

Pravni život

časopis za pravnu teoriju i praksu

TEMATSKI BROJ

PRAVO I DOSTOJANSTVO



26

godina kopaoničke škole
prirodnog prava

UDRUŽENJE PRAVNIKA SRBIJE

BROJ 12 • BEOGRAD • 2013 • TOM IV

26
godina



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

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

PRAVNI ŽIVOT

ČASOPIS ZA PRAVNU TEORIJU I PRAKSU

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

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

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

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

Broj 12/2013 / Godina LXII / Knjiga 566

1-754

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 2013. godinu iznosi: za fizička lica – 6.000 dinara,
za pravna lica – 10.000 dinara, za inostranstvo – 250 Eura,
Pretplata se vrši na žiro račun broj: 310-203539-17
Pretplata ne obuhvata tematske brojeve

Tiraž: 1.000 primeraka

Štampa: FUTURA, Petrovaradin

PETA KATEDRA

PRAVO NA PRAVDU

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

NOVE NADLEŽNOSTI IZVRŠITELJA

KLASIFIKACIJA NADLEŽNOSTI IZVRŠITELJA

Poslove koje obavlja izvršitelj definiše Zakon o izvršenju i obezbeđenju (“Službeni glasnik Republike Srbije”, br. 31/11 i 99/11. – dr. zakon, u daljem tekstu: ZIO) u članu 325 koji nosi naslov: “Ovlašćenja izvršitelja”. U predmetima izvršenja i obezbeđenja potraživanja, u skladu sa odredbama i ograničenjima propisanim ovim zakonom izvršitelj: 1) postupa po predlogu za sprovođenje izvršenja i određuje način izvršenja, ako izvršni poverilac nije odredio način izvršenja; 2) postupa po predlogu za izvršenje na osnovu verodostojne isprave radi ostvarenja novčanog potraživanja po osnovu izvršenih komunalnih i sličnih usluga; 3) dostavlja svoja akta, kao i podneske i sudske odluke po ovlašćenju suda; 4) utvrđuje identitet stranaka i učesnika u postupku izvršenja; 5) prikuplja podatke o imovinskom stanju izvršnog dužnika; 6) donosi zaključke, sastavlja zapisnike, zahteve i službene beleške u skladu sa ovlašćenjima iz ovog zakona; 7) sprovodi popis, procenu imovine, plenidbu i prodaju pokretne imovine i nepokretnosti; 8) o svom trošku i na svoju odgovornost poverava trećim licima prodaju imovine; 9) prima i čuva popisanu ili obezbeđenu imovinu izvršnog dužnika, nalaže prenošenje vlasništva nad imovinom i obavlja deobu imovine i novčanih sredstava ostvarenih njenom prodajom; 10) sprovodi iseljenje i druge izvršne radnje neophodne radi sprovođenja izvršenja, u skladu sa zakonom i drugim propisima; 11) na zahtev izvršnog dužnika, odnosno izvršnog poverioca posreduje u cilju postizanja sporazumnog rešenja; 12) prima i prenosi novčana sredstva, u skladu sa ovim zako-

nom; 13) preduzima i druge radnje predviđene ovim zakonom. Ovlašćenja izvršitelja su definisana odredbama ZIO, što znači da on postupka isključivo na osnovu zakona. Doduše, pometnju može da izazove odredba člana 28. ZIO: "U izvršnom postupku sud, odnosno izvršitelj postupaju isključivo na osnovu podnesaka i drugih pismena, a izvršitelj postupaju i na osnovu sudske odluke i opšteg ovlašćenja izvršnog poverioca, ako ovim zakonom nije drugačije propisano." Iz citirane odredbe proizilazi da izvršitelj uporište za svoje delovanje može naći i u ovlašćenju izvršnog poverioca. Govori se o opštem ovlašćenju izvršnog poverioca, mada sam ZIO samo u pojedinim odredbama govori o postupanju izvršitelja na osnovu ovlašćenja koje mu je dao izvršni poverilac. Tako, npr., kada izvršenje sprovodi izvršitelj, izvršni poverilac može ovlastiti izvršitelja da u njegovo ime podnese zahtev za dobijanje izjave o imovini (član 54, stav 3 ZIO). Slično ovlašćenje možemo pronaći i u odredbama koje uređuju izvršenje na nepokretnosti. Uz predlog za izvršenje i predlog za sprovođenje izvršenja na nepokretnosti potrebno je da izvršni poverilac podnese izvod iz javne knjige, kao dokaz o tome da je nepokretnost upisana kao svojina izvršnog dužnika (član 105, stav 1 ZIO). Ako je pravo na nepokretnosti iz stava 1. ovog člana upisano u javnoj knjizi na drugo lice, a ne na izvršnog dužnika, izvršni poverilac je dužan da podnese ispravu koja je podobna za upis prava svojine izvršnog dužnika (član 105, stav 2 ZIO). Isprave iz st. 1. i 2. ovog člana na zahtev poverioca može da pribavi i izvršitelj (član 105, stav 3 ZIO). Bez obzira na navedene odredbe ne može se govoriti o izvršitelju kao o punomoćniku izvršnog poverioca¹, jer izvršitelj postupa prvenstveno na osnovu zakona.

Ako analiziramo nadležnosti izvršitelja nabrojane u članu 325. ZIO možemo uočiti nekoliko grupa. Hronološki gledano na prvom mestu je tzv. detektivska nadležnost. Izvršitelj ima ovlašćenje da traži za imovinom izvršnog dužnika. To je posledica činjenice da izvršni poverilac ne mora u predlogu za izvršenje da navede predmete i sredstva izvršenja, već može da traži da se izvršenje sprovede na celokupnoj imovini izvršnog dužnika. U predlogu za izvršenje izvršni poverilac navodi i sredstva i predmete izvršenja, odnosno zahtev da se izvršenje sprovede na celokupnoj imovini izvršnog dužnika, kao i druge podatke koji su potrebni za sprovođenje izvršenja (član 35, stav 1 ZIO). Kada izvršni poverilac u predlogu za izvršenje zahteva da se izvršenje sprovede na celokupnoj imovini izvršnog dužnika ili uz predlog podnese zahtev za dobijanje izjave o imovini izvršnog dužni-

¹ U francuskom pravi *huissier de justice* ima daleko veći krug ovlašćenja od nemačkog sudskog izvršitelja i teško se sa njim može porediti. On nije samo organ izvršnog postupka već je istovremeno i ovlašćen od strane poverioca (*mandataire*) i osnov za to je jedan građanskopravni, ugovorni odnos. Istovremeno on ima i javna ovlašćenja koja podrazumevaju naplatu potraživanja u izvršnom postupku i preduzimanje izvršnih radnji, a ta javna ovlašćenja mu poverava ministar (*ministère public*). Važno ovlašćenje koje ima jeste i da prikuplja informacije o računima i imovini izvršnog dužnika (*recherche des informations*), a nadležan je i za zaplenu stvari (*saisie-vente*) i zaplenu potraživanja (*saisie-attribution*). Videti Hans Friedrich Gaul, "Die erneuete Gesetzesvorlage zur Reform des Gerichtsvollzieherwesens – Rechtspolitische Notwendigkeiten, Irrwege und Verfassungsrechtliche Schranken", ZJP 3/2011, 301.

ka bez navođenja sredstva i predmeta izvršenja, sud određuje izvršenje, odnosno obezbeđenje, bez navođenja sredstva i predmeta izvršenja. Nakon identifikovanja imovine izvršnog dužnika, zaključkom će se odrediti sredstva i predmet izvršenja (član 20, stav 3 ZIO). Izvršitelj sprovodi izvršenje na onim sredstvima i predmetima izvršenja koji su navedeni u rešenju o izvršenju, a kad sredstvo i predmet izvršenja nisu navedeni, izvršitelj sprovodi izvršenje na osnovu sopstvenog zaključka, na sredstvima i predmetima izvršenja kojim se najpovoljnije ostvaruje namirene izvršnog poverioca (član 20, stav 4 ZIO). To znači da izvršitelj pre određivanja predmeta i sredstava izvršenja treba najpre da identifikuje i locira predmete i sredstva izvršenja, pa je tzv. detektivska nadležnost izvršitelja nadležnost koja prethodi svim drugim nadležnostima.

Glavna nadležnost izvršitelja je nesumnjivo vezana za sprovođenje izvršenja, tzv. sprovedbena nadležnost. Izvršitelj postupa po predlogu za sprovođenje izvršenja i određuje način izvršenja, ako izvršni poverilac nije odredio način izvršenja (član 325, tačka 1 ZIO). Ovde je svakako važan izuzetak izvršni postupak za naplatu potraživanja po osnovu izvršenih komunalnih i sličnih usluga. Tu izvršitelj i dozvoljava izvršenje (tzv. kvazisudska nadležnost) i sprovodi izvršenje, tj. ceo postupak (sa izuzetkom pravnih lekova u određenom delu je koncentrisan kod samog izvršitelja). Tako izvršitelj postupa po predlogu za izvršenje na osnovu verodostojne isprave radi ostvarenja novčanog potraživanja po osnovu izvršenih komunalnih i sličnih usluga (član 325, tačka 2 ZIO). No, osim ovog izuzetka o kojem smo već opširnije pisali² u samom izvršnom postupku nadležnost izvršitelja se koncentriše na sprovođenje izvršenja. U sprovedbenu nadležnost bi spadali i poslovi sprovođenja popisa, procene imovine, plenidba pokretne imovine i nepokretnosti (član 325, tačka 7), zatim organizacija prodaje imovine (član 325, tačka 8), primanje i čuvanje popisane ili obezbeđene imovine i novčanih sredstava, prenošenje vlasništva nad imovinom (član 325, tačka 9 ZIO), iseljenje i druge izvršne radnje neophodne radi sprovođenja izvršenja (član 325, tačka 10), primanje i prenos novčanih sredstava (član 325, tačka 12 ZIO).

Izvršitelj ima značajnu ulogu u dostavljanju pismena. Izvršitelj dostavlja svoja akta, kao i podneske i sudske odluke, po ovlašćenju suda (član 325, tačka 3 ZIO). Izvršitelj ima nadležnost za donošenje zaključaka kojima se uglavnom upravlja sprovođenjem izvršenja (izuzetak je opet naplata komunalnih i sličnih potraživanja). Svoje zaključke izvršitelj i dostavlja i to je njegova izvorna nadležnost. Sudske odluke izvršitelj dostavlja po ovlašćenju suda.

ZIO posebno izdvaja i posredničku (medijatorsku nadležnost izvršitelja). Izvršitelj na zahtev izvršnog dužnika, odnosno izvršnog poverioca posreduje u cilju postizanja sporazumnog rešenja (član 325, tačka 11 ZIO). Na kraju izvršitelj može obavljati i druge radnje predviđene ovim zakonom (član 325, tačka 13 ZIO).

² Vid. N. Bodiroga, *Izvršni postupak za naplatu potraživanja po osnovu izvršenih komunalnih i sličnih usluga*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu 2/2012, str. 207–233.

Sumirajući grupe nadležnosti izvršitelja koje smo opisali, može se zaključiti da su osim sprovedbene nadležnosti sve druge nadležnosti zapravo nove, ako ih poredimo sa nadležnostima koje su pre početka izvršitelja imali sudski izvršitelji. Neke od njih su izvorne, druge su poverene. Pojedine nove nadležnosti su već zaživele u praksi, dok za izvršavanje drugih treba da budu ispunjeni određeni uslovi.

DOSTAVLJANJE

U Zakonu o izvršenju i obezbeđenju dostavljanje je uređeno na dosta specifičan način. Član 29. ZIO nosi naslov "Dostavljanje izvršnom dužniku". Najpre se definiše adresa dostavljanja. Dostavljanje izvršnom dužniku koji je pravno lice ili preduzetnik vrši se na adresu sedišta pravnog lica ili preduzetnika koje je upisano u registru Agencije za privredne registre i drugim javnim registrima (član 29, stav 1 ZIO). Dostavljanje izvršnom dužniku koji je fizičko lice vrši se na adresi prebivališta ili boravišta upisanu kod organa nadležnog za vođenje evidencije o ličnim kartama (član 29, stav 2 ZIO). Sam izvršni poverilac je dužan da sudu dostavi adresu izvršnog dužnika koja odgovara adresi iz evidencije nadležnog organa iz st. 1 i 2. ovog člana (član 29, stav 3 ZIO). Ako dostavljanje nije bilo moguće izvršiti po odredbama st 1. i 2. ovog člana, u roku od pet radnih dana od dana upućivanja pismena, dostavljanje se vrši isticanjem na oglasnu tablu nadležnog suda (član 29, stav 4 ZIO). Ovakva odredba je sasvim logična posledica činjenica da je izvršnom postupku prethodio parnični ili drugi kognicijski postupak iz koga je nastala izvršna isprava, te da dostavljanje u izvršnom postupku nije prvo dostavljanje koje se izvršnom dužniku vrši. Ako nastanku izvršne isprave prethodi vođenje parničnog postupka, što je najčešće slučaj, valja se podsetiti i na relevantne odredbe ZPP-a. Stranka je dužna da saopšti sudu adresu protivne stranke kojoj pismeno treba lično da se dostavi (član 143, stav 1 ZPP). Ako stranka kojoj je sud naložio da dopuni podnesak navođenjem tačne adrese protivne stranke kojoj pismeno treba da se dostavi nije u mogućnosti da sama sazna adresu i o tome podnese sudu dokaze, sud će od nadležnog organa da pribavi potrebne podatke (član 143, stav 2 ZPP). Posebno su uređene obaveze stranaka u slučaju promene adrese. Kada stranka ili njen zastupnik do dostavljanja odluke kojom se postupak pravnosnažno okončava promene adresu, dužni su da o tome odmah obaveste sud (član 144, stav 1 ZPP). Ako oni to ne učine, sud će da odredi da se sva dalja dostavljanja u parnicu za tu stranku vrše isticanjem pismena na oglasnu tablu suda (član 144, stav 2 ZPP). Dostavljanje se smatra izvršenim po proteku roka od osam dana od dana isticanja pismena na oglasnu tablu suda (član 144, stav 3 ZPP). Kada imamo u vidu navedene odredbe ZPP-a, jasno je da se odredbe ZIO o dostavljanju (u slučaju da se radi o izvršenju na osnovu izvršne isprave) nadovezuju na relevantne odredbe ZPP-a. Sa verodostojnom ispravom, stvari stoje nešto drugačije. Nastanku verodostojne isprave nije prethodilo vođenje parničnog ili drugog kognicijskog postupka u kojem bi se na autoritativan i nesumnjiv način

utvrdilo postojanje potraživanja, pa je dostavljanje rešenja o izvršenju na osnovu verodostojne isprave zapravo prvo dostavljanje koje se vrši. Upravo zbog toga potrebno je pokazati poseban oprez. Tu distinkciju sprovodi i ZIO. Izuzetno od stava 4.ovog člana, ako nije moguće izvršiti dostavljanje rešenja o izvršenju donegog na osnovu verodostojne isprave po odredbama st 1. i 2. ovog člana, pokušaće se ponovna dostava nakon 15 dana od dana isteka roka iz stava 4.ovog člana. Ako nova dostava ne bude uspešna, dostavljanje se vrši isticanjem na oglasnu tablu suda (član 29, stav 5 ZIO). Sud je dužan da narednog dana od isteka roka iz st. 4 i 5.ovog člana izvrši isticanje pismena na oglasnu tablu suda (član 29, stav 6 ZIO). Smatra se da je dostava izvršena protekom roka od pet radnih dana od dana isticanja pismena na oglasnu tablu suda (član 29, stav 6 ZIO). Odredbe st. 1. do 7. ovog člana shodno se primenjuju i na dostavljanje izvršnom poveriocu i drugim učesnicima u postupku (član 29, stav 8 ZIO).

Prvo što pada u oči jeste da se govori samo o dostavljanju koje sprovodi sud. Videli smo da izvršitelj uvek dostavlja svoja akta, što znači da ovom članu nedostaje poseban stav ili stavovi kojima bi se uredilo postupanje izvršitelja kada on vrši dostavu pri čemu mislimo na dostavljanje njegovih akata, tj. na dostavljanje kao izvornu nadležnost izvršitelja. S druge strane, izvršitelju se može poveriti i dostavljanje sudskih odluka. Izvršitelju se može poveriti dostavljanje sudskih odluka, a u nekim situacijama čini se da je to i neophodno. Tako rešenje o izvršenju na pokretnim stvarima i zaključak o ispražnjenju i predaji nepokretnosti se dostavlja izvršnom dužniku neposredno pre preduzimanja prve izvršne radnje, ako ovim zakonom nije drugačije određeno (član 38, stav 3 ZIO). Prva izvršna radnja kod izvršenja na pokretnim stvarima je popis. Neposredno pre nego što se pristupi popisu, izvršnom dužniku se predaje rešenje o izvršenju ili zaključak o sprovođenju izvršenja i poziva se da plati iznos za koji je određeno izvršenje, zajedno sa kamatom i troškovima (član 84, stav 1 ZIO). Kako se izvršnom dužniku neposredno pre popisa dostavlja rešenje o izvršenju, onda u situaciji u kojoj izvršenje sprovodi izvršitelj, njemu bi trebalo poveriti i dostavljanje rešenja o izvršenju.³ Izvršitelju bi se moglo poveriti i dostavljanje u parničnom postupku. Pismena se dostavljaju neposredno u sudu, preko pošte, preko lica registrovanih za poslove dostavljanja, lica zaposlenih u sudu, drugih državnih organa, lica sa javnim ovlašćenjima ili drugih lica određenih posebnim propisima, na način propisan ovim zakonom (član 128, stav 1 ZIO).

IZVRŠITELJ KAO POSREDNIK

ZIO daje mogućnost izvršitelju da na zahtev izvršnog dužnika, odnosno izvršnog poverioca posreduje u cilju postizanja sporazumnog rešenja (član 325,

³ Vid. J. Stamenković, I. Pavlović, M. Dimitrijević, *Priručnik za praktičnu primenu Zakona o izvršenju i obezbeđenju*, Beograd 2012, str. 95.

tačka 11 ZIO). Na taj način se ukazuje i na promenjeno shvatanje samog izvršnog postupka. U članu 1. stav 1. ZIO se kaže:” Ovim zakonom uređuje se postupak prinudnog ostvarivanja potraživanja (u daljem tekstu: postupak izvršenja) i obezbeđenja potraživanja (u daljem tekstu: postupak obezbeđenja), na osnovu domaće ili strane izvršne ili verodostojne isprave ako posebnim zakonom nije drugačije uređeno”. U samom članu 1. ZIO akcenat je na prinudi, odnosno izvršni postupak se i dalje shvata kao sistem pravila kojima se uređuje postupak prinudne naplate potraživanja. Ovakva shvatanja se postepeno prevazilaze. Promenio se i cilj izvršnog postupka, a time i uloga samog izvršitelja. Sve manje se njegova uloga svodi na primenu sile, a sve više je on posrednik između stranaka izvršnog postupka (*Vermittler zwischen der Vollstreckungsparteien*), koji nastoji da postigne naplatu potraživanja na osnovu obostrano prihvatljivog rešenja.⁴

Kada se navedeni argumenti uzmu u obzir smisleno je rešenje ZIO koje priznaje izvršitelju posredničku ulogu u izvršnom postupku. Na taj način se pravi ravnoteža između interesa izvršnog poverioca i izvršnog dužnika. Postavlja se pitanje koliko su drugi instituti ZIO u skladu sa posredničkom ulogom izvršitelja. Ovdje se moramo vratiti na jedno od osnovnih načela građanskog sudskog postupka, a time i izvršnog postupka – načelo dispozicije. Da bi izvršitelj mogao da igra posredničku ulogu neophodno je postojanje prostora u kojem bi se ispitala mogućnost postizanja sporazuma koji bi bio prihvatljiv sa aspekta obeju stranaka izvršnog postupka. ZIO te preduslove ne uređuje direktno. O mogućnosti postizanja sporazuma između stranaka izvršnog postupka saznajemo iz člana 76. “Obustava izvršenja”. Izvršni poverilac i izvršni dužnik mogu se sporazumeti da se dug isplati na rate i o tome dostaviti sporazum overen u sudu, u kom slučaju će se izvršni postupak obustaviti po službenoj dužnosti (član 76, stav 4 ZIO). Radi se o nekoj vrsti poravnanja kojim izvršni dužnik priznaje dug, a izvršni poverilac pristaje da isplatu primi na rate. Ne govori se do kog trenutka se sporazum može zaključiti, ali imajući u vidu da će posledica biti obustava izvršenja, jasno je da bi takav sporazum bio dopušten sve dok izvršenje ne bude sprovedeno. Sporazum mora biti overen u sudu, pri čemu se misli na overu potpisa. Ukoliko je ovakav sporazum zaključen sud će obustaviti izvršenje. Jedini sporazum koji poznaje ZIO je sporazum o isplati duga na rate, sporazum se overava u sudu, i dostavlja sudu koji će potom obustaviti izvršenja. Jedina posledica sporazuma može biti obustava izvršenja, pri čemu ako sud obustavi izvršenje, a izvršni dužnik prestane sa isplatom rata, izvršni poverilac bi morao ponovo da podnese predlog za izvršenje, što čini ovaj sporazum neprimenljivim u većini situacija koje se u praksi mogu javiti.

