Ustava kojima se garantuje sloboda udruživanja i odredbe zakona koji bliže uređuju ostvarivanje slobode udruživanja u Republici Srbiji, može se oceniti da je pravni okvir celovit i precizan u meri koja građanima omogućava uživanje prava na udruživanje u skladu sa evropskim standardima. Istovremeno, on sadrži dovoljno jasno definisan sistem pravila koja se odnose na način ostvarivanja ove slobode, tako da svaki građanin može u razumnoj meri predvideti pravne posledice svojih postupaka.

---

sadrži podatke o sedištu i unutrašnjoj organizaciji predstavništva stranog udruženja na teritoriji Republike Srbije.

<sup>49</sup> Prema podacima Agencije za privredne registre do jula 2012. godine u Registar udruženja upisano je 17.487 udruženja i 377 saveza udruženja, a u Registar stranih udruženja 45 predstavništava stranih udruženja.

<sup>50</sup> Prema podacima Ministarstva za ljudska i manjinska prava, državnu upravu i lokalnu samoupravu, u periodu od početka primene Zakona o udruženjima izjavljeno je 293 žalbi protiv rešenja Registratora (2010. – 26 žalbi; 2011. – 221 žalba; do jula 2012. – 46 žalbi). Od ovog broja najveći broj žalbi (155) izjavljene su protiv rešenja Registratora o brisanju udruženja iz registara koji su se vodili do donošenja ovog zakona, posle proteka roka za upis usklađivanja u Registar udruženja, odnosno tzv. preregistraciju udruženja.

<sup>51</sup> U 2010. godini Upravnim sudu podneto je 5 tužbi protiv rešenja ministarstva, dok je u 2011. godini podneto 9, a do jula 2012. godine 13 tužbi.

JASMINA BENMANSUR  
Graduate Jurist – Master,  
Specialist in Organizational Sciences  
for Public Administration Management

FREEDOM OF ASSOCIATION IN THE LEGAL SYSTEM  
IN REPUBLIC OF SERBIA

Summary

Freedom of association is one of the most important civil freedoms, and along with other political rights constitutes the basis for the functioning of modern society based on pluralism of interests of various social groups, while guaranteeing and safeguarding of this freedom represents the foundation of the civil society.

Protection and fostering of the freedom of association in the Republic of Serbia is a basis of existence of several thousands organizations which accomplish their goals in different spheres of activities – from those that are characteristic for classic associations to those relating to political, union, sports or religious association.

Taking the entirety of our legal system, the provisions of the Constitution that guarantee the freedom of association and the provisions of the laws which more specifically govern exercising the freedom of association in the Republic of Serbia, a conclusion that may be drawn is that the legal system is complete and precise to the extent which allows the citizens to enjoy the right to association in conformance with European standards. At the same time, it involves a sufficiently and clearly defined system of rules relating to the manner of exercising this freedom so that each citizen can reasonably envisage the legal consequences of his/her actions.

SAVO MANOJLOVIĆ

## AKT O IZBORU (IMENOVANJU) SUDIJA USTAVNOG SUDA

### U V O D

Ustavno sudstvo zbog svoje uloge utemeljivača i zaštitnika vladavine prava i ljudskih prava predstavlja jednu od najbitnijih institucija moderne demokracije. Nosioци javnih funkcija su “živi organizmi” svake institucije. Oni su tkivo koje tvori jačinu i autoritet institucije, koje se bez njih svode na gole pravne norme, apstraktne, teorijski razrađene institucije i, u nekim zemljama, velepane arhitektonске građevine. Valjanost izbora i garancija položaja lica koje nose ustavnosudsku odoru je, otuda, preduslov da želje teoretičara i proklamovani ciljevi pravotvoraca vezani za ustavno sudstvo zažive u realnosti. U suprotnom institucije se svode na kitnjasti dekor, koji treba da stvore iluziju institucionalne uređenosti jednog društva.

Konceptom izbora sudija postavlja se temelj nezavisnom, stručnom i efikasnom vršenju funkcije ustavnog sudstva. Cilj ovog rada je pravna analiza jednog izolovanog, pa i zanemarenog instrumenta za sprovođenje koncepta izbora – akta o izboru (imenovanju) sudija ustavnog suda. Na njemu se ogleda odnos prema instituciji ustavnog sudstva, stepen pravne kulture i – ne slučajno u skladu sa opštem temom Kopaoničke škole – odnos političkog morala prema pravu. U radu smo obradili tri celine. 1) Primenjujući naš koncept pojedinačnih političko pravnih akata pružili smo odgovor na pitanje kakva je pravna priroda akta

o izboru (imenovanju) sudija ustavnog suda *per se*, po svojoj suštini. Da li je reč o upravnom ili političkom aktu? 2) Kakva je fizionomija struktura akta, kojim se vrši predlaganje, odnosno izbor i imenovanje sudija Ustavnog suda RS? Da li je struktura i forma postupka maksimalno iskorišćena kako bi se sprečila politizacija izbora (imenovanja)? 3) Kakve su mogućnosti pravne kontrole ovog akta u RS? Radi davanja odgovora na prvo pitanje, ukratko smo izložili teoriju o političkim aktima.

### POLITIČKI AKTI

Pažnju pravne nauke privukli su slučajevi kada zakon zabranjuje ili kada se sudski organi suzdržavaju, odbijajući da vrše ocenu pravne valjanosti akata sa izraženim političkim elementom. Kolevkom ovih akata se smatra Francuska, u kojoj je Državni savet odbijao da ocenjuje zakonitost ovih akata. Veliki deo teorije na početku je negirao teorijsku posebnost ovih akata navodeći da su ovi akti stvar političkog trenutka, oportuniteta, koji ih pravno gledano ne može teorijski odeliti od upravnih (administrativnih) akata.<sup>1</sup> *Teorija političke svrhe (théorie du mobile politique)* je ove akte pravdala političkom pobudom prilikom donošenja, jer su se njome upravni akti izvlačili van domete sudske kontrole, prostom činjenicom da je njihovo donošenje politički motivisano.<sup>2</sup> Upravo je ta mogućnost (zlo)upotreba koncepcije političkih akata bila uzrok prvobitnog podozrivog gledanja od strane pristalica negatorne teorije.<sup>3</sup> Istovremeno Vrhovni sud SAD razvijao je suzdržanost u političkim pitanjima (*political questions*).<sup>4</sup> Naše domaće pravo je do skora

<sup>1</sup> Ivo Krbek, *Diskreciona ocjena*, Zagreb, 1937, str. 494.

<sup>2</sup> Uporedi: *ibid.*, str. 492. Njihovo korišćenje je tada služilo u cilju, kako se navodi, "odbrane društva uzetog samog za sebe" protiv "spoljnih i unutrašnjih neprijatelja" (Ratko Marković, *Izvršna vlast (doktorska disertacija)*, Beograd, 1976, str. 491–492).

<sup>3</sup> Ta bojaznost se primećuje kod Krbeka (*ibid.*, str. 502), koji se na ovim prostorima najdetaljnije bavio ovim pitanjem, pa tako ističe primer hitlerove nacističke nemačke u kojoj su pravnoj kontroli izmicali ne samo akti firunga, već i nižeg upravnog aparata (odluka političke policije o zatočenju ili zapleni imovine).

<sup>4</sup> Sud je odbio da rešava pitanja koja Ustavom pripadaju izvršnoj i(li) zakonodavnoj vlasti; kada ne može ustanoviti pravne standarde za rešavanje određenog pitanja; i pod uslovom da odbijanje rešavanja ovog pitanja neće dovesti do povrede Ustava. Tako je Vrhovni sud SAD stao na stanovištu povodom tužbe 20 senatora, predvođenih senatorom Goldvaterom (*Barry Goldwater*) u kojoj se tvrdilo da je tadašnji predsednik prekršio ustav jednostranim poništavanjem odbrambenog spora sa Tajvanom, bez učešća Senata koji učestvuje u njegovom zaključivanju. (*Goldwater v. Carter* 444 U.S. 1004) *Dole v. Carter* 569 F. 2d 1109 (1977); Sud je stao na stanovištu da je reč o pitanju koje ne spada u domen sudske nadležnosti (*nonjusticiable*), jer je reč o sporu između jednakih grana vlasti i da obe imaju odgovarajuća sredstva podesna za zaštitu i afirmaciju svojih interesa. Sudska vlast SAD odbila je da se rešava i po tužbi senatora Dola (*Robert Dole*) da je predsednik Karter prekršio ustavna ovlašćenja zaključivši sporazum o vraćanju krune Svetog Stefana Mađarskoj *Goldwater v. Carter* 444 U.S. 1004.

poznavalo zakonsku odredbu (čl. 9. st. 1. tač. 3 Zakona o upravnim sporovima – u daljem radu: sZUS<sup>5</sup>) kojom se isključuje nadležnost vođenje upravnih sporova donesenih u stvarima u kojima neposredno na osnovu ustavnih ovlašćenja odlučuju parlament ili predsednik republike. Reč je o formalnoj koncepciji političkih akata, koja je napuštena važećim Zakonom o upravnim sporovima<sup>6</sup> (dalje: nZUS).

U Nemačkoj i Francuskoj su se ovi akti nazivali aktima vlade (*actes de gouvernement, Regierungsakte*), u drugim zemljama aktima države (*acts of state*), političkim aktima (*actes politique*), dok su se u SAD pojavili kroz doktrinu političkog pitanja (*political question*).<sup>7</sup> Mi smo ih definisali kao pojedinačne političke pravne akte.<sup>8</sup> Ovi akti su pravno utemeljeni i donose se na osnovu zakonskog, odnosno najčešće i(il) ustavnog ovlašćenja. Odrednica *pojedinačan* ga razdvaja od opštih-orijentacionih političkih akata kojima se izražava politički stav povodom određeneog pitanja.<sup>9</sup>

---

<sup>5</sup> “Službeni list SRJ”, broj 46/96 i “Službeni glasnik RS”, broj 111/09.

<sup>6</sup> “Službeni glasnik RS”, broj 111/09.

<sup>7</sup> S. Manojlović, *Pojedinačni politički akti (razgraničenje od upravnih akata)*, master rad, Beograd, 2008, (dostupno na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu), s. 1–3 i šire.

<sup>8</sup> Od naših autora koji su se bavili ovom problematikom, predatni (Drugi svetski rat) autori Ivo Krbek (*op. cit.* str. 490-520) Lazo Kostić, (*Administrativno pravo Kraljevine Jugoslavije*, tom II, Beograd, 1936, str. 93) i Mihajlo Ilić, (*Administrativno pravo i drugi radovi*, Beograd, 1998, str. 195) koriste termin “akti vlade”, dok posleratna generacija uz ovaj ravnopravno i termin “politički akti”, stavljajući jedan od njih u zagradu. (Vojislav Simović, *AVNOJ-pravopolitička studija*, Beograd, 1958, str. Ratko Marković *op. cit.*, str. 162-166 i Vera Bačić i Zoran Tomić, Komentar zakona o upravnim sporovima, Beograd, 2002, str. 124–125). Termin *akti vlade* smatramo neodgovarajućim, jer kao ključni kriterijum nosi organsko obeležje. Pruža odgovor na pitanje: ko je donosilac akta? Vlada, međutim, donosi sijest drugih akata (upravni akti, uredbе...). Sve su to akti vlade, ali nemaju onu karakteristiku koja se pridaje ovom terminu (nenadležnost upravnog sudstva, politička priroda itd.) Akt vlade kao termin indukuje mnogo šire značenje od onog koje se u ovom slučaju želi označiti. Drugi razlog je, što za razliku od čisto predsedničkog sistema u kome je izvršna vlast u rukama vlade na čijem je čelu predsednik države, postoje i sistemi u kojima egzekutivu čine predsednik i vlada na čelu sa premijerom (predsednikom vlade). U takvim slučajevima, s obzirom da političke akte pored vlade donosi i predsednik, nazivanje tih akata aktima vlade bilo bi neodgovarajuće. (Slično: *Leon Duguit, Traité de droit constitutionnel*, tome II, Paris, 1928, str. 681.) Takođe, kao donosioc ovih akata se može javiti i parlament, što je bio slučaj kod nas do važenja sZUS. Sam termin politički akt može nas međutim navesti da se radi o aktu koji nije pravan, što je takođe netačno. Tako je, kao posledica opšte prisutnog straha od zloupotrebe i stanovišta da su politički akti, oni koji izmiču kontroli, cela problematika banalizovana tvrdnjom da politički akt ima dve opcije: da bude saglasan zakon (pa se pita zašto bi se razlikovao od upravnog) ili da bude protiv (zašta ne postoji ni ovlašćenje, a ni razlog da ne bude sudskim putem poništen). Barthelemy Joseph, *Le rôle du pouvoir exécutif dans les Républiques modernes*, Paris, 1906, str. 131 Preuzeto iz: Ratko Marković, *op. cit.*, str. 205–206.

<sup>9</sup> Pomenuti akti se retko navode i spominju u pravnoj nauci. Izuzetak je: Zoran Tomić, *Upravno pravo (sistem)*, Beograd, 2002, str. 165-166 «Uopšteno uzev, to su akti vanpravnog karaktera (bez pravne sankcije): deluju snagom političkog autoriteta svoga donosioca, kao i važnošću, ubedljivi-

Stoga je najprikladniji termin *pojedinačni političko-pravni akti*.<sup>10</sup> Strah od (zlo)upotrebe političkih akata je davno prevaziđen, kao i nadanja da će kao pravna pojava iščeznuti. Tamañ kada bi legislativa i praksa određene zemlje napuštala doktrinu pojedinačnih političkih akata, a teorija ih proglašavala anahronizmom koji odumire, oni bi se pojavljivali reinkarnirani u drugim sistemima, nešto drugačijeg pojavnog oblika. Povlaćenje linije razdvajanja između političkih i drugih akata je opšti problem, koji se istiće i u najnovijim teorijskim radovima.<sup>11</sup> Drugi problem teorijske obrade je fascinacija formalnim manifestacijama ovog akta (izmicanje od pravne kontrole).<sup>12</sup> Najdalje u analizi ovih akata je otišla teorija koja je zastupala stanovište da je reć o aktima kojima se vrši politička vlast, kao četvrta grana vlasti pored klasićne, monteskjeovske tripartivne podele na (zakonodavnu, izvršnu i upravnu). Mi smo, detljano se baveći ovim pitanjem, želeli da odemo korak dalje. Ne zanemarujući spoljašnje manifestacije kao znaćajne indicije, pokušali smo uoćiti i definisati ove akte koncentrišući se na materijalno određivanje pojedinačnih političkih akata, razgranićavajući ih od upravnih akata. Može li se, dakle, ustanoviti teorija koja će bez obzira na pozitivnopravna rešenja ili na suzdržanost redovnih ili ustavnih sudova ukazati na suštinsku posebnost političkih akata? I drugo: mogu li se ustanoviti kriterijumi koji će materijalno razdeliti ove akte od upravnih?

Prema našoj teoriji ovih akata, pojedinaćni političko-pravni akt ima, izuzimajući jednu, sve osobine upravnog akta. Reć je o *konkrećnom, pojedinaćnom* i individualanom pravnom aktu, jer se njime rešava jedna pojedinaćna situacija koja se odnosi na određeno lice. U pitanju je *jednostran* akt, jer njegovu sadržinu formuliše donosilac. Njime se vrši konkretizacija opšte najćešće ustavne norme (*pravna utemeljenost akta*), od strane pravno nadležnog, merodavnog organa (*autoritativnost akta*), zbog ćega je akt neposredno izvršiv (*izvršnost akta*).<sup>13</sup>

Politićke akte, takodće, karakteriše izrazito polje slobode odlučivanja, mogućnost za donošenje diskrecione ocene je široko (p)ostavljena. Upravni akti mogu biti manje ili više diskrecioni ili pravno u potpunosti vezani, dok je diskrecionost političkih akata pravilo i ona se priblićava arbitrnosti. Vododelnica između ove dve vrsta akata je, shodno našem konceptu,<sup>14</sup> razlikovanje *upravne stvari*, kod upravnog akta, od *politićke stvari* kao materijalnog elementa pojedinaćnog poli-

---

*vošću, i širinom svoje sadržine.*» Kao primer se navodi: Deklaracija o mirnom rešavanju jugoslovenske krize, protiv građanskog rata i naseilja («Službeni list RS», broj 20/91).

<sup>10</sup> Pošto ćemo se od svih akata koji imaju elemente političkog akta (u širem smislu) u radu baviti iskljućivo njima, često ćemo govoriti samo politički akt, što će se ako ne naglasimo suprotno odnositi na pojedinaćne političko-pravne akte.

<sup>11</sup> William Wade, Christopher Forsyth, *Administrative Law*, 2004, str. 838.

<sup>12</sup> R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, I str. 526–529.

<sup>13</sup> Više o ovome i o polemici sa drugim autorima: Savo Manojlović, *op. cit.*, str. 7–12 i šire.

<sup>14</sup> Savo Manojlović, *op. cit.*, 30–37.



tičkog akta. Upravna stvar je javna stvar, javni interes, koji se pravno uobličava, zaokružuje i rešava upravnim aktom.<sup>15</sup> Javni interes je suma svih pojedinačnih interesa, ali je istovremeno interes kvalitativno drugačiji, izraženiji od prostog zbira svih ličnih interesa. Sloboda odlučivanja (diskrecija) prilikom donošenja upravnog akta, oličena u mogućnosti izbora, je upravo ustanovljena radi izbora najadekvatnijeg rešenja. Stručno, najcelishodnije rešenje je osnovni postulat modernog delovanja uprave i zasniva se na veru u stručnost upravnih organa. Političku stvar opredeljuje politički interes. Donosilac pojedinačnog akta rezonuje, u okvirima slobodne ocene, politički. Da li će se proterati strani ambasador, koga će parlament izabrati za premijera, su pitanja koja se rešavaju pojedinačnim političkim aktom koji se donosi u skladu sa političkim interesom, i gde je sama odgovornost politička – spoljnopolitička i(li) izborna. Politički rezon, može biti ekvivalentan stručnom, ali pravno gledano to nije nužno.

Suštinsko pitanje je, međutim, da li određeni akt, postoji da bi se po prirodi stvari vršio javni ili politički interes. Stručni (ekonomski, zdravstveni, ekološki i dr.) stavovi se stalno menjaju, ali postoji stalna težnja i vera u savršenstvo stručne misli. Ekskluzivitet određenog političkog stanovišta je antipod svakom modernom demokratskom poretku. Svaka politička ideologija se samoprolašava najcelishodnijom i najboljom. Zato je politički akt, sem najtanjih pravnih ograda, maltene arbitran, prepušten političkom oportunizmu i voluntarizmu. Prilikom donošenja takvog akta potpuno je legitimno, ali i legalno (u skladu sa prirodom akta) izbor vršiti u skladu sa političkom kalkulacijom. Diskrecioni deo ovog akta nije ciljno usmeren. On je pravno nevezan, slobodan, da bi donosilac mogao ostvariti, pre svega, *svoj politički interes*, odnosno interes grupacije koju predstavlja. Kod upravnog akta pravno nevezani deo je slobodan da bi se ostvario, pre svega, (opšti) javni interes. Prilikom donošenja upravnog akta, donosilac je *zastupnik, reprezent javnog interesa*, dok je kod donošenja političkog akta donosilac *zainteresovano lice*, koje pre svega vodi računa o *sopstvenom političkom interesu*, odnosno interesu političke grupacije koju predstavlja.<sup>16</sup> Tipični primer političkog akta jeste izbor vlade, što je tipično pitanje političkog oportuneteta. Tu ima elemenata javnog interesa, ali je on u senci političkog. Davanje agremana, proterivanja stranog ambasadora, akti milosti (pomilovanje od strane predsednika države ili amnestija parlamenta)<sup>17</sup> su takođe politička pitanja. S druge strane, diskreciona polje ostavljeno organu koje dodeljuje npr. dozvolu o nošenju oružja (upravni akt), učinjeno je da bi se zaštitio javni interes.

---

<sup>15</sup> Upravna stvar je takođe izuzetno problematično pitanje u pravnoj nauci. Veliki broj autora i rešio da ostane u formalnim, lako spoznajnim okvirima, dok su oni koji su ukazivali na ovo nje-govo materijalno određenje retko uspevali da daju neko značajnije objašnjenje. Više o ovome i o polemici povodom ovog pitanja: Savo Manojlović, *op. cit.*, str. 11–13 i šire.

<sup>16</sup> *ibid.*, s. 25–30.

<sup>17</sup> Više o ovim aktima i drugim aktima koji bi bili politički, videti u: *ibid* str. 43–57.

Još jedno bitno razlikovanje je vidljivo što diskrecionu ocenu kod upravnog akta, hipotetički gledano, može u nekim slučajevima biti data u (upravno)sudskom sporu - rešavanjem u sporu pune jurisdikcije. Primera radi sud odluči da presudom reši određeni spor. Mogao bi (psihijatrijskim) veštačenjem utvrditi da određeno lice ispunjava uslove za nošenje oružja. Političke akte je nemoguće na ovaj način rešavati. Proglašavanjem određenog ambasadora *personom non grana*, ne može da se bavi sud - pa da u sporu pune jurisdikcije angažuje nekog stručnjaka iz međunarodnih odnosa pa koji će odrediti da li je određeno pitanje rešeno na pravi način. Kod političkih akata jedina mogućnost je u kontroli formalne ispravnosti akta (nadležnost i postupak donošenja). U RS je (članom 43. stav 2) nZUS je isključena mogućnost spora pune jurisdikcije, kada je upravni akt donet po diskrecionoj oceni.

Brojni su pojedinačni akti čiji je javni interes pod snažnim uticajem kulturnih, ekonomskih i, povrh svega, političkih okolnosti. Isto se može reći i za donošenje političkih akata. Otuda ni politički akti, nisu lišeni javnog interesa, niti su upravni akti imuni na politički oportunitet. Obe vrste akata i u slučajevima izražene pravne nevezanosti (diskrecione ocene), ostaju ograničeni izvesnim pravnim ogradama. Upravni (javni) i politički interes se u pojedinim aktima do te mere nadmeću da deformišu, izobličuju fizionomiju akta, dovodeći do pucanja stroge teorijske kalupe i preuzimajući formalne manifestacije ovog drugog akta. Upravo tada nastaje ključni problem u razgraničenju kod ovih graničnih slučajeva. Takođe, donosioci upravnog akta često pod tenzijom političkog, zanemaruju javno. To međutim ne menja suštinu stvari. Ključno test-pitanje naše koncepcije političkog akta, koje uvek razrešava navedenu dilemu je: Da li je reč o političkom pitanju ili javno interesnom (upravnom) koje se može stručno (bez obzira na teškoće) oceniti?