Tako se dolazi do instituta odlaganja izvršenja. U postupku izvršenja i obezbeđenja odlaganje nije dozvoljeno, osim ako zakonom nije propisano drugačije (član 6, stav 2 ZIO). Opšte pravilo je da odlaganja nema, ali zakonom (ovim ili

⁴ Burkhard Hess, *Die Neuorganisation des Gerichtsvollzieherswesens*, Rechtsgutachten, 2006, 37, navedeno prema H. Friedrich Gaul (2011), 283.

posebnim) može biti drugačije propisano. Odredbe drugih zakona koje propisuju prekid ili odlaganje izvršnog postupka neće se primenjivati u izvršnom postupku koji se sprovodi po predlogu za izvršenje radi naplate novčanog potraživanja iz radnog odnosa (član 9, stav 5 ZIO). U slučaju iz stava 5. ovog člana sud će zastati sa izvršnim postupkom, u skladu sa odredbama Zakona o parničnom postupku. Ovakva zakonska odredba je posledica pravnog shvatanja koje je usvojio Vrhovni kasacioni sud još pre stupanja na snagu ZIO. "Građansko odeljenje Vrhovnog kasacionog suda na sednici od 22.02.2011. godine, rukovodeći se standardima, stavovima i principima izraženim u presudama Evropskog suda za ljudska prava, što je i u skladu sa članom 18. Ustava Republike Srbije, usvojilo je pravno shvatanje da se izvršni postupci koji se odnose na naplatu novčanih potraživanja iz radnog odnosa utvrđenih izvršnim ispravama protiv dužnika subjekta privatizacije u restrukturiranju neće prekidati, a prekinuti postupci će se nastaviti i okončati."⁵

Pod uticajem sve većeg broja presuda Evropskog suda za ljudska prava (u daljem tekstu: ESLJP) zakonodavac se opredelio za isključenje odlaganja izvršenja. To je svakako opravdano ako se posmatra iz ugla izvršnog dužnika. Njegova obaveza je najčešće utvrđena pravnosnažnom presudom, nakon čijeg donošenja i dostavljanja izvršnom dužniku teče rok za dobrovoljno ispunjenje obaveze (paricioni rok), pa je samim tim krivica izvršnog dužnika što se izvršni postupak uopšte vodi. Zato je odlaganje na zahtev izvršnog dužnika najčešće vid zloupotrebe procesnih ovlašćenja. Iz ugla izvršnog poverioca stvari izgledaju drugačije. Izvršni poverilac je gospodar postupka. Njemu se priznaje pravo da povuče predlog za izvršenje i tako dovede do obustave izvršenja. Postupak izvršenja će se obustaviti bez pristanka izvršnog dužnika ako izvršni poverilac povuče predlog za izvršenje, u celini ili delimično. Odlukom o obustavi izvršenja ukinuće se sve sprovedene izvršne radnje, ako se time ne dira u stečena prava trećih lica. Izvršni poverilac može ponovo da podnese predlog za izvršenje (član 35, stav 8 ZIO). Ako izvršni poverilac može da povuče predlog za izvršenje, onda ako prihvatimo princip "ko može više može i manje" nema razloga da mu se ne dozvoli da traži odlaganje izvršenja. Odlaganje izvršenja na predlog izvršnog poverioca može se pokazati naročito korisnim kada izvršni poverilac želi da pruži dodatan rok izvršnom dužniku da izvrši svoju obavezu, ili kada želi u pregovorima sa izvršnim dužnikom da ispita da li postoji mogućnost zaključenja sporazuma. Isto tako trebalo bi dozvoliti odlaganje koje bi se zasnivalo na sporazumnom predlogu izvršnog poverioca i izvršnog dužnika. U samom predlogu bi bilo precizirano i vreme trajanja odlaganja. Navedene stranačke dispozicije su potrebne kako bi se izvršni postupak okončao namirenjem izvršnog poverioca, a zbog čega je i inače pokrenut. Zaključivanje navedenog sporazuma bi trebalo omogućiti ne samo pred sudom, nego i pred izvršiteljem, kada izvršitelj sprovodi izvršenje, jer izvršitelj je nosilac poverenih mu javnih ovlašćenja. Isto tako, odluku o obustavi, odnosno o odlaganju izvr-

⁵ Sentenca pravnog shvatanja VKS verifikovana 24.02.2011, obrazložena 23.03.2011, <http://www.vk.sud.rs/pravno-shvatanje-sprovođenje-izvršenja.html>, 11.05.2011.

šenja mogao bi da donese ne samo sud nego i izvršitelj. Time bi se afirmisala posrednička uloga izvršitelja, a izbeglo bi se nepotrebno šetanje predmeta.

ANGAŽOVANJE IZVRŠITELJA ZA SPROVOĐENJE IZVRŠENJA U SKLADU SA POSEBNIM ZAKONIMA

Ovim zakonom uređuje se postupak prinudnog ostvarivanja potraživanja (u daljem tekstu: postupak izvršenja) i obezbeđenja potraživanja (u daljem tekstu: postupak obezbeđenja), na osnovu domaće ili strane izvršne ili verodostojne isprave ako posebnim zakonom nije drugačije određeno (član 1.stav 1.ZIO).Ovim zakonom uređuje se i sprovođenje izvršenja i obezbeđenja, kao i uslovi za obavljanje delatnosti izvršitelja (član 1. stav 2. ZIO).

Odavde jasno proizilazi da je ZIO, opšti izvor pravila izvršnog postupka, ali nije jedini. Postoji mogućnost da se pojedini izvršni postupci urede posebnim zakonima. ZIO uređuje uslove za obavljanje delatnosti izvršitelja, ali izvršitelj može samo da sprovodi one postupke izvršenja i obezbeđenja koji su uređeni odredbama ZIO. Tako nastavlja da postoji sistem u kojem skoro svaki zakon može da sadrži odredbe kojima se uređuje izvršenje, a kojima se odstupa od pravila ZIO, pri čemu uvek odredbe posebnog zakona imaju prednost, po pravilu *lex specialis derogat legi generali*. Često se pravila izvršenja na osnovu iste izvršne ili verodostojne isprave mogu naći u dva zakona.

Dobar primer za to može biti ugovor o hipoteci. Ugovor o hipoteci sačinjen u skladu sa propisima kojima se uređuje hipoteka predstavlja izvršnu ispravu na osnovu koje se može pokrenuti izvršni postupak u skladu sa odredbama ZIO. Izvršna isprava je ugovor o hipoteci, odnosno založna izjava, sačinjena saglasno propisima kojima se uređuje hipoteka (član 13. tačka 4. ZIO). Ugovor o hipoteci, kao i založna izjava koja je sastavljena u skladu sa ovim zakonom, predstavlja izvršnu ispravu, ako sadrži i elemente iz člana 15. stava 3. Zakona o hipoteci (u "Službeni glasnik Republike Srbije", br. 65/05, u daljem tekstu: ZH). Hipoteka koja se zasniva na izvršnom ugovoru ili na izvršnoj založnoj izjavi, upisuje se u registar nepokretnosti kao "izvršna vansudska hipoteka", a radi naplate obezbeđenog potraživanja se sprovodi vansudsko namirenje.⁶

Izvršni ugovor o hipoteci, odnosno izvršna založna izjava mora da sadrži i sledeće odredbe: 1) jasno naznačenu odredbu, odnosno izjavu, kojom vlasnik nepokretnosti neopozivo ovlašćuje poverioca da, ako dug ne bude plaćen o dospelosti, poverilac može da naplati potraživanje iz cene dobijene prodajom u skladu sa vansudskim postupkom namirenja koji je definisan Zakonom o hipoteci. To znači i da se vlasnik nepokretnosti saglašava sa prinudnim ispražnjenjem i predajom nepokretnosti u posed kupcu u roku od 15 dana od dana zaključenja ugovora o prodaji, osim ako je hipoteka upisana na suvlasničkom udelu. Suština je da se ne

⁶ Vidi član 15. stav 2. ZH.

podnosi tužba sudu;⁷ 2) izričitu odredbu, tj. izjavu vlasnika da je upozoren na posledice neizmirenja duga o dospelosti, te da, svestan tih posledica, pristaje na mogućnost izvršenja ugovora o hipoteci prodajom njegove nepokretnosti u skladu sa odredbama Zakona o vansudskom namirenju, *bez prava na vođenje parnice*, kao i da će njegova nepokretnost prinudnim putem biti ispražnjena i predata kupcu u posed u roku od 15 dana od dana zaključenja ugovora o prodaji, ako je vlasnik ne preda dobrovoljno, osim ako se hipoteka upisuje na suvlasničkom udelu;⁸ 3) jasno naznačenu odredbu, odnosno izjavu vlasnika da je saglasan da poverilac ima pravo pristupa nepokretnosti, uključujući da uđe u nepokretnost, bez obzira ko se u njoj nalazi (vlasnik, zakupac i dr.) radi kontrole održavanja, ili iz drugih opravdanih razloga, kao i da je dužan da saraduje sa poveriocem u postupku prodaje, a naročito da omogući pristup hipotekovanoj nepokretnosti;⁹ 4) izričitu izjavu trećeg lica, ako takvo lice postoji, koje ima neposrednu državinu, a nije vlasnik hipotekovane nepokretnosti (zakupac i dr.) da je svesno posledica do kojih ugovor o hipoteci može dovesti, uključujući i iseljenje iz nepokretnosti i gubljenja državine na njoj, kao i da je saglasno sa pravima i obavezama iz tačke 3. ovog člana.¹⁰ Ukoliko ugovor o hipoteci, odnosno založna izjava ne sadrži odredbe iz stava 3. ovog člana, namirenje se sprovodi u skladu sa zakonom kojim se uređuje izvršni postupak.¹¹ Kada su ispunjeni navedeni uslovi iz ZH, ugovor o hipoteci, odnosno založna izjava ima svojstvo izvršne isprave. To poveriocu daje pravo izbora, može da se koristi postupkom vansudskog izvršenja u skladu sa odredbama ZH ili će da pokrene postupak u skladu sa odredbama ZIO. Slično je i sa Zakonom o založnom pravu na pokretnim stvarima upisanim u registar (“Službeni glasnik RS”, 57/03,61/05 i 64/06).

Ono što je karakteristika ovih postupaka jeste odsustvo suda kao organa koji dozvoljava izvršenje i kao organa koji sprovodi izvršenje, odnosno preko čijih pomoćnih organa se sprovodi izvršenje. U pitanju su vansudski izvršni postupci, pri čemu sud dobija na značaju tek u slučaju korišćenja odgovarajućih pravnih sredstava. Štaviše sam postupak namirenja vodi poverilac. Ovo se jasno vidi iz odredaba ZH. Ako dužnik ne isplati dug o dospelosti, hipotekarni poverilac iz verodostojne isprava ili izvršne isprave iz člana 15. ovog zakona, poslaće opomenu u pismenoj formi istovremeno dužniku i vlasniku predmeta hipoteka (ako su različita lica), čime se pokreće postupak vansudskog namirenja po ovom zakonu (član 29, stav 1 ZH). Ukoliko u roku od 30 dana od dana prijema prve opomene dužnik ne isplati dug, poverilac će dužniku i vlasniku nepokretnosti uputiti opomenu o prodaji nepokretnosti (član 30, stav 1 ZH). Poverilac će istovremeno poslati regi-

⁷ Vidi član 15. stav 3. tačka 1. ZH.

⁸ Vidi član 15. stav 3. tačka 2. ZH.

⁹ Vidi član 15. stav 3. tačka 3. ZH.

¹⁰ Vidi član 15. stav 3. tačka 4. ZH.

¹¹ Vidi član 15. stav 4. ZH.

stru nepokretnosti zahtev da se izvrši zabeležba hipotekarne prodaje u korist poverioca (član 31, stav 1 ZH). Ako dužnik ne isplati dug do dana pravnosnažnosti rešenja o zabeležbi, a od dana izdavanja tog rešenja prođe rok od 30 dana, poverilac na osnovu rešenja može pristupiti prodaji hipotekovane nepokretnosti putem aukcije ili neposredne pogodbe (član 34, stav 1 ZH). Sam poverilac može organizovati aukcijsku prodaju nepokretnosti ili je može poveriti licu koje se time profesionalno bavi (član 35, stav 1 ZH). Poverilac, na osnovu pravnosnažnog rešenja o zabeležbi hipotekarne prodaje, a po isteku od 30 dana od dana izdavanja rešenja, može u svoje ime prodati nepokretnost neposrednom pogodbom, po ceni koja je približna tržišnoj (član 36, stav 1 ZH).

Umesto da jedna od stranaka organizuje i vodi vansudski izvršni postupak na u skladu sa odredbama ZH, ukoliko se već radi o postupku vansudskog namirenja, mišljenja smo da bi se vođenje ovog postupka moglo poveriti izvršitelju. Izvršitelj je nosilac javnih ovlašćenja, ne sme da postupa u onim predmetima u kojima postoji osnov za njegovo isključenje (član 350, stav 4 ZIO) i konačno za štetu koja tokom postupka nastane njegovom krivicom, odgovoran je svom svojom imovinom. Proširenje nadležnosti izvršitelja, odnosno davanje ovlašćenja za postupanje u vansudskim postupcima izvršenja koji su uređeni posebnim zakonima bi svakako unapredilo zakonitost i pravilnost postupanja, i u konačnom ishodu doprinelo jačanju ove pravničke profesije. Zato je neophodno predložiti izmene odredbe člana 325. ZIO. U članu 325, tačka 12 propisano je da: "Izvršitelj preduzima i druge radnje predviđene ovim zakonom". Zakonodavac je ispustio iz vida da postoje postupci izvršenja koji su uređeni posebnim zakonima, a u kojima bi angažovanje izvršitelja bilo celishodno.

Različiti izvršni postupci koje smo analizirali se odnose na namirivanje pravnih subjekata privatnog prava. Država namiruje svoja potraživanja po posebnim propisima. Zakon o poreskom postupku i poreskoj administraciji ("Službeni glasnik Republike Srbije br. 80/02, 84/02 - ispravka, 83/03-ispravka, 70/03, 55/04, 61/05, 85/05 - dr. Zakon, 65/05, 85-05 - dr. zakon, 62/06 - dr. zakon, 61/07, 20/09, 72/09 - dr. zakon, 53/10) sadrži pravila po kojima se postupa radi utvrđivanja, kontrole i naplate javnih prihoda na koje se ovaj zakon primenjuje (član 1, stav 1). Bez ulaženja u temeljniju analizu jasno se može konstatovati da se radi o različitim pravilima po kojima se naplaćuju javni prihodi. Posebne odredbe o izvršenju sadrži i Zakon o prekršajima ("Službeni glasnik Republike Srbije", br. 65/13). Novčane kazne, kazne izrečene zbog nepoštovanja suda, dosuđene sudske takse i troškovi postupka, odluke o imovinskopravnom zahtevu i o oduzimanju imovinske koristi izvršavaju se u skladu sa ovim zakonom (član 309. Zakona o prekršajima). Kazna zatvora, neplaćena novčana kazna zamenjena kaznom zatvora, rad u javnom interesu, zaštitne mere i vaspitne mere izvršavaju se po zakonu kojim se uređuje izvršenje krivičnih sankcija, ako ovim zakonom nije drugačije određeno (član 310. Zakona o prekršajima). Novčanu kaznu izrečenu za prekršaj, troškove prekršajnog postupka kao i druge novčane iznose koji su dosuđeni po osnovu

naknada štete, na osnovu imovinskopravnog zahteva ili po osnovu oduzimanja imovinske koristi, izvršava prekršajni sud, koji ih je izrekao, odnosno sud na čijem području je izdat prekršajni nalog (član 314, stav 1. Zakona o prekršajima). Novčana kazna, troškovi prekršajnog postupka i drugi novčani iznosi uplaćuju se preko pošte ili banke na posebnoj uplatnici koju popunjava nadležni sud, u roku određenom odlukom (član 314, stav 2 Zakona o prekršajima). Ono što je još uvek karakteristično za naš pravni sistem jesu različita pravila izvršenja u zavisnosti od toga da li se radi poveriocu privatnog ili javnog prava.

U uporednom pravu se javljaju upravo suprotne tendencije. U Švajcarskoj se po istim pravilima sprovodi izvršenje, bez obzira na to da li se u ulozi izvršnog poverioca javlja pravni subjekt javnog ili privatnog prava. Na taj način se želi pokazati jednakost države i privatnih lica u postupku izvršenja.¹² To se izvodi iz prava svih pravnih subjekata na zakonitu, pravičnu i jednaku pravnu zaštitu (čl. 2, st. 1 ZPP u vezi sa čl. 10 ZIO). U perspektivi bi se i kod nas moglo ići na izjednačavanje i time stvorio prostor za angažovanje izvršitelja u ovom domenu.

JACANJE POVERENJA U IZVRŠITELJE KAO PREDUSLOV ZA PROŠIRENJE NADLEŽNOSTI

Prvi izvršitelji su počeli sa radom 1. juna 2012. godine. U trenutku pisanja ovog rada nešto je više od godinu dana kako izvršitelji postupaju u skladu sa odredbama ZIO. Pritom treba imati na umu da se ZIO primenjuje uglavnom na nove predmete, odnosno na stare predmete samo ukoliko je do dana početka primene ovog zakona započeto sprovođenje izvršenja. Kada je reč o izvršnom postupku za naplatu potraživanja za izvršene komunalne i slične usluge (a što nesumnjivo predstavlja najveći deo posla izvršitelja), podsećamo da ZIO nije propisao način rešavanja starih predmeta, a da je VKS u postupku za rešavanje spornog pravnog pitanja zauzeo stav da sudovi kojima podnet predlog za izvršenje pre početka rada izvršitelja neće obustavljati postupak i oglašavati se nenadležnim, već će nastaviti da postupaju u tim predmetima.¹³ Taj stav je doprineo da sudovi ostanu zagušeni starim komunalnim predmetima umesto da ti predmeti pređu u nadležnost izvršitelja. Isto tako ZIO propisuje da će sud obustaviti izvršenje ako je postupak započet kod izvršitelja a izvršni poverilac promeni izbor o načinu sprovođenja izvršenja tako što predloži da izvršenje sprovede sud (član 76, stav 2 ZIO). Obrnutu situaciju koja će u praksi biti češća, tj. prelazak sa sudskog sprovođenja izvršenja na sprovođenje izvršenja od strane izvršitelja ZIO ne uređuju.

¹² Videti Isaac Meier, "Die dogmatische Situation des Vollstreckungsrecht aus Sicht des schweizerischen Rechts", *ZJP* 3/2008, 333.

¹³ Pravni stav Gradanskog odeljenja VKS sa sednice od 25. septembra 2012. godine, Vrhovni kasacioni sud, Pravna shvatanja, stavovi i zaključci, <http://www.vk.sud.rs/pravno-shvatanje-spp-812.html>, 10. oktobar 2012.

Imajući sve to u vidu jasno je da je period u trajanju nešto dužem od godinu kra-
tak da bi se mogla dati ocena rada izvršitelja.

Treba podsetiti da izvršitelji u svom radu podležu trostrukom nadzoru. Nadzor nad zakonitošću rada izvršitelja vrši Ministarstvo, po službenoj dužnosti ili na predlog predsednika suda za čije područje je izvršitelj imenovan, predsednika Komore, kao i po inicijativi stranaka i učesnika u postupku (član 346, stav 1 ZIO). Ministarstvo je ovlašćeno da izvrši uvid u poslovne knjige, evidenciju spise i uskladištene stvari (član 346, stav 2, tačka 1), da zahteva od izvršitelja sve neophodne podatke o njegovom poslovanju (član 346, stav 2, tačka 2) te da pribavi od nadležnog organa i organizacija podatke o poslovanju izvršitelja (član 346, stav 2, tačka 3). U okviru vršenja nadzora nad zakonitošću rada izvršitelja ovlašćeno službeno lice Ministarstva može naložiti mere za otklanjanje nedostataka u radu izvršitelja i rok za postupanje po merama, kao i podneti predlog za pokretanje disciplinskog postupka (član 346, stav 3 ZIO). Nadzor nad radom izvršitelja vrši i Komora. Komora može da ostvari uvid u predmete, podatke i drugi arhivski materijal izvršitelja; raspolaganje uskladištenim stvarima i novcem uplaćenim na ime obezbeđenja; priznanice za naplaćene iznose na ime nagrade i naknade izvršitelja, kao i da preduzme sve druge radnje u skladu sa zakonom i drugim propisima (član 347, stav 4 ZIO). Posebnu vrstu nadzora nad radom izvršitelja ostvaruje i sud u postupku u kojem odlučuje o zahtevu za otklanjanje nepravilnosti nastalih u radnju izvršitelja (član 74 ZIO). Poveravanje novih nadležnosti izvršiteljima će svakako zavisiti od efektivnosti kontrole njihovog rada, te zadovoljstva samih stranaka, jer ne treba zaboraviti da je izbor između sudskog izvršenja i izvršenja preko izvršitelja u rukama izvršnog poverioca.

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

NEW COMPETENCES OF ENFORCEMENT AGENTS

Summary

It has been more than a year since enforcement agents have become operational in Serbia. Their competences have been mainly focused on carrying out of the enforcement. Law on Enforcement and Security has recognised other competences that can be performed by enforcement agents. They can be in charge with service of court documents based on the decision of the competent court. The main goal of civil enforcement procedure is to collect the enforceable claim and not to destroy enforcement debtor. This means that legitimate interests of both enforcement creditor and enforcement debtor have to be taken into account. Therefore, enforcement agents can act as mediators between enforcement creditor and enforcement debtor. Furthermore, other means of enforcement regulated by other laws can also be carried out by enforcement agents.

DEKLARATIVNA TUŽBA

U V O D

Deklarativna tužba ili tužba za utvrđenje je preventivna tužba, kojom tužilac traži da sud konstatuje postojeću pravnu situaciju, tako da se, poslije nje-ne pravnosnažnosti unese puna izvijesnost u odnosu na parnične stranke. Pravna zaštita koja se ostvaruje podizanjem ove tužbe i donošenjem deklarativne odluke nema svoje uporište u materijalnopravnim odnosima, niti svoju snagu izvlači iz određenog materijalnopravnog odnosa. Deklarativna tužba ima procesno- pravnu prirodu, i ovom tužbom tužilac traži da se otkloni neizvijesnost oko postojanja određenog građanskopravnog odnosa, kako bi se u budućnosti spriječile i izbjegle povrede koje se tiču tog građanskopravnog odnosa. Svaka neizvijesnost i nesigurnost u pogledu određenog subjektivnog građanskog “prava”, ili pravnog odnosa ugrožava pravni poredak i predstavlja osnov za eventualno ugrožavanje.¹ I u onim situacijama kada samo jedna strana ima drugačiju “percepciju” i shvatanje o sadržaju prava, o obimu prava i obaveza u konkretnom pravnom odnosu, opravdana je intervencija države da tu neizvijesnost ukloni. Dok se kondemnatorni sistem pružanja pravne zaštite stavlja (u pravilu) u pokret *post festum*, tek pošto je došlo do povrede subjektivnog prava i pravnog poretka, sa zadatkom represivne reakcije na prouzrokovano društveno zlo, kod deklarativne pravne zaštite dola-

Dr Ranka Račić, profesor Pravnog fakulteta u Istočnom Sarajevu i Pravnog fakulteta u Banjaluci.

¹ O tome vidjeti, Živanović, M., *Tužba za utvrđenje u parničnom postupku*, Banjaluka, 1991, str. 49.

zi do intervencije suda prije nanošenja povrede, u očekivanju da bi ona mogla nastupiti, sa zadatkom da se povreda unaprijed spriječi.²

Sistem deklarativne pravne zaštite utvrđuje postojanje, odnosno nepostojanje određenih prava i pravnih odnosa, čiji sadržaj postoji nezavisno od same zaštite. Stoga, povreda, ili ugrožavanje subjektivnog građanskog prava nije uvijek povod za podizanje tužbe. U procesnoj teoriji, već odavno je konstatovano da subjektivnog prava nema kod deklarativne zaštite, jer ne postoji *ius ad agnoscendum*. Postojanje vanprocesne pravne pozicije čije se utvrđenje traži, jeste takođe tek jedna od legitimnih okolnosti za traženje pravne zaštite.³ U vezi sa deklarativnom pravnom zaštitom dovoljno je učiniti vjerovatnim, u pravilu, postojanje pravnog interesa, a ne subjektivnog prava. Ukoliko tužilac podiže deklarativnu tužbu, i traži deklarativnu pravnu zaštitu ne realizuje svoje subjektivno materijalno pravo na takvu zaštitu, ili neko pravo upravljeno na postojanje prema drugim licima da priznaju postojanje nekog prava ili pravnog odnosa, već svoj pravni interes da se utvrdi postojanje tih pravnih situacija.⁴ Sadržina pravne zaštite koja se traži deklarativnom tužbom nije određena ni uslovljena sadržinom nekog materijalnopravnog odnosa. Sva snaga deklarativne presude sastoji se u njenoj pravno-snažnosti, u autoritetu koji stoji iza njezinog sadržaja.⁵

Deklarativna tužba uvedena je naše procesno zakonodavstvo Zakonikom o sudskom postupku u građanskim parnicima iz 1929 godine. Ovaj procesni institut preuzet je iz austrijskog Građanskog parničnog postupka⁶ i nije se značajnije mijenjao od "uvođenja" u naše parnično procesno zakonodavstvo, sve do posljednjih izmjena i dopuna Zakona o parničnom postupku.⁷ Zakonodavnom intervencijom iz 2013. godine značajno su reformisana pravila koja se odnose na deklarativnu tužbu.

Deklarativna tužba, tradicionalno se definisala kao pravno sredstvo kojim tužilac traži od suda da na nesumnjiv i autoritativan način utvrdi da li postoji, ili ne postoji određeno pravo ili pravni odnos, ili istinitost odnosno neistinitost neke

² Triva, S., Dika, M., *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb, 2004, str. 397.

³ Dika, M., *Pravo na tužbu*, doktorska disertacija, Zagreb, 1981, str. 361.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Triva, S., Dika, M., *op. cit.*, str. 397.

⁶ U §228 *Zivilprozeßordnung* iz 1895. godine bilo je predviđeno da se "tužbom može tražiti da se utvrdi: "postoji li ili ne postoji kakav pravni odnošaj ili pravo, da se prizna istinitost kakve isprave ili utvrdi neistinitost, ako tužitelj ima pravnog interesa u tome, da se onaj pravni odnošaj ili pravo ili istinitost isprave što pre utvrdi sudskom odlukom." *Vidjeti* Austrijski građanski sudski postupak, Zakon od 1. avgusta 1895, preveo Arandelović, D., Beograd, 1912, str. 78. Istovjetno pravilo bilo je sadržano u § 323 Zakonika o građanskom sudskom postupku iz 1929. godine. Zakonom o parničnom postupku iz 1956. raniji tehnički termini iz §323 "pravni odnošaj" ili "pravo" zamijenjeni su terminima "pravo" ili "pravni odnos".

⁷ *Vidjeti, Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku*, "Službeni glasnik Republike Srpske", br. 61/13. (U daljem tekstu izmjene i dopune ZPP)

isprave. Ovako pozicionirana deklarativna tužba u ZPP trpila je brojna ograničenja. Tako, u velikom broju materijalnopравnih zakona predviđeno je već odavno da ovlašćeno lice može tražiti da sud utvrdi postojanje određene činjenice od koje zavisi nastanak, promjena, ili prestanak određenog prava. Odredbe iz materijalnopравnih zakona nisu istovremeno instrumentalizovane u ZPP. Naime, u parničnoj proceduri nije postojao adekvatan procesni institut kojim bi ovlašćeno lice ostvarilo ovo pravo. Utvrđivanje postojanja, odnosno nepostojanja određene činjenice, kao novi razlog, u onim slučajevima kada je to predviđeno drugim zakonom, legalizovalo je postojeće zakonodavno stanje.

Zakonom o obligacionim odnosima iz 1978. godine iz bivše SFRJ, koji se u oba entiteta u Bosni i Hercegovini još uvijek primjenjuje kao entitetski zakon, predviđeno je da se sankcija za povredu prava ličnosti ostvaruje u vidu novčane naknade⁸ odnosno objavljivanjem presude, ili ispravke. U pravilu koje je sadržano u odredbi čl. 199 Zakona o obligacionim odnosima, izričito je predviđeno da “u slučaju povrede prava ličnosti sud može narediti, na trošak štetnika, objavljivanje presude, odnosno ispravke, ili narediti da štetnik povuče izjavu kojom je povreda učinjena, ili što drugo čime se može ostvariti svrha koja se postiže naknadom.” To bi praktično značilo da oštećeno lice može tražiti da sud utvrdi da postoji povreda prava ličnosti, kako bi se presuda objavila. Međutim, pravila o deklarativnoj tužbi nisu dopuštala da tužilac može postaviti deklarativni tužbeni zahtjev i tražiti da sud utvrdi da je u konkretnom slučaju došlo do povrede prava ličnosti.⁹ Oštećeno lice, do posljednjih izmjena i dopuna ZPP, moglo je da podigne samo kondemnatornu tužbu, ukoliko je došlo do povrede prava ličnosti, te da postavi kondemnatorni zahtjev, uz koji je mogao istaći i zahtjev da se presuda objavi na trošak štetnika. Ukoliko bi zahtjev bio osnovan, ta presuda se mogla objaviti, po sticanju svojstva pravnosnažnosti. Pored toga, sve veći broj parničnih postupaka u kojima se traži zaštita za povređeno lično pravo bio je jedan od razloga za intervenciju zakonodavca.

Sve su to bili razlozi koji su motivisali zakonodavca da proširi listu razloga iz kojih se može izjaviti deklarativna tužba.

⁸ U pravilu koje je sadržano u odredbi čl. 200. Zakona o obligacionim odnosima izričito je predviđeno da “za pretrpljene fizičke bolove, za pretrpljene duševne bolove, zbog umanjavanja životne aktivnosti, naruženosti, povrede ugleda, časti, slobode ili prava ličnosti, smrti bliskog lica kao i za strah sud će, ako nađe da okolnosti slučaja, a naročito jačina bolova i straha i njihovo trajanje to opravdava, dosuditi pravičnu novčanu naknadu, nezavisno od naknade materijalne štete kao i u njenom odsustvu. Prilikom odlučivanja o zahtevu za naknadu nematerijalne štete, kao i o visini njene naknade, sud će voditi računa o značaju povređenog dobra i cilju kome služi ta naknada, ali i o tome da se njome ne pogoduje težnjama koje nisu spojive sa njenom prirodom i društvenom svrhom.”

⁹ O zaštiti prava ličnosti detaljno vidjeti, Morait, B., *Zakon o obligacionim odnosima i zaštita prava ličnosti*, Pravna riječ, Banjaluka, br. 16/2008, str. 135-155.

PREDMET TUŽBE ZA UTVRĐENJE

Deklarativnom tužbom tužilac traži od suda da utvrdi postojanje, odnosno nepostojanje nekog prava ili pravnog odnosa, povredu prava ličnosti, ili istinitost, odnosno neistinitost neke isprave, ili postojanje određene činjenice od koje zavisi ostvarenje nekog prava, ako je to predviđeno posebnim zakonom.

Predmet utvrđenja može da bude određeno subjektivno građansko pravo.¹⁰ Tako, predmet tužbe za utvrđenje može biti pravo svojine, ili npr. pravo plodouživanja, mada je predmet utvrđenja najčešće određeni pravni odnos. Tužilac najčešće traži da se utvrdi postojanje određenog pravnog odnosa u sadašnjosti. Po prirodi stvari, buduće pravo ne može biti predmet utvrđenja. U procesnoj teoriji se ističe da tužilac ne može tražiti od suda da utvrdi da li određeno pravo ili (pravni odnos) postoji između tužioca i tuženog, jer bi takvo traženje činilo tužbeni zahtjev neodređenim. Prema tome, tužilac pred sud mora iznijeti jasnu tvrdnju da pravni odnos postoji, ili da pravni odnos ne postoji.¹¹

Predmet deklarativne tužbe najčešće je određeni pravni odnos. Tako, predmet utvrđenja može da bude roditeljsko-dječiji odnos, zakupni odnos, brak, itd. Pogrešno je shvatanje po kojem tužilac ne može postaviti zahtjev za utvrđenje koji je vezan za uslov ili rok. Većina procesualista smatra da je dopušteno utvrđenje postojanja pravnog odnosa koji je vezan za rok ili uslov.¹² Predmet deklarativne tužbe može biti i pravni odnos između tužioca i trećeg lica. Predmet tužbe za utvrđenje, može biti i postojanje određenog prava ili pravnog odnosa iz prošlosti, ukoliko se posljedice tog prava reflektuju na određeno pravo, ili na pravni odnos u sadašnjosti.

Predmet tužbe za utvrđenje može da bude i tvrđenje tužioca da određeno pravo ili pravni odnos ne postoji. Cilj deklarativne tužbe negativnog utvrđenja je da sud donese odluku da ne postoji određeno pravo ili pravni odnos za koji tuženi tvrdi da postoji.

U članu 10. st. 1. Izmijena i dopuna ZPP izričito je predviđeno da tužilac u tužbi može tražiti da sud samo utvrdi povredu prava ličnosti. A u st. 4. istog člana predviđeno je da se tužba za utvrđivanje povrede prava ličnosti može izjaviti bez obzira na to da li je postavljen zahtjev za naknadu štete ili drugi zahtjev, u skladu sa posebnim propisom. Sve veći broj tužbi za zaštitu prava ličnost, ali i shvatanje da novčana naknada ne mora i nije uvijek adekvatna sankcija za povredu

¹⁰ Pojedini procesualisti smatraju, da ZPP bez potrebe ističe da objekt utvrđivanja, pored pravnog odnosa, može biti i neko pravo, kao samostalna kategorija. Po mišljenju ovih pravnih pisaca, opravdano je govoriti o pravu kao samostalnom objektu deklarativne tužbe, samo ako zakonodavac nije mislio na subjektivno građansko pravo, već i na pravnu moć. Prema ovom shvatanju, postoje "prava" odnosno "pravne moći" koje ne formiraju nikakav građanskopravni odnos u onom smislu, u kojem to čini subjektivno građansko pravo. (O tome vidjeti, Živanović, M. *op. cit.*, str. 108-111.)

¹¹ Poznić, B., Rakić, Vodinelić, V., *Građansko procesno pravo*, 2010, Beograd, str. 241.

¹² Tako, G. Poznić, B., Rakić, Vodinelić, V., *op. cit.*, str. 241. Živanović, M., *op. cit.*, str. 110.

prava ličnosti, opredjelili su zakonodavca da interveniše u “pravcu proširenja” razloga za podizanje deklarativne tužbe. U skladu sa novim zakonskim rješenjem, tužilac može podići tužbu za povredu prava ličnosti bez obzira na to da li je postavljen zahtjev za naknadu štete ili drugi zahtjev, u skladu sa posebnim zakonom. Ovim rješenjem značajno su izmjenjene karakteristike deklarativne tužbe. Tradicionalno shvatanje, po kojem se deklarativna tužba može podići samo ako je došlo do osporavanja prava ili pravnog odnosa, odnosno ukoliko je potrebno utvrditi postojanje, odnosno nepostojanje istinitosti određene isprave, na osnovu novih zakonskih rješenja je napušteno. Sada se deklarativna tužba može podići i ako je došlo do povrede prava ličnosti kad tužilac ima za cilj da sud autoritativno utvrdi da je došlo do povrede prava ličnosti. U literaturi koja je posvećena pravu ličnosti može se pročitati da se deklarativna tužba za utvrđenje može podići kada druge tužbe za zaštitu prava ličnosti nisu u stanju da pruže adekvatnu zaštitu. Prema shvatanju ovih pravnih pisaca, to je slučaj kada je izvršena radnja povrede prava ličnosti, a nova povreda ne prijete, pa nije moguće podnijeti tužbu zbog propuštanja, zatim kad se odstrani stanje koje je dovelo do povrede prava ličnosti, pa nije moguće podizanje tužbe za uklanjanje, i najzad, kada ne postoji posljedica povrede prava ličnosti, tj. duševni i fizički bolovi, odnosno patnje i strah, pa nije moguće podnijeti tužbu za naknadu štete.

Međutim, deklarativna tužba se može podići i u slučaju kada su ispunjene osnovne pretpostavke za podizanje svake od ovih tužbi, kada ona prevenira povredu prava ličnosti, uklanja stanje povrede, ili pribavlja satisfakciju povrijeđenom.¹³ Tužbu za utvrđenje povrede prava ličnosti tužilac može podići uvijek kada ima interes da sud autoritativno utvrdi da je do povrede prava došlo. Ukoliko sud utvrdi da je zahtjev tužioca osnovan, donijeće deklarativnu presudu kojom utvrđuje povredu prava ličnosti. Pošto ova presuda stekne svojstvo pravnosnažnosti, tužilac može, u novom parničnom postupku, zahtijevati da sud u podlogu svoje odluke unese dispozitiv deklarativne presude, ne upuštajući se ponovo u egzistenciju i sadržaj povrede prava ličnosti, iz kojeg tužilac crpi svoja ovlašćenja za traženje kondemnatorne pravne zaštite.

Predmet tužbe za utvrđenje može biti i istinitost, odnosno neistinitost neke javne, ili privatne isprave. U procesnoj teoriji se ističe da utvrđivanje istinitosti, odnosno neistinitosti određene isprave ima relativno mali značaj, jer sud inače u parnici mora zauzeti stav po pitanju da li je isprava koju jedna stranka podnosi kao dokaz istinita (autentična), ako druga stranka tu istinitost osporava.¹⁴ Kada se u postupku utvrđuje istinitost sadržine isprave to je pitanje dokaznog postupka, a kada se utvrđuje autentičnost potpisa izdavaoca isprave to je predmet dekla-

¹³ O tome detaljno vidjeti, Vodinešić, V., *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada*, Beograd, str. 934.

¹⁴ Poznić, B., Rakić, Vodinešić, V., *op. cit.*, str. 241.

rativne tužbe za utvrđenje. Prema tome, predmet utvrđivanja u ovom slučaju nikako nije istinitost sadržine sadržine isprave.¹⁵

Izuzetno, tužba za utvrđenje se može podići i kada je u nekom zakonu predviđeno da se parnični postupak može pokrenuti radi utvrđivanja postojanja, odnosno nepostojanja činjenice, od koje zavisi ostvarenje nekog prava. U ovom slučaju, tužilac ima pravni interes da sud utvrdi postojanje, odnosno nepostojanje određene činjenice, ali samo kada je to odredbama posebnog zakona određeno. U Zakonu o zabrani diskriminaciji¹⁶ u odredbi čl. 12 st. 1. t.a), zakonodavac je izričito predvidio da su "lice ili grupa lica koja su izložena bilo kojem obliku diskriminacije, ovlašćeni da podnesu tužbu i da traže: utvrđivanje da je tuženi povrijedio tužiočevo pravo na jednako postupanje, odnosno da radnja koju je preduzeo ili propustio može neposredno dovesti do povrede prava na jednako postupanje (tužba za utvrđivanje diskriminacije). Treba istaći da predmet utvrđenja može biti samo postojanje, odnosno nepostojanje činjenica od kojih zavisi ostvarenje određenog prava, kada je to predviđeno posebnim zakonom, kao što je slučaj sa Zakonom o zabrani diskriminacije. U ovom Zakonu predviđene su različite tužbe za zaštitu od diskriminacije. Predmet utvrđenja ne mogu biti činjenice koje su predviđene Zakonom o parničnom postupku. Samo u onim slučajevima kad je posebnim propisom predviđeno, tužilac može tražiti da sud utvrdi postojanje, odnosno nepostojanje određene činjenice. Prema tome, ne može se tražiti utvrđenje bilo koje činjenice, već samo one koja je predviđena posebnim zakonom, ili drugim propisom. Po prirodi stvari, predmet tužbe za utvrđenje ne mogu biti neke činjenice ili neki činjenični skup. Tužbom za utvrđenje tužilac ne može da traži utvrđivanje pravnih činjenica pošto su one elementi nekog pravnog odnosa, ili prava.

PRAVNI INTERES KAO PROCESNA PRETPOSTAVKA ZA DOPUŠTENOST DEKLARATIVNE TUŽBE

Tužba za utvrđenje dopuštena je samo kad tužilac ima pravni interes da se utvrdi postojanje odnosno nepostojanje određenog pravnog odnosa ili prava, odnosno istinitost ili neistinitost određene isprave, povredu prava ličnosti, odnosno kada ima pravni interes za utvrđivanje određenje činjenice, kada je to posebnim zakonom predviđeno. Pravni interes, u pravilu, je procesna pretpostavka za podizanje deklarativne tužbe i sud na ovu procesnu pretpostavku pazi po službenoj dužnosti, od prethodnog ispitivanja tužbe, do zaključenja glavne rasprave. Ukoliko sud utvrdi da tužilac nema pravni interes, odbaciće tužbu kao nedopuštenu. Tužilac, u pravilu, već u tužbi mora navesti okolnosti iz kojih se vidi postojanje pravnog interesa. Da bi sud stekao uvjerenje o postojanju pravnog interesa, tuži-

¹⁵ O tome detaljno vidjeti, Stanković, G., *Građansko procesno pravo, parnično procesno pravo*, Niš, 2010, str. 340.

¹⁶ *Vidjeti, Zakon o zabrani diskriminacije*, "Službeni list Bosne i Hercegovine", br. 59/09.

lac mora navesti činjenice u tužbi kojima dokazuje postojanje pravnog interesa do stepena vjerovatnoće. Ukoliko je tužilac dužan da dokaže da postoji pravni interes za deklarativnom zaštitom, jer se on ne pretpostavlja, tužilac mora sudu pružiti dokaze da on postoji. U procesnoj teoriji ističe se da tužilac prilikom podizanja tužbe radi utvrđenja mora dokazati postojanje pravnog interesa u svim slučajevima, ako nije očigledno iz samog sadržaja, ili povoda za podizanje tužbe da pravni interes postoji. Tužilac, da bi dokazao postojanje pravnog interesa u konkretnom slučaju, mora dokazati opasnost da će tuženi svojim vladanjem povrijediti njegova prava, pa da to pravda zaštitu tih prava presudom za utvrđenje.¹⁷ Deklarativna tužba, za razliku od kondemnatorne tužbe, nema uporište u samom materijalnom pravu, u materijalnopravnom ovlašćenju tužioca, jer tužbeni zahtjev nije posljedica materijalnopravnog zahtjeva. Cilj deklarativne tužbe je prevencija, odnosno nastojanje stranke da izbjegne eventualne buduće sporove. Stoga, svaki tužilac, nezavisno od prirode svoje procesne legitimacije, mora imati konkretan i aktuelan pravni interes za angažovanje pravosudne djelatnosti u određenoj pravnoj stvari, jer teško bi se bilo braniti pravilo o tome da se u svim slučajevima pretpostavlja postojanje pravnog interesa za traženje interevencije suda prije povrede prava radi prevencije.¹⁸

Ukoliko je sam zakonodavac posebnim propisima predvidio da se deklarativna tužba može podići (npr. tužba za utvrđenje da brak postoji), tužilac nije dužan da dokazuje postojanje pravnog interesa za pružanje pravne zaštite. U Zakonu o zabrani diskriminacije, izričito je predviđeno da tužilac može podići tužbu za utvrđenje kako bi sud utvrdio da je tuženi povrijedio tužiočevo pravo na jednako postupanje, odnosno da preduzeta radnja ili radnja koju je propustio da preduzme, može neposredno dovesti do povrede prava na jednako postupanje. Takođe, kad vanparnični sud u postupku za raspravljanje zaostavštine uputi učesnika na parnični postupak, ukoliko postoji spor o pravu na legat ili o nekom drugom pravu iz zaostavštine, tužilac ne treba dokazivati pravni interes jer je on predviđen Zakonom o vanparničnom postupku.¹⁹

Sud u toku čitavog postupka pazi na postojanje pravnog interesa po službenoj dužnosti, i ukoliko utvrdi da tužilac nema pravni interes da, u konkretnom slučaju, podigne deklarativnu tužbu, odbaciće tužbu kao nedopuštenu.

Ukoliko je u jednom materijalnopravnom odnosu već došlo do povrede prava, nastao je tužiočev materijalnopravni zahtjev, pa tužilac više nema pravni interes da podigne deklarativnu tužbu. Preventivni cilj postupka, u ovom slučaju, ne može biti ostvaren, pošto je došlo do povrede u materijalnopravnim odnosima, koju treba reparirati. Tada je utvrđivanje postojanja pravnog odnosa, od-

¹⁷ O tome vidjeti, Živanović, M. *op. cit.*, str. 143.

¹⁸ O tome detaljno, Triva, S. Dika, M. *op. cit.*, str. 400.