#### PRAVNA PRIRODA AKTA O IZBORU (IMENOVANJU) SUDIJA USTAVNOG SUDA – POLITIČKI ILI UPRAVNI AKT?

Akt o izboru (imenovanju) sudija ustavnog suda je tipičan primer graničnog slučaja u kome se nadmeću politički i javni interes. Ustavni sud je "samostalan i nezavisan državni organ",<sup>18</sup> koji se često smatra nezavisnom ustavnom vlašću.<sup>19</sup> On "štiti ustavnost i zakonitost i ljudska i manjinska prava i slobode".<sup>20</sup> Normativno gledano, on sudi prema pravilima struke, a ne (bi trebalo) prema političkom oportunitetu. Kao što redovni sudovi sude na osnovu zakona, on sudi aktima polazeći, pre svega, od ustava.

<sup>18</sup> Član 166. Ustava od 2006.

<sup>19</sup> Zoran Tomić, *Ustavno sudstvo – između žreca i stvaraoca*, "Ustavni sud Srbije (u susret novom ustavu)", Beograd, 2004, str. 67 i šire.

<sup>20</sup> Član 166. Ustava od 2006.

S druge strane, svaki ustav je istovremeno i politički akt koji sadrži i vrednosna političko ideološka načela ili prilikom tumačenja manje-više "neutralnih" odredbi može u značajnoj meri odrediti politički pravac određene države. Otuda je nesporan politički značaj ove institucije.<sup>21</sup> Zato se ova institucija nalazi na "preseku prava i politike".<sup>22</sup> Njegova uloga kontrolora ustavnosti zakona čini ga "negativnim zakonodavcem", a uz nešto izraženiji ustavnosudski aktivizam njegova funkcija dobija kreatorskolegislativne obrise, čime preuzima ulogu parlamenta, koji je klasično političko telo. Upravo zato izbor sudija ustavnog suda po pravilu i vrše tipična politička tela. Tako u brojnim zemljama parlament ima ekskluzivno pravo izbora sudija (Nemačka, Poljska, Hrvatska...),<sup>23</sup> odnosno odlučujući (preovlađujući) uticaj na sastav ustavnoga suda (Španija, Rumunija...).<sup>24</sup> U Austriji podeljenu ulogu u izboru imaju dve grane političkih nosioca vlasti: Vlada i predsednik (izvršna) i Skupština (zakonodavna).<sup>25</sup> Takođe u teoriji se primećuje da je *de facto* reč o političkoj instituciji.<sup>26</sup> Levinson i Balkin su analizirali pojavu "partijskog ušančenja" (*party entrenchment*) prilikom izbora sudija sudija Vrhovnog suda SAD.<sup>27</sup>

---

<sup>21</sup> Tako: Ivo Krbek, *Ustavno sudovanje*, 1960, str. 7. Slično: Ratko Marković, *Ustavni sud u ustavu Republike Srbije od 2006. godine*, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 2/2007, str. 20 i Wojciech Sadurski, *Rights before courts: A study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*, 2005 str. 87.

<sup>22</sup> Olivera Vučić, Dragan Stojanović, *Ustavno sudstvo na preseku prava i politike*, "Anali Pravnog fakulteta u Beogradu", 2/2009, str. 89–107.

<sup>23</sup> Tako u Nemačkoj polovinu članova bira Bundestag, a drug polovinu Bundesrat (videti: član 94. stav 1. Ustava Nemačke, [www.servat.unibe.ch/icl/gm00000\\_.html](http://www.servat.unibe.ch/icl/gm00000_.html), dostupno 15.12.2011. godine). U Mađarskoj, Poljskoj i Hrvatskoj izbor sudija Ustavnog suda spada u jednu od nadležnosti parlamenta (videti: član 194. stav 1. Ustava Poljske, [www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm](http://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm), dostupno 15.12.2011. godine i član 125. stav 1. Ustava Hrvatske, *Nar. novine* 56/90, 135/97, 8/98, 113/2000, 124/2000 i 28/2001).

<sup>24</sup> U Španiji kralj postavlja svih dvanaest sudija, a po četiri nominuju Kongres i Senat, kao predstavnici zakonodavne vlasti, dvoje sudija Vlada Španije i dvoje Generalni savet, kao predstavnici sudske vlasti (videti: član 159. stav 1. Ustava Španije, [http://www.senado.es/constitu\\_i/indices/consti\\_ing.pdf](http://www.senado.es/constitu_i/indices/consti_ing.pdf), dostupno 15.12.2011. godine). S obzirom da Vladu formira parlamentarna-politička većina, jasno je da ovde jedna politička grupacija, ima preovlađujući uticaj na izbor deset od 12 sudija Ustavnoga suda. Iako kralj bira, pored njegovog simboličnog karaktera, stanovišta smo da je uvek izraženiji uticaj organa koji predlaže, od onog koji bira (detaljnije o ovom stavu videti na narednoj strani). U Rumuniji od devet sudija po tri sudije biraju Dom deputata i Senat (činioci legislativne vlasti), a tri predsednik države (videti: član 142. stav 3. Ustava Rumunije, [www.cdep.ro/pls/dic/site.page?den=act2\\_2&par1=5#t5c0s0a142](http://www.cdep.ro/pls/dic/site.page?den=act2_2&par1=5#t5c0s0a142), dostupno 15.12.2011. godine).

<sup>25</sup> Član 141. Ustava Austrije [http://www.servat.unibe.ch/icl/au00000\\_.html](http://www.servat.unibe.ch/icl/au00000_.html) (dostupno 1.12.2011. godine).

<sup>26</sup> David M. O'Brien, *Storm Center: The Supreme Court in American Politics*, 1986, str 13–15.

<sup>27</sup> Jack M. Balkin, Sanford Levinson, *Understanding the Constitutional Revolution*, "Yale Law School Legal Scholarship Repository", Vol. 87, 6/2001, str. 352–354 i šire.

Ustavno sudstvo je kako veli Bork i “suviše krucijalno političko oružje da bi se ostavilo nepoltizovanim sudijama”.<sup>28</sup> Institucionalno i normativno gledano ustavno sudstvo se nalazi zaista na preseku “prava i politike”, ali uz dominaciju svog stručnog, pravnog elementa i uz stalnu težnju depoliiziranja njegovog rada. Kako veli I. Krbek: “Predmeti ustavnog sudovanja sadržavaju uvijek političke elemente. Ali, svrha toga sudovanja jeste upravo depolitiziranje”.<sup>29</sup> Usled navedenih nadgornjavanja javnog (stručnog) i političkog, ovaj akt ima hibridni karakter. U praksi politički elementi mogu nadvladati. Oni su međutim više posledica praktične borbe za političkom moći nego ustanovljene uloge institucije ustavnog sudstva. Zato suštinski gledano, bez obzira na politički značaj i interes, ustavno sudstvo je nezavisno i pre svega pravna institucija. Dokaz tome je i što se mandat sudija uporednopravno gledano po pravilu nikad ne poklapa sa mandatom političkog organa koji je učestvovao u izboru ustavnih sudija, čime se rad institucije ustavnog sudstva ne želi vezati za političke izborne cikluse, a standardno je propisivanje čitavog seta pravnih garancija i mehanizama, kojima će se ustavno sudstvo osloboditi političkog pritiska.

S obzirom na izraženu političku težinu ustavnog suda, jasan je enormni politički interes prilikom popunjavanja njegovog sastava. Takođe je jasno da partijski elementi, prilikom izbora mogu biti prevlađujući. Ideološka podobnost i politička zaleđina su u svim sistemima od značajnog uticaja na izbor sudija ustavnoga suda.<sup>30</sup> Sve to, međutim, nije ključno kod opredeljenja pravne prirode. Po prirodi stvari, jasno je da je diskreciona ocena, kod donošenja akta o izboru (imenovanju) sudija ustavnoga suda, ciljno određena javnim, a ne političkim interesom. Izrazita politička težina, politički karakter nekih donosioca, utiču na fizionomiju akta, ali ne menjaju njegovu esenciju upravnog akta. Kao što na konkursu za pripravnika u ustavnom sudu, javni interes nalaže izbor najboljeg kandidata, suštinski isto nalaže, bez obzira na uticaj političkog elementa, i prilikom izbora za sudiju ustavnoga suda. Naravno da je razlika u značaju enormna, ali ona nemenja suštinu akta. Ponekad partokratija toliko može uzeti maha da dobijanje građevinske dozvole može biti mereno aršinima političkog oportuniteta, umesto urbanističke struke. To nikako ne znači da pravno takav akt možemo oceniti kao politički i negirati mu upravne elemente.

Odgovor je, stoga, principijalan i vandržavni – akt o izboru ustavnih sudija je po svojoj pravnoj prirodi upravni akt. U srpskom slučaju, ovo stanovište je podupruto ciljno određenom formuacijom “istaknutiji pravnik”, što je tipično stručno pitanje, bez obzira na političku težinu. Ustavni sud Hrvatske ukazuje da

<sup>28</sup> O tome: Robert H. Bork, *The Tempting of America: The political Seduction of the Law*, A Touchstone Book, 1991, str. 268–348.

<sup>29</sup> Ivo Krbek, *Ustavno sudovanje* (*op. cit.*), str. 7.

<sup>30</sup> Tako i: Robert Podlonjak, *Izbor sudaca Ustavnog suda Republike Hrvatske u komparativnoj perspektivi*, “Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu,” 3/2007, str. 554.

“politički akti izbora ili imenovanja postoje u svakom suverenom demokratskom pravnom poretku”, da je reč “najčešće o aktima izbora ili imenovanja koje donose najviša politička tijela u državi neposrednom primijenom mjerodavnih odredaba Ustava”. Istovremeno Sud ima potrebu da napravi distinkciju da su akti o izboru predsjednika Vrhovnog suda Hrvatske, sudija Ustavnog suda Hrvatske političke naravi, ali su ujedno i “pravno vezani akti, jer kandidati (...) moraju ispuniti Ustavom i/ili zakonom propisane uvjete u vezi sa *stručnim kvalifikacijama* (kurzivom S. M.), a u pojedinim državama i u vezi sa starosnom dobi.” “Stoga su ti akti politički, ali je njihovo donošenje uvjetno ispunjavanjem propisanih pravnih pretpostavki.”<sup>31</sup> Svaki akt, pa i onaj sa najširoom diskrecionom ocenom je delom pravno vezan, makar samo delu kojim se propisuje ko je ovlašćen na njegovo donošenje. Zato je svaki politički akt uvek istovremeno pravni. Ustavni sud Hrvatske oseća razliku između upravnih akata koje politički značaj čini hibridnim i tipičnih političkih akata, ali ga pogrešno vezuje za pravnu vezanost. Ova dilema se po našem sudu razrešava odgovorom na pitanje da li je ključni kriterijum stručan ili politički? Pogrešno je vezivati ga za pravne uslove (npr. broj godina). Broj godina je u pojedinim zemljama uslov za izbor npr. ministra. Njega parlament bira tipičnim pojedinačno političko pravnim aktom. I postoji – po našem rezonu – suštinska razlika u odnosu na akt kojim se bira sudija ustavnog suda. Ustavna odrednica “istaknuti pravnik” je samo prirodna posledica, upravnog karaktera akta kojim se bira sudija Ustavnog suda i ona izvire iz uloge Ustavnog suda kao institucije. Ako izvršimo poređenje sa aktom o izboru vlade koji smo uzeli kao paradigmu za politički akt, hipotetičko postojanje standarda da vladu treba da čine “najistaknutiji”, “najbolji stručnjaci”, ne bi ništa značilo, jer je reč o prvenstveno političkim funkcijama, za čije pravo na formiranje su se na izborima nadmetale različite političke opcije. Takođe u RS izbor sudija Ustavnoga suda sudeluju i tipično stručna, a ne politička tela (Visoki savet sudstva, Vrhovni kasacioni sud i Državno veće tužilaštva).<sup>32</sup> Visoki savet sudstva je klasično stručno telo i ona isto rezonuje kada bira sudije redovnih sudova ili kada predlaže kandidate za sudije Ustavnoga suda. Neozbiljno je tvrditi da se karakter menja u zavisnosti od

---

<sup>31</sup> Videti: Odluka Ustavnog suda Hrvatske U-III-443/2009 od 30.4.2009. godine.

<sup>32</sup> Prema Ustavu od 2006 (član 172): Ustavni sud čini 15 sudija koji se biraju i imenuju na devet godina (stav 1). Pet sudija Ustavnog suda bira Narodna skupština, pet imenuje predsednik Republike, a pet opšta sednica Vrhovnog kasacionog suda Srbije (stav 2). Narodna skupština bira pet sudija Ustavnog suda između 10 kandidata koje predloži predsednik Republike, predsednik Republike imenuje pet sudija Ustavnog suda između 10 kandidata koje predloži Narodna skupština, a opšta sednica Vrhovnog kasacionog suda imenuje pet sudija između 10 kandidata koje na zajedničkoj sednici predlože Visoki savet sudstva i Državno veće tužilaca (stav 3). Sa svake od predloženih lista kandidata jedan od izabranih kandidata mora biti sa teritorije autonomnih pokrajina (stav 4). Sudija Ustavnog suda se bira i imenuje među istaknutim pravniciima sa najmanje 40 godina života i 15 godina iskustva u pravnoj struci (stav 5). Jedno lice može biti birano ili imenovano za sudiju Ustavnog suda najviše dva puta (stav 6).

toga da li izbor vrši stručno ili političko tela, mada je to dugo vremena bilo odlučujuće merilo političkih akata. Nelogično bi, bilo tvrditi da je jedna trećina sudija imenovana upravnim, a druge dve političkim aktom, iako je u praksi akt političkih organa pod jačom političkom tenzijom.

Bez obzira što se ustavnim i zakonskim normama, procedura i kriterijumi izbora sudija teže "našteloovati", tako da donosioca odluke usmere na odabir najkvalitetnijih kandidata, odluka o izboru uvek ostaje prepuštena izrazito slobodnoj oceni organa koji predlažu i biraju. Sama sadržina akta o izboru (imenovanju) sudija Ustavnog suda prepuštena je široko ostavljenoj diskrecionoj proceni donosioca odluke. Organi koji predlažu, odnosno biraju, po pravilu su najviši politički, neposrednim izborima legitimisani državni organi. Zbog toga sama odluka, ostaje sadržinski nedodirljiva u smislu da bi neko drugo telo u nekakvoj simulaciji dvostepenog postupka moglo ceniti celishodnost akta o izboru sudija. I ona se kao posledica izraženog političkog elementa približava političkom aktu po spoljnoj manifestaciji, ali suštinski, materijalno gledano, reč je o upravnom aktu.

#### FORMA I STRUKTURA AKTA O IZBORU (IMENOVANJU) SUDIJA USTAVNOG SUDA RS

Akt o izboru (imenovanju) sudija ustavnog suda se donosi na osnovu *suverenog diskrecionog prava*, Ustavom ovlašćenog, donosioca. Iako smo ga suštinski odredili kao upravni akt kod koga će se njegovoj sadržina ocenjivati – od strane javnosti - sa aspekta javnog interesa, a ne politike, on zbog izvesnih elemenata ima elemente političkog akta koji ostaje na moralnoj odgovornosti njegovih donosioca. On u pravnom sistemu RS ne pripada korpusu - formalno gledano - upravnih akata koji se donose u upravnom postupku. Upravni akt se donosi u formi rešenja<sup>33</sup> dok se akt o izboru sudija donosi u formi odluke. Takođe akti kojim se vrši izbor (imenovanje) sudija Ustavnog suda u Srbiji nemaju ni u drugim segmentima fizionomiju upravnog akta. Odluka o izboru (imenovanju), svih tela koja biraju, sadrži samo pored opštih podataka (naziv donosioca, datum donošenja) samo deo koji bi klasičan upravni akt sadržao u izreci: da se određeno lice bira za sudiju ustavnog suda; i da se odluka objavi u Službenom glasniku.<sup>34</sup> Obrazloženje, kao jedan od osnovnih elemenata upravnog akta ne postoji u dosadašnjoj praksi Srbije, kada je izbor sudija Ustavnog suda u pitanju. Postupak je, takođe, prilično uprošćen. Procedura izbora i propisana sadržina akta u susjednoj Hrvat-

<sup>33</sup> Videti: glavu XII, čl. 192–195 Zakona o upravnom postupku, ("Službeni list SRJ", br. 33/97 i 31/2001 i "Službeni glasnik RS", broj 30/10).

<sup>34</sup> Videti primera radi: Odluku Vrhovnog kasacionog saveta o imenovanju sudije Ustavnog suda Su I 353/10-2 od 6.6.2010. godine, "Službeni glasnik RS" 46/2010 i Odluku Narodne skupštine donetu na sednici Trećeg vanrednog zasedanja u 2010. godini, održanoj 1.6.2010. godine o izboru sudije Ustavnog suda, "Službeni glasnik RS" 45/2010.



skej tipična je fizionomija upravnog akta, koji je čak u praksi bio i predmet ocene zakonitosti pred Upravnim sudom.<sup>35</sup> U Hrvatskoj se upućuje javni poziv za kandidovanje, koji ima karakter tipičnog konkursa: uz predlog se dostavljaju prilozi, nadležni odbor Hrvatskog sabora obavlja javni razgovor sa svakim kandidatom koji ispunjava formalne uslove, odbor sastavlja listu kandidata koji su prošli u užu izbor, a sam predlog mora sadržati obrazloženje.<sup>36</sup>

Šturo propisani postupak i sadržinski siromašna fizionomija akta u RS su loša osnova za valjanu javnu, a plodno tle za politikanstku raspravu o predloženim, odnosno izabranim (imenovanim) sudijama. "Forma u pravu", kako je to lepo rečeno, "i služi da bi se njome zaštitila suština." U periodu od 1990 do 2000, prilikom izbora ustavnih sudija u prlamentu rasprava je bila izuzetno tanka<sup>37</sup> ili je "rasprava" okončavana bez reči.<sup>38</sup> Što se moglo "pravdati" komotnom većinom vladajućih stranaka, ali i procenom parlamentarne opozicije da, bez obzira na važnost pitanja, nema potrebe rasipati energiju na pitanje koje nema određenu marketinšku atraktivnost kod birača. Od 2000 su u Skupštini iznošeni argumenti koji su se ticali i suštine stvari (pravne "potkovanosti" kandidata za sudiju Ustavnog suda), ali je retorika bila obojena političko ideološkim stavovima, pa je ličnost pojedinih kandidata, uz poneka pravno argumentovana osporavanja, provlačena i kroz "blato" u skupštinskim špalirima.<sup>39</sup>

Način postupka i fizionomija akta o izboru sudija ustavog suda su pokazatelj pravne zrelosti i kulture određenog društva. Treba se međutim manuti zablude da bilo kakav pravno detaljno i minuciozno razrađen postupak izbora mogu suzbiti politički oportunistam i "partijska ušančenja". Naprotiv, to mogu biti samo kulise koje stvaraju iluzije o ispravnosti i objektivnosti izbora. Svaka široka diskreciona ocena, nedodirljiva u svom pravno nevezanom delu, naročito kod tako značajnih pitanja, ostaje pod značajnom sumnjom da će se zanemariti stručnost. Ona, naročito kod pitanja koja ne privlače pažnju najšire javnosti, a bez snažnog autoriteta stručne javnosti, ostaje, ne čak ni prepuštena političkoj, već pre svega *moralnoj* odgovornosti donosioca. Način izbora, struktura akta, kvalitet obrazloženja i vrsta postupka, mogu biti značajna ograda politizaciji i strančarenju prili-

---

<sup>35</sup> Presuda Upravnog suda Hrvatske Zpa 13/2008-29 od 15.11. 2008. godine.

<sup>36</sup> Videti: Član 6. st. 3, 4. i 5. Ustavnog zakona o ustavnom sudu Hrvatske, "**Narodne novine**", br. 49/2002.

<sup>37</sup> Tako je prilikom prvog izbora ustavnih sudija (Videti stenografske beleške sa Devete sednice Drugog redovnog zasedanja Narodne skupštine RS održane 30. maja), izuzimajući primedbu jednog poslanika vladajuće stranke o nelogičnosti izbora ekonomiste za sudiju Ustavnog suda, prošla bez ikakve rasprave.

<sup>38</sup> Uporediti npr: Stenografske beleške sa Druge sednice Drugog zasedanja Skupštine RS održane 25. decembra 1996. godine.

<sup>39</sup> Videti: Stenografske beleške Četvrte sednice drugog redovnog zasedanja Narodne skupštine održane 14.11.2005. godine.



kom izbora. Da li će određeni izbor *de facto* biti politički ili stručni, uvek ostaje diskreciono polje donosioca, koje institucionalna kultura i javnost od integriteta i autoriteta mogu suziti i usmeriti u pravom smeru.

PRAVNO KONTROLA AKTA O IZBORU  
(IMENOVANJU) U RS

Pitanje da li će određeni akt potpadati pod kontrolu zakonitosti/ustavnosti, zavisi od svakog pojedinačnog državnog sistema. Sadržina pojedinačnog političkog akta (diskrecioni deo), što je slučaj i sa nekim upravnim aktom,<sup>40</sup> ostaje, po pravilu, van dometa bilo kakve kontrole. Da li će u određenom nacionalnom sistemu, određeni akt, odnosno njegov pravno vezani deo, biti podvrgnut pravnoj kontroli, zavisi od pozitivnog prava određene zemlje i prakse sudova. Tu slobodu uvažava i Evropski sud za ljudska prava (Presuda *V. Eskelinen and others vs. Finland* od 19. 04. 2007. godine) kada ukazuje da područje javnih službi koja uključuju diskreciona ovlašćenja u domenu državnog suvereniteta. Razlog ustanovljavanja pravne nedodirljivosti pojedinačnih akata sa izraženim političkim elementima, jeste nepostojanje kapaciteta sudova (građanskih, upravnih, ustavnih) da pravno presude u sporovima sa izraženim političkim nabojem, odnosno nepostojanje želje političkih činioca da potpadnu pod kontrolu sudova. Otuda davanje, ali, pre svega, kvalitet odluka povodom ovih sporova može biti "lakmus papir" značaja i uloge sudstva u nacionalnim sistemima. Stanovišta smo da podvođenje akata sa širokom diskrecionom ocenom, bili oni suštinski politički ili upravni akti formalne ustavnosti i(li) zakonitosti, pod kontrolu formalnih elemenata, jeste na liniji jačanja vladavine prava.