¹⁹ Vidjeti, čl. 128 st. 2. Zakona o vanparničnom postupku Republike Srpske, "Službeni glasnik Republike Srpske", br. 36/09.

nosno prava, izlišno, jer se podizanjem kondemnatorne tužbe prećutno ističe i zahtjev za utvrđenje da postoji povrijeđeni odnos, ili pravo čija se zaštita traži isticanjem kondemnatornog tužbenog zahtjeva.

ZAKLJUČAK

Potrebu za reformisanjem procesnog instituta, kakav je deklarativna tužba, nametnula je upravo praksa. I upravo bi se u praksi trebalo potvrditi to da je zakonodavac sada, proširivanjem domena razloga, iz kojih zainteresovani tužilac može podići deklarativnu tužbu, zapravo uskladio normativno stanje u Republici Srpskoj, sa stanjem u stvarnom životu, kao i sa materijalnopравnim zakonodavstvom.

Iako u našem procesnom pravu egzistira još od 1929. godine, deklarativna tužba je do sada uspijevala da odgovori potrebama lica, čija su prava bila ugrožena. Međutim, od kada materijalnopравno zakonodavstvo ovlašćuje lica da mogu tražiti da sud utvrdi postojanje određene činjenice od koje zavisi nastanak, promjena, ili prestanak određenog prava, klasična koncepcija deklarativne tužbe, pokazala se neadekvatnom. U prilog tome, govori upravo analiza odredaba Zakona o obligacionim odnosima i Zakona o zaštiti od diskriminacije, koja je izvršena u ovom radu. Prema odredbama Zakona o izmjenama i dopunama ZPP, tužilac može podići tužbu za utvrđivanje povrede prava ličnosti, bez obzira na to da li je postavljen zahtjev za naknadu štete ili drugi zahtjev, u skladu sa posebnim zakonom. Tako, tužbu za utvrđenje povrede prava ličnosti tužilac može podići uvijek kada ima interes da sud autoritativno utvrdi da je do povrede prava došlo. Ista je situacija i sa tužbom za utvrđivanje diskriminacije.

Pitanje pravnog interesa za podizanje deklarativne tužbe, je posebno zanimljivo. Kako je cilj deklarativne tužbe prevencija budućeg spora, tužilac je dužan svoj pravni interes dokazati pred sudom. U suprotnom će sud, pazeći na ovu procesnu pretpostavku po službenoj dužnosti, izjavljenu deklarativnu tužbu, odbaciti kao nedopuštenu. Izuzetno ako je zakonodavac posebnim propisima predvidio da se deklarativna tužba može podići, tužilac nije dužan da dokazuje postojanje pravnog interesa za pružanje pravne zaštite jer je pravni interes zakonom predviđen.

Zbog svega navedenog bi se, opravdano, moglo tvrditi da je zakonodavac, sada, samo uskladio norme procesnog prava, sa potrebama zaštite prava i pravnih interesa građana.

RANKA RAČIĆ, Ph.D.,
Professor, Faculty of Law in Eastern Sarajevo,
Faculty of Law in Banja Luka

ACTION FOR DECLARATORY JUDGMENT

Summary

The latest amendments to the Law on Litigation Proceedings have significantly reformed the rules on the action for declaratory judgment. The Legislator has regulated this procedural institute in a significantly different way. The traditional definition, according to which an action for declaratory judgment may be filed to establish existence or non-existence of a certain right, a right relation or authenticity of a specific document, is subject to numerous exemptions that are envisaged by substantive law norms. It has also been one of the basic reasons for the intervention of the legislator when this procedural phenomenon is in question, which has not been in the focus of the legislator's attention for a long time. The subject of the action for declaratory judgment has been significantly expanded, given that the declaratory legal relief should be the end goal of the proceedings and in no way a means for exercise of specific rights when it comes to violation of the subjective civil law.

VLADIMIR BORANIJAŠEVIĆ

POSTUPAK U PARNICAMA ZA OBJAVLJIVANJE ODGOVORA NA NEISTINITU, NEPOTPUNU ILI NETAČNO PRENETU INFORMACIJU

1. Najprisutnije i najuticajnije medije u savremenom društvu predstavljaju mediji masovnog komuniciranja – štampa, radio, film i televizija. Masovno komuniciranje koje se obavlja posredstvom ovih medija predstavlja organizovano i javno komuniciranje,¹ aktuelnog je karaktera jer se prenose aktuelna zbivanja a publika masovnih medija je heterogena i anonimna sa aspekta izveštača (prenosioca poruke).² Cilj masovnih medija je, u suštini, brzo širenje informacija u svrhu postizanja visokog stepena obaveštenosti široke publike.

Mediji u savremenom svetu uživaju slobodu. Sloboda medija utemeljena je u odredbama velikog broja međunarodnih i domaćih pravnih akata. Slobodu medija predviđaju Evropska konvencija o ljudskim pravima i osnovnim slobodama³,

Dr Vladimir Boranijašević, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Prištini sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici.

¹ Komuniciranje se može definisati kao ljudska interakcija koja se ostvaruje razmenom informacija, neposredno ili posredstvom medija u prostorno i vremenski određenom psihosocijalnom kontekstu (Tako: Radojković, M.–Miletić, M. – Komuniciranje, mediji i društvo, Učiteljski fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2008, str. 28). U tom smislu, mediji predstavljaju posrednika u komuniciranju ljudi, na šta upućuje i samo poreklo reči “medij”. Reč medij (medijum) potiče od latinske reči medius – srednji, koji se nalazi u sredini, nasred, usred, u sredini.

² Tako: Vreg, F. – Društveno komuniciranje, Centar za informacije i publicitet, Zagreb, 1975, str. 63–64.

³ Odredbom iz čl. 10 Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama propisano je da svako ima slobodu izražavanja koja uključuje slobodu posedovanja sopstvenog mišlje-

Ustav Republike Srbije,⁴ kao i Zakon o javnom informisanju Republike Srbije⁵. Sloboda medija povlači za sobom negativne i pozitivne obaveze države – negativnu obavezu u smislu da ne povređuje slobodu medija i pozitivnu u smislu da štiti od povreda slobode medija.⁶

Sloboda medija svakako nije apsolutna i može biti ograničena u cilju očuvanja određenih vrednosti i zaštite ugleda i prava drugih lica. Ostvarivanje prava na odgovor na objavljenu informaciju ne predstavlja povredu slobode medija već njeno ograničenje.⁷ Radi ostvarenja prava na odgovor na objavljenu informaciju propisana su pravila po kojima se postupa u postupku vansudske i sudske zaštite ovog prava.

2. Pored posebnih parničnih postupaka koji su predviđeni odredbama Zakona o parničnom postupku Republike Srbije,⁸ i odredbama drugih zakona propisana su pravila po kojima se postupa u posebnim parničnim postupcima radi zaštite i ostvarivanja spektra različitih prava pravnih subjekata. Jedan od tih zakona je ZJI kojim su propisana pravila po kojima se postupa u parnicama u oblasti medijskog prava. U ovim parnicama se, s jedne strane, štite i ostvaruju prava pravnih subjekata ali, s druge strane, štite i javni interesi povodom objavljivanja informacija u štampanim i elektronskim medijima.⁹ Specifična priroda prava koja se štite, sadržina same parnice, priroda zaštite koja se ostvaruje i određeni pravopolitički ciljeva uzrok supostojanja posebnih pravila po kojima se postupa u medijskim parnicama.¹⁰ Jedan od posebnih parničnih postupaka koji je regulisan

nja, primanja i saopštavanja informacija i ideja bez mešanja javne vlasti i bez obzira na granice. To svakako ne sprečava države da zahtevaju dozvole za rad televizijskih, radio i bisokopskih preduzeća (Videti: Zakon o ratifikaciji Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Službeni list SCG – Međunarodni ugovori br. 9 od 26. 12. 2003. godine, 5/05 od 1. 7. 2005. godine).

⁴ “Službeni glasnik RS” br. 98/2006. U daljem tekstu: Ustav. Ustav jemči slobodu mišljenja i izražavanja, kao i slobodu medija, ali je i propisano da se sloboda izražavanja može zakonom ograničiti ukoliko je to potrebno radi zaštite prava i ugleda drugih, čuvanja autoriteta i nepristrasnosti suda i zaštite javnog zdravlja, morala demokratskog društva i nacionalne bezbednosti Republike Srbije (čl. 46. st. 1–2. Ustava).

⁵ “Službeni glasnik RS”, br. 43/2003, 61/2005, 71/2009, 89/2010, 41/2011. U daljem tekstu: ZJI. Prema odredbi iz čl. 2. st. 1. ZJI javno informisanje je slobodno i u interesu javnosti.

⁶ O minimalnom standardu slobode medija, pozitivnim i negativnim obavezama države te ograničavanju slobode medija, detaljno: Vodinelić, V. – Evropski standard slobode medija, Bilten Vrhovnog suda Srbije, br. 3/2007, prvi tom, str. 23–40.

⁷ “U demokratskom društvu pravo na odgovor je jedno jemstvo pluralizma informacija koje mora biti poštovano” (Ediciones Tiempo SA v. Spain, 1989, Decisions and Reports, 62, str. 247). Navedeno prema: Vodinelić, V. – navedeno delo, str. 59.

⁸ Videti: “Službeni glasnik RS” br. 72/2011. U daljem tekstu: ZPP.

⁹ Tako: Stanković, G. – Građansko procesno pravo, prva sveska, Parnično procesno pravo, Pravni fakultet u Nišu, Niš, 2010, str. 577.

¹⁰ U tom smislu: Stanković, G. – navedeno delo, 2010, str. 577; Palačković, D. – Parnično procesno pravo, Pravni fakultet u Kragujevcu, Kragujevac, 2004, str. 335.

odredbama ZJI je i postupak u parnicama za objavljivanje odgovora na neistinitu, nepotpunu ili netačno prenetu informaciju.¹¹

3. Informacija, kao pojam, nalazi se u svakoj vrsti komunikacije. Informacija je sredstvo pomoću kojeg postajemo svesni nečega, razumevamo stvari i shvatamo šta one predstavljaju, uz konstataciju da je informaciona poruka nešto što primalac informacije mora da protumači.¹² Kako bi informacija bila podesna da kreira pravu sliku o stvarnosti, neophodno je da ona bude istinita, potpuna i tačno preneti. Istinita je ukoliko odgovara stvarnosti i verno obaveštava o događaju koji se desio ili se nije desio. Potpuna je ukoliko svojim sadržajem omogućava primaocu informacije (čitaocu, gledaocu, slušaocu) da stvori pravu predstavu o događaju u stvarnosti. I kao treće, informacija je tačno preneti ukoliko je identična informaciji dobijenoj od izvora, ukoliko nije sadržinski formulisana prekrajanjem izvorne informacije.¹³ Kada informacija ima sve navedene karakteristike, ne može doći do eventualne povrede prava ili interesa određenog lica jer ona tačno, istinito i potpuno oslikava određeni događaj iz stvarnosti i omogućava širem auditorijumu da informaciju tumači i stvori sliku odnosno mišljenje o samoj informaciji.

Neistinita, nepotpuna ili netačno preneti informacija prenosi se upravo putem medija. Takva informacija može da izazove povredu časti i ugleda određenog lica ili pak povredu prava ili interesa lica na koje se odnosi. Prema ZJI, javnim glasilima se smatraju novine, radio i televizijski programi, servisi novinskih agencija, Internet i druga elektronska izdanja navedenih javnih glasila, kao i druga sredstva javnog informisanja koja pomoću reči, slike ili zvuka objavljuju ideje, informacije i mišljenja namenjene javnoj distribuciji i neodređenom broju korisnika.¹⁴ Dakle, radi se o glasilima koja imaju veliki uticaj na kreiranje slike o stvarnosti kod potencijalnih primalaca informacije, tako da posledice po prava i interese lica na koje se odnosi neistinita, nepotpuna ili netačno preneti informacija mogu biti nesagledive. Svedoci smo činjenice da se svakodnevno, iz najrazličitijih razloga, takve informacije plasiraju u medijima.

Iako je misija medija da informišu istinito, verno i potpuno, vrlo često, težeći da privuku veću pažnju, mediji podležu senzacionalizmu i ekskluzivnosti tako

¹¹ ZJI propisuje pravila postupanja i u: 1) parnicama za objavljivanje ispravke neistinite, nepotpune ili netačno prenete informacije, 2) parnicama za propuštanje objavljivanja informacije, 3) parnicama za zaštitu prava na privatni život i prava na lični zapis, 4) parnicama zbog povrede zabrane govora mržnje i 5) parnicama za naknadu materijalne i nematerijalne štete nastale objavljivanjem informacije odnosno neobjavljivanjem odgovora ili ispravke.

¹² Janićijević, J. – Komunikacija i kultura, Izdavačka knjižarnica Zorana Stojanovića, Sremski Karlovci – Novi Sad, 2000, str. 25.

¹³ Videti: Ivošević, Z. – Uzvratanje na informaciju pravom na odgovor i pravom na ispravku, Izbor sudske prakse, br. 10/2004, str. 16.

¹⁴ Videti: čl. 11. ZJI.

što objavljuju informacije koje su nepotpune, neistinite ili netačno prenete.¹⁵ Da bi se sprečilo takvo ponašanje medija, sloboda izražavanja se može ograničiti, u ovom slučaju naredbom da se objavi odgovor na informaciju.

4. Pravo na objavljivanje odgovora na objavljenu informaciju predviđaju mnogobrojni međunarodni izvori. Među značajnijim nalazi se rezolucija Komiteta Ministara Saveta Evrope br. (74) 26 koja je usvojena na sednici održanoj 2. jula 1974. godine a koja se odnosi na pravo na odgovor na objavljenu informaciju i poziciju pojedinca u odnosu na štampu.¹⁶ U čl. 1. Dodatka Rezoluciji propisano je da svako pravno ili fizičko lice, kao i druga tela, bez obzira na njihovu nacionalnost ili prebivalište, ukoliko su spomenuta u štampi, radijskom ili televizijskom programu ili u drugom mediju, mogu ostvariti pravo na odgovor na objavljenu informaciju ukoliko tvrde da su podaci koji su postali dostupni javnosti netačni. U čl. 2. Dodatka je, takođe, propisano da će medij, na zahtev zainteresovanog lica biti u obavezi da objavi (učini dostupnim javnosti) odgovor koji je zainteresovano lice poslalo.¹⁷

Pravo na odgovor na objavljenu informaciju predviđaju i Evropska konvencija o prekograničnoj televiziji¹⁸ i Direktiva Veća EU 89/552/EEZ.¹⁹ Pravo na odgovor na objavljenu informaciju zajemčeno je i odredbama Ustava. U delu u kome se propisuje sloboda medija, u odredbi iz čl. 50. st. 4. izričito je propisano da se ostvarivanje prava na odgovor na objavljenu informaciju uređuje zakonom.

5. Ostvarivanje prava na odgovor lica na koje se odnosi neistinita, nepotpuna ili netačno preneti informacija moguće je na dva načina. Najpre, posto-

¹⁵ U tom smislu: Ivošević, Z. – navedeno delo, str. 16.

¹⁶ Rezolucija je dostupna na internet adresi: [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/doc/cm/res\(1974\)026_EN.asp](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/doc/cm/res(1974)026_EN.asp), pristupljeno: 21. jula 2013. godine.

¹⁷ U čl. 3. i 4. Dodatka Rezoluciji (74) 26 Komiteta Ministara Saveta Evrope propisani su slučajevi u kojima može biti odbijen zahtev zainteresovanog lica za objavljivanje odgovora kao i način na koji bi mediji trebalo da objave odgovor na objavljenu informaciju.

¹⁸ Čl. 8. Zakona o potvrđivanju Evropske konvencije o prekograničnoj televiziji (“Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori”, br. 42/2009): “Svaka država ugovornica sa čije se teritorije emituje program će obezbediti da svako fizičko ili pravno lice, bez obzira na nacionalnost ili mesto boravka, ima mogućnost da ostvari pravo na odgovor ili da potraži drugi odgovarajući pravni ili administrativni lek u odnosu na programe koje emituje radiodifuzna organizacija pod njenom jurisdikcijom u okviru značenja člana 5. Ona će, posebno, obezbediti da vremenski okvir i ostale pojedinosti vezane za ostvarivanje prava na odgovor budu takvi, da se ovo pravo može efikasno ostvariti.”

¹⁹ Direktiva je dostupna na internet adresi: http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=31989L0552&model=guichett, pristupljeno: 21. jula 2013. godine. U odredbama iz čl. 1–3. Direktive propisano je da svako fizičko ili pravno lice, bez obzira na nacionalnu pripadnost, čiji su legitimni interesi, posebno ugled i čast, oštećeni objavljivanjem netačnih činjenica u televizijskom programu moraju imati pravo na odgovor ili ekvivalentno pravno sredstvo; pravo na odgovor ili odgovarajuće pravno sredstvo mora se odnositi na sve emitere koji su u nadležnosti države članice; države članice su dužne da preduzmu mere radi ostvarenja prava na odgovor ili drugo sredstvo, te utvrditi pravila postupka za ostvarivanje tog prava.

ji mogućnost da se pravo na odgovor na informaciju ostvari vansudskim putem, u prethodnom postupku. Ukoliko prethodni postupak ne uspe, lice na koje se objavljena informacija odnosi svoje pravo na odgovor može ostvariti u postupku sudske zaštite prava na objavljivanje odgovora, u postupku u parnicama za objavljivanje odgovora na neistinitu, nepotpunu ili netačno prenetu informaciju.²⁰ Cilj objavljivanja odgovora na informaciju je poštovanje načela obostranog saslušanja, tačnije, da se omogućiti licu na koje se objavljena informacija lično odnosi da može da iznese svoj iskaz o objavljenim činjenicama te da se tako potencijalnom primaocu informacije omogućiti da stvori predstavu o predmetu informacije odnosno odgovora.²¹

6. Pravila prethodnog postupka u kome se vansudskim putem ostvaruje pravo na objavljivanje odgovora na neistinitu, nepotpunu ili netačno prenetu informaciju propisana su odredbama ZJI.²² Lice na koje se lično odnosi informacija koja je podesna da povredi njegovo pravo ili interes, ima pravo da zahteva od odgovornog urednika javnog glasila da objavi odgovor u kome ono tvrdi da je informacija neistinita, nepotpuna ili netačno preneti, bez naknade.²³ Lice na koje

²⁰ Prethodni Zakon o javnom informisanju iz 1998. godine ("Službeni glasnik RS", br. 36/1998, 11/2001) na vrlo sumaran način je regulisao pitanje objavljivanja odgovora na informaciju. Odredbama zakona bilo je predviđeno da je odgovorni urednik glasila bio dužan da bez naknade objavi odgovor na objavljenu informaciju kojom se dopunjuju činjenice i podaci iz objavljene informacije. Odgovor po obimu nije mogao biti duži od objavljene informacije (čl. 37). Nakon ove opšte odredbe, Zakon je propisivao način objavljivanja odgovora i zabranu komentarisanja odgovora na informaciju. Ukoliko je odgovorni urednik odbio da objavi odgovor ili ukoliko je uz odgovor istovremeno objavio i komentar, podnosilac odgovora je imao pravo na tužbu protiv odgovornog urednika javnog glasila. Tužba se podnosila nadležnom sudu na čijem području se nalazilo sedište, odnosno prebivalište podnosioca odgovora. Ukoliko je sud usvojio tužbeni zahtev, sud je nalagao odgovornom uredniku javnog glasila da odgovor objavi na način određen zakonom. Nadležni sud je bio dužan da odluku po tužbi donese u roku od tri dana (čl. 38. st. 3). Detaljnije o ovom postupku prema odredbama Zakona iz 1998. godine, videti: Stanković, G. – Građansko procesno pravo, Udruženje za građansko procesno i arbitražno pravo, Niš, 2002, str. 462–463; Poznić, B. – Rakić-Vodinelić, V. – Građansko procesno pravo, Savremena administracija, Beograd, 1999, str. 419–420. Međutim, tadašnji Zakon o javnom informisanju Republike Crne Gore je na sasvim drugačiji način, detaljnije, regulisao ovaj poseban parnični postupak (Videti: Zakon o javnom informisanju, "Službeni list RCG", br. 4/1998 od 18. 02. 1998. godine, čl. 47–52).

²¹ U tom smislu: Ivošević, Z. – navedeno delo, str. 17.

²² Ovaj vid ostvarivanja prava svojstven je samo pravu na odgovor na objavljenu informaciju. Videti: Rešenje Vrhovnog suda Srbije, Gž. 82/04 od 8. septembra 2004. godine, Izbor sudske prakse br. 10/2004, str. 52.

²³ Videti: čl. 47. st. 1. ZJI. Odredbama Zakona o medijima Republike Crne Gore ("Službeni list RCG" br. 51/02, 62/02. U daljem tekstu: ZM CG) precizno je definisan pojam odgovora na informaciju. Pod odgovorom se, prema odredbi iz čl. 27. st. 2 ZM CG, podrazumeva informacija kojom se argumentovanim navodima pobijaju, suštinski ispravljaju ili dopunjuju navodi u objavljenom programskom sadržaju. Prema Zakonu o medijima Republike Hrvatske ("Narodne novine" br. 59/04, 84/11. U daljem tekstu: ZM RH) pod odgovorom se smatra tekst ili poruka istovetne prirode i dužine kao i objavljena informacija, u kojoj se navodima pogodnim za dokazivanje poriču u sušti-

se informacija neposredno odnosi može podneti zahtev za objavljivanje odgovora glavnom uredniku u tačno određenom roku. Rok je različite dužine, u zavisnosti od toga da li je informacija podesna da povredi pravo ili pravni interes lica objavljena u dnevnoj štampi ili dnevnoj radiodifuznoj emisiji ili u povremenoj štampi ili povremenoj radiodifuznoj emisiji. U prvoj situaciji rok je 30 dana od dana objavljivanja informacije a u drugoj 60 dana od dana objavljivanja informacije.²⁴

Odgovorni urednik je dužan da odgovor na informaciju objavi bez odlaganja, najkasnije u drugom narednom broju dnevne štampe, odnosno u drugoj narednoj dnevnoj emisiji od prispeća odgovora.²⁵

Kada su u pitanju informacija i odgovor na informaciju, važi načelo jednakosti, kao i načelo zabrane preinačenja i komentarisanja odgovora na informaciju. Zakonodavac u odredbama iz čl. 56. ZJI detaljno propisuje pravila po kojima se odgovor na informaciju objavljuje i kojima se ostvaruje načelo jednakosti informacije i odgovora na informaciju. Pored osnovne odredbe kojom je predviđeno da se odgovor na informaciju objavljuje u istom delu glasila, u istom izdanju, istoj rubrici i stranici, sa istom opremom, odnosno u istom delu emisije, pod istim naslovom, uz oznaku „odgovor“, zakonodavac predviđa i pravila za objavljivanje odgovora u slučaju da odgovor sadrži ilustracije, pravila o objavljivanju odgovora odjednom (iscela), pravila za slučaj da je javno glasilo prestalo da postoji, pravila o jeziku na kome se odgovor objavljuje, itd.

Načelo zabrane preinačenja i komentarisanja odgovora na informaciju odnosi se na činjenicu da se odgovor objavljuje bez izmena, izostavljanja i dopuna, uz mogućnost da se izvrše neophodne lektorske izmene kojima se ne menja smisao odgovora na informaciju. Ukoliko se dogodi da javno glasilo objavi odgovor koji je preinačilo u celosti ili delimično, na zahtev lica na koje se informacija i odgovor odnose, odgovorni urednik je dužan da objavi izvorni tekst odgovora u celosti ili delimično. Takođe, odgovor na informaciju se ne sme komentarisati u istom broju glasila ili istoj emisiji u kojoj se odgovor objavljuje. Ukoliko kasnije bude objavljen komentar na odgovor na informaciju, lice koje je zahtevalo objavljivanje odgovora ima pravo odgovora na komentar.²⁶

Kako zakonodavac prilično detaljno propisuje pravila u pogledu objavljivanja odgovora na informaciju, tako su zakonom temeljno regulisani i razlozi za neobjavljivanje odgovora na informaciju. Zakonom su vrlo iscrpno propisani razlozi

ni ili bitno nadopunjuju sporni navodi o činjenicama i podacima u objavljenoj informaciji (čl. 56. čl. 2–3. ZM RH).

²⁴ Ukoliko se radi o licu koje ima prebivalište ili boravište u inostranstvu, rok u oba slučaja iznosi 60 dana (čl. 49. st. 2. ZJI).

²⁵ Odgovorni urednik će u slučaju da je ovlašćeno lice podnelo više sadržinski različitih odgovora objaviti onaj koji je označen kao merodavan. Ukoliko nijedan odgovor nije označen kao merodavan, urednik će objaviti poslednji prispeli odgovor, odnosno onaj koji je najpotpuniji ukoliko su odgovori prispeli istovremeno (čl. 55. st. 1–2. ZJI).

²⁶ Videti: čl. 57. st. 5. ZJI.

zbog kojih se smatra da odgovorni urednik nije dužan da objavi odgovor na informaciju.²⁷

Ukoliko odgovorni urednik objavi odgovor na informaciju, pravo na odgovor lica čije je pravo ili interes povređen ili bi mogao da bude povređen, je ostvareno u prethodnom postupku. Međutim, ukoliko odgovorni urednik ne objavi odgovor na informaciju iako ne postoje razlozi za neobjavljivanje odgovora, pravo na odgovor lica na koje se objavljena informacija odnosi nije ostvareno. To pravo neće biti ostvareno ni u slučaju da je odgovor objavljen na nepropisan način – suprotno načelima jednakosti informacije i odgovora i zabrane preinačenja i komentarisanja odgovora. U tom slučaju, lice koje je titular prava na objavljivanje odgovora i na koje se neposredno odnosi objavljena informacija ima pravo da podigne tužbu i svoje pravo zaštiti u sudskom postupku u parnici za objavljivanje odgovora na neistinitu, nepotpunu ili netačno prenetu informaciju.

7. Aktivnu procesnu legitimaciju za podizanje tužbe za objavljivanje odgovora na neistinitu, nepotpunu ili netačno prenetu informaciju ima tačno određen krug lica. Najpre, aktivno procesno legitimisano je lice na koje se informacija lično odnosi a podesna je da povredi njegovo pravo ili interes. Nesporno je da će ovo lice moći da podigne tužbu i zahteva pružanje pravne zaštite u ovom postupku tek onda ukoliko nije uspeo prethodni postupak za objavljivanje odgovora na informaciju kod odgovornog urednika javnog glasila. Ukoliko je lice nesposobno da se stara o svojim interesima, tužbu podiže zakonski zastupnik u njegovo ime, a u ime pravnog lica to čini organ pravnog lica.

I učesnici pravnog lica mogu biti aktivno procesno legitimisani za podizanje tužbe. Ukoliko se objavljena informacija odnosi na samo pravno lice ili lično na učesnika pravnog lica, član, organ ili zaposleni u pravnom licu ima pravo na podizanje tužbe za objavljivanje odgovora na informaciju.

Zakonodavac je predvideo i pravila u slučaju da je lice na koje se objavljena informacija odnosi umrlo. Tada tužbu za objavljivanje odgovora na informaciju mogu podići supružnik umrlog, njegova deca, njegovi roditelji. Takođe, aktivno procesno legitimisani su i pravno lice čiji je umrla bio učesnik u slučaju da se

²⁷ Videti: čl. 58. st. 1. t. 1–19. ZJI. Npr. ako je odgovor podnelo lice na koje se informacija ne odnosi lično, ako se odgovor ne odnosi na informaciju na koju podnosilac odgovora tvrdi da odgovara, ako nije označena informacija na koju se odgovara a urednik ne može da utvrdi na koju se informaciju odnosi, ako se odgovor odnosi na mišljenje a ne na tvrdnju o činjenicama, kao i ako odgovor ne sadrži tvrdnju o činjenicama već mišljenje, itd (Videti: Presuda Okružnog suda u Beogradu P. br. 121/03 od 18.2.2005. godine i presuda Vrhovnog suda Srbije u Beogradu Gž. br. 60/05 od 5.5.2005. godine, Bilten Okružnog suda u Beogradu, br. 68/2005, dostupno na: <http://www.propisionline.com/Practice/Decision/23173>; Presuda Okružnog suda u Beogradu P. 97/2004 od 15.12.2004. godine i Presuda Vrhovnog suda Srbije u Beogradu Gž. 26/05 od 17.2.2005. godine, Bilten Okružnog suda u Beogradu, br. 66/2005, dostupno na: <http://www.propisionline.com/Practice/Decision/23099>; presuda Okružnog suda u Beogradu P. 50/2004 od 18.5.2004. i Gž.rešenje Vrhovnog suda Srbije u Beogradu Gž.br. 84/04 od 15.9.2004. godine, Bilten Okružnog suda u Beogradu, br. 64/2005, dostupno na: <http://www.propisionline.com/Practice/Decision/23098>, odlukama pristupljeno: 24. jula 2013. godine).

informacija tiče njegovog učešća u pravnom licu, kao i druga lica čiju uspomenu na umrlog može da povredi ili povređuje objavljena informacija.²⁸ Možda se, na ovom mestu, može uputiti kritika zakonodavcu što nije preciznije odredio krug lica čiju uspomenu na umrlog može da povredi ili povređuje informacija koja je objavljena. Sud će u nedostatku preciznijeg određivanja u svakom konkretnom slučaju određivati koja su to lica aktivno procesno legitimisana za podizanje tužbe.²⁹

8. Tužba za objavljivanje odgovora na objavljenu informaciju se podiže u tačno predviđenom roku i to u roku od 30 dana od dana isteka roka za objavljivanje odgovora od strane urednika u prethodnom postupku.³⁰ Rok je prekluzivne prirode te se protekom roka gubi pravo na podizanje tužbe za objavljivanje odgovora na nepotpunu, neistinitu ili netačno prenetu informaciju. U slučaju podizanja tužbe nakon proteka zakonom propisanog roka, sud će tužbu odbaciti kao neblagovremenu. Kako je moguće da lice na koje se odnosi informacija umre u toku roka za traženje objavljivanja odgovora u prethodnom postupku, odnosno u toku roka za podizanje tužbe za objavljivanje odgovora, ili pravno lice prestane da postoji u toku ovih rokova, rok će teći iznova i to od dana smrti, odnosno prestanka pravnog lica.³¹

9. Prema svojoj pravnoj prirodi, tužba za objavljivanje odgovora na informaciju je tužba za osudu na činidbu. Tužilac svojim tužbenim zahtevom sadržanim u tužbi traži od suda da tuženom naredi objavljivanje odgovora na neistinitu, nepotpunu ili netačno prenetu informaciju, pod pretnjom plaćanja određene primerene novčane svote tužiocu u slučaju neobjavljivanja odgovora.

Kondemnatorna tužba za objavljivanje odgovora na informaciju podnosi se nadležnom sudu. Nadležan je viši sud³² na čijem području se nalazi sedište osnivača javnog glasila.

Tužba, kao inicijalna parnična radnja mora biti formalno uredna i mora sadržati sve elemente predviđene odredbama ZPP. Tužilac je dužan da uz tužbu priloži i dokaze o objavljenoj informaciji. U tom smislu, tužilac prilaže primerak ili kopiju štampane stvari u kojoj je objavljena informacija, odnosno, ukoliko je u mogućnosti, tonski ili video zapis emisije u kojoj je objavljena neistinita, nepotpuna ili netačno prenetu informacija. U svom tužbenom zahtevu, kao najbitnijem

²⁸ Videti: čl. 48. st. 3. ZJI.

²⁹ Npr. mogu li to biti vanbračni partner, lice koje je sa umrlim živelo u zajedničkom domaćinstvu, brat ili sestra umrlog lica, itd.?

³⁰ Identični rokovi predviđeni su i odredbama iz čl. 46. st. 2. ZM RH i čl. 31. st. 2. ZM CG.

³¹ Čl. 52. ZJI.

³² Videti: čl. 23. st. 1. t. 7. Zakona o uređenju sudova ("Službeni glasnik RS", br. 116/2008, 104/2009).

elementu tužbe, tužilac je dužan da označi i celokupan tekst odgovora na informaciju koji će tuženi objaviti ukoliko sud usvoji tužbeni zahtev.³³

10. Postupak za objavljivanje odgovora na neistinitu, nepotpunu ili netačno prenetu informaciju koncipiran je na načelu hitnosti. Načelo hitnosti postupka očituje se najpre u činjenici da se predmet u parnici za objavljivanje odgovora dodeljuje sudiji na rad istog dana ili sledećeg dana nakon prijema tužbe u sudu. Ovakvo zakonodavno rešenje svakako ide u prilog ostvarivanju načela hitnosti, u cilju bržeg odlučivanja i objavljivanja odgovora a samim tim i predupređenja povrede prava i interesa lica na koje se informacija odnosi (tužioca).

Kada tužilac podigne tužbu kod suda, tužba se dostavlja tuženom. Tuženi nije dužan da sudu uputi odgovor na tužbu jer u ovom posebnom parničnom postupku odgovor na tužbu nije obavezna procesna radnja tuženog.³⁴ U ovom postupku se ne zakazuje i ne održava pripremno ročište, što je takođe, odstupanje od opšteg parničnog postupka u kome se pripremno ročište zakazuje i održava u roku od 30 dana od dana dostavljanja tužiocu odgovora na tužbu.³⁵

Ostvarivanje načela hitnosti u ovom posebnom parničnom postupku konkretizovano je i odredbama o rokovima. Najpre, ročišta se zakazuju u razmacima koji ne mogu biti duži od osam dana. Potom, prvo ročište za glavnu raspravu održava se u roku od osam dana od dana prijema tužbe u sudu. Evidentno je da pravila o neobaveznosti odgovora na tužbu i o nezakazivanju pripremnog ročišta, te pravila o rokovima, pored toga što predstavljaju odstupanje od pravila opšte parnične procedure, posebno pogoduju poštovanju načela hitnosti u ovom postupku.³⁶

Na prvo ročište za glavnu raspravu sud poziva tačno određena lica. Poziv za prvo ročište za glavnu raspravu dostavlja se tužiocu, tuženom i eventualno svedocima. U pozivu za prvo ročište za glavnu raspravu sud sva pozvana lica upozorava na posledice njihovog izostanka sa zakazanog ročišta. Zakonodavac se u ovom slučaju koristi fikcijama. Ukoliko tužilac izostane sa prvog ili bilo kog drugog ročišta za glavnu raspravu, smatraće se da je tužbu povukao. Kada je u pitanju tuženi, ukoliko izostane sa prvog ročišta za glavnu raspravu, propisano je da se može

³³ Videti: Rešenje Vrhovnog suda Srbije Gž. 221/85 od 1. 3. 1985, navedeno prema: Vučković, V. – Zaštita prava ličnosti putem ispravke objavljene informacije, odgovora na objavljenu informaciju i opoziva izjave, Izbor sudske prakse br. 2/2004, str. 15, napomena br. 25; Rešenje Vrhovnog suda Srbije, Gž. 16/07 od 13. februara 2007, Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije, br. 1/2007, str. 100–101.

³⁴ Videti: čl. 297. st. 1. ZPP.

³⁵ Pripremno ročište u opštem parničnom postupku je obavezno, osim kada sud po prijemu odgovora na tužbu utvrdi da među strankama nema spornih činjenica, odnosno ako je spor jedinstavan, hitan ili ako je zakonom tako propisano (čl. 302. ZPP).

³⁶ O posebnosti ovog postupka, videti i: Palačković, D. – navedeno delo, str. 335; Andrejević, S. – Zakon o javnom informisanju Srbije: građanskopravna zaštita prava na javno informisanje, Bilten Vrhovnog suda Srbije, br. 3/2007, prvi tom, str. 76–80.

doneti presuda, kao i da će u slučaju njegovog izostanka sa nekog drugog ročišta sud doneti presudu i to na osnovu do tada utvrđenog činjeničnog stanja.³⁷ I jedna i druga fikcija su vrstasankcije za tužioca i tuženog zbog njihove procesne pasivnosti u postupku koji odlikuje hitnost u postupanju.

Nakon što se tužba za objavljivanje odgovora na informaciju dostavi odgovornom uredniku radiodifuznog glasila koje je informaciju i objavilo, odgovorni urednik je dužan da na zahtev suda, neodložno dostavi sudu tonski, odnosno video zapis emisije u kojoj je informacija objavljena. Ukoliko odgovorni urednik ne dostavi tražene zapise, bez opravdanih razloga, sud može odlučiti na njegovu štetu.

Posebna situacija u parnicama za objavljivanje odgovora na neistinitu, nepotpunu ili netačno prenetu informaciju je ona u kojoj nakon podnošenja tužbe dođe do promene odgovornog urednika javnog glasila. U tom slučaju, tužilac je dužan da preinači tužbu. Radi se o subjektivnom preinačenju tužbe. Tužilac umesto prvobitno tuženog tuži drugo lice koje stupa u parnicu umesto dotadašnjeg tuženog. Tada dolazi do čisto procesne sukcesije i stari tuženi istupa iz parnice.

Prema odredbi iz čl. 53. st. 5. ZJI za preinačenje tužbe nije potreban pristanak ni prvobitno tuženog ni novog odgovornog urednika javnog glasila kao novotuzenog.³⁸ I na ovom mestu konstatujemo odstupanje od pravila opšte parnične procedure, kojima se za subjektivno preinačenje tužbe, pored ostalih pretpostavki, zahteva pristanak i prvobitno tuženog i novog tuženog.³⁹ Ukoliko tužilac ne preinači tužbu do zaključenja glavne rasprave, sud će odbaciti tužbu.

U postupku u parnicama za objavljivanje odgovora na informaciju ne može doći do mirovanja postupka kao oblika privremenog obustavljanja parnične delatnosti. Zakonom je izričito predviđeno da u postupku u parnicama za objavljivanje odgovora nema mirovanja postupka.⁴⁰ Kako je nakon donošenja ZJI donet ZPP u kome više ne egzistira mirovanje postupka kao vid privremenog obustavljanja parnične delatnosti, ova odredba ZJI nema važnost.

U postupku u parnicama za objavljivanje odgovora moguće je podići predlog za vraćanje u pređašnje stanje, kao specifično pravno sredstvo kojim stranka zahteva vraćanje parnice u stanje pre propuštanja roka ili ročišta iz opravdanih razloga. Rokovi za vraćanje u pređašnje stanje su u ovom postupku znatno kraći. Subjektivni rok iznosi jedan dan od dana prestanka izuzetnih okolnosti,

³⁷ Čl. 62. st. 4. ZJI.

³⁸ Rešenje Apelacionog suda u Beogradu Gž br.1080/11 od 09.03.2011.godine i presuda Višeg suda u Beogradu P-3 br. 12/10 od 03.09.2010.godine, Bilten Višeg suda u Beogradu, br. 81/2011, dostupno na: [http://www.bg.vi.sud.rs/images/BILTEN_SUDSKA_PRAKSA\(1\).pdf](http://www.bg.vi.sud.rs/images/BILTEN_SUDSKA_PRAKSA(1).pdf), pristupljeno: 24. jula 2013. godine.

³⁹ Kada je u pitanju prvobitni tuženi, preinačenje tužbe se u odnosu na njega javlja kao povlačenje tužbe, te je njegov pristanak na preinačenje tužbe neophodan. S druge strane, pristanak novog tuženog je neophodan jer on preuzima parnicu u onom stanju u kome se ona nalazi u trenutku preinačenja tužbe (Tako: Stanković, G. – navedeno delo, 2010, str. 353).

⁴⁰ Čl. 62. st. 5. ZJI.

dok se vraćanje u pređašnje stanje ne može tražiti po isteku roka od pet dana od dana propuštanja procesne radnje. Iako zakonodavac prilikom propisivanja subjektivnog roka govori o roku koji teče od dana prestanka izuzetnih okolnosti, može se smatrati da se radi o roku koji počinje da teče od dana kada je prestao razlog koji je prouzrokovao propuštanje, shodno odredbama ZPP. Zakonodavac nije izričito predvideo da li je subjektivni rok predviđen u istom trajanju i ukoliko je stranka kasnije saznala za propuštanje. Moglo bi se zaključiti da će u slučaju da je stranka kasnije saznala za propuštanje, rok od jednog dana početi da teče od dana kada je stranka saznala za propuštanje. Svakako, objektivni rok iznosi pet dana od dana propuštanja.

Sud će rešenjem odbaciti neblagovremen i nedozvoljen predlog za vraćanje u pređašnje stanje. Sud će, takođe, odbaciti kao neuredan i predlog za vraćanje u pređašnje stanje uz koji nije preduzeta propuštena radnja, u slučaju da se vraćanje u pređašnje stanje traži zbog propuštanja roka kada je predlagač dužan da istovremeno sa predlogom preduzme i propuštenu radnju.

Predmet raspravljanja u postupku u parnicama za objavljivanje odgovora na informaciju izričito je predviđen zakonom. Prema odredbi iz čl. 47. st. 3. ZJI u ovom postupku se raspravlja samo o činjenicama koje su određene zakonom a od kojih zavisi obaveza odgovornog urednika da objavi odgovor na informaciju. Može se zaključiti da se u postupku raspravlja o tome da li je objavljena informacija podesna da povredi pravo ili interes lica na koje se odnosi, da se raspravlja o rokovima za podnošenje zahteva i tužbe, o srazmernosti informacije i odgovora, pravilima objavljivanja i razlozima za neobjavljivanje odgovora na informaciju.⁴¹ Sud dakle neće ocenjivati niti utvrđivati da li je objavljenom informacijom koja je neistinita, nepotpuna ili netačno prenesena povređeno pravo ili interes lica na koje se informacija odnosi, već se smatra da je dovoljno da je sama informacija podesna da ih povredi.⁴²

11. Kad utvrdi da postoje zakonom predviđeni uslovi, sud donosi presudu u postupku u parnicama za objavljivanje odgovora na informaciju. Sud je dužan da presudu donese odmah po zaključenju glavne rasprave, kada je javno i objavljuje.⁴³ Donetu presudu u obliku overenog prepisa sud dostavlja strankama u roku od tri dana od dana donošenja.⁴⁴

Ukoliko sud usvoji tužbeni zahtev tužioca, presuda ima kondemnatorni karakter. Presudom sud naređuje tuženom da odgovor na informaciju objavi u skla-

⁴¹ Videti: Ivošević, V. - navedeno delo, str. 17.

⁴² U tom smislu: Vučković, V. - navedeno delo, str. 13.

⁴³ Čl. 64. st. 1. ZJI. Odredbama ZJI nije predviđena mogućnosti za sud da u složenijim predmetima odloži objavljivanje presude za osam dana od dana zaključenja glavne rasprave kako je predviđeno odredbom iz čl. 352. st. 3. ZPP.

⁴⁴ I na ovom mestu uviđamo odstupanje od pravila opšte parnične procedure (uporediti: čl. 354. st. 1. i 4. ZPP).

du sa rokovima i na način predviđen zakonom. Shodno dispozitivu presude i pojedinačnoj pravnoj normi koja je u njemu formulisana, urednik javnog glasila je dužan da odgovor objavi bez odlaganja, a najkasnije u drugom narednom broju dnevne štampe, odnosno u drugoj narednoj dnevnoj emisiji. Objavljivanje odgovora mora biti izvršeno tako da se ispoštuje načelo jednakosti odgovora i informacije.

U određenim situacijama sud neće doneti presudu kojom će usvojiti tužbeni zahtev tužioca. Postoji mogućnost da sud donese presudu kojom se odbija tužbeni zahtev. Tada sud presudom neće narediti tuženom objavljivanje odgovora na informaciju. Ovakav ishod postupka izvestan je u slučajevima kada je ispunjen jedan od razloga predviđenih odredbama iz čl. 58. st. 1. t. 1 – 19. ZJI koji se tiču nepostojanja dužnosti odgovornog urednika da odgovor objavi. Ovi razlozi važe i za neobjavljivanje dela odgovora na informaciju.