U RS je za vreme važenja sZUS bila isključena mogućnost pravne kontrole (vođenje upravnog spora) akata koji su doneti u stvarima o kojima na osnovu ustavnih ovlašćenja odlučuje Narodna Skupština ili predsednik Republike (formalna koncepcija političkih akata<sup>41</sup>). S obzirom da je izbor sudija bio deo korpusa ustavnih ovlašćenja Skupštine i predsednika,<sup>42</sup> akti o njihovom izboru, odnosno kandidovanju su ostajali pravno eskulpirani. Stari ZUS je pozitivnopravno egzistirao, jedno vreme, uporedo i sa Ustavom od 2006. Prema slovu tadašnjeg zakona akt parlamenta i predsednika o izboru (imenovanju) ustavnih sudija ne bi

<sup>40</sup> Tako je odredbama čl. 9 st. 4. i 5. Zakona o bankama ("Službeni glasnik RS" 107/2005 i 91/2010) isključena mogućnost vođenja drugostepenog upravnog postupka i spora pune jurisdikcije, čime je kontrola akta svedena samo na pravno vezani deo. Više o tome: Savo Manojlović, *Pravo na efikasno pravno sredstvo* i član 9. Zakona o bankama, *Pravo i privreda*, 7–9/2010, str. 197–208 ili *Glosarijum* 11/2010, str. 13–17.

<sup>41</sup> Savo Manojlović, *Pojedinačni politički...* (*op. cit.*), str. 16–20.

<sup>42</sup> Prema odredbama člana 73. tačka 10. i člana 83. tačka 2. Ustava od 1990, predsednik Republike je predlagao, a Skupština birala sudije Ustavnog suda.

podlegao upravnosudskoj kontroli, dok bi akt o imenovanju Vrhovnog kasacionog suda bio podoban za kontrolu zakonitosti. Mišljena smo, međutim, da bi tada sZUS, usled novih ustavnih okolnosti, trebalo drukčije i tumačiti. Novim ustavom ustanovljeno je da “zakonitost konačnih pojedinačnih akata kojima se odlučuje o pravu, obavezi ili na zakonu zasnovanom interesu podleže preispitivanju pred sudom u upravnom sporu, ako u određenom slučaju zakonom nije predviđena drukčija sudska zaštita.”<sup>43</sup> Novim Zakonom o upravnim sporovima, koji je stupio na snagu, upravni akt se određuje kao “pojedinačni pravni akt kojim nadležni organ, neposrednom primenom propisa, rešava o određenom pravu ili obavezi fizičkog ili pravnog lica, odnosno druge stranke u upravnoj stvari.”<sup>44</sup> Pošto se akt o izboru (imenovanju) sudija ustavnog suda ne donosi u upravnom postupku i nije u formi rešenja, odnosno zaključka, on formalno gledano nije upravni akt, pa bi zato nadležnost Upravnog suda bila zasnovana na osnovu odredbe člana 3. stav 2. nZUS, kojom je propisano da “u upravnom sporu sud odlučuje i o zakonitosti konačnih pojedinačnih akata kojima se rešava o pravu, obavezi ili na zakonu zasnovanom interesu, u pogledu kojih u određenom slučaju zakonom nije predviđena drugačija sudska zaštita.”

Stanovište po kome Upravni sud kontroliše akt o izboru (imenovanju) sudija Ustavnog suda, ako je po našem sudu jedino ispravno i moguće tumačenje, nije – ako se ima u vidu postojeća praksa i stavovi domaće teorija - “otkrivanje tople vode”. Naime, nakon poslednjeg imenovanja ustavnih sudija od strane pravosudnih organa, Ustavni sud je na sednici od 22. 07. 2010. godine doneo zaključak da od Vrhovnog kasacionog suda zatraži informaciju da li je prilikom imenovanja “vodio računa o odredbi člana 172. stav 4. Ustava Republike Srbije, prema kojoj sa svake od predloženih lista kandidata jedan od izabranih kandidata mora biti sa teritorije autonomnih pokrajina”.<sup>45</sup> Vrhovni kasacioni sud je u odgovoru od 26. 07. 2010. godine naveo da je “kandidat koji mora biti sa teritorije autonomne pokrajine jeste svaki onaj koji je ne samo rođen, nego je i živeo i radio na teritoriji autonomne pokrajine”. Jedan kandidat je ispunjavao uslov odredbe prema tumačenju Vrhovnog suda i tu se sa daljom pričom stalo. Iz toga se mogu izvući dve opcije. Ili je Ustavni sud prihvatio tumačenje Vrhovnog kasacionog suda ili je smatrao da ne postoje dalji pravni mehanizmi u ispitivanju ovog pitanja, te je ono iscrpeljeno njegovim ukazivanjem na problem (traženjem informacije), organu koje je sprovedo imenovanje, što je u suprotnosti sa našim tumačenjem. Inače po mišljenja smo da je zakonodavac trebalo da precizira ustavni standard “biti sa teritorije autonomne pokrajine”, precizirajući da li to podrazumeva prebivalište, određeni broj godina efektivnog života ili rođenje na teritoriji autonomne pokrajine. Ovim pitanjem se u našoj pravnoj nauci bavila O. Vučić, profesor ustavnog

---

<sup>43</sup> Čl. 198. st. 2 Ustava od 2006.

<sup>44</sup> Čl. 4 nZUS.

<sup>45</sup> Član 172. stav 4. Ustava od 2006.

prava i sudija Ustavnog suda (od 2007). Po njenom sudu u konkretnom slučaju je došlo do povrede ustavne odredbe, jer bi ispravno tumačenje bilo da imenovano lice u trenutku izbora ima prebivalište na jednoj od teritorija autonomne pokrajine. I u njenom radu se, međutim, ne ističe, niti ukazuje na moguće pravne mehanizme kojim bi se navedeni akt mogao preispitati.<sup>46</sup>

Što se tiče nadležnosti drugih organa, protiv presude Upravnog suda, kojom bi se cenio akt o izboru (imenovanju) sudija Ustavnog suda, se ne bi mogao izjaviti zahtev za preispitivanje sudske odluke, na osovnu koga bi Vrhovni kasacioni sud mogao pretresati celo pitanje. Navedeni zahtev se bi mogao izjaviti u slučajevima kada je zakonom predviđeno (što nije slučaj); kada je spor rešen u sporu pune jurisdikcije (takođe je neprimenjivo; spor pune jurisdikcije je i inače isključen kod akata sa diskrecionom ocenom); i u stvarima u kojima u upravno postupku nije predviđena žalba. Navedeni akt se ne donosi u upravnom postupku. Time je izbegnuta i situacija da Vrhovni sud bude nadležan u sporu povodom odluke kojom je on imenovao sudiju Ustavnog suda. Po našem sudu u takvoj hipotetičkoj situaciji bi se ovakva mogućnost morala izbeći direktnom primenom ustavne norme kojom se jemči pravo na pravično suđenje,<sup>47</sup> koje bi definitivno bilo prekršeno da neko sudi u vezi spora u kome je i doneo odluku koja se osporava (načelo sudijske inkompatibilnosti). Presudu Upravnog suda bi bilo moguće napadati ustavnom žalbom,<sup>48</sup> što bi bilo i poslednje pravno sredstvo u sistemu RS, ono je i na liniji stanovišta Venecijanske komisije da bi odluku o povredi postupka izbora (imenovanja) trebao da donese Ustavni sud.<sup>49</sup>

Takođe veoma bitno pitanje je ko bi u RS mogao da tužbom ospori akt o izboru (imenovanju) sudija Ustavnog suda. Prema nZUS,<sup>50</sup> prvo bi to bila lica koja su zvanično imenovana i predložena kao kandidati za sudije Ustavnog suda, a nisu izabrana, jer je protivpravnim izborom došlo do povrede njihovih prava

<sup>46</sup> Olivera Vučić, *Pet godina posle - primena ustava, poštovanje ustava* -, "Pravni informator", 2/2012, str. 10–12.

<sup>47</sup> Član 32. Ustava od 2006.

<sup>48</sup> Član 170. Ustava od 2006.

<sup>49</sup> European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), *Opinion on Amendments to the Law on The Constitutional Court of Armenia*, CDL-AD(2006)017 od 22.06.2006. godine.

<sup>50</sup> Odredbom člana 11 n ZUS je propisano: Tužilac u upravnom sporu može da bude fizičko, pravno ili drugo lice, ako smatra da mu je upravnim aktom povređeno neko pravo ili na zakonu zasnovani interes (stav 1). Državni organ, organ autonomne pokrajine i jedinice lokalne samouprave, organizacija, deo privrednog društva sa ovlašćenjima u pravnom prometu, naselje, grupa lica i drugi koji nemaju svojstvo pravnog lica, mogu pokrenuti upravni spor ako mogu da budu nosioci prava i obaveza o kojima se rešavalo u upravnom postupku (stav 2). Ako je upravnim aktom povređen zakon na štetu javnog interesa, upravni spor može da pokrene nadležni javni tužilac (stav 3). Ako su upravnim aktom povređena imovinska prava i interesi Republike Srbije, autonomne pokrajine ili jedinice lokalne samouprave, upravni spor može da pokrene i nadležno javno pravobranilaštvo (stav 4).

(diskriminirani su, povređeno im je ustavno pravo da budu birani u skladu sa zakonom). Da li bi se u slučaju kandidovanja lica koje ne ispunjavaju proverljive uslove ("40 godina života i 15 godina rada u struci"), moglo smatrati da je povređeno pravo zainteresovanih lica koja su mogla biti kandidovana? Smatramo da bi to bilo preširoko tumačenje pojma lica koja "mogu da budu nosioci prava i obaveza". **Da bi mogli da budu nosioci potrebno je da budu predloženi kao kandidati**, pa je odgovor odričan. Drugo to bi mogli da budu javni tužilac, jer se u konkretnom slučaju radi o javnom interesu. Zatim republički pravobranilac, jer izbor u skladu sa Ustavom i zakonom nesumljivo interes Republike Srbije. I na kraju i pravobraniloci autonomnih pokrajina, ali samo u vezi, odredbe "da sa svake od predloženih lista kandidata jedan mora biti sa teritorije autonomnih pokrajina".

I treće pitanje, u vezi sa kontrolom ovih akata, koje se nameće je dubina zahteva Upravnog suda u ispravnost akta o izboru (imenovanju) ustavnih sudija. Dometi bi mogli ostati samo u segmentu formalne ocene ispravnosti ovih akata. Opseg zadiranja se završava sa formom i procedurom. Jasno je da sud nikako ne bi mogao rešavati ovo pitanje u sporu pune jurisdikcije, niti se baviti ocenom standarda "istaknuti pravnik". Bez obzira što se sa aspekta pravne prirode radi o upravnom, a ne političkom aktu, reč je o "suverenoj diskrecionoj oceni" ustavom ovlašćenih organa. Upravni sud bi mogao osporiti ukinuti akt, ako je određeno lice izabrano mimo predviđene pravne procedure (hipotetički slučaj analogan aferi "glasanja iz Bodruma" prilikom izbora guvernera Narodne banke K.U. 2003). Takođe isto bi mogao učiniti ako izabrani (imenovani) sudija nema 40 godina ili evidentno nema 15 godina rada u struci. Po ovom poslednjem pitanju bi to mogao učiniti samo u slučaju da je reč o očiglednoj povredi ovog uslova. Npr. prošlo je 13 godina od kada je izabrano (imenovano) lice diplomiralo pravnom fakultetu.<sup>51</sup>

## ZAKLJUČAK

Akt o izboru (imenovanju) sudija Ustavnog suda pravno, a naročito u praksi nalazi u konstantnom nadmetanju javnog i političkog interesa. On je međutim po svojoj pravnoj prirodi (suštini) upravni akt, jer se njime rešava upravna stvar uz domicijaciju javnog, nad političkim interesa.

Značaj pitanja koji se ovim aktom rešava i stalno prisutna politička tenzija ga deformišu. I ovaj akt formalno pravno nije upravni akt koji se donosi u

---

<sup>51</sup> Na liniji ovoga je i Ustavni sud Republike Hrvatske koji je istakao da "utvrđivanje ispunjavanja uvjeta od najmanje 15 godina 'radnog iskustva u pravnoj struci' odlučuje sam Hrvatski sabor", te je kontrola ograničena samo na pitanje da li iz dostavljenih dokaza mogla utvrditi ta činjenica (Odluka Ustavnog suda Hrvatske U-III-443/2009 od 30.4.2009. godine). Zato je i ukinuta presuda Upravnog suda Hrvatske kojim je poništen akt o izboru sudije Ustavnog suda, jer je smatralo da potvrda od poslodavca nije dovoljan dokaz. (Presuda Upravnog suda Hrvatske Zpa 13/2008-29 od 15.11. 2008. godine).

tipičnom upravnom postupku u formi rešenja ili zaključka. On se zasniva na suverenoj diskrecionoj oceni, ustavom ovlašćenih donosioca. Struktura akta i postupak izbora su pravno istanjeni i svedeni na "saopštavanje" odluke. Zato bi *de lege ferenda* trebalo propisati obrazloženje kao obavezni deo forme akta i primeren rok između kandidovanja i izbora (imenovanja), kako bi se u vezi stručnosti kandidata mogla voditi javna rasprava. Ostvarivanje principa stručnosti se ne može urezati nikakvim pozitivnopravnim normama. On se ostvaruje jačanjem institucija i političkog morala, što su preduslovi koji se postižu u dugotrajnom procesu konsolidovanja demokratije.

Prema našem tumačenju ispitivanje ovih akata bilo bi moguće u postupku pred Upravnim sudom na osnovu odredbu člana 3. stav 2. nZUS. Kontrola ispitivanja bi se svela na ispitivanje formalne ustavnosti i zakonosti akta o izboru (imenovanju) sudija Ustavnog suda. Podnosioci tužbe bi bile zvanično predloženi, a neizabrani kandidati za sudije Ustavnog suda, republički javni tužilac, republički pravobranilac i pravobranioци autonomnih pokrajina, u delovima koji se tiču autonomne pokrajine. Poslednje pravno sredstvo bi bila ustavna žalba Ustavnom sudu.

SAVO MANOJLOVIĆ, MA  
mlađi savetnik Ustavnog suda Republike Srbije

## APPOINT-DECISION OF CONSTITUTIONAL COURT JUDGES

### Summary

Legal nature, form and structure of decision for appointment of Serbian Constitutional Court judges is the mater of analyze in this paper. In the end is explained possibility of the judicial control of appoint-decision in Serbian judicial system. At the beginning is shortly explained theory of individual political-legal decisions. Instead of leading theoretical view that is based on formal features of appoint-decision, the author analyzes its substantive nature that relies on differentiation from administrative decisions. Crucial difference is clear division between political issue and administrative or public issue that is more expert issue. Having in mind legal nature, appoint-decision of Constitutional Court Judges is administrative decision, but in Serbian law such decision is not passed in the form of administrative decision, neither they have the same structure. In the paper are given constructive, *de lege ferenda* legislative suggestions, aiming to enable participation of the public in the procedure of making appoint-decision. In the end is explained possibility of the judicial control of appoint-decision in Serbian judicial system. Examining case-law, the author points out that up to now, the practice did not apply the norms that enable control of these decisions in administrative-legal procedure before Administrative court, with the possibility of constitutional appeal to the Constitutional Court. He also analyzes which person could bring such procedures. The practice in Croatia is examined as well possibility of implementation of certain solutions in Serbian system. Enactors of appoint-decision for Constitutional Court judges certainly have some sort of discretion in decision-making, what is guaranteed with Constitution.

*BLAŽE KRČINSKI*

## USTAVNA ŽALBA KROZ JURISPRUDENCIJE USTAVNOG SUDA MAKEDONIJE

### U V O D

Ustavna žalba kao sredstvo za zaštitu ljudskih prava i sloboda zauzima značajno mesto u ustavnom sistemu svake razvijene evropske države. Njena popularnost je sve veća tako da ona zauzima preko 90 % od ukupnog broja predmeta koji se nalaze pred Ustavnim sudovima. Ono šta je svojevremeno šticeeno preko ocene ustavnosti i zakonitosti opštih pravnih akata, danas je to preuzela ustavna žalba, koja je dovela do kontrole mikroustavnosti. Težište se prenelo od kontrole ustavnosti opštih pravnih akata na kontrolu pojedinačnih pravnih akata. Njen značaj je veliki. "Nesumnjivo da je najveći domet u zaštiti prava građana i ustavnosti priznavanje mogućnosti da se sam građanin-pojedinac neposredno obrati ustavnom sudu radi zaštite svojih prava ili ustava"<sup>1</sup>.

### DILEME O NAZIVU PRAVNOG SREDSTA: USTAVNA ŽALBA ILI USTAVNA TUŽBA

Kada govorimo o ustavnoj žalbi u Republici Makedoniji, ne možemo reći da se radi o ustavnoj žalbi kako je poznaje većina evropskih zemalja. Normativ-

---

Mr Blaže V. Krčinski, stručni saradnik u advokatskoj kancelariji "Krčinski" u Skoplju.

<sup>1</sup> Marković, R., (1973). Pokretanje ustavnog spora o ustavnosti normativnih akata, Beograd, Pravni Fakultet, str. 62.

na uređenost ovog instituta kod nas je suviše opšta i neodređena. Međutim, imajući u vidu da ona sadrži sve neophodne elemente instituta ustavne žalbe (doduša u restriktivnijem obimu nego kod drugih država) možemo reći da u Makedoniji postoji ustavna žalba, sa jednom terminološkom razlikom, a to je da ni u Ustavu, a ni u poslovnik o radu Ustavnog suda nije tačno predviđen naziv ovog instituta. Ustav Republike Makedonije u čl. 110. stav 1. alineja 3 navodi da "Ustavni sud štiti slobode i prava čoveka i građanina koji se odnose na slobode uverenja, savesti, misli, i javnog izražavanja misli, političkog udruživanja i delovanja i zabranu diskriminacije građana po osnovu pola, rase, verske, nacionalne, socijalne i političke pridanosti." Nigde se ne spominje njen naziv ustavna žalba. Tek u Poslovniku o radu Ustavnog suda u čl. 51. navodi se da svaki građanin koji smatra da se pojedinačnim aktom ili radnjom povređuje njegovo pravo ili sloboda utvrđeni u čl. 110. stav 1. alineja 3 Ustava Republike Makedonije, *može da potraži zaštitu od Ustavnog suda*. U čl. 52 navodi se da je reč o *zahtevu*<sup>2</sup>, a čl. 53 Poslovnika iznedrio je naziv *zahtev za zaštitu sloboda i prava*. Naziv zahtev za zaštitu sloboda i prava je krajnje neprecizan i ne odgovara suštini instituta.

U Makedoniji, ni stručna ni naučna javnost nije sasvim precizna kad je reč o nazivu ovog instituta. O tome je malo pisano. Lapidarno se spominje u udžbenicima ustavnog prava. Zajedno se spominju i termini ustavna žalba i ustavna tužba, pri čemu se ne navodi u čemu je razlika. Takođe, nije ispravno da naziv ovog instituta ostane zahtev, pa se nameće pitanje kako bi trebalo tačno nazvati ovaj pravni institut. Ako pogledamo komparativna rešenja doći ćemo do zaključka da se najčešće koristi termin *ustavna žalba* (Nemačka, Austrija, Ruska federacija, Češka, Slovačka, Poljska, Srbija, Crna Gora, Slovenija), dok zemlje španskog govornog područja koriste naziv *amparo* (Španija, Portugalija i zemlje Latinske Amerike). Jedino se u Hrvatskoj koristi naziv *ustavna tužba*. Imajući u vidu uticaj hrvatske literature i iskustva u makedonskom pravnom sistemu, u našoj stručnoj i naučnoj javnosti održao se termin ustavna tužba<sup>3</sup>, iako se dosad nije ozbiljno postavilo pitanje u čemu je razlika i kako bi trebalo najispravnije da nazovemo ovaj procesnopравни institut.

U literaturi, pojedini autori smatraju da je to nevažna diskusija kojoj ne treba posvećivati mnogo pažnje<sup>4</sup>. Naš stav je suprotan, jer smatramo da tačan naziv ovog instituta može doprineti njegovom pravilnom i preciznom određiva-

<sup>2</sup> Pogrešna je tvrdnja da je naziv ovog pravnog sredstva *zahtev za zaštitu ljudskih prava i sloboda*, jer prema Poslovniku o radu Ustavnog suda proizlazi da je naziv ovog sredstva samo zahtev.

<sup>3</sup> Vidi u Treneska Deskoska R., (2006). Konstitucionalizam i čovekovite prava, Skopje, Praven Fakultet Justinianus Primus, str. 171.

<sup>4</sup> Mr Jordan Arsov bivši sudija ustavnog suda kaže da je apsolutno beznačajno kako će se ovaj institut zvati: žalba, tužba ili zahtev.



nju. Ovaj procesnopravni institut najbolje je nazvati ustavnom žalbom. Termin ustavna žalba ukazuje na to da je reč o supsidijarnom pravnom sredstvu. Naziv ustavna upućuje na postupak pred Ustavnim sudom koji se razlikuje od postupka pred redovnim sudovima, a naziv žalba da se ne radi o pokretanju novog postupka (u materijalnom smislu), nego o dovršetku prethodno započetog pred redovnim sudovima (s napomenom da je naglasak na ljudskim pravima koja su zaštićena Ustavom). Suprotnog mišljenja je Edin Šarčević, koji kada govori o ustavnoj žalbi u Nemačkoj ( Verfassungsbeschwerde ), navodi: "Riječ Beschwerde je ovde prevedena kao "tužba" zbog toga što u ovom postupku podnosilac zahteva fingira kao pokretač postupka i nastupa kao "tužilac" koji podnosi dokaze i postavlja zahteve čija se validnost tek treba ustanoviti. Osim toga nije isključena mogućnost kontradiktornog postupka, zapravo, u većini slučajeva se vodi kao kontradiktoran postupak. S obzirom na poziciju pokretača postupka (*apelanta*) i na uobičajavanje postupka, čini se da je pojam tužbe bliži duhu domaćih jezika i u tom smislu je ovde treba i shvatiti"<sup>5</sup>.