12. Ukoliko je sud usvojio tužbeni zahtev, doneo presudu i naredio objavljivanje odgovora na informaciju, dužnost je odgovornog urednika da odgovor i objavi. Međutim, postoji mogućnost da se nakon nastupanja pravnosnažnosti presude kojom je naređeno objavljivanje odgovora promeni odgovorni urednik javnog glasila. U tom slučaju, dužnost objavljivanja odgovora na informaciju, koja je utvrđena u presudi, prelazi na novog odgovornog urednika javnog glasila (čl. 68. ZJI).

Overeni prepis presude koja je postala pravnosnažna, kojom je naređeno objavljivanje odgovora na informaciju, dostavlja se odmah i osnivaču javnog glasila.

13. Protiv presude donete u postupku za objavljivanje odgovora na informaciju stranke mogu izjaviti određene pravne lekove. Najpre, stranke mogu izjaviti žalbu kao redovan pravni lek koji se izjavljuje u roku od pet dana od dana kada je stranci dostavljen overen prepis presude.⁴⁵ U žalbenom postupku žalba se ne dostavlja protivnoj strani na odgovor. Kada je primio izjavljenu žalbu i utvrdio da je blagovremena i dozvoljena, prvostepeni sud je zajedno sa svim ostalim spisima dostavlja drugostepenom sudu. Prvostepeni sud je dužan da dostavljanje izvrši u roku od dva dana od dana prijema žalbe. Drugostepeni sud je dužan da o žalbi odluči u roku od pet dana od dana prijema žalbe sa svim ostalim spisima.⁴⁶

Evidentno je da je zakonodavac odredbama koje se odnose na žalbu kao pravni lek posvetio malu pažnju, regulišući samo osnovna odstupanja od opšte parnične procedure koja su u ovom domenu više nego očigledna. Sumarnost odredaba o žalbi je, čini se, rezultat težnje zakonodavca da akcenat stavi na veoma kraće rokove u žalbenom postupku i nepostojanje određenih procesnih radnji suda i stranaka.⁴⁷ S druge strane, nije ni bilo neophodno detaljno razrađivati pra-

⁴⁵ Videti: čl. 65. st. 1. ZJI.

⁴⁶ Videti: čl. 65. st. 5. ZJI.

⁴⁷ Odstupanja u odnosu na opšti parnični postupak su, kako je već rečeno, očigledna. Najpre, rok za žalbu prema odredbama ŽPP iznosi 15 dana od dana dostavljanja prepisa presude, dok

vila postupka po žalbi s obzirom na činjenicu da se u postupku po žalbi na donetu presudu, kao i u samom postupku u parnicama za objavljivanje odgovora na informaciju shodno primenjuju pravila ZPP.⁴⁸ Može se konstatovati da su ovom posebnom parničnom postupku rokovi u pogledu izjavljivanja žalbe kao i rokovi u pogledu postupanja prvostepenog i drugostepenog suda znatno kraći,⁴⁹ što je u skladu sa proklamovanim načelom hitnog postupanja u ovom postupku.⁵⁰

Kada je u pitanju predlog za ponavljanje postupka, zakonom je precizno regulisano iz kojih se razloga može podneti i u kojim rokovima stranka može zahtevati ponavljanje postupka. Predlog za ponavljanje postupka se može podneti: ako je sud bio nepropisno sastavljen ili ako je sudio sudija koji je po zakonu morao da bude izuzet ili ako je u donošenju presude učestvovao sudija koji nije učestvovao na glavnoj raspravi; ako je stranci nezakonitim postupanjem a naročito propuštanjem dostavljanja bilo onemogućeno da raspravlja pred sudom; ako se odluka zasniva na lažnom iskazu svedoka ili veštaka; ako se odluka zasniva na ispravi koja je falsifikovana ili u kojoj je overen neistinit sadržaj, i ako je do odluke suda došlo usled krivičnog dela sudije, sudije porotnika, zakonskog zastupnika ili punomoćnika stranke, protivne stranke ili trećeg lica.

Predlog za ponavljanje postupka podnosi se u roku od osam dana od dana saznanja za razlog zbog koga se ponavljanje traži a najkasnije u roku od 30 dana od dana nastupanja pravnosnažnosti presude. I rokovi su znatno kraći u odnosu

je rok za žalbu u postupku za objavljivanje odgovora na informaciju pet dana. Potom, žalba na presudu donetu u postupku za objavljivanje odgovora na informaciju se ne dostavlja na odgovor protivnoj stranci. U opštem parničnom postupku, žalba je dvostran pravni lek i dostavlja se protivnoj stranci na odgovor koja može u roku od 15 dana od dana dostavljanja da podnese odgovor na žalbu (čl. 380. st. 1. ZPP). Zatim, žalba protiv presude donete u postupku za objavljivanje odgovora na informaciju dostavlja se sa svim spisima drugostepenom sudu u roku od dva dana od prijema žalbe. U opštem parničnom postupku ona se dostavlja u roku od osam dana od dana prijema odgovora na žalbu ili od dana proteka za odgovor na žalbu. I najzad, drugostepeni sud je dužan da odluči o žalbi u roku od pet dana od dana prijema žalbe na presudu donetu u postupku za objavljivanje odgovora na informaciju. U opštem parničnom postupku drugostepeni sud je dužan da odluči o žalbi najkasnije u roku od devet meseci od dana prijema spisa od prvostepenog suda, ukoliko ne održava drugostepenu raspravu. Ukoliko održava raspravu, sud određuje vremenski okvir za sprovođenje postupka (čl. 383. st. 2. i 5. ZPP).

⁴⁸ Čl. 70. ZJI.

⁴⁹ Ukoliko sud prekorači precizno određene rokove (koji se tiču održavanja prvog ročišta za glavnu raspravu, dostavljanja presude strankama, dostavljanja žalbe drugostepenom sudu od strane prvostepenog suda i dostavljanja presude koja je postala pravnosnažna osnivaču javnog glasila), na predlog tužioca, predsednik suda će bez odlaganja dodeliti predmet u rad drugom veću (čl. 69. st. 1. ZJI). Sve preduzete radnje koje je preduzelo prvobitno veće, kao i radnje stranaka koje su pred njim preduzete ne moraju se ponavljati i ostaju u važnosti.

⁵⁰ Rokovi identične dužine predviđeni su odredbama ZM CG u pogledu izjavljivanja žalbe i postupanja prvostepenog i drugostepenog suda (čl. 33. st. 1–2. ZM CG). Videti opširnije: Stanković, G. – Račić, R. – Građansko procesno pravo, prva sveska, Parnično procesno pravo, Pravni fakultet Univerziteta Mediteran, Podgorica, 2010, str. 559–560.

na opšti parnični postupak a znatno je kraća i lista razloga iz kojih se ponavljanje postupka može tražiti.

Revizija protiv presude drugostepenog suda nije dopuštena.⁵¹

14. Na kraju, moguće je zaključiti da je zakonodavac vrlo detaljno regulisao pravila postupanja u ovom posebnom parničnom postupku. U odnosu na raniji Zakon o javnom informisanju (1998) u kome veliki broj pitanja nije bio regulisan (npr. u kom roku se može tražiti od odgovornog urednika da objavi odgovor, koji su razlozi iz kojih odgovorni urednik može da odbije da objavi odgovor, u kom roku se može podići tužba kod suda, koji je sud stvarno nadležan za postupanje, koji su rokovi predviđeni za radnje suda i stranaka, zbog čega nije naglašeno načelo hitnosti postupka koje bi trebalo da odlikuje ovaj poseban parnični postupak, koji pravni lekovi se mogu izjaviti protiv donete presude), važeći ZJI skoro u potpunosti normativno uređuje kako prethodni postupak, kao način vansudskog ostvarenja prava na odgovor na informaciju, tako i sudski postupak, posebno naglašavajući njegovu hitnost. Hitnost u postupanju konkretizovana je kroz odredbe o rokovima i izostavljanje određenih instituta svojstvenih opštem parničnom postupku (npr. odgovor na tužbu, pripremno ročište, dostavljanje žalbe na odgovor). U tom smislu se i najviše odstupa od pravila opšte parnične procedure koja se shodno primenjuju u ovom postupku.

Ukoliko se zanemari upotreba neadekvatnih tehničkih termina (npr. bračni drug, okružni sud) što je posledica primene novih termina u kasnije usvojenim zakonima i nepostojanje određenih zakonskih rešenja (npr. ko su lica čiju uspomenu na umrlog može da povredi objavljena informacija), može se reći da je zakonodavac predvideo efikasan postupak za zaštitu prava na odgovor na objavljenu informaciju koja je podesna da povredi pravo ili interes lica na koje se odnosi.

VLADIMIR BORANIJAŠEVIĆ, Ph.D.,
Associate Professor, Faculty of Law, University of Priština,
Kosovska Mitrovica

THE PROCEDURE IN LITIGATIONS FOR PUBLICATION OF AN ANSWER
TO THE UNTRUE, INCOMPLETE OR INCORRECTLY
TRANSFERRED INFORMATION

Summary

The right to an answer to the published information which is untrue, incomplete or incorrectly transferred, but is suitable for confirmation of a right or legal interest of a person in question

⁵¹ Čl. 65. st. 7. ZJI.

is planned and underwritten by regulations of international and domestic legal acts. The right to an answer to the information can be accomplished by both contentious and judicial procedures. In the paper the author analyzes the rules used in the procedure in litigations for publication of an answer to the untrue, incomplete or incorrectly transferred information.

The author thoroughly discusses normative solutions from the regulation of the Law on Public Information of the Republic of Serbia, points to the specificities of these special legal proceedings and stresses exceptions to the basic legal procedure.

VUKAŠIN RISTIĆ

DOPRINOS PROCESNIH ZAKONA REPUBLIKE SRBIJE U OSTVARIVANJU CILJEVA REFORME U PRAVOSUĐU

**– Poseban osvrt na izvršene izmene u Zakonu o parničnom postupku
i u Zakonu o izvršenju i obezbeđenju –**

U V O D

Republika Srbija je, donošenjem Nacionalne strategije reforme u pravosuđu u maju mesecu 2006. godine, pristupila sprovođenju suštinske reforme u celokupnom pravosudnom sistemu u zemlji, sa ciljem da se na dosledan način obezbedi princip vladavine prava, kroz podelu vlasti na tri grane- zakonodavnu, izvršnu i sudsku vlast.

Ciljevi planirane reforme u ovoj oblasti, posebno su se odnosili na nezavisnost pravosuđa, uspostavljanje nove mreže sudova u Republici, smanjenje troškova funkcionisanja sudova i smanjenje troškova građana, koji svoja povređena i narušena prava ostvaruju pred sudovima. Posebni ciljevi u efikasnijem i racionalnijem ostvarivanju reforme, odnosili su se na izmene postojećih i donošenje novih procesnih zakona, po uzoru na moderna evropska zakonodavstva u ovoj oblasti.

U 2006. godini, u novembru mesecu, donet je nov Ustav Republike, koji je trebalo da obezbedi pravni osnov za brže sprovođenje reforme, a nešto kasnije, u decembru mesecu 2008. godine, donet je set potpuno novih tzv. pravosudnih zakona, na osnovu kojih je, na nov način izvršeno novo uređivanje, organizacija i nadležnost organa pravosuđa, sa primenom od početka 2010. godine. Ti novi zakoni, uz ostalo, uveli su tzv. razumne kratke i tzv. rokove za preduzimanje radnji u

Vukašin Ristić, predsednik Udruženja pravnika Beograda.

konkretnim postupcima, čije nepoštovanje je imalo negativne posledice, kako za organe pravosuđa koji su ih vodili, tako i za ostale subjekte.

Rukovodeći se navedenim ciljevima u realizaciji reforme, zakonodavni organi Republike pristupili su brojnim i hitnim izmenama procesnih zakona, kao i donošenju novih, po uzoru na zakone evropskih modernih sistema u ovoj oblasti, uzimajući istovremeno u obzir i činjenicu da je napred navedenim najopštijim pravnim aktima u zemlji, stvoren dovoljan, ustavni i zakoniti, osnov za te promene. Zakonom su ukinuti svi sudovi u zemlji, sa prestankom rada na dan 31. decembra 2009. godine, a organizovana je nova mreža sudova, sa znatno smanjenim brojem i različitom nadležnošću u odnosu na ranije postojeće sudove.

Novoobrazovani zakonodavno-izvršni organ, Visoki savet sudstva sa ministrom pravde, doneo je novu smanjenu sistematizaciju u svim sudovima, pa se pojavio znatan višak nosilaca stalne sudijske funkcije u toj novoj mreži sudova.

Iz tih i nekih drugih razloga, koji su ovom skupu poznati, odlučeno je da krajem 2009. godine, prestane stalna funkcija svim sudijama koji ne budu izabrani po novom Zakonu o sudijama. Kao razlog prestanka je, kako je navedeno u čl. 101. tog zakona, u činjenici da su, na njihova mesta izabrana druga lica, u skladu sa tim zakonom!

Time je u Zakon o sudijama iz 2008. godine, i to u prelaznim i završnim odredbama, uveden nov razlog prestanka stalne sudijske funkcije, u odnosu na razloge prestanka te funkcije, izričito pobrojane u ranijem Ustavu i ranijim zakonima iz ove oblasti, koji su bili u primeni u vreme njihovog izbora. Štaviše, ovaj Zakon, propisani novi razlog za prestanak stalne sudijske funkcije, ne ugrađuje u glavu petu („svi razlozi”), kao što bi se moglo očekivati, već na kraju samog zakona u navedenim prelaznim i završnim odredbama, što nije uobičajeno.

Kao da se zakonodavac u poslednjem momentu donošenja ovog zakona prisetio tog razloga, kao osnov i opravdanje za neizbor tih lica, što je bilo protivno Ustavu i ranijim propisima po kojima su ista izabrana. Ta lica su u momentu izbora znala pod kojim uslovima i razlozima stalna funkcija može da im prestane, a inače je neuobičajeno da se propiše da nekom nezaposlenom licu, ma koju dužnost da obavlja, prestaje radni odnos iz razloga što je u međuvremenu izabrao drugo lice na njegovo radno mesto!

Takođe, nama nije poznato da je u vreme kada je vršen izbor (reizbor) ovih lica, bilo na koji način propisan zakonom, tim licima prestala ta funkcija, da bi ona bila u obavezi da po, nezakonito objavljenom oglasu, podnose prijave za izbor na istu funkciju. Praktično, lice koje je na stalnoj sudijskoj funkciji i koje ne zna da li će mu i kada ista prestati, podnosi prijavu za izbor na tu istu funkciju, jer da će mu postojeća funkcija, svakako prestati!?

Pitanje je, kakav bi ishod bio u odnosu na status tih lica u postupku izbora (reizbora), da uopšte nisu podnosili prijave za novi izbor. Ovlašćeni organ bi morao da donese odluku o prestanku njihove funkcije, jer nisu izabrani po pomenutom Zakonu, pošto nisu ni podneli prijave, zanemarujući važeće odredbe

tog istog Zakona da im ta funkcija ne može prestati, samim ukidanjem, odnosno prestankom rada suda u kojim su ovu funkciju obavljali.

Referat nema za cilj da se osvrće na sve anomalije i nepravilnosti u vezi sa ustanovljenjem novog, zakonodavno-izvršnog organa Visokog saveta sudstva, izborom njegovih članova i beneficijama izbornih članova iz reda sudija, čak i u slučaju prestanka njihovog mandata.

Poznato je i široj javnosti na koji način i u kom periodu je postupak izbora okončan, te koje su sve nemerljive štete od takvog postupanja tog organa, pretrpeli država, ta lica, kao i građani koji su tražili pravdu preko tih novo uspostavljenih sudova i dr.

Međutim, ovo spominjemo zato što je takav stav i način postupanja ovog organa imao presudan uticaj na sprovođenje reforme i ostvarivanje njenih ciljeva, za koju se, posle toliko vremena, može, bez ikakve rezerve, zaključiti da je doživjela potpun neuspeh. Reforma nije ostvarena ni u jednom segmentu, a njome pričinjena neprimerena šteta u svakom vidu, za koju nema izgleda da će se u dogledno vreme, makar delimično nadoknaditi.

Zato, i kada govorimo o brojnim izmenama i dopunama procesnih zakona, koji su imali ulogu da te novine i moderna rešenja sprovedu u život, ne možemo se oteti utisku da smo, brzopleto, bezglavo, bez stručne i kvalitetne analize, pristupili ovim promenama, koje su praktično, ostale bez ikakvih rezultata. Takvo postupanje ovog organa stvorilo je kod sudija neprimereni strah o njihovoj daljoj sudbini i njihovom samostalnom i nezavisnom radu, te je potrebno vreme da se i u ovom domenu uspostavi normalno stanje, u odnosu na status sudija i ovlašćenja koja im po zakonu pripadaju. Da postupaju i presuđuju po zakonu, bez ucena i pritisaka izvršnih i zakonodavnih organa i njihovih predstavnika.

Savet za borbu protiv korupcije Republike Srbije, sačinio je Izveštaj o sprovedenoj reformi pravosuđa na dan 24.04.2012. godine, i, nakon detaljnije analize postignutih rezultata u njenom ostvarivanju, doneo je određene zaključke i preporuke Visokom savetu sudstva, u kojima se, pored ostalog, ukazuje potreba da se preispita stanje o ukupnom broju sudija, na osnovu prethodno utvrđenih kriterijuma, imajući u vidu preveliku opterećenost postojećeg, smanjenog broja sudija u svim vrstama predmeta.

Takođe je predloženo da se preispita rad i da se pokrene postupak protiv svih organa i aktera u ostvarivanju neuspele reforme i protiv odgovornih lica u tim organima za teške posledice koje su, neodgovornim i nezakonitim radom dovele do degradacije pravosuđa. U skladu sa tim predloženo je i da se preispita primenjivost procesnih zakona iz svih oblasti prava u parničnoj, krivičnoj, upravnoj i izvršnoj oblasti.

U svakom slučaju, ocena je ovog organa da planirani ciljevi reforme ni u jednom segmentu nisu ni približno ostvareni, već da je, naprotiv, pravosuđe u međuvremenu zapalo u još veće probleme i svoj ugled do kraja urušilo. Ovakvom stanju u vezi sa sprovođenjem planirane reforme, doprineli su i sami akteri, jer su

olako i bez temeljnih analiza, preduzimali aktivnosti, koje su sve više dovodile do opadanja ugleda pravosuđa u celini.

Nakon donošenja poznate odluke Ustavnog suda Srbije, u julu mesecu 2012. godine, o poništavanju svih odluka Visokog saveta sudstva o neizboru i prestanku stalnih sudijskih i javno tužilačkih funkcija i njihovom ponovnom uključivanju u obavljanju tih funkcija, stanje se bitno popravilo. U toku su intezivne aktivnosti na izmenama i donošenju novih procesnih zakona iz navedenih oblasti sa ciljem, da se više dovedu u sklad sa postojećim stanjem i postojećim društveno ekonomskim odnosima u zemlji. Preduzete su mere da se neizabrani nosioci pravosudnih funkcija u sudovima i javnim tužilaštvima, potpuno uključe u obavljanje svojih profesionalnih obaveza, kao i u ranijem periodu, što je stvorilo potrebu i za ubrzano preduzimanje drugih mera na vraćanje stvari u pređašnje stanje, posebno u odnosu na broj i vrstu sudova i javnih tužilaštava, izmenu smanjene sistematizacije i dr..

Procesni zakoni u službi planirane reforme moraju se menjati i donositi sa više promišljenosti i svakodnevne provere njihove primene u praksi.

Među nosiocima pravosudnih funkcija vraća se poverenje u vladavinu prava i u nedodirljivost osnovnih načela o nezavisnosti i samostalnosti organa pravosuđa, da bi pravosuđe moglo da osigura postojećem društvu, veću i sigurniju budućnost i vratiti veru u garanciju osnovnih ljudskih prava, kao što je to i u iole razvijenom demokratskom društvu.

Doneti zakoni iz oblasti pravosuđa u 2008. godini, posebno u odnosu na novo uređenje, organizaciju i nadležnost sudova i javnih tužilaštava, nisu po našem mišljenju, imali oslonca u ranije donetom Ustavu za nova rešenja u odnosu na status, izbor i prestanak pravosudnih funkcija. U odnosu na činjenicu da li nosioci stalnih pravosudnih funkcija, donošenjem novog Ustava, podležu ponovnom izboru, odnosno reizboru, ili isti zadržavaju taj status, na način i pod uslovi- ma pod kojima je, svojevremeno izvršen njihov izbor, postoje različita mišljenja.

O tome se u svojim odlukama izjašnjavao i Ustavni sud, povodom brojnih inicijativa i predloga ovlašćenih subjekata za ocenu ustavnosti tih zakona i pojedinih njegovih odredaba, ali je isti konstatovao da ustavnost tih zakona nije narušena, pa su ti zahtevi za njenu ocenu, odbijeni. Nama su te odluke Ustavnog suda veoma sumnjive i bilo bi od opšte koristi da se pronađu razlozi da se pristupi njihovom preispitivanju!

Osim ispoljene brzopletosti i nedovoljne i neargumentovane stručne analize prilikom pristupanja sprovođenju ove reforme, ostaje uverenje da su najveći propusti ovlašćenih republičkih organa učinjeni kod donošenja zaključka da je po samom navedenom Ustavu i Ustavnom zakonu za njegovo sprovođenje, iz 2006. godine, bilo nužno da se izvrši ponovni izbor(reizbor)svih nosilaca pravosudnih funkcija, odnosno da im donošenjem Ustava na odgovarajući način *stalnost* tih funkcija prestaje!!

Naprotiv, naše je mišljenje koje se zasniva na samim ovim ustavnim aktima i koje nije usamljeno, da su sve nedaće i problemi nastali u vezi sa sprovođenjem reforme, upravo posledica takvog pogrešnog shvatanja, jer je činjenica da ni Ustav, ni Ustavni zakon ni na koji način nisu stvorili obavezu da se vrši ponovni izbor nosilaca stalnih sudijskih funkcija, odnosno da im ta funkcija, njihovim donošenjem i stupanjem na snagu prestaje.