#### PROCESNE PRETPOSTAVKE

Da bi se Ustavni sud mogao upustiti u odlučivanje o predmetu spora neophodno je da ustavna žalba ispunjava niz uslova. Ispunjenost tih uslova nazivaju se procesne pretpostavke. Važno je primetiti da, prema Poslovniku o radu Ustavnog suda, ustavna žalba mora da sadrži: razloge zbog kojih se podnosi, pravni akt ili radnju kojim je učinjena povreda, fakte i činjenice na kojima se zasniva, kao i druge podatke koji su potrebni da Ustavni sud odlučuje. Takođe, zahteva se kumulativna ispunjenost procesnih pretpostavki, tako da ukoliko jedna od njih nije ispunjena, to povlači za sobom nepotpunost ustavne žalbe i sud se ne upušta u njeno dalje razmatranje, već je odbacuje zbog nenadležnosti ili nepostojanja drugih procesnih razloga<sup>6</sup>.

#### *Ko može podneti ustavnu žalbu?*

Prema Ustavu Makedonije, pravo da podnese zahtev za zaštitu ljudskih prava i sloboda ima svaki čovek i građanin. Ova formulacija je u saglasnosti sa me-

---

<sup>5</sup> Šarčević E., predgovor u "Izabrane Odluke Njemačkog Saveznog Ustavnog Suda", Sarajevo, 2010, str. 47.

<sup>6</sup> Zbornik radova "Ustavno sudstvo u teoriji i praksi" Beograd 2010 str. 103. Sudija Branko Naumovski navodi da Ustavni sud od 150 slučajeva u više od 80% njih nije raspravljao, jer je bio nenadležan ili su postojali drugi procesni razlozi, pa je zahtev odbačen.

đunarodnim konvencijama, jer je ona sveobuhvatna i odnosi se na prava i slobode građanina države, kao i na prava i slobode stranca ili apatrida, kome su aktom ili dejstvom javne vlasti povređene njegova prava i slobode. Međutim, Poslovník Ustavnog suda je restriktivniji od Ustava. Prema ovom aktu, pravo da podnesu zahtev imaju samo građani Makedonije. Sam koncept građanina je mnogo uži od koncepta čoveka kao strane koja ima legitiman pravni interes. Stoga, pojedini profesori ustavnog prava smatraju da je Ustavni sud u poslovnik ugradio protivustavnu odredbu. Takođe, iz ove formulacije ne proizlazi ni pravo pravnih lica kao legitimnih učesnika u ustavnosudskom postupku. Pojedini autori smatraju da se iz jurisprudencije Ustavnog suda izvodi *da svako* kome su povređena ustavom garantovana prava i slobode, može podneti zahtev za njihovu zaštitu. Međutim, analizirajući dosadašnju prakse proizlazi sledeće:

– Do sada Ustavnom sudu nije podnet nijedan zahtev od strane inostranog državljanina (iako ima presuda Evropskog Suda za ljudska prava u Strazburu kojima se utvrđuje da su stranim državljanima povređena prava i slobode od strane države Makedonije).

– Ustavne žalbe koje su podnele pravna lica (samo domaća pravna lica, jer strana nisu podnosila ovakve zahteve) su odbačene rešenjem Ustavnog suda kao neutemeljene uz sledeće obrazloženje: “Što se tiče zahteva pravnih lica da budu priznati kao legitimni učesnici u postupku zaštite sloboda i prava čoveka i građanina saglasno čl. 110. alineja 3 Ustava i čl. 51. Poslovnika Ustavnog suda *jasno proizlazi da Ustavni sud štiti samo slobode i prava čoveka i građanina*<sup>7</sup>.” Međutim, povrede Ustavom garantovanih prava i sloboda mogu da trpe i pravna lica. To je posebno izraženo kod prava političkog udruživanja i delovanja kako i kod prava i slobode veroispovesti. O tome sudija Igor Spirovski u svom izdvojenom mišljenju kaže: “Pred ovaj sud postavlja se pitanje o priznavanju aktivne legitimacije u postupku zaštite ljudskih sloboda i prava pred Ustavnim sudom, u slučajevima gde se radi o slobodama i pravima koja imaju kolektivni aspekt, kao što su slobode veroispovesti i slobode političkog udruživanja i delovanja, koja štiti Ustavni sud saglasno čl. 110 Ustava Makedonije. U ovim slučajevima zaštita sloboda i prava čoveka i građanina koje se ostvaruju preko formiranja verskih zajednica ili političkih stranaka i njihovo delovanje, ne može se svesti na pojedinca, kao što i njihova povreda ne može postojati u odnosu na jednog pojedinca, a da ne postoji istovremeno i za ostala lica u toj organizaciji. U tom smislu primera radi, zabrana registracije političke stranke ili zabrana njenog delovanja ima posledice ne samo na pojedinačna prava političkog organizovanja i delovanja, *nego prema mo-*

<sup>7</sup> Rešenje U. br. 13/2004-0-0 na ustavníot sud na Republika Makedonija od 03.10.2004. g.

*jem mišljenju, legitimizira i organizaciju a ne samo pojedinca.....*<sup>8</sup>). Iako ovo pitanje nije normativno uređeno, iz jurisprudencije Ustavnog suda nedvosmileno proizlazi da pravna lica ne mogu biti legitimizirana strana u postupku zaštite sloboda i prava zagaranovanih Ustavom pred Ustavnim sudom.

– Međutim, izuzetno je zanimljiv odnos Ustava i Poslovnika o radu Ustavnog suda. U Ustavu, štite se slobode i prava čoveka i građanina, dok se u Poslovniku o radu Ustavnog suda navodi da Ustavni sud štiti slobode i prava građanina. Bivši sudija Ustavnog suda Jordan Arsov navodi da “je u praksi Ustavni sud je odstranio neusaglašenost Ustava i Poslovnika Ustavnog suda u kome je predviđeno da samo “građanin” a ne i “čovek” može da podnese zahtev za zaštitu sloboda i prava koja su Ustavom garantovana i da sud uzima u obzir sve zahteve podnete i od “čoveka” i od “građanina” (strani državljanin ili osoba bez državljanstva )<sup>9</sup>. U dvadesetogodišnjoj praksi Ustavnog suda nije bilo slučaja gde se kao strana u postupku javlja strani državljanin ili apatrid, stoga ne možemo izvući zaključak da li bi Ustavni sud odlučivao prema restriktivnijem poslovničkom ili opširnijem ustavnom rešenju. Možemo samo zaključiti da termin “građanin” nije u “duhu” Evropske Konvencije o ljudskim pravima i restriktivniji je od termina “čovek”, te se možemo nadati da će Ustavni sud, ukoliko dođe do povrede Ustavom garantovanih prava, upustiti se u odlučivanje i da neće odbaciti zahtev zbog nedostataka aktivne legitimacije “čoveka” (stranog državljanina), što je, uostalom, i ustavna kategorija saglasno čl. 110. alineja 3 ustava.

### *Konačni pravni akt kao uslov za podnošenje ustavne žalbe*

Jedna od procesnih pretpostavki za podnošenje ustavne žalbe je da osoba kojoj su povređena slobode i prava, potraži zaštitu od strane redovnog ili nadležnog organa (sudski, vansudski ili upravni ). Ukoliko ti organi ne uklone povrede onda su ispunjeni uslovi za podnošenje ustavne žalbe. Poslovnik o radu Ustavnog suda je da se zaštita može potražiti protiv konačanog ili pravnosnažnog pojedinačnog akta ili radnje. Međutim, Poslovnik ne spominje koji su to konačni ili pravnosnažni pojedinačni akti. Ustavni sud nije izašao sa načelnim pravnim stavovima o tome koji akti (sudske, zakonodavne ili izvršne vlasti) mogu da se računaju kao konačni<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Rešenje U. br. 182/2009 -0-0 od 09.09.2009. g. – izdvojeno mišljenje sudije Igora Spirovskog.

<sup>9</sup> Mr. Arsov J. (2011). *Ulogata na Ustavniot sud na Republika Makedonija vo zaštita na slobodata i pravata na čovekot i gražaninot povredeni so poedinečen akt ili dejstvo*. Praven dijalog broj 3, Institut za čovekovi prava, str. 10.

<sup>10</sup> Ustavni sud Srbije doneo je pravne stavove u kojima se predviđa koji vanredni pravni lekovi se moraju iscrpeti da bi se ustavna žalba smatrala osnovanom.

Nedostatak normativnog rešenja može se donekle otkloniti jurisprudencijom Ustavnog suda. Ustavni sud je u više navrata u svojim rešenjima ustavne žalbe odbacio zbog propuštanja roka i neblagovremenosti, i istako da je akt postao *pravnosnažan i konačan u momentu dobijanja odluke Apelacionog suda*, odnosno po odlučivanju o žalbi<sup>11</sup>. Neke podnosiocice ustavne žalbe koji su potražili i neki vanredni pravni lek da ospore konačnu odluku, Ustavni sud je odbacio, jer su propustili rok, a sama odluka je postala pravnosnažna i konačna. Nije jasno zašto se Ustavni sud odlučio za ovakvo rešenje, i nije predvideo iscrpljivanje nekog vanrednog pravnog leka (naravno ukoliko je dopušten u konkretnom slučaju), što bi ostavilo da Vrhovni sud oceni da li je presuda redovnih sudova osnovana i na zakonu zasnovana, pa da nakon toga pristupi njenom ispitivanju. Ovim bi Ustavni sud samo "nadopunio princip supsidijarnosti" i uveo bi jedan dopunski uslov koji bi trebalo da podnosilac ustavne žalbe ispuni, ali bi sprečio da se upušta u odlučivanje po ustavnoj žalbi, a da taj pravni akt kasnije bude poništen ili vraćen na ponovni postupak pred redovnim sudovima. Takođe, Ustavni sud ima obimnu praksu u pogledu toga šta se podrazumeva pod konačnim i pravnosnažnim pojedinačnim aktom<sup>12</sup>.

Što se tiče vidova pravnih akata koji mogu da budu predmet ustavne žalbe, Ustavni sud u rešenju U.br.253/2009-0-0 navodi da je nadležan da postupa po ustavnim žalbama građana koji tvrde da im je konačnim aktom povređeno određeno pravo ili sloboda pri čemu je *irelevantno od kog organa ili suda potiče taj akt*.

### *Korpus ustavom zaštićenih prava*

Kad govorimo o ustavnoj žalbi u Republici Makedoniji i njenim procesnim pretpostavkama, neophodno je da pomenemo korpus zaštićenih prava koji

<sup>11</sup> Up.br.55/2007-0-0 podnosilac ustavne žalbe je propustio predviđeni rok za pokretanje postupka pred Ustavnim sudom, jer je podneo zahtev za reviziju Vrhovnom sudu, pa je nakon odluke Vrhovnog suda podneo ustavnu žalbu.

<sup>12</sup> Rešenjem U.br.168/1997-0-0 Ustavni sud odbija ustavnu žalbu, jer smatra da javnotužilački akt predstavlja jednostrani proceduralni akt koji se ne odnosi na ograničavanja pojedinačnih prava i sloboda. U rešenje U.br.164/2002-0-0 navodi se da pismene opservacije Vlade Republike Makedonije koje su dostavljene do Evropskog suda za ljudska prava ne mogu da se tumače kao pojedinačni pravni akt. Takođe u rešenje U.br. 170/2009-0-0 kao konačan pravni akt ne može se smatrati rešenje Ministra ukoliko nije završen žalbeni postupak. U rešenju U.br.111/1999-0-0 Sud smatra da ugovor (zaključen između Dafinka Tasevska kao student Pravnog Fakulteta i Pravnog Fakulteta Justinijan Prvi) nema karakter konačnog odnosno pravnosnažnog pojedinačnog akta, odnosno preduzeta radnja što saglasno čl. 113. Ustava i čl. 51 Poslovnika Suda, nije nadležan da odlučuje Ustavni sud, već se radi o obostranom ugovoru, aktu koji nije ni pojedinačan, konačan i pravnosnažan, niti se može smatrati za preduzetu radnju u smislu označene odredbe Poslovnika, odakle, proizlazi da sam zahtev izlazi iz okvira Ustavnih ovlašćenja.

Ustavni sud štiti. Na prvi pogled proizlazi jedan ozbiljan nedostatak ovog procesnog pravnog instituta. Saglasno čl. 110. alineja 3 Ustava, Ustavni sud štiti prava i slobode čoveka i građanina koje se odnose na slobode ubeđenja, savesti, misli i javnog izražavanja mišljenja, pravo na političko udruživanje i delovanje, kao i na zabranu diskriminacije među građanima na osnovu pola, rase, religije, nacionalne, društvene ili političke pripadnosti. Ustav u glavi tri koja nosi naziv "Ekonomska, Socijalna i Kulturna prava" navodi ukupno 24 prava koja štiti. Treba napomenuti da se čl. 110 alineja 3 štite samo 3 grupe prava<sup>13</sup> od ukupno 24 utvrđena prava, pa se nameće pitanje zašto se ustavotvorac opredelio baš za ova tri prava i slobode. Svakako da je korpus prava trenutno predviđen preuzak i suviše restriktivan i to je jedan od glavnih razloga što do sada nema velikog broja podnetih ustavnih žalbi i mali je procenat njihove uspešnosti. Ukoliko uzmemo u obzir podatak da je Republika Makedonija u 1997. god. ratifikovala Evropsku konvenciju o zaštiti ljudska sloboda i prava, samo na osnovu konvencije pred sud u Strazburu do sad su protiv Makedonije podnete preko 100 žalbi a oko 20 njih su uvažene i konstatovano je da je Republika Makedonija prekršila prava koja su garantovana u Konvenciji. Logično se nameće zaključak da je (korpus Ustavom zaštićenih prava) preusko postavljen. Stoga ustavna žalba gubi smisao kao efikasno sredstvo za zaštitu Ustavom garantovanih sloboda i prava i zadnji bedem u nacionalnom pravnom poretku. Ono što sad konstatuje Evropski sud za ljudska prava mogao bi da čini i Ustavni sud, ukoliko se poveća korpus ustavom garantovanih prava koja uživaju ustavnosudsku zaštitu.

### *Rok*

Prema Poslovniku o radu Ustavnog suda, rok za podnošenje ustavne žalbe iznosi dva meseca od dana dostavljanja konačnog ili pravnosnažnog pojedinačnog akta, odnosno od dana preduzimanja radnje kojom je povreda učinjena, ali ne duže od 5 godina od dana njenog preduzimanja. Na osnovu komparativnog pregleda zakonskih rešenja koja se tiču roka, zaključujemo da rok može trajati od 30 do 60 dana. Formulacija koju srećemo u čl. 51 Poslovnika (2 meseca) zastarela je i više se ne koristi u zakonima o ustavnim sudovima<sup>14</sup>. Ona bi trebalo biti zamjenjena formulacijom 60 dana, jer se tako vrši preciznije računanje roka. Šta se

---

<sup>13</sup> Rešenje Ustavnog suda U.br.239/2009-0-0 u kome se kaže da je nadležan da odlučuje isključivo o tri grupe prava i sloboda čoveka i građanina. Rešenjem U.br.82/2007-0-0 Ustavni sud još jednom potvrđuje da "nije nadležan da štiti sve utvrđene Ustavom osnovne slobode i prava, već samo one koji su decidno navedeni u čl. 110. alineja 3 Ustava".

<sup>14</sup> Prijera radi, pri noveliranju Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske, u delu koji se odnosio na rok za ustavnu tužbu bio je promenjen jedan mesec u 30 dana. Ovo rešenje je celishodnije i doprinosi da se lakše izračuna rok.

tiče početka računanja roka kod konačnog i pravmosnažnog pojedinačnog akta, rok počinje da teče od dana prijema akta, dok objektivni rok iznosi 5 godina i počinje da teče od momenta saznanja za neku radnju<sup>15</sup>. Rok se računa u saglasnosti sa opštim procesnim pravilima.

#### POSTUPAK PO USTAVNOJ ŽALBI

Procesna pitanja su uređena Poslovníkom o radu Ustavnog suda. U ovom aktu je predviđen poseban postupak po ustavnoj žalbi (Glava 4 od čl. 51 do čl. 57 Poslovníka). Na sva pitanja koja nisu uređena ovim odredbama i posebnim postupkom po ustavnoj žalbi primenjuju se procesne odredbe o oceni ustavnosti i zakonitosti (čl. 68. Poslovníka Ustavnog suda).

#### *Prethodni postupak*

Svaki podnosilac ustavne žalbe dostavlja ustavnu žalbu Ustavnom sudu. Nakon prijema ustavne žalbe sud upisuje žalbu u svoje spise i oformljuje novi predmet. Sudija i stručni saradnik kome je dodeljen predmet vode prethodni postupak u skladu sa odredbama Poslovníka. Najkasnije u rok od 10 dana, a kad se radi o ustavnoj žalbi građanin koji se poziva na zaštitu sloboda i prava utvrđenih Ustavom, u roku od 3 dana od dana prijema predmeta, sudija i stručni saradnik su dužni da preduzmu neku radnju u prethodnom postupku. Ustavna žalba – zahtev u roku od tri dana od prijema, dostavlja se na odgovor donosiocu pojedinačnog akta, odnosno organu koji je preuzeo radnju kojom se povređuju prava i slobode. Rok za odgovor iznosi 15 dana. U toku prethodnog postupka sudija ili stručni saradnik mogu da pozovu svakog učesnika radi prikupljanja informacija i obavljanja konsultativnog razgovora. Sudija kome je predmet dodeljen najviše (najkasnije ) za 30 dana od prijema ustavne žalbe podnosi *referat* na plenarnoj sednici. Podnošenja referata završava se prethodni postupak. U prethodnom postupku sudija ne može da odbaci ustavnu žalbu.

---

<sup>15</sup> Rešenje U.br.216/2010-0-0 od 29.12.2010 g.u kome se navodi : podnositelj ustavne žalbe propustio je rok zato što prema spisima predmeta – dostavnici presudu je primio 13.07.2010 g. a podneo je 03.12.2010 g iz čega se vidi da je propustio rok od dva meseca. Rešenje U.br.38/1999-0-0 od 28.04.1999 g. u kojem se navodi da podnosiocu, koji je bio član saveta Opštine “Šuto Orizari” na 11.06.1998, prestaje mandat u savetu, a on se obraća Ustavnom sudu 17.02.1999. pri čemu je od dana preduzimanje radnje (prestanak funkcije savetnika ) do dana podnošenja ustavne žalbe prošle više od 3 meseca. Ustavni sud je odbacio zahtev, jer je prošlo više od 2 meseca od dana preduzimanje te radnje.

### *Plenarna sednica*

Predsednik Ustavnog suda zakazuje plenarnu sednicu i pismeno obaveštava sudije o danu i vremenu održavanja. Pismeno obaveštenje sadrži referate koji su predmet te sednice sa nacrtom odluka i nacrtom rešenja. Pismeno obaveštenje dostavlja se sudijama najmanje 7 dana pre održavanje sednice, a samo u određenim situacijama kada to zahteva hitnost postupka određenog predmeta, sednica se može održati i u kraćem roku. Ustavni sud u toku trajanje postupka može doneti rešenje kojim se obustavlja izvršenje pojedinačnog akta ukoliko bi njegovim izvršavanjem mogle da nastupe posledice koje bi bile teško uklonjive. Ustavni sud na sednici može odbaciti ustavnu žalbu ako: nije nadležan da odlučuje o njoj<sup>16</sup>, ako je o istoj stvari već odlučivao<sup>17</sup>, ako postoje druge procesne smetnje da o njoj odlučuje<sup>18</sup>. Zbog razjašnjavanja činjeničnog i pravnog stanja u svakoj fazi postupka, Ustavni sud može odlučiti da održi pripremnu sednicu. Na tu sednicu pozivaju se svi učesnici postupka, stručni organi i organizacije kao i naučni i stručni radnici, koji će Sud odrediti. Sa pozivom, oni dobijaju i referat u kome se nalaze sporna pravna pitanja i pravna shvatanja koja su bila istaknuta u prethodnom postupku. Njima se obraćaju predsednik Suda i sudija izvestilac, koji iznose sporna pravna pitanja i tada se daje reč prisutnima da iskažu svoje stavove i mišljenja. Sudije mogu da postavljaju pitanja i iznose mišljenja i komentare u vezi predmeta. U postupku po ustavnoj žalbi po pravilu Ustavni sud odlučuje na javnoj sednici.

Na javnu sednicu se pozivaju učesnici u postupku kao i narodni pravobranilac (narodni pravobranitelj). Javna sednica se može održati ukoliko su na njoj prisutni najmanje pet sudija. Ona se takođe može održati i ako neko od učesnika u postupku ili narodni pravobranilac nije prisutan, ukoliko imaju uredno opravdanje. Uvodno izlaganje ima sudija izvestilac, a zatim se mogu obratiti učesnici u postupku. Na javnoj raspravi Ustavni sud odlučuje da li će izvoditi dokaze koji su izvedeni u prethodnom postupku. Ako se ukaže u toku rasprave na neki novi dokaz koji nije prethodno izveden, on se može izvesti na samoj javnoj sednici. Nakon toga, kad Ustavni sud oceni da je iscrpljen predmet rasprave, predsednik Suda zaključuje javnu sednicu i obaveštava učesnike na koji će način da bude saopštena odluka Suda. Ukoliko u toku postupka podnosilac povuče ustavnu žalbu, Sud obustavlja postupak<sup>19</sup>. Nakon održane javne rasprave sudije glasaju, a glasa-

---

<sup>16</sup> Rešenje U.br. 184/2009-0-0 od 09.09.2009. g.; U.br.239/2009-0-0 od 28.10.2009. g.

<sup>17</sup> Rešenje U.br. 144/1996-1-0 od 07.03.1996. g.; U.br.115/2009-0-0 od 24.06.2009. g.

<sup>18</sup> Rešenje U.br. 216/2010-0-0 od 29.12.2010. g.; U.br.180/2009-0-0 od 09.09.2009. g.

<sup>19</sup> Vid: Rešenje Ustavnog suda U.br. 52/2002-0-0 od 26.03.2011 g. S obzirom da je podnosilac preko svog advokata povukao ustavnu žalbu, Sud je ocenio da ne postoje procesne



nje se odvija bez prisustva javnosti. Imajući u vidu da nije predviđen poseban način glasovanja, odluke se donose sa većinom glasova ukupnog broja sudija.