Teško se mogla razumeti odluka najviših pravosudnih organa u zemlji da su i sudije na ranije izabranim stalnim funkcijama u obavezi da podnose prijavu za ponovni izbor, odnosno reizbor na iste funkcije, kada su bili u uverenju da im ta funkcija može prestati samo pod uslovima i pripisima, u vreme kada su na te funkcije bili izabrani. Neobjašnjivo je stanje da lice koje obavlja ovu funkciju kao stalnu, podnosi prijavu za izbor na tu istu funkciju, a ona mu u tom momentu nije prestala ni na jedan od zakonom predviđenih načina. Tako je i po Zakonu o sudijama iz 2008. godine, gde je, tek u prelaznim i završnim odredbama uveden nov razlog prestanka te funkcije-izbor nekog drugog lica na tu „njegovu” funkciju. Pošto je shvaćeno da znatno smanjeni broj sudija u novoj mreži sudova nije bio u mogućnosti da makar održava zatečenu ažurnost u rešavanju predmeta i da su ročišta u parničnoj i krivičnoj materiji održavana veoma retko i u dugim razmacima vremena, uporno se pokušavalo da se *izmenama* postojećih procesnih zakona i donošenjem novih, to stanje poboljša, što međutim nije dovelo ni do kakvih zadovoljavajućih rezultata.

Nova organizacija vlasti u zemlji, uključujući i personalne promene u republičkim pravosudnim organima preduzima mere u osnivanju novih radnih grupa, sastavljenih, pre svega od dokazanih stručnjaka u ovoj oblasti, da se preispitaju u međuvremenu izvršene promene u procesnim zakonima, te da se iste prilagode postojećem stanju sa ciljem efikasnijeg okončanja tih postupaka. Pojavljuje se potreba, takođe, da se, u suštini izvrši nova reforma, ove do sada sprovedene reforme, jer postavljeni osnovni ciljevi i zadaci u vezi sa njenim sprovođenjem, i dalje su aktuelni.

U daljem izlaganju ukazaćemo na neka nova rešenja zakonodavca u zakonima koji uređuju parničnu i izvršnu materiju, čiji je cilj bio da se ti postupci učine efikasnijim, da se smanji veliko opterećenje sudija u njihovom postupanju i odlučivanju i time da lica čija su osnovna prava u tim oblastima narušena i povređena, brže i na racionalniji način, ta prava ostvare.

Kada govorimo o propustima zakonodavca u odnosu na donošenje pravosudnih zakona, treba spomenuti Zakon o sedištim i područjima sudova i javnih tužilaštava iz 2008. godine, sa primenom od početka 2010. godine. Izvršene su suštinske izmene u odnosu na osnivanje vrste sudova, određivanje njihovih sedišta i područja na kojima vrše nadležnost, izvršene su suštinske izmene prema ranije postojećem stanju. Ukidanjem velikog broja prvostepeni opštinskih sudova i osnivanjem osnovnih sudova sa formiranjem njihovih sudskih jedinica, izvršeno je smanjenje broja tih sudova za oko četiri puta, čime je naneta velika šteta pravo-

sudu u celini. Zbog toga je i za izmenu ovog zakona formirana nova radna grupa, koja će znatno povećati broj prvostepenih sudova i vratiti stanje, približno na raniji period, što će doprineti znatnom poboljšanju nezadovoljavajuće ažurnosti sudova.

Proizlazi da je zakonodavac, prebrzo i bez potrebnog sagledavanja posledica, donoseći izmene navedenih zakona iz pravosudne oblasti, praktično usporio aktivnost na sprovođenju reforme, što mu svakako nije bio cilj. I u ostalim zakonima iz ove oblasti u toku su izrade njihovih izmena u napred navedenom cilju.

U odnosu na procesne zakone, Zakon o parničnom postupku i Zakon o izvršenju i obezbeđenju, koji su više puta menjani, u cilju postizanja veće efikasnosti, kao i bržeg ostvarivanja prava subjekata, ukazaćemo, ukratko, samo na neke propuste i nelogičnosti zakonodavca u tim zakonima, ne dovodeći u pitanje njihov ukupan značaj za potpunije i efikasnije ostvarivanje reforme u oblasti pravosuđa.

Podsećamo da je materija opšteg parničnog postupka bila regulisana Zakonom o parničnom postupku iz 1977. godine, sa brojnim izmenama i dopunama, zaključno sa 2002. godinom. Nakon toga donet je novi zakon o parničnom postupku, po prvi put od strane Republike Srbije, u 2004. godini ("Službeni glasnik RS", br. 125/2004), sa izmenama i dopunama, donetim 29.12.2009. godine, kada su i stupile na snagu. Nakon toga, donet je novi Zakon o parničnom postupku u 2011. godini, koji je stupio na snagu 1. februara 2012. godine i koji je u primeni. U toku je rad radne grupe na donošenju izmena i dopuna ovog zakona, odnosno donošenja novog zakona.

Primetna je aktivnost zakonodavca na osavremenjavanju i ovog veoma značajnog procesnog zakona u građanskoj oblasti, iako neke od ovih izmena u praktičnoj primeni često stvaraju dileme o njihovoj sadržini i ciljevima koji se se želeli postići.

Osvrnućemo se na odredbe zakona kojima je uređeno postupanje po predmetu u žalbenom postupku, po kome je prvostepeni sud dva puta odlučivao, kao i u slučaju uvođenja u zakon tzv. posebne revizije i postupanja po istoj, uz kritički osvrt na te, nedavno ustrojene institute.

Onako kako se ovi instituti u praksi primenjuju, po našem saznanju, ne bi se moglo zaključiti da doprinose većoj i efikasnijoj sudskoj zaštiti i potpunijem ostvarivanju reforme u ovoj oblasti.

Naime, nemogućnost prvostepenog suda da i po treći put postupa i presuđuje po istom predmetu, u slučaju ukidanja prethodnih odluka tog suda, uvedena je odredbom iz člana 36. Zakona o izmenama i dopunama zakona o parničnom postupku iz 2009. godine, "Sl. glasnik RS", br. 111/09. U članu 373. ranijeg zakona, koji je propisivao mogućnost donošenja odluka drugostepenog suda povodom izjavljene žalbe, posle stava 2. dodat je novi stav 3. koji glasi: "U slučaju da je prvostepena presuda već jedanput bila ukinuta, drugostepeni sud ne može (ponovo) ukinuti presudu i uputiti predmet prvostepenom sudu na ponovno suđenje".

Kao što je napred rečeno, ta odredba se primenjuje od dana stupanja na snagu tih izmena i dopuna – 29.12.2009. godine.

U novom, važećem Zakonu o parničnom postupku ova odredba je zadržana i propisana u članu 383. stav 4. kao obavezna za drugostepeni sud, tako da je isti u toj situaciji dužan da zakaže raspravu, ukoliko se pobijana presuda zasniva na pogrešno i nepotpuno utvrđenom činjeničnom stanju ili su u postupku pred prvostepenim sudom učinjene bitne povrede odredaba parničnog postupka, osim ako se pobija presuda na osnovu priznanja, presuda zbog odricanja, presuda zbog propuštanja, presuda zbog izostanka, kao i presuda doneta bez održavanja glavne rasprave, odnosno ako se radi o presudi u sporu male vrednosti.

U ostalim odredbama ovog zakona uređen je postupak pred drugostepenim sudom u slučaju održavanja glavne rasprave.

U primeni ovih odredaba zapaženo je nedovoljno zalaganje predsednika veća prvostepenih sudova, koji o predmetu spora odlučuju po drugi put. Znajući da po tom predmetu neće više postupati i odlučivati nisu motivisani da spornu stvar rasprave u potpunosti, te i nisu skloni da do kraja postupe po primedbama drugostepenog suda, datim u već donetoj odluci povodom donošenja prve odluke. S druge strane, drugostepeni sud, kada postoji dilema da li da se održi glavna rasprava, po zakonu u ovim slučajevima obavezna, ili da se stane iza naknadne odluke prvostepenog suda i ista potvrdi, dolaze u iskušenje da izbegnu održavanje rasprave, čime se može povrediti načelo materijalne istine. Nastale posledice u ovom slučaju mogu da budu veoma teške zbog ograničene mogućnosti upotrebe revizije, kao vanrednog pravnog leka.

U svakom slučaju, smatramo, da je zakon morao da predvidi izvesne sankcije za sudiju prvostepenog suda, ukoliko je činjenično stanje ostalo nedovoljno utvrđeno, pogotovu u situaciji, ako nije do kraja i u potpunosti postupljeno po ranije datim primedbama od strane drugostepenog suda. Na to bi drugostepeni sud mogao i morao da administrativnim putem ukaže predsedniku prvostepenog suda, da bi se u tome otklonila svaka sumnja u nepristrasno i zakonito postupanje određenog sudije po tom predmetu.

U odnosu na institut posebne revizije podsećamo da je revizija kao vanredni pravni lek dozvoljena samo u izričito određenim slučajevima, u zavisnosti od vrednosti predmeta spora kao i vrste spora u pitanju.

Zakonom o izmenama i dopunama Zakona o parničnom postupku iz decembra meseca 2009. godine, izmenjene su i odredbe o mogućnosti podnošenja revizije, kao vanrednog pravnog leka, tako što je propisano da revizija nije dozvoljena u imovinskopravnim sporovima kada se tužbeni zahtev odnosi na utvrđenje prava svojine na nepokretnostima, potraživanje u novcu, predaju stvari ili izvršenje neke druge činidbe, ako vrednost predmeta spora pobijanog dela ne prelazi dinarsku protivvrednost 100.000,00 evra po srednjem kursu Narodne banke Srbije na dan podnošenja tužbe. Do tada imovinski cenzus za mogućnost podnošenja revizije iznosio je 500.000,00 dinara.

Po Zakonu o parničnom postupku iz 2004. godine, propisna je mogućnost podnošenja revizije i protiv drugostepene presude, koja se inače ne bi mogla pobijati revizijom, ako je po oceni apelacionog suda o njenoj dopuštenosti potrebno da se razmotre pravna pitanja od opšteg interesa, ujednači sudska praksa ili kad je potrebno novo tumačenje prava. Ovaj Zakon bio je u primeni do 1.02.2012. godine, kada je stupio na snagu važeći zakon, a da su apelacioni sudovi po prvi put ustavnovljeni Zakonom o uređenju sudova, sa početkom primene od 1.01.2010. godine. Odatle proizilazi da se navedene odredbe o posebnoj reviziji pre ovog datuma nisu mogle ni primenjivati zbog nepostojanja apelacionih sudova.

Zbog uočenih nedostataka u uređivanju ovog instituta, u važećem Zakonu o parničnom postupku, u članu 404, te odredbe su proširene i pojašnjene, najpre tako što je propisano da o dozvoljenosti ove revizije odlučuje apelacioni sud rešenjem i to u veću od troje sudija koji nisu učestvovali u donošenju drugostepene presude. Ukoliko taj sud ne dozvoli postupanje po posebnoj reviziji, protiv takvog rešenja stranka ima pravo žalbe Vrhovnom kasacionom sudu. Međutim, ukoliko apelacioni sud dozvoli posebnu reviziju, žalba protivne stranke da se ova revizija koristi, nije dozvoljena.

Smatramo da je to povreda ustavnog i zakonskog prava stranke na jednaku, zakonitu i pravičnu zaštitu pred sudom, jer se ne radi o upravljanju postupkom, već o odlučivanju u osnovnom pravu stranke, koja ima pravo da protiv odluke o tom povređenom pravu u potrebi pravno sredstvo o kome mora da odlučuje nadležni organ u drugom stepenu (član 36. st. 2. Ustava).

Uočljive su razlike u uređivanju ovog instituta, u odnosu na raniji i važeći zakon, jer se po ranijem zakonu posebna revizija mogla podneti zbog bitnih povreda odredaba parničnog postupka i zbog pogrešne primene materijalnog prava, dok se po važećem zakonu ista može podneti samo zbog pogrešne primene materijalnog prava, uz ispunjenje ostalih uslova. Takođe, po ranijem zakonu samo je apelacioni sud mogao da oceni dopuštenost upotrebe ove revizije, bez obaveze da o tome donosi odluku, dok po važećem zakonu o njenoj dopuštenosti odlučuju oba suda.

Postavlja se pitanje koja je bila svrha da zakonodavac, pored tradicionalno ustanovljenih vanrednih pravnih lekova, uvede i posebnu reviziju, kao vanredni pravni lek, koja se pod izvesnim uslovima može koristiti i protivno izričitim zakonskim odredbama.

U Zakonu o parničnom postupku iz 2004. godine, revizija je bila dozvoljena kod imovinsko pravnih sporova, samo ukoliko vrednost predmeta spora pobijanog dela pravnosnažne presude prelazi 500.000 dinara.

Po važećem zakonu, kao što smo videli, potrebno je da taj imovinski cenzus prelazi dinarsku protivvrednost 100.000 evra.

Navedenim zakonom o izmenama i dopunama Zakona o parničnom postupku iz 2009. godine, izvršena je ta izmena, tako da se nakon stupanja na snagu tih izmena, revizija nije mogla izjaviti ukoliko je vrednost predmeta spora manja

od navedenog deviznog iznosa, bez obzira kada je postupak po određenom predmetu pokrenut. Uočavamo da je prevelika razlika u visini imovinskog cenzusa za mogućnost izjavljivanja revizije počev od ovog momenta, jer je taj iznos povećan skoro 20 puta.

U primeni ove odredbe, nakon stupanja na snagu navedenih izmena ovog zakona pojavile su se velike teškoće zbog nemogućnosti izjavljivanja revizije u svim slučajevima čija je vrednost spora manja od tog cenzusa. S druge strane, poznato je i zbog velikih izmena u organizaciji pravosuđa, da drugostepeni sudovi nisu u dovoljnoj meri sigurni pokazatelj da su njihove odluke zakonite, do te mere da ne iziskuju potrebu da se ta zakonitost preispita i od strane revizijskog suda. Zbog toga je zakonodavac, zadržavajući ovaj institut bliže uredio način korišćenja posebne revizije i postupanja drugostepenog i revizijskog suda u važećem zakonu.

Međutim, koliko je poznato, postoje veliki izgledi da se, u budućim izmenama važećeg Zakona o parničnom postupku ovaj cenzus umanji za 4-5 puta, od ovog koji je u primeni. Na taj način stvoriće se mogućnost u potpunije ostvarivanja i zaštite oštećenih prava subjekata, jer će i revizijski sud biti uključen u preispitivanje zakonitosti odluka koje su donete od strane nižestepnih sudova.

Zakonodavac je u poslednje vreme ispoljio vidnu aktivnost i u odnosu na uređenje postupka izvršenja i obezbeđenja, a u cilju efikasnijeg sprovođenja pravnosnažnih sudskih odluka i odluka drugih državnih organa, podobnih za to izvršenje. Zakonom o izvršenju i obezbeđenju uveden je niz novina u odnosu na raniji zakon iz te oblasti, koje u praksi daju osetno bolje rezultate od onih koji su postizani ranije. Pored ostalog, pooštrene su obaveze stranaka u tom postupku da se pridržavaju zakonskih i sudskih rokova u preduzimanju određenih radnjim, uz propisivanje odgovarajućih sankcija za neispunjenje tih obaveza.

Ovaj zakon, kao i prethodni zakoni iz ove oblasti propisuje da će se na sve slučajeve koji nisu izižito njime regulisani, shodno primenjivati odredbe Zakona o parničnom postupku. U nastojanju da se postupak sprovođenja izvršenja i obezbeđenja u najvećoj mogućoj meri pojednostavi i učini efikasnim, zakonodavac je učinio i neke propuste, donoseći pojedine odredbe koje se ne mogu smatrati usklađenim sa ostalim zakonskim propisima, što stvara nejasnoće u njihovoj primeni. Tako su, primera radi odredbe o veštačenju kao dokazanom sredstvu u parničnom postupku, ovim zakonom izričito zabranjene te se taj dokaz, uz strogu primenu zakona u ovom postupku ne bi mogao izvesti ni shodnom primenom Zakona o parničnom postupku.

Međutim, izvršni sudovi u praktičnoj primeni umesto izvođenja ovog dokaza-utvrđivanja tržišne vrednosti nepokretnosti, koriste termin "stručno lice", koje je u stvari sudski veštak iz određene oblasti i koje postupa po proceduri predviđenoj odgovarajućim odredbama Zakona o parničnom postupku.

U najavljenim izmenama ovog zakona izvršiće se odgovarajuće korekcije, tako da se utvrđivanje tržišne vrednosti predmeta izvršenja ne može ostaviti na

odluku sudiji, koji, po pravilu tim znanjem ne raspolaže. U tom smislu postoji ideja da se kao utvrđena tržišna vrednost nepokretnosti uzima ona koju poseduju nadležni upravni organi za poslove prihoda, pa da se od njih pribavljaju izveštaji o toj činjenici.

U postupku radi namirenja novčanog potraživanja prodajom nepokretnosti izvršnog dužnika i u onim slučajevima koji se tiču osnovnih prava stranaka, zakon je isključio mogućnost upotrebe pravnog leka, jer je propisao da je jedini pravni lek protiv rešenja donetog od strane prvostepenog suda, prigovor, o kome odlučuje isti sud u drugom stepenu, u veću od troje sudija.

Zakonom je propisano da se prigovor, kao pravni lek, može izjaviti samo protiv određenih rešenja prvostepenog suda, i to u onim slučajevima u kojima je to izričito propisano.

Smatramo da je ovakav način regulisanja korišćenja pravnog leka nesaglasan sa zakonom, ali i sa Ustavom, jer se ne adi o procesnim stvarima stranaka već o njihovim osnovnim subjektivnim pravima. Ovakvim načinom regulisanja ovog instituta, strankama je povređeno i ustavno pravo iz člana 36. st. 2. Ustava, da o svakom pravu subjekta mora biti omogućeno preispitivanje po određenom pravnom sredstvu, u drugom stepenu.

Osim toga, zakon je u većem broju slučajeva, kao oblik odluke, propisao donošenje zaključka, protiv kojeg, inače nije dozvoljeno nijedno pravno sredstvo.

Kod sprovođenja postupka javne prodaje nepokretnosti nisu u dovoljnoj meri određeni uslovi za održavanje ročišta za javno nadmetanje, a omogućeno je sudu odnosno izvršitelju, da na drugom javnom nadmetanju, nepokretnost proda pojavljenom kupcu za cenu i d 30% od utvrđene tržišne cene nepokretnosti, što smatramo nepravičnim i neprihvatljivim.

Ovim zakonom je po prvi put uveden institut privatnog izvršitelja, koji je ovlašćen da sprovodi izvršenje pošto isto prethodno dozvoli (odredi) sud, a u pojedinim slučajevima i da sam odluči o predlogu za izvršenje, - namirenje potraživanja po osnovu komunalnih i sličnih usluga.

Ovim referatom ukratko smo ukazali na izvesne propuste zakonodavca u uređivanju određenih odnosa u oblasti pravosuđa. Zbog tih i drugih nedostataka u toku je aktivnost na njihovoj izmeni, odnosno donošenju novih zakona, koji će biti primereniji postojećem stanju u tim odnosima, što će omogućiti potpunije i efikasnije sprovođenje celokupne planirane reforme u pravosuđu.

S druge strane, dotakli smo i neka pitanja u vezi primene tih propisa kao i citiranih procesnih zakona sa ciljem da se otklone dileme i nejasnoće u toj primeni. U tome, osim stručnosti u zakonitom, savesnom i odgovornom obavljanju odgovarajućih poslova, potrebna je i intezivnija međusobna saradnja svih aktea, radi ostvarenja postavljenih zadataka.

VUKAŠIN RISTIĆ

President of the Jurists Association of Belgrade

CONTRIBUTION TO THE PROCESS OF LAW IN SERBIA
ACHIEVING THE GOALS OF JUDICIAL REFORM

Summary

The Republic of Serbia has adopted, in the beginning of 2006. The Decision of the National strategy for the reform of the justice system. A little later the new Constitution, and a number of laws in the field of justice were adopted.

In the paper I briefly presented goals and messages of reform, and how the same should be implemented.

The conclusion in the paper that the implementation of the reforms failed, competent authorities of the European Community have the same opinion, to objective reasons- due to a lack of harmonized national regulations with European standards, as well as misconduct of authorized national authorities and the lack of previously performed further analysis.

For these reasons, in the paper I pointed out that their changes in procedural laws of the Code of Civil Procedure and the Law on Enforcement and Security, did not give the expected results.

Meanwhile, there was a new organization of government in the Republic of the corresponding changes responsible holders of these jobs. So, there are number of activities on the elimination of identified vulnerabilities, with the expectation that these activities in the implementation of reforms in the justice system will come to an end in the near future.

TATJANA ZOROSKA-KAMILOVSKA,
MILKA RAKOČEVIĆ

NOVI REŽIM LIČNOG DOSTAVLJANJA U PARNIČNOM POSTUPKU REPUBLIKE MAKEDONIJE

– Da li je ugroženo pravo stranke da bude saslušana u postupku? –

U V O D

Dostavljanje pismena identifikujemo kao veoma značajnu ustanovu procesnog prava. Ona služi ostvarivanju određenih fundamentalnih procesnih principa: dostavljanjem pismena parničarima se omogućava da ostvare svoje pravo na pravnu zaštitu; tuženom se omogućava pravo na pristup sudu; preko dostavljanja se realizuje princip saslušanja stranaka; obezbeđuju se uslovi za realizaciju niz drugih principa kao što su raspravni princip, principi usnosti i javnosti u postupku, koncentracija postupka, obezbeđuje se efikasnost postupka, sprečavaju se moguće zloupotrebe procesnih ovlašćenja u postupku i sl.¹

Pravo stranke da bude informisana, po pravilu, je pretpostavka za efektivnu realizaciju određenih ustavnih i drugih prava u postupku među kojima ubrajamo i njeno pravo da bude saslušana. Osnovni zadatak koji dostavljanje pismena u postupku treba uspešno da obavi je ostvarivanje načela saslušanja stranaka. Imajući u vidu suštinu načela saslušanja stranaka, a to je realizacija prava stranke da bude

Dr Tatjana Zoroska-Kamilovska, profesor Pravnog fakulteta "Justinijan Prvi" u Skoplju.