#### VIDOVI I DEJSTVO ODLUKE USTAVNOG SUDA PO USTAVNOJ ŽALBI

Prema svom karakteru odluke Ustavnog suda su opšteobavezujuće, konačne i izvršne. To znači da se protiv odluke Ustavnog suda ne može podneti žalba, da je organ koji je nadležan dužan sprovesti odluku Ustavnog suda i da su one obšteobavezujuće t.j. da se odnose prema svima. Prema Poslovniku o radu Ustavnog suda, Ustavni sud saglasno čl. 69. donosi : odluke, rešenja i zaključke. Donosi odluke kada rešava o meritumu ustavne žalbe, dok rešenja donosi kada se obustavlja postupak po ustavnoj žalbi i kada se ustavna žalba odbacuje zbog nedostataka procesnih pretpostavki ili nenadležnosti organa, dok zaključke za radnje koje se preduzimaju tokom postupka. Ustavni sud u formi rešenja ne pravi razliku između rešenja o obustavljanju postupka i rešenja o odbacivanju ustavne žalbe, već samo navodi da je ustavna žalba odbačena, a obrazloženj rešenja pokazuje iz kog razloga. Kad govorimo o dejstvu odluke po ustavnim žalbama, čl. 82 navodi da kada Sud donosi odluku koja se tiče čl. 110. alineja 3 Ustava, on će opredeliti način odstranivanja posledica primene pojedinačnog akta ili radnje kojima su prava ili slobode bili povređeni.

Treba naglasiti podatak da je od 1992, kada je počela primena ustavne žalbe, pa do septembra 2011. Ustavni sud doneo samo jednu odluku kojom se poništava akt izborne komisije, i u njoj, za razliku od čl. 82. Poslovnika, gde se navodi da Sud sam opredeljuje kako će se otkloniti posledica, nije to učinio. Radilo se o specifičnoj situaciji, jer je bilo onemogućeno pravo kandidovanja za predsednika opštine Zajas. U momentu donošenje odluke, izbori su bili okončani pa tako Ustavni sud nije mogao postupiti dugačije. U sličnoj situaciji, Ustavni sud Srbije je, kad je odlučivao o ustavnoj žalbi Už.134/7, a nije bio moguć povraćaj u pređašnje stanje, to i naveo u odluci.

#### ZAKLJUČAK

Možemo zaključiti da ustavna žalba u Republici Makedoniji nije precizno normativno uređena, ima uski korpus Ustavom zaštićenih prava, princip supsi-

---

pretpostavke za dalje odlučivanje u ovom predmetu. Međutim, ostaje nejasno zašto je Sud u rešenju naveo da se ustavna žalba odbacuje, a ne da se postupak obustavlja.

dijarnosti nije u potpunosti primenjen, da ne govorimo o vrsti i dejstvu odluke. Neophodno je doneti zakon o Ustavnom sudu u kojem bi se detaljnije odredile procesne pretpostavke, uredio bi se postupak po ustavnoj žalbi, pri čemu bi se dala mogućnost da se sudi u panelima, a ne samo na plenarnij sednici, šta bi dovelo do veće efikasnosti. Treba povećati korpus Ustavom zaštićenih prava, ali treba biti oprezan da se ne bi išlo od jedne u drugu krajnost. Dobar je nemački model u kome se štite samo građanska prava i slobode, a ne i ekonomska i socijalna prava. Broj sudija Ustavnog suda od 9 trebalo bi povećati na 12. U svakom slučaju, treba pristupiti analitički i pažljivo procesu “uvođenja” ustavne žalbe u ustavni sistem Makedonije, uz primenu pozitivnih iskustava evropskih zemalja. Naravno, mora se očekivati povećanje broja ustavnih žalbi, pri čemu bi se težište prebacilo s ocene ustavnosti i zakonitosti na postupanje po ustavnoj žalbi.

BLAŽE V. KRČINSKI, LL.M.,  
stručni saradnik u advokatskoj kancelariji “Krčinski” u Skoplju.

## CONSTITUTIONAL APPEAL THROUGH THE JURISPRUDENCE OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF MACEDONIA

### Summary

In this paper autor analyzed the constitutional complaint in the republic of Macedonia, but because normative solutions are not so good and clear, we came with another approach through jurisprudence of the constitutional court. This way we can analyze how the court is acting and how is filling the gap that occurs in the normative sense. Of course the nonexistence of the constitutional court act, is the main problem so the rules of procedure is taking all the “weight”. In this situation constitutional court is acting arbitrary, because it is only limited by the constitution and the rules of procedure which are brought by him. Judges are afraid to interpret the constitutional rights and freedoms more extensively, which result with just one positive decision from more than 180 which are brought before the court in last 20 years. At the end it is necessary to change the constitution, to bring the constitutional court act in which we can provide more detail and bigger role of the constitutional complaint as a legal remedy.



DORĐE RAŠEVIĆ

## USTAVNOSUDSKA ZAŠTITA PRAVA NA SLOBODU

### U V O D

Savremene demokratske države, kao i međudržavni i naddržavni poreci koje one tvore, predstavljaju kompleksnu građevinu individualnih i kolektivnih ljudskih prava u permanentnoj izgradnji. Temelji te građevine su, s interdržavne strane, međunarodni akti, a s intradržavne – ustavi, ponegde nazivani i najvišim, osnovnim ili organskim zakonima. Jedan od nosećih stubova u toj vavilonskoj kuli ljudskih prava je sloboda, odnosno pravo na slobodu<sup>1</sup>. Istorijskoppravna praksa i društvena evolucija su dokazali da jemstva ljudskih prava sadržana u temeljnim aktima predstavljaju samo dispoziciju, koja bez odgovarajuće sankcije nije dovoljna za njihovo ostvarenje. Sankcija je pronađena u institucionalizaciji mehanizama zaštite zajemčenih ljudskih prava, kako proširenjem tradicionalnih nadležnosti sudske vlasti i na oblast ljudskih prava<sup>2</sup>, tako i stvaranjem *sui gene-*

---

Dorđe M. Rašević, savetnik Ustavnog suda Srbije.

<sup>1</sup> U radu će biti korišćen izraz – pravo na slobodu, jer i Ustav Republike Srbije iz 2006. godine tako označava ličnu slobodu, dok uobičajeni termin sloboda, kao genusni pojam, Ustav koristi za označavanje više drugih ustavnih prava (primera radi, sloboda mišljenja i izražavanja, sloboda okupljanja, sloboda udruživanja, sloboda medija itd.) koja nisu tema ovog rada.

<sup>2</sup> Tako je u Zakonu o uređenju sudova (“Službeni glasnik RS”, br. 116/08, 104/09, 101/10, 31/11, 78/11 i 101/11), već prvom odredbom propisano da su sudovi samostalni i nezavisni državni organi koji štite slobode i prava građana, zakonom utvrđena prava i interese pravnih subjekata i obezbeđuju ustavnost i zakonitost (člana 1. stav 1).

ris institucija za zaštitu zajemčenih prava<sup>3</sup>. Međutim, za razliku od sudske zaštite svih subjektivnih prava i pravnih interesa lica, koja je po pravilu primarna, ustavnosudska zaštita predstavlja supsidijernu i *a posteriori* zaštitu samo ugroženih i povređenih ljudskih i manjinskih prava i sloboda, zajemčenih u Ustavu, i to kroz poseban postupak po ustavnim žalbama<sup>4</sup>. Time je u pravnom sistemu Republike Srbije došlo do preklapanja, ali ne i do poklapanja, nadležnosti Ustavnog suda, kao zaštitnika Ustava i državnog nesudskog organa izvan i iznad tripartitne podele vlasti, s nadležnošću sudova, kao treće grane državne vlasti.

Ovaj rad će pokušati da sistematično, koliko je to subjektivno i objektivno moguće, sumira odlučivanje Ustavnog suda po ustavnim žalbama, u kojima je isticana povreda prava na slobodu i pratećih prava, pre svega u krivičnom postupku. Žižna tačka će biti one odluke u kojima se Ustavni sud snagom svog autoriteta i autoritetom svoje argumentacije bavio veoma značajnim pitanjima domašaja ustavnog prava na slobodu, lišenja slobode bez odluke suda, postupka određivanja i produženja pritvora od strane suda i postupka po žalbi protiv „pritvorskih“ rešenja. Utabane pravne staze, koje vode od jemstva prava na slobodu do zaštite tog prava, neizostavno polaze od slobode kao univerzalnog, a ne samo pravnog, pojma.

#### SLOBODA – OD IDEALA DO USTAVNOG PRAVA

Sloboda ličnosti je prešla dug put u istorijskoj metamorfozi od urođenog ili stečenog svojstva ljudskog bića, preko filantropskog ideala do ljudskog prava. Za razliku od filozofskog koncepta apsolutne slobode, pravo na slobodu nije neograničeno. Uskraćivanju slobode jednog pojedinca se pribegava upravo radi zaštite samog prava na slobodu, ali i ostalih ljudskih prava drugih pojedinaca. Granice slobode su, dakle, kako pravo na slobodu drugih ljudi, tako i sloboda uživanja drugih prava koja dolaze u dodir, neretko i u sukob, s slobodom pojedinca. S obzirom na prestolni značaj koji pravo na slobodu ima na pijedestalu ljudskih prava, nije retko da se to pravo, kao i uslovi i posledice njegovog ograničenja utvrđuju u najvišem pravnom aktu moderne države – u Ustavu, ponekad samo načelno, mada neretko i manje ili više i iscrpno.

<sup>3</sup> Poput Ustavnog suda koji je, saglasno odredbi člana 166. stav 1. Ustava, samostalan i nezavisan državni organ koji štiti ustavnost i zakonitost i ljudska i manjinska prava i slobode. U daljem tekstu terminom Ustav će biti označavan samo važeći Ustav, koji je objavljen u “Službenom glasniku RS”, br. 98/06.

<sup>4</sup> Prema odredbi člana 170. Ustava, 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, ako su iscrpljena ili nisu predviđena druga pravna sredstva za njihovu zaštitu.

Ustav ne odstupa od uporednopravnih akata istog ranga, te jemči pravo na slobodu i utvrđuje posebna prava lica lišenog slobode i posebne dužnosti javne vlasti koja to čini. Normirajući pravo na slobodu relativno iscrpno, značajno šire od prethodnog Ustava iz 1991. godine<sup>5</sup>, Ustav ipak u značajnoj meri dozvoljava i zakonu da bliže reguliše ustavna rešenja.

Pravo na ličnu slobodu<sup>6</sup> predstavlja jedno od osnovnih ljudskih prava, te se stoga ustavotvorac nije zadržao samo na tome da utvrdi da je lišenje slobode, kao ograničenje ovog prava, dopušteno iz razloga i u postupku koji je predviđen zakonom i saglasno opštem načelu ograničenja ljudskih i manjinskih prava iz člana 20. Ustava, već se samim Ustavom jemči niz posebnih prava svakom licu koje se nađe u situaciji da mu pravo na ličnu slobodu bude ograničeno.

Posebno treba ukazati na to da ustavotvorac nije slučajno „spojio“ ličnu slobodu i bezbednost pojedinca. Upravo i samo zaštita bezbednosti pojedinaca ili društva opravdava ograničenje ili lišenje slobode nekog lica<sup>7</sup>. U tom smislu, odredbe čl. 27. do 31. Ustava, utvrđujući prava lica kojima je lična sloboda ograničena, istovremeno utvrđuju i konkretne obaveze državnih organa (organa unutrašnjih poslova i sudova) u odnosu na takva lica. Kako Ustav dopušta dva vida ograničenja prava na slobodu – lišenje slobode bez odluke suda, koje može trajati najduže do 48 časova i pritvor – lišenje slobode na osnovu odluke suda, to su Ustavom utvrđena različita prava koja se svakome jemče zavisno od toga po kom osnovu mu je lična sloboda ograničena<sup>8</sup>.

Iz navedene podele ograničenja prava na slobodu proizlazi da nije neophodno da svako lišenje slobode bude zasnovano na odluci suda, odnosno da ne-

---

<sup>5</sup> U Ustavu iz 1990. godine (“Službeni glasnik RS”, broj 1/90) ovo pravo je regulisano vrlo sumarno, deklarativno i blanketno, u dva kratka stava člana 15. tog Ustava gde je bilo utvrđeno: *Sloboda čoveka je neprikosnovena.* (stav 1); *Niko ne može biti lišen slobode, osim u slučajevima i u postupku koji su utvrđeni zakonom.* (stav 2).

<sup>6</sup> U Ustavu je ovo pravo zajemčeno odredbama člana 27, čiji naslov glasi “Pravo na slobodu i bezbednost”: *Svako ima pravo na ličnu slobodu i bezbednost. Lišenje slobode dopušteno je samo iz razloga i u postupku koji su predviđeni zakonom.* (stav 1); *Lice koje je lišeno slobode od strane državnog organa odmah se, na jeziku koji razume, obaveštava o razlozima lišenja slobode, o optužbi koja mu se stavlja na teret kao i o svojim pravima i ima pravo da bez odlaganja o svom lišenju slobode obavesti lice po svom izboru.* (stav 2.); *Svako ko je lišen slobode ima pravo žalbe sudu, koji je dužan da hitno odluči o zakonitosti lišenja slobode i da naredi puštanje na slobodu ako je lišenje slobode bilo nezakonito.* (stav 3); *Kaznu koja obuhvata lišenje slobode može izreći samo sud.* (stav 4).

<sup>7</sup> U teoriji postoje stavovi da se lična sloboda nikad i ne uskraćuje niti može biti uskraćena zbog svoje prirode i značaja, već da se samo ograničava sloboda kretanja, kao jedna njena komponenta. Videti: Ribičić, dr Ciril: *Ljudska prava i ustavna demokratija*, str. 51–52, “Službeni glasnik RS”, 2012. godine.

<sup>8</sup> Odluka UŽ – 1113/2010 od 20. maja 2010. godine, stav 5.

postojanje odluke suda u takvoj situaciji ne čini nužno lišenje slobode neustavnim i nezakonitim<sup>9</sup>. Ustavni sud je, s tim u vezi, naveo da do lišenja slobode može da dođe i bez odluke suda, što proizlazi kako iz odredaba člana 29. Ustava, koji utvrđuje dopunska prava u slučaju takvog lišenja slobode<sup>10</sup>, tako i iz odredbe člana 227. stav 1. ZKP<sup>11</sup>.

### PRITVOR KAO OBLIK OGRANIČENJA PRAVA NA SLOBODU

Sloboda, kao i druge pozitivne humanističke vrednosti, posebno dobija na značaju onda kada biva uskraćena. Ustav u čak dva člana sadrži odredbe o pritvoru, kao najdrastičnijoj meri lišenja slobode pojedinca. Odredbama čl. 30. i 31. Ustava jemče se prava licu koje je pritvoreno na osnovu odluke suda, pri čemu se odredbe člana 30. Ustava<sup>12</sup> odnose na sam postupak određivanja pritvora, a odredbe člana 31. Ustava<sup>13</sup> na trajanje pritvora tokom različitih faza krivičnog postupka, odnosno na mogućnost produžavanja pritvora tokom krivičnog postupka.

<sup>9</sup> U ustavnim žalbama se, čak i u onim koje pišu i podnose advokati, kao punomoćnici, često pogrešno koristi termin "neosnovano" lišenje slobode, iako se očigledno ne ukazuje na neosnovanost, već na nezakonitost. I Ustav u relevantnim odredbama govori o "nezakonitosti". Takođe se neretko mešaju uslovi za lišenje slobode, utvrđeni odredbom člana 27. stav 1. Ustava i uslovi za pritvaranje, utvrđeni odredbom člana 30. stav 1. Ustava.

<sup>10</sup> Član 29. Ustava: *Licu lišenom slobode bez odluke suda, odmah se saopštava da ima pravo da ništa ne izjavljuje i pravo da ne bude saslušano bez prisustva branioca koga samo izabere ili branioca koji će mu besplatno pružiti pravnu pomoć ako ne može da je plati.* (stav 1.); *Lice lišeno slobode bez odluke suda mora bez odlaganja, a najkasnije u roku od 48 časova, biti predato nadležnom sudu, u protivnom se pušta na slobodu.* (stav 2).

<sup>11</sup> Odluka UŽ-2719/2010 od 13. oktobra 2011. godine, stav 5. obrazloženja. U radu će se skraćenicom ZKP označavati isključivo Zakonik o krivičnom postupku iz 2001. godine ("Službeni list SRJ", br. 70/01 i 68/02 i "Službeni glasnik RS", br. 58/04, 85/05, 115/05, 46/06, 49/07, 122/08, 20/09, 72/09 i 76/10).

<sup>12</sup> Član 30. Ustava: *Lice za koje postoji osnovana sumnja da je učinilo krivično delo može biti pritvoreno samo na osnovu odluke suda, ako je pritvaranje neophodno radi vođenja krivičnog postupka.* (stav 1); *Ako nije saslušano prilikom donošenja odluke o pritvoru ili ako odluka o pritvoru nije izvršena neposredno po donošenju, pritvoreno lice mora u roku od 48 časova od lišenja slobode da bude izvedeno pred nadležni sud, koji potom ponovo odlučuje o pritvoru.* (stav 2.); *Pismeno i obrazloženo rešenje suda o pritvoru uručuje se pritvoreniku najkasnije 12 časova od pritvaranja. Odluku o žalbi na pritvor sud donosi i dostavlja pritvoreniku u roku od 48 časova.* (stav 3).

<sup>13</sup> Član 31. Ustava: *Trajanje pritvora sud svodi na najkraće neophodno vreme, imajući u vidu razloge pritvora. Pritvor određen odlukom prvostepenog suda traje u istrazi najduže tri meseca, a viši sud ga može, u skladu sa zakonom, produžiti na još tri meseca. Ako do isteka ovog vremena ne bude podignuta optužnica, okrivljeni se pušta na slobodu.* (stav 1); *Posle podizanja optužnice trajanje prit-*



Iz označenih odredaba proizlazi da Ustav izričito ne propisuje pritvorske osnove, niti je to *materia constitutionis*, već je uređivanje ovog pitanja prepušteno zakonodavcu. Sa ustavnopravnog aspekta bitno je da pri uređivanju krivičnog prava i njegovih instituta, kao i pri uređivanju prava i obaveza učesnika u krivičnom postupku, zakonodavac uvažava zahteve koje pred njega postavlja Ustav. Institut pritvora, po svojoj pravnoj prirodi, predstavlja meru obezbeđenja prisustva okrivljenog lica pred nadležnim sudskim organom radi nesmetanog vođenja krivičnog postupka, u slučaju kada postoji osnovana sumnja da je to lice izvršilo krivično delo. Pritvor je posebno osetljiva mera procesne prisile oduzimanja lične slobode osumnjičenog, odnosno okrivljenog, koju pod propisanim zakonskim uslovima određuje nadležni sud pre ili u toku krivičnog postupka, u periodu pre donošenja pravnosnažne sudske odluke o krivici. Pritvor nije kazna i za pritvorenika se ne sme pretvoriti u kaznu. Po pravilu, pritvor je fakultativna mera koju nadležni sud određuje ocenjujući postojanje zakonom propisanih razloga u situacijama kada ne postoji druga, blaža mera kojom bi se postigla određena, zakonom propisana, svrha. Osnovni cilj određivanja pritvora jeste da se u krivičnom postupku obezbedi prisustvo lica za koje se osnovano sumnja da je izvršilo krivično delo<sup>14</sup>.

Međutim, Zakonikom se propisuju i neke druge svrhe radi kojih se mera pritvora može izreći, a u cilju nesmetanog vođenja krivičnog postupka<sup>15</sup>. Dakle, radi se o procesnoj meri koja se sastoji u privremenom pritvaranju lica radi postizanja svrhe koja je utvrđena zakonom, ali ta svrha ne mora nužno biti procesnog karaktera, već obuhvata sve one okolnosti koje predviđa ZKP, a koje su, u krajnjoj liniji, takođe neophodne radi vođenja krivičnog postupka.

Pritvor se može odrediti i ukinuti samo rešenjem nadležnog suda, što znači da je odluka o određivanju pritvora konstitutivnog karaktera, te da pritvor kao mera za nesmetano vođenje krivičnog postupka traje sve do donošenja odluke suda o ukidanju pritvora. Dakle, prema zakonskim rešenjima i tumačenju Ustavnog suda, pritvor nastupa donošenjem rešenja o određivanju pritvora i prestaje donošenjem rešenja o ukidanju pritvora, dok se rešenjem o produženju pritvora kontroliše da li i dalje postoje razlozi za zadržavanje okrivljenog u pritvoru<sup>16</sup>.

---

*vora sud svodi na najkraće neophodno vreme, u skladu sa zakonom. (stav 2); Pritvorenik se pušta da se brani sa slobode čim prestanu razlozi zbog kojih je pritvor bio određen. (stav 3.).*

<sup>14</sup> Odluka UŽ-1429/2008 od 16. jula 2009. godine, st. 6. i 9.

<sup>15</sup> Takva svrha, primera radi, može biti određivanje pritvora zasnovanog na koluzionoj opasnosti iz člana 142. stav 1. tačka 2) ZKP. Međutim, ovaj osnov je osporavan i u praksi i u teoriji. Viđeti: Beljanski, dr Slobodan: Osnovi za pritvor u redovnom krivičnom postupku, u: Primena međunarodnih krivičnih standarda, str. 373.

<sup>16</sup> Odluka 314/2007 od 23. aprila 2007. godine, stav 6.

Ustavni sud je zauzeo i veoma važan stav da donošenje rešenja o ukidanju prvostepenog rešenja o određivanju pritvora, ne znači da je određeni pritvor ukinut, već samo znači da će prvostepeni sud, u okviru svoje nadležnosti, ponovno odlučiti o uslovima za određivanje pritvora<sup>17</sup>.

Odredba člana 30. stav 1. Ustava uslovima potrebnim da bi neko lice bilo lišeno slobode, dodaje još dva opšta uslova, da bi ono moglo biti i pritvoreno – postojanje osnovane sumnje da je to lice izvršilo krivično delo i neophodnost njegovog pritvaranja. Opšti uslovi za pritvaranje određeni su jasno i nedvosmisleno i moraju postojati u svakom konkretnom slučaju tokom krivičnog postupka u celini, a ne samo na početku ili u pojedinim fazama postupka<sup>18</sup>.

#### USTAVNOSUDSKA ZAŠTITA PRAVA NA SLOBODU

Iz prethodno navedenog je vidljivo da je Ustavni sud eksplicitno istakao značaj ustavnog prava na slobodu za svakog pojedinca, a naročito za lica lišena slobode. Međutim, domašaj tog ustavnog prava je određivan implicitno, i to kroz ustavnosudsku ocenu ograničenja prava na slobodu u vidu bilo policijskog zadržavanja bilo sudskog pritvora. Ustavni sud je, kroz svoje odluke, zauzeo brojne stavove o pojedinim spornim pitanjima koja su iskrsavala u „pritvorskim“ predmetima. Zbog obima ovog rada i brojnosti pitanja s kojima se Ustavni sud suočavao, u daljem tekstu sledi induktivni osvrt na nekoliko izabranih stavova, koji se odnose samo na postupak, ali ne i na razloge pritvaranja, uz nužne izuzetke.

#### *Postojanje osnovane sumnje*

U pojedinim ustavnosudskim pritvorskim predmetima, čak i kada je bilo nesporno da je podnosilac lišen slobode iz razloga predviđenih zakonom i na osnovu odluke suda, uz navođenje zašto je pritvaranje neophodno radi vođenja krivičnog postupka, Ustavni sud je ispitivao ispunjenost opšteg uslova – da li je u trenutku donošenja rešenja o određivanju pritvora postojala osnovana sumnja da je podnosilac izvršio krivična dela koja su mu zahtevom za sprovođenje istrage stavljena na teret, odnosno da li je takvo lišenje slobode sprovedeno u postupku

---

<sup>17</sup> Ustavni sud je u predmetu UŽ-2719/2010, odstupio od ovog stava i odlučio je da je od dana ukidanja prvostepenog rešenja o određivanju pritvora, ukinut i osnov za pritvaranje okrivljene. Ali u tom predmetu, za razliku od predmeta UŽ-314/2007, pritvor kao mera faktički nije ni nastao, odnosno okrivljena nikada fizički nije ni bila pritvorena po naknadno ukinutom rešenju o određivanju pritvora, te je Ustavni sud našao da zauzeti opšti stav nije primenjiv u konkretnom slučaju, koji predstavlja izuzetak.

<sup>18</sup> Odluka 1429/2008 od 16. jula 2009. godine, stav 9.

predviđenim zakonom. Tako je Ustavni sud zaključio da, kada u trenutku donošenja rešenja o određivanju pritvora protiv podnosioca, istražni sudija nije doneo i rešenje o sprovođenju istrage, već to učini četiri dana kasnije, lišenje slobode podnosioca nije sprovedeno u postupku predviđenim zakonom, jer u tom trenutku nije odlučeno o tome da li postoji osnovana sumnja u odnosu na okrivljeno lice o čemu, saglasno odredbama ZKP, u fazi istrage odlučuje istražni sudija. U slučaju da se složi sa zahtevom za sprovođenje istrage ovlašćenog tužioca, istražni sudija donosi rešenje o sprovođenju istrage i upravo od tog trenutka se stiče navedeni opšti uslov za određivanje pritvora. Ovo rešenje može doneti i vanpretresno veće suda, ukoliko ne prihvati izraženo neslaganje istražnog sudije sa podnetim zahtevom za sprovođenje istrage. Kada je drugostepenim rešenjem samo potvrđeno prvostepeno rešenje o određivanju pritvora bez prethodnog donošenja rešenja o sprovođenju istrage, to se izneta ocena Ustavnog suda odnosi i na drugostepeno rešenje<sup>19</sup>.

### *Saslušanje okrivljenog*

Saslušanje okrivljenog lica se pojavljuje kao *conditio sine que non* njegovog inicijalnog pritvaranja. Ustavni sud je, pri tome, jasno razdvojio obavezu saslušanja okrivljenog prilikom određivanja pritvora od nepostojanja te obaveze kada se pritvor samo produžava.

U predmetu u kome je pritvor protiv podnositeljke *određen* u postupku i iz razloga predviđenih zakonom, ali bez njenog saslušanja, Ustavni sud je usvojio ustavnu žalbu i utvrdio da je krivični sud o svim okolnostima od značaja za određivanje pritvora bio dužan da podnositeljku sasluša u roku od 48 časova od lišenja slobode i ponovo odluči o pritvoru, s obzirom da nije mogla biti saslušana prilikom donošenja odluke o pritvoru, niti je odluka o pritvoru izvršena neposredno po donošenju, jer je okrivljena u to vreme bila nedostupna sudu<sup>20</sup>.

Za razliku od postupka određivanja pritvora protiv nekog lica, kada je obaveza njegovog saslušanja apsolutna, Ustavni sud je našao da ta obaveza ne postoji prilikom *produženja* pritvora. Obrazlažući ovaj stav, Ustavni sud je pošao od odredbe člana 142a stav 1. ZKP, kojom je propisano da odluku o određivanju pritvora istražni sudija ili veće donosi po saslušanju okrivljenog, a da se odluka o produženju ili ukidanju pritvora donosi u sednici veća, izuzev u slučaju iz člana 145. tog zakonika. Ova odredba, prema oceni Ustavnog suda, u sebi sadrži pravila koja se odnose na postupak donošenja tri različite odluke: odluke o određivanju pritvora, kojoj kao načelna obaveza mora da prethodi saslušanje okrivljenog, od-

<sup>19</sup> Odluka UŽ-681/2008 od 9. juna 2011. godine, stav 5.

<sup>20</sup> Odluka UŽ-893/2008 od 22. juna 2010. godine, stav 5.

luke o produženju i odluke o ukidanju pritvora. Iako su ove odluke sadržane u prvoj i drugoj rečenici istog stava, očigledno je da se obaveza saslušanja okrivljenog iz prve rečenice tog stava odnosi samo na postupak donošenja odluke o određivanju, ali ne i odluke o produženju ili ukidanju pritvora, kao što je očigledno i da ostali stavovi člana 142a ZKP (osim stava 4) regulišu isključivo saslušanje okrivljenog, kao deo postupka donošenja odluke o određivanju pritvora. S tim u vezi, Ustavni sud je konstatovao da iz odredbe stava 4. člana 142a ZKP, prema kojoj se o saslušanju ili sednici veća na kojoj se odlučuje o pritvoru vodi poseban zapisnik, nedvosmisleno proizlazi da zakonodavac razdvaja saslušanje okrivljenog od sednice veća, odnosno da je propisano različito postupanje prilikom određivanja pritvora i njegovog produženja i ukidanja. Ustavni sud je zaključio da u postupku odlučivanja o produženju pritvora, kako to proizlazi iz odredbe člana 142a stav 1. ZKP, ne postoji obaveza saslušanja okrivljenog, s obzirom na to da je on već obavezno saslušan prilikom određivanja pritvora<sup>21</sup>.

Zanimljivo je da je, po ovom pitanju, jedan Apelacioni sud u vrlo kratkom vremenskom periodu doneo dve različite odluke u postupku po žalbama protiv rešenja o produženju pritvora u istoj činjeničnoj i pravnoj situaciji. U prvoj je poništio ožalbeno prvostepeno rešenje jer okrivljeni nije saslušan pre produženja pritvora, a u drugoj, donetoj svega 23 dana kasnije, je odbio žalbu izjavljenu iz istog razloga. Obe odluke su bile priložene Ustavnom sudu uz jednu ustavnu žalbu kao primer nejednakog postupanja. Ustavni sud je ocenio da prvi stav Apelacionog suda ne predstavlja pravilno tumačenje relevantnih zakonskih odredaba o produženju pritvora, niti je u skladu sa stavom Ustavnog suda, jer takvim stavom sud okrivljenom daje pravo koje mu ni Ustav ni ZKP ne daju. Nasuprot tome, kasniji i drugačiji stav Apelacionog suda, koji je zauzet u osporenom rešenju, donetom svega tri nedelje nakon donošenja prvog rešenja, je u svemu zasnovan na pravilnom tumačenju i odgovarajućoj primeni odredaba ZKP. Činjenica da je Apelacioni sud u tako kratkom periodu izmenio, odnosno korigovao prethodno zauzet pravni stav, upravo ukazuje na to da je taj sud na ustavnopravno prihvatljiv način počeo da primenjuje odnosne odredbe ZKP. Ustavni sud je ocenio da kasniji i u svemu pravilan stav Apelacionog suda, stoga, nije doveo ni do povrede prava na jednaku zaštitu prava zajemčenog podnosiocu, posebno imajući u vidu da je prethodni stav veća istog suda, na koji se u ustavnoj žalbi poziva, ustavnopravno i krivičnoprocesno neprihvatljiv<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> Odluka UŽ-2327/2010 od 12. jula 2011. godine, stav 7.

<sup>22</sup> Odluka UŽ-2327/2010 od 12. jula 2011. godine, stav 9. U Biltenu Apelacionog suda u Novom Sadu, broj 1/10 citira se deo obrazloženja rešenja Apelacionog suda u Novom Sadu Kž. II 1137/10 od 12. maja 2010. godine, iz koga proizlazi da je i taj sud po pitanju saslušanja okrivljenog kod produženja pritvora definitivno zauzeo isto stanovište kao i Ustavni sud.

### Trenutak pritvaranja

Odredbe člana 30. Ustava upućuju na to da se lice lišeno slobode smatra pritvorenikom od momenta donošenja rešenja o određivanju pritvora od strane nadležnog suda, što jasno proizlazi i iz odredbe stava 1. ovog člana koji pojam pritvaranja vezuje za donošenje odluke suda, a ne za "privođenje" nadležnom sudu. Pritvaranje nastupa kao posledica odluke suda, sve pre toga eventualno može biti lišenje slobode. Jedan od osnovnih ciljeva ustavnih prava koja se jemče u slučaju lišenja slobode uopšte, pa tako i u slučaju određivanja pritvora, je da pritvorenik, imajući u vidu težinu ove mere, u što kraćem roku bude upoznat sa razlozima zbog kojih je pritvoren i zakonskim osnovima po kome mu je pritvor određen, kako bi mogao efikasno ostvariti pravo na žalbu protiv takve odluke i potom u što kraćem roku dobiti pravnosnažnu sudsku odluku o zakonitosti pritvaranja<sup>23</sup>.

Iz odredbe člana 30. stav 3. Ustava proizlazi da se pritvaranjem ne smatra lišenje slobode nekog lica od strane organa unutrašnjih poslova, niti njegovo dovođenje – predavanje nadležnom sudu, već pritvaranje nastupa onog časa kada je nadležni sud prema nekom licu doneo rešenje o određivanju pritvora, od kog trenutka to lice ima svojstvo pritvorenika. Stoga se i Ustavom utvrđeni rok od najkasnije 12 časova od pritvaranja odnosi na uručenje pismenog otpavka rešenja suda o određivanju pritvora, a koji se računa od trenutka njegovog donošenja. Ovo iz razloga što tek uvid u pismeni otpavak rešenja o određivanju pritvora, koji sadrži ne samo zakonski osnov po kome je i vreme za koje je pritvor određen, već i obrazložene razloge suda o osnovanosti određivanja pritvora, omogućava pritvoreniku da delotvorno koristi pravo na žalbu protiv takvog rešenja. Zato je od izuzetnog značaja za pritvoreno lice da to rešenje dobije u što kraćem roku, koji prema navedenoj ustavnoj odredbi ne može biti duži od 12 časova od njegovog donošenja. *Ratio legis* ovog ustavnog rešenja leži u obavezi suda da pravilno i potpuno utvrdi kumulativno postojanje dva opšta uslova dopuštenosti pritvora, odnosno postojanje osnovane sumnje i neophodnosti pritvaranja, što zahteva određeno vreme i to pre svega za saslušanje okrivljenog, kao i za utvrđivanje drugih činjenica koje su od značaja za zakonito određivanje pritvora. To vreme je, po prirodi stvari, različito u zavisnosti od toga da li se okrivljenom stavlja na teret izvršenje jednog ili više krivičnih dela, kao i od toga da li postoji osnovana sumnja da je u izvršenju krivičnog dela učestvovalo više lica, te bi ograničavanje ovog vremena ustavnom normom moglo da bude na štetu lica prema kome se određuje pritvor.

Iz navedenog, proizlazi da Ustavni sud postupak pritvaranja nekog lica razdvaja na tri sukcesivno odvojene faze: prva, lišenje slobode lica (nakon čega mora

---

<sup>23</sup> Odluka UŽ – 1113/2010 od 20. maja 2010. godine, stav 5.

u roku od 48 časova od lišenja slobode da bude izvedeno pred nadležni sud); druga, samo izvođenje pred sud, odnosno po pravilu pred istražnog sudiju i saslušanje i treće, određivanje pritvora rešenjem, koje mora najkasnije 12 časova od njegovog donošenja kao trenutka pritvaranja biti uručeno (dostavljeno) pritvo- reniku. Ustavni sud je, imajući u vidu te faze, ocenio da okolnost da je podnosio- cu rešenje o određivanju pritvora uručeno više od 12 sati od trenutka privođenja istražnom sudiji, suprotno odredbi člana 143. stav 3. ZKP, iako može biti povre- da zakonske procedure, nema značaj i težinu povrede Ustavom zajemčenog pra- va iz člana 30. stav 3. Ustava, jer je dostavljanjem tog rešenja pre isteka roka od 12 časova od njegovog donošenja podnosiocu pružena potpuna i suštinska zaštita od nezakonitog i samovoljnog lišenja slobode, što je i smisao te ustavne garancije<sup>24</sup>.

### *Obaveza suda da odluči o žalbi*

Razmatrajući postojanje obaveze drugostepenog suda da odluči o izjav- ljenim žalbama, Ustavni sud je pošao od odredbe člana 36. stav 2. Ustava, utvr- divši da pravo na pravno sredstvo podrazumeva delotvornu pravnu zaštitu, čiji se suštinski domašaj ne iscrpljuje pukim izjavljivanjem žalbe ili drugog pravnog sredstva, već se manifestuje upravo u tome da sud o izjavljenoj žalbi ili drugom pravnom sredstvu odluči u drugom stepenu i time preispita razloge odluke koja se osporava. To znači i da okrivljeni ne samo da ima pravo da izjavi žalbu protiv prvostepenog rešenja o određivanju pritvora, već ima i pravo da drugostepeni or- gan o tako izjavljenoj žalbi odluči i, time, preispita razloge zbog kojih je istražni sudija ili drugi funkcionalno nadležan prvostepeni organ odredio pritvor. Kada drugostepeni sud o izjavljenoj žalbi protiv rešenja o određivanju pritvora uopšte nije odlučivao, odnosno nije preispitao razloge zbog kojih je istražni sudija odre- dio pritvor protiv okrivljenog time je, po oceni Ustavnog suda, povređeno pravo na pravno sredstvo, zajemčeno odredbom člana 36. stav 2. Ustava. Kako odluku o žalbi sud uopšte nije doneo, nije je, posledično, ni uručio okrivljenom u roku od 48 časova utvrđenom u članu 30. stav 3. Ustava, čime je, dodatno, povređeno i to ustavno pravo<sup>25</sup>.

Ne postoji uvek obaveza suda da odluči o žalbi protiv rešenja o produženju pritvora. Kada pre donošenja odluke o žalbi protiv rešenja Vrhovnog suda Srbi- je o produženju pritvora bude okončana istraga i podignuta optužnica, tada od- lučivanje o toj žalbi postaje bespredmetno. Ovo iz razloga jer je, odlučujući o pri- govoru protiv podignute optužnice krivično veće, po službenoj dužnosti, ispitalo

<sup>24</sup> *Ibid.*

<sup>25</sup> Odluka UŽ-3449/2011 od 22. marta 2012. godine, stav 6.

i da li još postoje razlozi za pritvor protiv okrivljenog, nakon čega je donelo rešenje o produženju pritvora, koje je potvrđeno novim rešenjem Vrhovnog suda Srbije. Stoga je Ustavni sud odlučio da nedonošenjem odluke po žalbi protiv rešenja o produženju pritvora u ovakvim okolnostima ne dolazi ni do povrede ustavnih prava podnosioca, jer je pritvor već kontrolisan od strane nadležnih sudskih organa nakon podizanja optužnice i to po službenoj dužnosti i razmatrani su zakonski razlozi za dalje zadržavanje okrivljenog u pritvoru, pri čemu su i Okružni, kao prvostepeni, i Vrhovni sud, kao drugostepeni, našli da ovi razlozi i dalje postoje<sup>26</sup>.

Međutim, Ustavni sud je u novijoj praksi odstupio od stava izraženog u prethodnoj odluci, ali je bitno naglasiti da se, za razliku od prethodnih odluka, u ovoj radilo o procesnoj situaciji određivanja, a ne produženja pritvora. Ustavni sud je ponovio da se ustavno pravo na žalbu ne iscrpljuje u strogo formalnom smislu u (ne)mogućnosti njenog izjavljivanja, već podrazumeva mogućnost ostvarivanja delotvorne pravne zaštite putem izjavljene žalbe. Pravo na žalbu se, pored ostalog, može delotvorno ostvariti samo ako nadležni drugostepeni sud oceni sve relevantne žalbene navode, što s druge strane ne znači da korišćenje žalbe mora rezultirati pozitivnim ishodom za žalioca. U specifičnim okolnostima slučaja kada su optužni predlog tužioca i žalba odbrane protiv rešenja istražnog sudije o određivanju pritvora bili podneti istog dana, veće suda iz člana 24. stav 6. ZKP je, po službenoj dužnosti, preispitalo odluku o daljem opstanku pritvora, našavši da stoje razlozi propisani članom 436. stav 1. tačka 1) ZKP za zadržavanje okrivljenog u pritvoru, ali istovremeno odbacivši, kao bespredmetnu, žalbu izjavljenu protiv rešenja o određivanju pritvora. Ustavni sud je konstatovao da, iako je procesnopravno reč o dva različita postupka, nadležno veće je moglo istovremeno rešavati i o žalbi protiv rešenja o određivanju pritvora i nakon podnetog optužnog predloga po službenoj dužnosti preispitivati odluku o daljem pritvoru. I pored toga što odluka veća, kojom je po službenoj dužnosti kontrolisan pritvor, posredno konsumira i odlučivanje veća po žalbi, Ustavni sud je našao da se veće prethodno moralo izjasniti o blagovremenosti i dozvoljenosti žalbe podnosioca, saglasno odredbi člana 401. stav 3. ZKP, odnosno meritorno odlučiti o toj žalbi, ceneći relevantne žalbene navode, a tek nakon toga, ukoliko bi našao da je žalba neosnovana i da je treba odbiti, preći na preispitivanje odluke o pritvoru po službenoj dužnosti. S obzirom da u konkretnom predmetu to nije učinjeno Ustavni sud je utvrdio da je time povređeno pravo na pravno sredstvo, posebno imajući u vidu to da je žalba odbačena kao bespredmetna, dakle, po osnovu koji nije ni propisan odredbom člana 401. stav 3. ZKP<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> Odluka UŽ-687/2008 od 25. decembra 2008. godine, stav 8.

<sup>27</sup> Odluka UŽ-4814/2010 od 8. marta 2012. godine, stav 5.



*Rok od 48 časova za odlučivanje o žalbi  
protiv rešenja o određivanju pritvora*

Iako o žalbi protiv rešenja o produženju pritvora rešava drugostepeni sud, Ustavni sud žalbeni postupak i njegovo trajanje po pravilu posmatra kao celinu, dakle u njegovom ukupnom trajanju pred svim nadležnim sudovima, jer se žalba podnosi drugostepenom sudu preko prvostepenog i jer je prvostepeni sud ovlašćen da ceni blagovremenost i dozvoljenost tako podnete žalbe<sup>28</sup>.

Ustavni sud je jasno izrazio stav da neodlučivanje nadležnih sudova o žalbi protiv rešenja o određivanju pritvora predstavlja povredu prava iz čl. 27. i 30. Ustava. Ustavni sud je, tom prilikom, pošao od odredbe člana 27. stav 3. Ustava, koja jemči licu lišenom slobode, pa time i pritvorenom licu, pored ostalog, da će sud hitno odlučiti o zakonitosti njegovog lišenja slobode. Međutim, ustavotvorac se nije zadržao na navedenim garancijama, već je odredbom člana 30. stav 3. Ustava zajemčio pritvorenom licu da će o njegovoj žalbi protiv rešenja o određivanju pritvora nadležni sud odlučiti i svoju odluku mu dostaviti u roku od 48 časova. U predmetu u kome je postupak po žalbi protiv rešenja o određivanju pritvora trajao tri dana<sup>29</sup>, odnosno sedam dana<sup>30</sup>, Ustavni sud je ocenio da izjavljene žalbe nisu bile hitno razmotrene, odnosno da sud nije hitno odlučio, jer nije doneo odluku o žalbi na pritvor u Ustavom utvrđenom roku od 48 časova.

*Hitnost u odlučivanju o žalbi  
protiv rešenja o produženju pritvora*

Na pitanje da li je period ispitivanja zakonitosti produženja pritvora od strane sudova, koji traje duže od 48 časova u saglasnosti sa obavezom hitnosti iz člana 27. stav 3. Ustava, Ustavni sud je odgovorio stavom da jasno postavljen rok od 48 sati za donošenje i dostavljanje odluke o žalbi protiv rešenja o određivanju pritvora upućuje da i svaka sledeća odluka o žalbi protiv rešenja o produženju pritvora mora biti doneta u što kraćem vremenskom periodu, uz poštovanje zahteva naročite hitnosti. Tako je Ustavni sud, u ranijoj praksi, usvojio brojne ustavne žalbe u kojima je žalbeni postupak protiv rešenja o produženju pritvora trajao 23 dana (a samo produženje je bilo za 30 dana)<sup>31</sup>, 28 dana (produženje za dva meseca)<sup>32</sup>, do čak 3 meseca<sup>33</sup>.

---

<sup>28</sup> Odluka UŽ-2327/2010 od 12. jula 2011. godine, stav 6.

<sup>29</sup> Odluka UŽ-1857/2011 od 18. januara 2012. godine, stav 5.

<sup>30</sup> Odluka UŽ-1446/2011 od 24. novembra 2011. godine, stav 5.

<sup>31</sup> Odluka 2129/2009 od 18. marta 2012. godine, stav 6.

<sup>32</sup> Odluka 1254/2009 od 8. oktobra 2009. godine, stav 5.

<sup>33</sup> Odluka UŽ - 39/2007 od 16. jula 2009. godine, stav 5.

Međutim, Ustavni sud je u novijoj praksi potpuno odstupio od ovog stava istakavši da se postojanje povrede prava lica lišenog slobode iz člana 27. stav 3. Ustava, ipak mora utvrđivati prema činjenicama svakog konkretnog slučaja. Odstupanje je obrazloženo argumentacijom da izjavljivanje žalbe protiv odluke kojom se pritvor produžava prilikom preispitivanja po službenoj dužnosti od strane nadležnog suda na svakih 30 dana, odnosno dva meseca, u zavisnosti od faze u kojoj je krivični postupak, zapravo predstavlja dodatno ispitivanje opravdanosti i zakonske zasnovanosti pritvora<sup>34</sup>. Stoga, iako sud koji odlučuje o žalbi, saglasno odredbi člana 27. stav 3. Ustava, odluku o opravdanosti pritvora mora doneti hitno, standard hitnosti je manje zahtevan kada se u drugostepenom postupku preispituje odluka suda o produženju pritvora<sup>35</sup>. Posebno treba ukazati na dalju ustavnoprocenu evoluciju odlučivanja Ustavnog suda u ovom smeru, koji je, primera radi, rešenjem odbacio ustavnu žalbu izjavljenu zato što o žalbi protiv rešenja o produženju pritvora nije odlučeno 11 dana, s obrazloženjem da taj rok predstavlja prihvatljiv period za preispitivanje zakonitosti odluke o pritvoru<sup>36</sup>.

Na kraju treba istaći da je, i kada je u ustavnim žalbama istaknuta samo povreda prava iz člana 30. stav 3. Ustava, ali ne i povreda prava na slobodu iz člana 27. Ustava, Ustavni sud, krećući se kao i uvek u okviru navoda ustavne žalbe, takođe konstatovao da se obaveza donošenja i dostavljanja odluke o žalbi protiv rešenja o pritvoru u roku od 48 časova odnosi samo na odluku o žalbi protiv rešenja o određivanju, ali ne i o produženju pritvora. Ustavni sud je i u ovom slučaju zaključio da se na donošenje odluke o žalbi protiv rešenja o produženju pritvora, u postupku u kome se ispituje postojanje razloga za dalje zadržavanje lica u pritvoru, primenjuju odredbe člana 31. Ustava, kojima nije predviđen poseban rok za donošenje te odluke, već je propisano da sud trajanje pritvora svodi na najkraće neophodno vreme<sup>37</sup>.

## ZAKLJUČAK

Istaknuto mesto prava na slobodu, među zajemčenim ljudskim pravima, odgovara značaju koji lična sloboda ima za svakog pojedinca. Konstitucionalizacija prava na slobodu i bezbednost i njegovih ograničenja u delu drugom Usta-

---

<sup>34</sup> Tako npr. u Odluci UŽ-2327/2010 od 12. jula 2011. godine, stav 6. Iako je postupak odlučivanja u tom predmetu trajao 15 dana, ustavna žalba je odbijena usled postojanja specifičnih činjenica – više izjavljenih žalbi, podnetog zahteva za izuzeće tužioca, neradnih dana zbog državnog praznika i već zakazanog glavnog pretresa.

<sup>35</sup> Istovetno stanovište Ustavni sud je prethodno izrazio u svojim odlukama UŽ-2683/2010 od 3. marta 2011. godine (nije bilo odlučeno o žalbi 15 dana) i UŽ-2554/2010 od 10. marta 2011. godine (nije bilo odlučeno 14 dana).

<sup>36</sup> Rešenje UŽ-867/2012 od 14. maja 2012. godine.

<sup>37</sup> Odluka 746/2008 od 17. juna 2009. godine, stav 5.

va omogućila je da Ustavni sud štiti i ove ustavne odredbe i to neposredno, u postupku po ustavnoj žalbi. Ustavni sud je, odlučujući o brojnim ustavnim žalbama podnetim, *inter alia* i zbog povrede prava na slobodu i prava na ograničeno trajanje pritvora, zauzeo više pravnih stavova koji prevazilaze ustavnosudski i krivičnoprocesni značaj. Neki od tih stavova su i izloženi u ovom radu. Zauzeti stavovi su nužna posledica činjenice što su, s jedne strane, *par excellance* krivičnoprocesni instituti postali ustavne kategorije, a s druge, nemogućnosti da u Ustavu, kao najvišem zakonu i najopštijem pravnom aktu, te kategorije budu detaljno regulisane. Autoritativno tumačenje Ustavnog suda, stoga, dobija na značaju, tim više kada je neko ustavno pravo, u ovom slučaju pravo na slobodu, od posebnog značaja za pojedinca.

Ovaj rad je bio samo eklektički zahvat u najznačajnije odluke Ustavnog suda koje se odnose na pravo na slobodu i pritvor, donete u početnom petogodišnjem periodu ustavnosudske prakse nakon donošenja Ustava. Stoga, treba imati u vidu da dosadašnje odluke Ustavnog suda nikako ne predstavljaju stanje ustavnosudske statike, utvrđene Ustavom iz 2006. godine, već samo prelaznu fazu između prethodne ustavno-krivične dinamike, određene ZKP iz 2001. godine i nastajuće dinamike, koju će doneti novi Zakonik o krivičnom postupku iz 2011. godine<sup>38</sup> i pogled na njega kroz ustavnosudsku prizmu. U tom svetlu treba posmatrati i osvrt na te odluke učinjen u ovom radu.

ĐORĐE M. RAŠEVIĆ

Legal Adviser, The Constitutional Court  
of the Republic of Serbia

## CONSTITUTION-COURT PROTECTION OF RIGHTS TO FREEDOM

### Summary

The right to freedom is one of the fundamental human rights. In modern democratic states the right to freedom is guaranteed by the Constitution or other appropriate supreme law, because of importance that right has to every individual. Protection of the guaranteed rights is delegated to the courts and special institutions, such as the Constitutional Court. The Constitution of the Republic of Serbia from 2006 has incorporated into legal system the constitutional complaint as a special and extraordinary remedy for the protection of human rights. In proceedings on constitutional complaints, the Constitutional Court determined, *inter alia*, violations of the rights to freedom and violations of constitutional restrictions of the detention. In its decisions, the Constitutional Court has passed and expressed numerous very important legal attitudes related to the right to liberty and the detention. The subject matter of this text are accurately most important of those attitudes, contained at Constitutional Court's decisions adopted since 2006, and especially those of them concerning the authoritative sense of the Constitutional right to freedom and deprivation of freedom.

---

<sup>38</sup> Novi Zakonik o krivičnom postupku je objavljen u "Službenom glasniku RS", br. 72/11 i 101/11.

*SORIN POPESCU,  
CĂTĂLIN CIORA*

**ASPECTS PRATIQUES LIES A LA REPUBLICATION  
DES NOUVEAUX CODES ET DES ACTES  
NORMATIFS CONNEXES**

INTRODUCTION

En tant que principaux instruments réglementant et reflétant les relations sociales, les actes normatifs subissent au cours de leur existence certaines interventions législatives, à la suite des changements à caractère politique, social, économique ou culturel produits dans le domaine réglementé.

Ainsi, ultérieurement à l'adoption et à la publication des actes normatifs au «Monitorul Oficial», on constate que ceux-ci sont modifiés, complétés, abrogés, republiés ou rectifiés ou subissent d'autres pareilles modifications législatives.

En tenant compte du fait que les modifications, les compléments, et les abrogations subis par les actes normatifs font que les dispositions soient saisies avec difficulté dans leur intégralité, afin de retrouver facilement l'information juridique, dans de pareils cas on a recouru à l'opération juridique de la republication.

---

Sorin Popescu, secrétaire d'Etat Président de section Conseil législatif  
Cătălin Ciora, conseiller chef de secteur Conseil législatif

*La définition et les particularités de la republication*

La republication des actes normatifs, au sens juridique, est une activité officielle qui ne peut pas se dérouler que sur la base d'une disposition expresse prévue par un acte normatif modificatif et/ou de complément et qui consiste dans l'inclusion de toutes les interventions législatives subies par l'acte normatif dans sa forme de base, originaire; à la suite de cette opération, l'acte reçoit une rédaction actualisée et cohérente, sous la forme d'un acte unique, et l'on donne, le cas échéant, une nouvelle numérotation aux textes<sup>1</sup>.

Pour avoir une valeur légale, officielle, l'acte doit être republié au "Monitorul Oficial", puisque toute autre publication de l'acte normatif, même accompagnée de toutes les interventions subies par celui-ci tout au long de son existence n'a pas de valeur officielle et ne peut pas être invoquée devant une autorité publique<sup>2</sup>.

A la différence de la modification, le complément ou l'abrogation, la republication présente certaines particularités, au sens qu'elle ne porte pas atteinte au fonds de la réglementation, le texte d'un acte normatif en étant actualisé à la suite des modifications, compléments et abrogations subis par celui-ci au long du temps. Ainsi, le texte de l'acte normatif republié devra inclure toujours seulement les interventions législatives expresses subies par celui-ci, pendant que toutes les autres possibles modifications, comme celles implicites et qui supposent une certaine activité liée à l'interprétation des textes, et qui est de la compétence des organismes qui appliquent la loi, en étant de nature à excéder le cadre légal de la republication, ainsi qu'elle est conçue dans notre ordre de droit. En second lieu, par la "renumérotation des textes" on doit comprendre une reordination de tous les éléments structuraux et substructuraux de l'acte normatif comme la section, le chapitre, le titre, ainsi que la lettre, l'alinéa, l'article. Dès la date de la republication au "Monitorul Oficial" de la Roumanie, la première partie, la citation des textes, ainsi que les modifications et les compléments ultérieurs se rapporteront seulement à la forme republiable.

L'organisme émetteur dispose la republication d'un acte normatif en tenant compte du nombre des modifications qui peuvent créer des difficultés dans son application, mais peut décider de le republier, même à la suite d'une seule modi-

<sup>1</sup> Voir: Ilariu MREJERU, *Tehnica legislativă/ La technique législative*, București, Ed. Academiei, 1979; Ioan VIDA, *Manual de legistică formală. Introducere în tehnica și procedura legislativă/ Manuel de légistique formelle, Introduction à la technique et à la procédure législative*, édition a II-a, revizuită și completată, București, Ed. Lumina Lex, 2004; Victor Dan ZLĂTESCU, *Introducere în legistica formală/Introduction à la légistique formelle*, București, Ed. Rompit, 1995.

<sup>2</sup> Ainsi, la soi-disante republication, réalisée par certaines maisons d'éditions, après la modification du Code civil et du Code de procédure civile, avant de leur republication au "Monitorul Oficial" de Roumanie, n'a pas un caractère officiel.

fication, en règle générale au cas où par cela on modifie de manière structurale l'acte de base.

En conformité avec la législation, l'opération de republication est réalisée par le soin de l'autorité publique qui a rendu l'acte modificatif ou de complément. Dans ce sens, les autorités publiques qui ont adopté les actes normatifs soumis à la republication ont l'obligation d'envoyer au Secrétariat général du Gouvernement<sup>3</sup>, le texte de l'acte normatif dans la forme republiable, assorti de la demande sur la republication, en conformité avec les dispositions de la *Loi nr. 24/2000 sur les règles de technique législative*.

En ce qui concerne l'opération de republication des actes normatifs, nous précisons que l'obligation du Conseil législatif de rendre des avis sur cette opération juridique se réfère en exclusivité aux actes normatifs rendus ou adoptés par les organes du pouvoir public et ne concerne pas les actes des autorités de l'administration publique centrale de spécialité, des autorités administratives autonomes ou des actes des organisations du domaine privé, en respectant de cette manière le principe de la symétrie dans la matière des avis sur les actes normatifs rendus par le Conseil législatif, celui-ci ne rendant pas au préalable des avis sur des projets de ce genre.

### *Les conséquences de l'adoption des nouveaux codes*

Jusqu'en 2009, on pouvait procéder aux interventions législatives comme les modifications, les compléments ou les abrogations, seulement pour les actes normatifs entrés en vigueur.

Malgré tout cela, en tenant compte de certaines situations pratiques, au sens que les actes normatifs adoptés, mais qui n'étaient pas entrés en vigueur ne reflétaient plus les nécessités ou les réalités de la société roumaine, y compris par le manque des instruments subséquents nécessaires, on a procédé à la modification expresse des règles de technique législative, afin que les actes normatifs publiés puissent être modifiés, complétés ou, le cas échéant, abrogés, même avant la date de leur entrée en vigueur.

En principal, on avait en vue la situation créée, suite à l'adoption de la Loi nr. 301/2004 - le Code pénal, acte normatif qui devait entrer en vigueur à partir de la date de 29 juin 2005, mais qui en réalité après que la date en vigueur a été prorogée trois fois a été abrogée par la Loi nr. 268/2009 sur le Code pénal, sans être applicable ni même un jour.

---

<sup>3</sup> Voir: l'Ordonnance du secrétariat général du Gouvernement nr. 591/2012 publié au "Monitorul Oficial" de la Roumanie, première partie nr. 437 du 30 juin 2012.

Dans le même temps, le projet d'un autre Code pénal a été finalisé, après un travail qui avait duré un certain temps et devait être soumis par le Gouvernement au Parlement en vue de l'adoption.

Dans le contexte de l'effort général visant de réformer des réglementations très importantes pour le système roumain de droit, on a considéré que s'impose l'abrogation de la Loi nr. 301/2004 - le Code pénal, acte normatif qui n'était pas en vigueur. Comme suite, on a proposé la consécration des solutions législatives qui devaient prévoir que les actes normatifs peuvent être modifiés, complétés ou abrogés même avant leur entrée en vigueur. Par le projet d'ordonnance d'urgence visant la modification et le complément de la Loi nr. 24/2000 sur les règles de technique législative applicables à l'élaboration des actes normatifs, parmi les interventions proposées on avait en vue d'ajouter à l'art. 56, un nouveau alinéa qui devait prévoir que "après leur adoption, seulement dans de cas justifiés, les actes normatifs peuvent être complétés ou le cas échéant, abrogés, même antérieurement à la date de leur entrée en vigueur."

Malgré le fait qu'au préambule du projet, l'initiateur prévoyait seulement pour les nouveaux codes la possibilité d'apporter des modifications législatives avant leur entrée en vigueur, la disposition proposée pour l'art. 56, alin. (1<sup>1</sup>) avait en vue tous les actes normatifs et n'imposait pas une limite seulement pour les nouveaux codes et étendait de cette façon le domaine d'application.

Dans l'avis rendu sur ce projet<sup>4</sup>, le Conseil législatif a signalé cet aspect, ainsi que le fait qu'on ne peut pas intervenir de manière législative sur un acte normatif que seulement après que celui-ci est entré en vigueur, principe consacré par l'art. 56 alin. (1) de la Loi nr. 24/2000<sup>5</sup>.

Par conséquent, le Conseil législatif a apprécié que la solution proposée devrait être reconsidérée.

La reconsidération de la norme a été envisagée au cours de l'an 2010, à l'occasion des débats parlementaires sur la loi portant approbation de la respective ordonnance d'urgence, lorsqu'à la Commission juridique de la Chambre des Députés, sur la proposition des représentants du Conseil législatif on a convenu sur la forme suivante pour la norme en discussion: "Dans de situations solidement argumentées, par exception aux dispositions de l'alinéa (1) les actes normatifs d'une importance et complexité particulière peuvent être modifiés, le cas échéant abrogés par l'autorité émettrice même dans la période comprise entre la date de la publication au "Monitorul Oficial" de la Roumanie et la date prévue pour l'entrée en

---

<sup>4</sup> Pour consulter l'avis, voir: <http://www.cdep.ro/proiecte/2009/400/50/1/cl451.pdf>

<sup>5</sup> La norme de l'alinéa (1) prévoit que *seulement après l'entrée en vigueur d'un acte normatif peuvent intervenir différents événements législatifs comme: la modification, le complément, l'abrogation, la republication, la suppression ou d'autres pareils.*



vigueur, à condition que les interventions proposées entrent en vigueur à la même date avec l'acte normatif soumis à la circonstance législative”.

Par cette formulation, la possibilité d'intervenir de façon législative sur les actes normatifs avant leur entrée en vigueur a été limitée, visant seulement les actes d'une importance et d'une complexité spéciale (en principal les nouveaux codes, le Code civil et le Code pénal, qui entre temps avaient été adoptés<sup>6</sup>) en imposant également la condition que les modifications proposées pour être apportées à un acte normatif qui n'est pas encore en vigueur, entrent en vigueur à la même date avec l'acte normatif soumis à la circonstance législative.

### *La republication des nouveaux codes et des actes connexes*

a) Après environ un an depuis que la responsabilité a été assumée en ce qui concerne la Loi nr. 287/2009 sur le Code civil, le Parlement a adopté également la Loi nr. 134/2012 sur le Code de procédure civile. Dans les deux codes on prévoit que la date de leur entrée en vigueur sera fixée par les lois de mise en oeuvre.

Le projet de loi d'application du Code civil a comme objet de réglementation, en dehors des dispositions visant la mise en application de la Loi nr. 287/2009 sur le Code civil, également des dispositions transitoires qui visent les actes normatifs sur lesquels a incidence le nouveau Code civil.

De cette façon, par la Loi nr. 71/2011 visant la mise en oeuvre de la Loi nr. 287/2009 sur le Code civil, celui-ci a été modifié d'une manière substantielle (environ 15-20% des dispositions initiales du Code, qui avait 2663 articles ont une autre configuration juridique, ce qui dénote que les solutions initiales n'ont pas été élaborées en s'appuyant sur un solide et assidu travail de recherche et de fondement des normes proposées, surtout celles concernant l'institution de la famille) en étant fixé également la date de son entrée en vigueur - 1 octobre 2011.

De façon similaire, dans le cas du Code de procédure civile, par le projet de la loi d'application on a envisagé de mettre d'accord la législation processuelle civile existante avec les dispositions du nouveau Code de procédure civile, ainsi que de solutionner le conflit des lois résulté de l'entrée en vigueur de celui-ci. Par la Loi nr. 76/2012 pour la mise en oeuvre de la Loi nr. 134/2010, en dehors des interventions sur les actes qui ont tangence avec le nouveau Code de procédure civile, ont été apportés de nombreuses modifications à ce code, y compris par la réglementation des procédures spéciales nouvelles (à titre d'exemple: la procédure d'évacuation des immeubles qui sont détenus ou occupés sans droit ou la procédure visant la solution des demandes de valeur réduite).

---

<sup>6</sup> Voir : la Loi nr. 286/2009 sur le Code Pénal et la Loi nr. 287/2009 sur le Code civil

De même, on a prévu que le nouveau Code de procédure civile devrait entrer en vigueur à la date de 1<sup>er</sup> septembre 2012. Récemment<sup>7</sup>, cette date a été modifiée, le Code de procédure civile devrait entrer en vigueur le 1<sup>er</sup> février 2013. Cette prorogation du délai d'entrée en vigueur a été justifiée par le fait que, dans le contexte économique actuel qui a imposé d'importantes restrictions financières et budgétaires ont été enregistrés des retards en ce qui concerne la finalisation des mesures absolument nécessaires afin de préparer le système judiciaire pour l'application du nouveau Code de procédure civile, pendant que le fait de ne pas adopter une autre date d'entrée en vigueur pourrait générer des blocages aux niveaux des instances, ayant de graves conséquences d'ordre procédural dans l'activité de jugement, ce qui pourrait affecter le droit d'accès à la justice et le droit à un procès équitable, dans un délai raisonnable.

L'adoption des lois relatives à la mise en application des deux codes mentionnés antérieurement, à raison de multiples interventions a déterminé la nécessité de republier plusieurs actes normatifs auxquels ont été apportés des modifications par les deux lois, en premier lieu s'agissant des deux codes, le Code civil et le Code de procédure civile, qui avaient subi des interventions importantes.

Les deux modifications législatives, adoptées antérieurement à la date de l'entrée en vigueur des actes de base représentent par leur ampleur et consistance un événement inhabituel dans l'histoire de la législation de notre pays ou d'un autre Etat.

b). En ce qui concerne la republication des deux codes, en pratique, surtout dans le cas du Code civil, il a été nécessaire de procéder aux rectifications. Ainsi, en analysant la forme republiable du Code civil soumise à l'avis, le Conseil législatif a signalé diverses inadvertances entre les normes, surtout en ce qui concerne les dénominations marginales et a sollicité la correction de celles-ci par l'adoption des rectifications.

Seulement après que ces rectifications<sup>8</sup> ont été publiées au "Monitorul Oficial" de la Roumanie on a pu rendre la forme finale de la republication du Code civil.<sup>9</sup>

Dans le cas du Code de procédure civile, en analysant la forme republiable de celui-ci, élaborée suite à l'adoption de la Loi nr. 76/2012, le Conseil législatif a considéré nécessaire de procéder à une rectification seulement dans un seul cas<sup>10</sup>. Immédiatement après la publication de cette rectification au "Monitorul Oficial"

---

<sup>7</sup> Voir: l'Ordonnance d'urgence du Gouvernement nr. 44/2012 publiée au "Monitorul Oficial" de Roumanie, première partie, nr. 606 du 23 août 2012.

<sup>8</sup> Voir : "Monitorul Oficial" de la Roumanie, première partie, nr. 489 du 8 juillet 2011.

<sup>9</sup> Le Code civil a été republié au „Monitorul Oficial” de la Roumanie, la première partie nr. 505 du 5 juillet 2011.

<sup>10</sup> Voir: „Monitorul Oficial” de la Roumanie, première Partie, nr. 542 du 3 août 2012.

de la Roumanie, la première partie, nr. 545 du 3 août 2012, a été republié le Code de procédure civile.

c). Les modifications législatives apportées par les lois d'application des deux nouveaux codes sur les actes normatifs qui ont un point d'incidence avec les nouveaux codes, ont déterminé l'insertion des dispositions visant la republication de ces actes normatifs connexes.

Ainsi, la Loi nr. 71/2011 de mise en oeuvre de la Loi nr. 287/2009 sur le Code civil prévoit à l'article 218 que: «dans un délai de 4 mois depuis la publication de la présente loi au “Monitorul Oficial” de la Roumanie, la première partie, les lois, y compris la Loi nr. 287/2009 sur le Code civil, ainsi que les ordonnances d'urgence du Gouvernement et les ordonnances du Gouvernement modifiées et/ou complétées par la présente loi seront republiées au “Monitorul Oficial” de la Roumanie, la première partie, en donnant une nouvelle numérotation aux textes”.

En conformité avec cette disposition, en analysant la Loi nr. 71/2011 on a identifié, un nombre de 38 actes normatifs qui ont subi des interventions et qui devraient être republiés. De ces 38 actes qui devaient être republiés, jusqu'à présent ont été republiés seulement 5 actes normatifs, parmi lesquels figurait évidemment la Loi nr.287/2009 sur le Code civil. De même, en conformité avec cette disposition ont été republiés les actes suivants: la Loi nr. 33/1994 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique, la Loi relative aux notaires publiques et aux activités notariales nr. 36/1995, l'Ordonnance d'urgence du Gouvernement nr. 97/2005 relative au domicile, la résidence et les actes d'identité des citoyens roumains et l'Ordonnance d'urgence du Gouvernement nr.86/2006 relative à l'organisation de l'activité des *praticiens de l'insolvabilité*.

La Loi nr. 76/2012 de mise en oeuvre de la Loi nr. 134/2010 sur le Code de procédure civile prévoit aussi à l'art. 80 une disposition sur la republication des actes normatifs connexes à cette matière<sup>11</sup>.

Ainsi, on a identifié 29 actes normatifs qui devraient être republiés, mais jusqu'à présent, la disposition de republication a été accomplie seulement pour 3 actes normatifs, parmi lesquels on retrouve aussi la Loi nr. 134/2010 sur le Code de procédure civile.

Quoique, suite aux dispositions de la Loi de mise en application du Code de procédure civile, seulement 3 actes normatifs soient republiés, 11 actes normatifs

---

<sup>11</sup> En conformité avec l'art. 80 “dans un délai de 3 mois depuis la publication de la présente loi au “Monitorul Oficial” de la Roumanie, la première partie, la Loi nr. 134/2010 sur le Code de procédure civile et les actes normatifs prévus aux art. 23, 25, 28, 31-36, 38, 40, 41, 43, 45, 47-49, 51, 52, 54, 56, 58, 59, 61, 63, 65, 69 et 73 seront republiés au “Monitorul Oficial” de la Roumanie, la première partie, en donnant aux textes une nouvelle numérotation”.

ont été soumis à l'avis du Conseil législatif, jusqu'à la date de 31 août 2012, qui ont été solutionnés de la façon suivante :

– 6 formes republiables ont été restituées (La loi nr. 554/2004 sur le contentieux administratif, la Loi nr. 67/2004 sur l'élection des autorités de l'administration publique locale, la Loi nr. 146/1997 sur les taxes judiciaires de timbre, la Loi nr. 215/2001 relative à l'administration publique locale, la Loi nr. 211/2004 relative aux mesures visant d'assurer la protection des victimes des infractions et la Loi nr. 188/1999 sur le Statut des fonctionnaires publics);

– 5 formes republiables ont reçu des avis favorables, avec des observations et des propositions (la Loi nr. 193/2000 relative aux clauses abusives des contrats signés entre professionnels et consommateurs, la Loi nr. 33/2007 sur l'organisation et le déroulement des élections au Parlement européen, la Loi sur le dialogue social nr. 62/2011, la Loi sur les partis politiques nr. 14/2003, ainsi que la Loi nr. 317/2004 sur le Conseil supérieur de la magistrature); parmi celles-ci jusqu'à présent ont été republiées seulement la Loi nr. 193/2000 et la Loi nr. 14/2003.

La restitution des formes republiables a eu différentes raisons, en fonction de chaque cas.

De cette manière, en ce qui concerne la Loi nr. 554/2004 sur le contentieux administratif, la Loi nr. 67/2004 sur l'élection des autorités de l'administration publique locale et la Loi nr. 146/1997 sur les taxes judiciaires de timbre, on a constaté qu'en ce qui concerne les dispositions considérées inconstitutionnelles, pour les unes on a procédé à la modification des textes, en tenant compte des précisions comprises par les décisions de la Cour constitutionnelle, mais pour les autres on n'a pas intervenu afin de les mettre d'accord avec les normes constitutionnelles, malgré le fait que les actes normatifs de base ont subis ultérieurement des interventions législatives.

En même temps, on a constaté, que la forme republiable de la Loi nr. 146/1997 a été élaborée sans respecter les règles de technique législative concernant la republication des actes normatifs, des textes abrogés ont été maintenus dans la nouvelle forme de l'acte, l'abrogation étant mentionnée dans une note de bas de page. On a signalé en même temps, que cette forme republiable comprend plusieurs renvois express aux articles du Code de la famille, abrogé par la Loi nr. 71/2011 de mise en oeuvre de la Loi nr. 287/2009 sur le Code civil, de façon que les textes devaient être modifiés de manière législative pour faire des renvois au nouveau Code civil, car dans la forme actuelle les renvois sont inutilement prévues dans la forme republiable, en fournissant en plus, des informations incorrectes en ce qui concerne la configuration de la législation en vigueur.

En ce qui concerne la forme republiable de la Loi nr. 211/2004 visant les mesures pour assurer la protection des victimes des infractions on a signalé

qu'elle a été réalisée en ne respectant les dispositions finales de la Loi nr. 123/2006 sur le statut du personnel de probation qui prévoit que la dénomination "services de protection des victimes et de réintégration sociale des infracteurs" comprise par les actes normatifs en vigueur, est remplacée par la dénomination "services de probation".

En ce qui concerne la Loi nr. 188/1999 on a précisé que ultérieurement à la Loi nr. 76/2012, par la Loi nr. 132/2012 portant approbation de l'Ordonnance d'urgence du Gouvernement nr. 16/2012 concernant l'établissement des mesures visant la réorganisation dans le cadre de l'administration publique centrale, on a intervenu de nouveau sur la Loi nr. 188/1999, en introduisant de nouveaux alinéas au corpus de la loi. Mais, ce dernier acte de complément ne comprend plus une disposition de republication de la Loi nr. 188/1999. De même, les nombreuses et les fréquentes interventions législatives auxquelles a été soumise la Loi nr. 188/1999 sur le Statut des fonctionnaires publics, après la republication de 2007, ont généré des interprétations diverses dans le processus d'application des dispositions légales dans cette matière<sup>12</sup>, dispositions qui devraient être clarifiées par une modification législative expresse.

Egalement, dans le cas de la Loi nr. 215/2001 relative à l'administration publique locale a été signalée une situation semblable, car le dernier complément à la Loi nr. 76/2011 par la Loi nr.133/2012 ne comprend pas de disposition relative à la republication. En plus, la forme republiable ne respecte pas les règles de technique législative en vigueur, puisqu'elle ne comprend les interventions législatives apportées par le dernier acte modificatif.

De cette manière, l'adoption des nouveaux codes, le Code civil et le Code de procédure civile, l'institution des dispositions qui doivent répondre aux desiderata actuels, comme l'accès des justiciables aux moyens et aux formes procédurales plus simples et accessibles mais, également, l'accélération des procédures ont généré aussi de nombreuses interventions législatives sur les actes normatifs connexes, actes qui devraient être republiés, afin que l'information juridique soit poursuivie plus facilement. Mais, en pratique, cette opération peut causer la plupart du temps de nombreux problèmes dont la solution imposerait certaines modifications législatives préalables.

---

<sup>12</sup> Voir: Izabela NAVROȚCHI, *Unele considerații asupra art. 95, alin. (2) din Legea nr.188/1999 privind Statutul funcționarilor publici, republicată, cu modificările și completările ulterioare /Certaines considérations sur l'art. 95, alin.(2) de la Loi nr. 188/1999 sur le Statut des fonctionnaires publics, republiée, avec les modifications et les compléments ultérieurs*, Buletin de informare legislativă nr. 2/2012/Bulletin d'information législative publié par le Conseil législatif.

SORIN POPESCU

Državni sekretar

Predsednik odeljenja, Zakonodavni savet

Bukurešt, Rumunija

CĂTĂLIN CIORA

Savetnik, Šef sektora, Zakonodavni savet

Bukurešt, Rumunija

## PRAKTICNI ASPEKTI PONOVNOG OBJAVLJIVANJA NOVIH ZAKONIKA I NORMATIVNIH AKATA KOJI SU S NJIMA POVEZANI

### Rezime

Normativni akti predstavljaju glavne instrumente regulisanja društvenih odnosa i odraz tih odnosa, pa su stoga u toku svog postojanja izloženi zakonodavnim izmenama, dopunama, ukidanju, ponovnom objavljivanju ili ispravkama, u zavisnosti od društvenih, političkih, ekonomskih ili kulturnih promena. Zbog tih promena, javlja se potreba za ponovnim objavljivanjem tih akata, da bi se njihove, tako objedinjene odredbe u celosti mogle lakše shvatiti.

U pravnom smislu, ponovno objavljivanje normativnih akata je zvanična, državna delatnost i ona se obavlja samo na osnovu izričito predviđene odredbe u nekom normativnom aktu kojim se uvodi izmena i koja se sastoji od uključivanja svih zakonodavnih intervencija koje je normativni akt pretrpeo od svog postanka do momenta izmene. Tako izmenjen akt se objavljuje u svom aktuelizovanom, jedinstvenom obliku i, ako je to potrebno, njegov tekst će biti i iznova numerisan.

U Rumuniji je Skupština usvojila dva Zakona o primeni svojih novih Zakonika – Građanskog zakonika i Zakonika o građanskom postupku. To su Zakon br. 71/2011 i Zakon br. 134/2012, usled čijih usvajanja se pojavila potreba za ponovnim objavljivanjem normativnih akata u koje su ta dva zakona unela mnoge, bitne promene.

Međutim, na osnovu analize Zakona br. 71/2011 (koji se odnosi na primenu Građanskog zakonika), ustanovljeno je da postoji 38 normativnih akata koji bi trebalo biti izmenjeni, dok je samo 5 od njih ponovo objavljeno, dok je analiza Zakona br. 134/2012 (koji se odnosi na primenu Zakonika o građanskom postupku) identifikovano 29 normativnih akata koje treba promeniti, ali je do sada ponovo objavljeno samo 4 normativnih akata.

Dakle, usvajanje dva gore navedena Zakonika, uvođenje odredbi koje treba da odgovaraju sadašnjim željama i potrebama, kao što je pristup osoba podložnih nekom sudu jednostavnijim i pristupačnijim procesnim sredstvima i formama, ali i ubrzanje postupka, takođe prouzrokuju brojne zakonodavne intervencije na povezanim normativnim aktima, koji bi trebalo da budu ponovo objavljeni zato da bi se pravne informacije mogle lakše pratiti. Ali, u praksi ta operacija u većini slučajeva može izazvati brojne probleme, čije bi rešavanje nametnulo izvesne prethodne zakonodavne promene.

## SADRŽAJ – TABLE OF CONTENTS

### **Pravda i pravo**

*Justice and Law*

*La Justice et le Droit*

### **PRAVO I MORAL – IV tom**

*LAW AND MORALITY – Vol. IV*

*Peta katedra*

*Fifth Department*

### **PRAVO NA PRAVDU**

*RIGHT TO JUSTICE*

*Notarsko pravo*

*Arsen Janevski*

Notar kao poverenik suda u postupku za raspravljanje zaostavštine  
The notary as the court's trustee in the legacy proceedings . . . . . 5

*Nebojša Šarkić*

*Milan Počula*

Izvršno i javno bweležničko (notarsko) pravo  
Executive and public notary law . . . . . 23

*Dejan Đurđević*

Položaj lica sa posebnim potrebama u notarskom postupku  
Persons with disabilities in notarial proceedings . . . . . 45

*Vladimir Vuletić*

Latinski notarijat: temelji i izgradnja  
Latin notary: foundations and building . . . . . 61



<i>Milena Trgovčević-Prokić</i>	
Zakon o javnom beležništvu Srbije i potreba za usklađivanjem sa drugim zakonima Notary public law of Serbia and the need of adjustment with other laws .....	79
<i>Dragana Knežić-Popović</i>	
Načini vršenja javnobeležničke delatnosti The manners of performing the notary public activities .....	93
<i>Velibor Korač</i>	
Notarski zapis ugovora o hipoteci Notarial records of the hypothec contract .....	109
<i>Medijacija</i>	
<i>Osman Kadriu</i>	
Medijacija i mirno rešavanje radnih sporova Mediation and peaceful settlement of labor disputes .....	129
<i>Monika Milošević</i>	
Perspektive razvoja postupka medijacije u Srbiji Perspective of development of mediation in Serbia .....	143
<i>Aneta Spaić</i>	
E-medijacija E-mediation .....	153
<i>Dragana Aleksić</i>	
Medijacija u poreskoj oblasti Mediation in the tax area .....	165
<b>Međunarodni odnosi i pravda</b>	
<i>International Relations and Justice</i>	
a) <i>Međunarodno pravo – elementi inostranosti</i>	
<i>International law – foreign elements</i>	
<i>Rodoljub Etinski</i>	
Uporedna analiza međunarodnih režima zaštite ozonskog omotača i promene klime Comparative analysis of international regimes on ozone layer and climate change .....	175

*Stevan Dorđević*

- Predlog Zakona o zaključivanju i izvršavanju međunarodnih ugovora pred Skupštinom Republike Srbije ..... 197

*Vladislav Jovanović*

- Moral i međunarodno pravo u praksi međunarodnih odnosa  
Morality and international law in the practice of international relations ..... 205

*Boris Krivokapić*

- O nauci međunarodnog prava u antičkom svetu  
The science of international law in the ancient world ..... 215

*Filip Turčinović*

- Suverenitet kao odgovornost  
Sovereignty as responsibility ..... 229

*Vladan Jončić*

- Donošenje Konvencije o antipersonalnim minama  
Bringing the Convention on anti-personnel mines ..... 241

*Dragoljub Todić*

*Duško Dimitrijević*

- Klimatske promene i Ujedinjene nacije  
Climate change and the United Nations ..... 259

*Sanja Đajić*

- Pravo na zdravu životnu sredinu i Evropski sud za ljudska prava  
The right to healthy environment and the European Court of human rights ..... 277

*Toni Deskoski*

*Vangel Dokovski*

- Prećutna prorogacija međunarodne sudske nadležnosti  
Implied prorogation of international jurisdiction ..... 291

*Bojan Milisavljević*

- Depozitar kod višestranih ugovora  
Depositary of multilateral treaties ..... 303

*Ivana Jelić*

- Pravo na državljanstvo  
Right to citizenship ..... 319

<i>Jelena Lopičić-Jančić</i>	
Međunarodnopravno regulisanje zaštite ranjenika i bolesnika u XIX veku Internationa legal regulation of protection of wounded and sick in nineteenth century .....	333
<i>Božidar Jeličić</i>	
Moral i međunarodno pravo Morality and international law .....	347
<i>Bojana Čučković</i>	
Pozivanje države na odgovornost za štetu pričinjenu oblastima izvan nacionalnih jurisdikcija Invoking state responsibility for harm caused to areas beyond national jurisdiction .....	363
<i>Jelena Stojičić-Dabetić</i>	
Domašaj kogentnih normi (jus cogens) u međunarodnom pravu The reach of jus cogens in international law .....	381
<i>b) Pravo Evropske Unije</i>	
<i>European Union Law</i>	
<i>Radovan Vukadinović</i>	
Opcioni instrument kao novi metod harmonizacije prava u EU Option instrument as a new method of harmonization in EU law in case of common European sales law .....	397
<i>Zoran Radivojević</i>	
Odlike pravnog sistema Evropske unije Characteristics of the European Union legal system .....	413
<i>Vladimir Čolović</i>	
Regulisanje predmeta vezanih za obaveze izdržavanja u pravu EU Regulation of the matters relating to the maintenance obligations in EU .....	429
<i>Hamdija Šarkinović</i>	
Agencije u Evropskoj uniji Agencies in the EU .....	445

*Jelena Čeranić*

- Pravni aspektat Ugovora o stabilnosti, koordinaciji i upravljanju  
u ekonomskoj i monetarnoj uniji  
The legal aspects of the treaty on stability, coordination and  
governance in the economic and monetary union . . . . . 461

*Biljana Čavkoska*

- European citizenship – including or excluding concept  
for the third country nationals  
Evropsko državljanstvo – uključujući, isključujući  
nediskriminaciono pravo trećih zemalja . . . . . 477

*Slavoljub Vukićević*

*Sofija Vukićević*

- Odnos države prema javnim preduzećima u pravu EU  
Attitude of state towards public enterprises in the EU law . . . . . 489

*Ivana Marković*

- Evropsko krivično pravo  
Das Europäische strafrecht . . . . . 503

*Mirjana Glintić*

- Poštovanje principa prava EU u postupku sudske kontrole  
arbitražne odluke  
Considering of the principals of European law in the process  
of judicial control of arbitration award . . . . . 521

*Maja Lukić*

- Presuda Rottmann (2010) – povratna veza od statusa građanina EU  
ka državljanstvu države članice  
Cjeu *Rottmann* judgment (2010) - feedback effect from EU  
citizenship to member state nationality . . . . . 535

*Maja Kambovska*

- Princip iscrpljenja autorskog prava EU u svetlu slučaja  
Oracle v. UsedSoft  
The principle of exhaustion in EU intellectual property law  
of Oracle v. UsedSoft . . . . . 549

*Goce Galev*

- Pravo konkurencije u pravnim sistemima SAD i EU . . . . . 561

*Tamas Korhecz*

- EU i zaštita prava nacionalnih manjina  
EU and the protection of minority rights ..... 579

*Hristina Runčeva*

*Milena Apostolovska*

- Freedom of expression protectionn  
Zaštita slobode izražavanja ..... 595

*Šesta katedra*

*Sixth Department*

## **PRAVO NA PRAVNU DRŽAVU**

### **RIGHT TO LEGAL STATE**

*Gordana Vukadinović*

- Savremena škola prirodnog prava  
Contemporary natural school of law ..... 607

*Miloš Marjanović*

- Ka etici odgovornosti u bioetici i pravnoj etici  
Toward the ethics of responsibility in bioethics and legal ethics ... 617

*Đurica Krstić*

- Moral i pravo u naše doba  
Morality and law in our age ..... 627

*Saša Bovan*

- Moralnost prava i pravednost morala  
Morality of law and justice of morale ..... 639

*Radivoj Stepanov*

*Ana Nešić*

- Pravo i moral u Radbruhovoj filozofiji prava  
Law and morality in legal philosophy of Gustav Radbruch ..... 655

*Milica Torbica*

- Odnos prava i morala  
Law and morality relation ..... 667

<i>Igor Kambovski</i>	
Etički aspekti elektronske trgovine Ethical aspects of e-commerce .....	681
<i>Edo Korljan</i>	
Pravo na život u evolutivnoj praksi Evropskog suda za ljudska prava The right to life in evolutive jurisprudence of the European court of human rights .....	689
<i>Sanja Đurđić</i>	
Fulerova moralnost koja čini pravo mogućim Fuller’s morality that makes law possible .....	703
<i>Radomir Prelević</i>	
Pravda u Bogišićevoj kodifikaciji Justice in Bogišić’s codification .....	719
<i>Goran Dajović</i>	
Teorija prava na delu Legal theory at work .....	727
<i>Aleksandar Saša Gajić</i>	
Pravo i moral u delu Kostasa Duzinasa “Ljudska prava i imperija” Law and ethic in the work of Costas Duzinas “Human rights and empire” .....	741
<i>Zoran Jelić</i>	
Norma kao suština pravnog fenomena Norm as a crux of legal phenomenon .....	751
<i>Zoran Mirković</i>	
Uticaj promena u javnom mišljenju i moralnim shvatanjima na ublažavanje kaznenog sistema u Srbiji polovinom XIX veka Impact of changes in public opinion and moral views on mitigation of the penal system in Serbia in mid-nineteenth century .....	765
<i>Refki Tač</i>	
Društvenost prava i pravno društvo .....	777
<i>Günter Püttner</i>	
Ustavno pravo i zaduživanje države Constitutional law and government borrowing .....	789
	1063

*Ustavno pravna pitanja*  
*Constitutional Law Questions*

*Vladan Petrov*

- Ustavni sud i zabrana udruženja: nadležnost koja mu ne pristaje  
The Constitutional court and banning associations: the competence  
that the Constitutional court does not fit ..... 799

*Mile Dmičić*

- O institutima ustavnog i pravnog sistema BiH  
Institutes of constitutional and legal system of B&H ..... 813

*Bogoljub Milosavljević*

- Ustavnopravni koncept teritorijalne autonomije u Srbiji  
Constitutional-legal concept of territorial autonomy in Serbia .... 835

*Radomir Lukić*

- Poslanički imuniteti u BiH  
Issue of parliamentary immunity in B&H ..... 849

*Renata Treneska-Deskoska*

- Democratic transition and consolidation in Macedonia  
Demokratska tranzicija i konsolidacija Makedonije ..... 867

*Dragan Bataveljić*

- Odluke Ustavnog suda Srbije o žalbama nosilaca pravosudnih  
funkcija i njihove posledice  
Decisions of Constitutional court of Serbia about the appeals  
holders of judicial office and their consequences ..... 883

*Darko Simović*

- Od političke ka ustavnosudskoj funkciji Evropskog suda  
za ljudska prava  
From political to constitutional review function of the  
European court of human rights ..... 897

*Marko Stanković*

- Pola veka ustavnog sudstva u Srbiji  
Half a century of the judicial review in Serbia ..... 911

*Dragutin Avramović*

- Elektronska demokratija – put ka neposrednoj demokratiji  
E-democracy – a road to direct democracy ..... 925



<i>Oliver Nikolić</i>	
Predsednik republike u parlamentarnom režimu The president of the republic in the parliamentary regime .....	939
<i>Goran Marković</i>	
Determinante partijskog sistema BiH Determinants of party system of B&H .....	955
<i>Đorđe Gardašević</i>	
Stanja izuzetka i suvremeni terorizam States of exception and modern terrorism .....	967
<i>Jasmina Benmansur</i>	
Sloboda udruživanja u pravnom sistemu Republike Srbije Freedom of association in the legal system in Republic of Serbia ..	987
<i>Savo Manojlović</i>	
Akt o izboru (imenovanju) sudija Ustavnog suda Appoint-decision of Constitutional court judges .....	1005
<i>Blaže Krčinski</i>	
Ustavna žalba kroz jurisprudencije Ustavnog suda Makedonije Constitutional appeal through the jurisprudence of the Constitutional court of Macedonia .....	1021
<i>Đorđe Rašević</i>	
Ustavnosudska zaštita prava na slobodu Constitution-court protection of rights to freedom .....	1033
<i>Sorin Popescu</i>	
<i>Cătălin Ciora</i>	
Aspects pratiques liés à la republication des nouveaux codes et des actes normatifs connexes Praktični aspekti ponovnog objavljivanja novih zakonika i normativnih akata koji su s njima povezani .....	01047