Mr Milka Rakočević, asistent Pravnog fakulteta "Justinijan Prvi" u Skoplju.

¹ G. Stanković, Sporazum stranaka o adresi dostavljanja, Pravni informator, broj 1, Beograd, 2010, str. 14.

obaveštena o procesnim radnjama koje se preduzimaju pred sudom kao pretpostavka za ostvarivanje njenog fundamentalnog procesnog prava da bude saslušana u postupku, dostavljanjem se obezbeđuje upravo to – pravo stranke da bude informisana o toku i sadržini procesnih aktivnosti. Upravo zbog toga definicije o dostavljanju koje srećemo u procesnoj literaturi po svojoj suštini ne otstupaju jedna od druge. Većina autora² dostavljanje definiše kao zakonom propisanu aktivnost nadležnih organa i lica koja je usmerana ka tome da se adresatima obezbedi *mogućnost*³ da saznaju sadržinu pismena koja su im upućena.

Kao procesna aktivnost, dostavljanje ima za cilj da se u potpunosti ostvari načelo kontradiktornosti u postupku na način što će svaka stranka, u svakom momentu, biti upoznata sa procesnim radnjama koje preduzima njen protivnik i imaće mogućnost da se o njima izjasni.

Obaveštenje stranaka u savremenom parničnom postupku može se realizovati preko dva sistema dostavljanja: t.z. francuski sistem, gde je dostavljanje zadatak i dužnost stranaka, dostavljanje je u rukama stranaka, a sud ima pasivno držanje; i sistem službenog dostavljanja, gde sud vrši ovu funkciju, pritom nečekajući predlog ili signal stranke da se izvrši dostavljanje.⁴ Tradicionalno, u parničnom postupku R. Makedonije, prihvaćen je i funkcioniše sistem sudske organizacije dostavljanja.

Najveći deo ovog rada biće posvećen metodi ličnog dostavljanja u parničnom postupku R. Makedonije. Poseban akcenat biće stavljen na poslednju Nove-

² S. Triva, M. Dika, Građansko parnično procesno pravo, Zagreb, 2004, str. 367, P. Murray, R. Sturmer, German Civil Justice, Durham, N. Carolina, 2004, p. 214, Г. Станковић, Грађанско парнично процесно право, Ниш, 2007, стр. 290, А.Јаневски, Т. Зороска-Камиловска, Грађанско процесно право, книга прва, Парнично право, Скопје, 2012, стр. 276, А. Јакшић, Грађанско процесно право, Београд, 2009, стр. 239.

³ Govori se o *mogućnosti* saznanja sadržaja pismena budući da se ponekad pribegava fikciji da je informisanje adresata izvršeno iako pismeno uopšte nije do njega ni došlo. Dostavljanje pismena ne znači nužno i uručenje pismena adresatu. Normiranje fikcije da se adresat upoznao sadržajem pismena u situaciji kada faktički pismeno nije u njegovim rukama je posledica usaglašavanja suprotstavljenih ciljeva koji se trebaju postići pri organizaciji dostavljanja: sa jedne strane, neophodno je da se preduzmu sve mere kako bi adresat stekao mogućnost da se upozna sa sadržajem pismena, a sa druge strane, adresat treba da se spreči u nameri da onemogući dostavljanje i normalno funkcionisanje pravosuđa. Tako, S. Triva, M. Dika, op. cit., str. 367, и А. Јаневски, Dostavljanje po Zakonu o parničnom postupku Republike Makedonije, Pravni život, br.12/2006, str. 36.

⁴ Reč je o sistemu oficijelnog dostavljanja po kome je dostavljanje regulisano zakonom i sistemu sudske organizacije dostave službe, po kome funkciju dostavljanja obavlja sud uz pomoć nekih drugih organa. To znači da sud naređuje dostavljanje, odlučuje koja će pismena biti dostavljena, ko će izvršiti dostavljanje, na koji način i kome treba izvršiti dostavljanje. G. Stanković, Beleške povodom dostavljanja u parničnom postupku, Pravni život br. 11/2011, str. 725.

lu Zakona o parničnom postupku⁵ iz 2010 godine, koja je donela veoma diskutabilne izmene kada je reč o predmetnoj problematici. Cilj autora je da u ovom radu daju kritički osvrt na nova rešenja koja se tiču ličnog dostavljanja i da ukažu na moguće negativne implikacije koje ona nose. Ali, najpre nekoliko napomena o načinu dostavljanja pismena prema pozitivnim propisima R. Makedonije.

DOSTAVLJANJE PISMENA PREMA MAKEDONSKOM ZPP-U

Način dostavljanja pismena je jedan od bitnih elemenata pojma urednog dostavljanja. Za uredno smatramo ono dostavljanje koje je izvršeno u saglasnosti sa odredbama procesnog zakona. Neki autori notiraju da je uredno dostavljanje temelj prava odbrane u postupku.⁶ Imajući to u vidu, možemo reći da pojam urednog dostavljanja neposredno utiče na realizaciju načela saslušanja stranaka u postupku. Ukoliko svi elementi⁷ koji čine suštinu pojma urednog dostavljanja nisu ispunjeni, ostvarenje principa kontradiktornosti u toku postupka je stavljeno pod znakom pitanja. Dostavljanje pismena treba da bude izvršeno na način koji je uređen procesnim zakonom. Neka zakonodavstva jedan od načina dostavljanja uređuju kao pravilo (najčešće dostavljanje poštom), dok druga zakonodavstva podjednako tretiraju sve načine dostavljanja.⁸

Makedonsko pozitivno pravo predviđa da se dostavljanje može vršiti poštom, elektronskim putem, preko službenog lica u sudu, neposredno u sudu, preko notara, izvršitelja ili drugog lica određenog zakonom (čl. 125 st. 1 ZPP). Pritom, ni jedan od predviđenih načina dostavljanja nije normiran kao pravilo u odnosu na druge. Kada se utvrdi potreba za dostavljanjem, sud je dužan da u pe-

⁵ Zakon o parničnom postupku, u daljem tekstu ZPP, ("Сл. весник на Р. Македонија" br. 79/2005, 110/2008, 83/2009 i 116/2010 i prečišćeni tekst, objavljen u "Сл. весник на Р. Македонија" br. 7/2011).

⁶ A. Jakšić, op. cit., str. 240.

⁷ Suštinu urednog dostavljanja čini nekoliko elemenata: 1) način, vreme i mesto dostavljanja treba biti u saglasnosti sa normama procesnog zakona; 2) kada je reč o dostavljanju poziva za ročište, poziv mora biti dostavljen blagovremeno, odnosno da stranka, od prijema poziva do momenta održavanja ročišta, ima dovoljno vremena da se pripremi za raspravu i da preduzme određene procesne radnje; i 3) u pozivu za preduzimanje određene procesne radnje, odnosno u pozivu za ročište stranke moraju biti upozorene na posledice propuštanja odnosno izostanka.

⁸ Tako, u Austriji dostavljanje se vrši po pravilu poštom. Videti čl. 88/1 austriskog ZPO-a. Procesni zakoni Srbije, Hrvatske, Slovenije izjednačuju dostavljanje poštom sa dostavljanjem pismena drugim načinima dostavljanja. Videti čl. 127. ZPP Srbije (Sl. glasnik R. Srbije, br. 72/2011, 49/2013); čl. 133 ZPP Hrvatske (Narodne Novine R. Hrvatske, br. 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 123/08, 57/11, 148/11 i 25/13); i čl. 132. ZPP Slovenije (Uredni list R. Slovenije, br. 26/99, 96/02, 12/03, 2/04, 52/07 i 45/08). U Srbiji, donošenjem novog ZPP iz 2011. godine ukinuo se monopolni položaj pošte kao organa dostavljanja. Potencijalni organi dostavljanja prema pozitivnom režimu imaju ravnopravni položaj i od suda, po pravilu, zavisi kome će od njih povetiti dostavljanje. G. Stanković, Beleške..., op. cit., str. 719.

riodu od 15 dana napravi dva uzastupna pokušaja kako bi se izvršilo uredno dostavljanje na način predviđen u ZPP. Ukoliko dostavljanje jednim od gore pomenutih načina ostane bez uspeha, tada se pismeno objavljuje na oglasnoj ploči suda i sa istekom osam dana od dana njegovog objavljivanja smatra se da je dostavljanje izvršeno (čl. 125 st. 2 ZPP).⁹ Ponekad, imajući u vidu specifične okolnosti u kojima se adresat nalazi, sud vrši dostavljanje i preko nekih drugih organa odnosno pravnih lica. U ovim situacijama dostavljanje se smatra izvršenim kada organ odnosno pravno lice koje treba da izvrši dostavljanje preduzme sve propisane radnje kako bi se dostavljanje izvršilo.¹⁰

Kada je reč o načinu dostavljanja poziva za ročište ili obaveštavanja koja se tiču preduzimanja određenih procesnih radnja, po primeru bugarskog prava, makedonski ZPP je uveo tzv. pravilo "jednom pozvan, uvek pozvan" prema kojem stranka koja je uredno pozvana da prisustvuje ročištu ili je obaveštena o preduzimanju određenje procesne radnje ne odazove se na poziv suda *bez obzira na razlog zbog kojeg je bila sprečena*, sud nema u buduće dužnost da je poziva. Samo na zahtev stranke sud je dužan da joj u sudu uruči poziv za vreme održavanja ročišta, kao i primerak zapisnika u pismenoj ili elektronskoj formi, odnosno u formi tonskog zapisa od prethodno održanog ročišta (čl. 126 st. 1 ZPP). Ovo pravilo ima podsticajnu ulogu u odnosu na poziciju stranaka u postupku. Njegovo uvođenje je bilo sa ciljem da aktivira stranke da se one u kontinuitetu interesuju za tok postupka i da na njih pada dužnost da prate razvijanje postupka. Jednom obaveštena o parnici, stranka je dužna da se sama brine o tome da bude uredno obaveštena o budućem toku postupka. Međutim, do primene ovog pravila može doći samo ukoliko je ispunjena jedna veoma bitna pretpostavka kada je reč o položaju stranaka u postupku, a to je da stranka prethodno mora biti uredno pozvana, a da se nije odazvala na poziv i da nije opravdala svoje odsustvo.¹¹ U sudskoj praksi, ovo pravilo dolazi do primene i kada je stranka opravdala svoje odsustvo.

Metode dostavljanja

Imajući u vidu subjekte kojima se vrši dostavljanje pismena, a ponekad i specifična svojstva pojedinih adresata, procesni zakoni sasvim opravdano predvi-

⁹ Za metod ličnog dostavljanja predviđena su posebna pravila u procesnom zakonu, tako što ove generalne odredbe nemaju primenu kada je reč o ličnom dostavljanju.

¹⁰ Tu mislimo na vojna lica, lica zapošljena u policiji, u suvozemnom, vodenom, vazdušnom saobraćaju, licima i ustanovama u inostranstvu, strancima koji uživaju pravo imuniteta i licima lišene slobode. Dostavljanje ovim licima vrši se preko komande ili neposrednih starešina vojnih ili policijskih jedinica, diplomatskih i konzularnih predstavništava i uprava zatvora, krivično poporavnih ustanova i vaspitno poporavnih domova. Videti čl. 130, 131. i 132. ZPP.

¹¹ U suprotnom, ako ne postoji dokaz da je prethodilo dostavljanje koje je bilo uredno izvršeno, sud ne može primeniti ovo pravilo. Tako i A. Janevski, Dostavljanje..., op. cit., str. 45.

đaju razlike u metodu dostavljanja u zavisnosti od toga da li je reč o dostavljanju fizičkim ili dostavljanju pravnim licima. Kada govorimo o dostavljanju fizičkim licima, makedonski procesni režim predviđa dva načina dostavljanja – obično dostavljanje i lično dostavljanje. S druge strane, imajući u vidu posebne karakteristike pravnih lica i državnih organa, ZPP predviđa poseban režim dostavljanja pismena ovim subjektima. Nezavisno od vrste pismena koje se dostavlja, dostavljanje pravnim licima i državnim organima vrši se na jedinstven način. To znači da se kod ove vrste dostavljanja pismena ne primenjuju procesna pravila koja uređuju lično dostavljanje.¹²

Budući da je predmet ovog rada usmeren ka metodama dostavljanja koje se odnose na fizička lica, način na koji se vrši dostavljanje pravnim licima i državnim organima neće biti predmet elaboracije.¹³

DOSTAVLJANJE FIZIČKIM LICIMA

Kao što smo prethodno pomenuli, dostavljanje fizičkim licima vrši se putem običnog i ličnog dostavljanja. Reč je o metodama dostavljanja koje imaju određene specifičnosti u odnosu na način na koji se dostavljanje vrši. Po pravilu, običnim dostavljanjem dostavljaju se sva pismena za koja nije predviđeno dostavljanje metodom ličnog dostavljanja koje podrazumeva dugotrajnije i efikasnije mere kako bi se izvršilo uredno dostavljanje.

U tekstu što sledi analiza će obuhvatiti obe metode dostavljanja, budući da se metoda ličnog dostavljanja ne može objasniti, a pri tom da se prethodno ne posveti pažnja i metodi običnog dostavljanja.

Obično dostavljanje

Dostavljanje, kao procesna aktivnost suda, preduzima se sa jednim jedinstvenim ciljem – da pismeno koje se dostavlja bude neposredno predato licu kojem je upućeno (adresatu). Ponekad, ovaj cilj je teško ostvariti iz određenih razloga: u momentu kada se vrši dostavljanje adresat nije kod kuće, nije na radnom mestu i sl. Upravo zbog postojanja mogućnosti da se dostavljanje otežano izvršava zbog nemogućnosti direktnog dostavljanja adresatu, procesni zakon predviđa da se dostavljanje može vršiti i nekim trećim licima, koji kao faktički primaoci pismena, primljeni dokument treba da predaju adresatu. Metod običnog dostavljanja identifikujemo sa ovom *posrednom* vrstom dostavljanja. Smatra se da je dostavljanje uredno izvršeno u momentu predavanja pismena faktičkom primaocu, a ne destinateru neposredno. Od tog momenta prema adresatu (destinateru) po-

¹² Videti čl. 137. st. 3. ZPP.

¹³ O ovom metodu dostavljanja videti čl. 127–128 ZPP.

činje da deluje pravno dejstvo dostavljanja jer se smatra da je pismeno uredno dostavljeno adresatu u momentu kada je ono faktički predato trećem licu koje je pismeno primilo za adresata. Kod ovog načina dostavljanja, kako bi se dostavljanje smatrala uredno izvršenom, irelevantan je momenat kada je faktički primalac predao pismeno adresatu ili ga bar obavestio o tome.

Kod običnog dostavljanja, dostavljač nije dužan da ponovo pokuša dostavljanje kako bi pismeno bilo preuzeto neposredno od adresata. Pismeno se dostavlja trećim licima koje je procesni zakon predvideo kao moguće primaocice. Kad se radi o primaocima, zakon pravi razliku između lica koja su *dužna* da prime pismeno i lica, kojima može da se uruči pismeno samo *na dobrovoljnoj* osnovi, odnosno samo ako su ona saglasna.

Tako, ako se dostavljanje vrši u stanu adresata, a adresat nije zatečen u svom stanu, dostavljanje se vrši predajom pismena nekom od punoletnih članova tog domaćinstva¹⁴, koji je dužan da primi pismeno (čl. 136. st. 1. ZPP). Obično dostavljanje može biti izvršeno i na radnom mestu adresata. Ako se adresat ne zatekne na radnom mestu, dostavljanje može da se izvrši licu koje radi na istom mestu,¹⁵ ako se ono saglasi da primi pismeno (čl. 136. st. 2. ZPP). Lice koje radi kod adresata, ne mora biti radnik u radnom odnosu, to može biti i poslodavac kod kojeg je adresat zapošljen. Za lice koje radi na istom mestu kao i adresat nije predviđena dužnost da primi pismeno. Ta osoba može bez navođenja razloga da odbije da primi pismeno koje je upućeno adresatu. Međutim, ako se ona saglasi da primi pismeno, nije dovoljna samo njena saglasnost kako bi se dostavljanje smatralo urednim. Primalac treba da primi pismeno samo ako postoji mogućnost da se isto *blagovremeno* preda adresatu.¹⁶ Razumljivo je i zakonsko rešenje prema kojem nije dopuštena predaja pismena licu koje u postupku učestvuje kao protivnik adresata (čl. 136. st. 3. ZPP).

U situacijama kada se dostavljanje pismena nije izvršilo adresatu neposredno, usled čega su bila primenjena pravila o običnom dostavljanju, treće lice koje se javlja kao faktički primalac pismena (nezavisno da li je to zbog dužnosti da primi pismeno ili zbog toga što je on pristao na to) dužan je da pismeno preda adre-

¹⁴ Kao član domaćinstva smatra se svaka osoba koja živi sa adresatom u ekonomskoj (životnoj) zajednici, bez obzira na krvno srodstvo ili srodstvo po tazbini. Dostavljanje se ne može smatrati uredno izvršenim ako je pismeno predato licu koje je u gostima kod adresata ili licu koji živi kao potstanar kod adresata.

¹⁵ Iz sudske prakse: Smatra se urednim poziv za advokata, koji je punomoćnik tužiteljice, ukoliko je poziv za ročište uručen advokatu koji radi u istoj kancelariji sa punomoćnikom tužiteljice. Videti rešenje Apelacionog suda u Bitolju Gž. br. 941/09.

¹⁶ Iz sudske prakse Vrhovnog suda Srbije: Urednost dostavljanja u smislu odredaba čl. 141. st. 2. ZPP treba se ceniti u vezi sa odredbama čl. 143. ZPP, što znači da nije dovoljno da lice koje radi na istom radnom mestu sa adresatom pristane da primi pismeno, već je potrebno da je pismeno primljeno sa mogućnošću da bude *blagovremeno* predato adresatu. Videti rešenje Vrhovnog suda Srbije, Rev. br. 3908/01.

sat. U suprotnom, treće lice odgovara za eventualnu štetu koju bi adresat mogao da pretrpi zato što nije bio obavešten o prijemu pismena koje je bilo njemu upućeno.¹⁷

Ako se utvrdi da je adresat odsutan i da zbog tog razloga lica koja je zakon predvideo kao moguće primaoce pismena ne mogu blagovremeno da uruče pismeno adresatu, pismeno se vraća sudu sa oznakom gde se adresat nalazi.

Lično dostavljanje

Dostavljanje pismena metodom običnog dostavljanja ne pruža dovoljno garancija da će pismeno stići u ruke adresata. Zbog toga, kada je reč o pismenima kojima se pridaje poseban značaj u postupku, procesni zakon, sa ciljem da izbegne takvu mogućnost, normira posebni režim dostavljanja – lično dostavljanje. Uglavnom, prema pravilima o ličnom dostavljanju dostavljaju se pismena preko kojih se stranka po prvi put upoznaje sa parničom, iniciranjem postupka u višoj instanci, odlukama protiv kojih ima pravo na pravni lek u vremenski limitiranom roku i sl. Tako, ZPP predviđa da se tužba, platni nalog, vanredni pravni lek, presuda, rešenje doneto u postupku u parnicama zbog smetanja državnine i rešenje protiv kojeg je dopuštena posebna žalba dostavlja lično stranci odnosno njenom zakonskom zastupniku odnosno punomoćniku.¹⁸ Osim pomenutih pismena, ZPP predviđa mogućnost da se i druga pismena u postupku podvrgnu režimu ličnog dostavljanja. Druga pismena podležu režimu ličnog dostavljanja u dva slučaja: kada ZPP to izričito predviđa (na pr. poziv za ročište na kojem će se izvoditi

¹⁷ ZPP ne sadrži izričitu odredbu kojom se predviđaju posledice za treće lice koje po prijemu pismeno nije predalo adresatu ili ga blagovremeno nije predalo. Ipak, u teoriji postoje čvrsti stavovi da faktički primalac treba da odgovara za posledice neispunjenja svoje obaveze. Tako, G. Stanković, op. cit., Građansko parnično..., str. 293 i С. Георгиевски, Граѓанско процесно право, Скопје, 2000, str. 262.

¹⁸ Prema odredbama ZPP dostavljanje se smatra urednim ako su pismena dostavljena zakonskom zastupniku, odnosno punomoćniku, a ne neposredno stranci. Ako je punomoćnik stranke advokat, dostavljanje se može izvršiti i predavanjem pismena licu koje izvršava bilo kakve poslove u advokatskoj kancelariji (čl. 134 ZPP). Kada stranka ima zakonskog zastupnika odnosno punomoćnika dostavljanje se vrši zakonskom zastupniku odnosno punomoćniku ako u ZPP nije predviđeno nešto drugo (čl. 133. st. 1. ZPP). Ako stranka ima više zakonskih zastupnika, odnosno punomoćnika dovoljno je da se dostavljanje izvrši jednom od njih (čl. 133. st. 2. ZPP). Kada punomoćnik do dostavljanja drugostepene odluke kojom se pravnosnažno završava postupak promeni svoje prebivalište odnosno boravište, a o tome ne obavesti sud, dostavljanje se vrši kao da nije ni naznačen punomoćnik (čl. 140. st. 4. ZPP). Povodom ovog procesnog pitanja upućujemo na sledeće sentence iz sudske prakse: Ukoliko stranka angažuje drugog punomoćnika u postupku, a ne obavesti sud da je opozvala punomoćje izdato prethodnom punomoćniku, dostava se smatra urednom ako je sudska odluka dostavljena prethodnom punomoćniku. Videti rešenje Vrhovnog suda Makedonije, Rev. br. 1243/94. Ako punomoćnik stranke promeni svoje prebivalište ili stan, a o tome ne obavesti sud, dostava se smatra uredno izvršenom ako se izvrši neposredno stranci. Videti presudu Vrhovnog suda Makedonije, Rev. br. 1290/98.

dokaz saslušanjem stranaka dostavlja se lično stranci, odnosno licu koje će se saslušati – čl. 253. st. 1. ZPP) ili kada sud smatra da je potrebna veća opreznost zbog priloženih isprava u originalu ili iz nekog drugog razloga.

Institut ličnog dostavljanja primenjuje se kada se dostavljanje vrši fizičkim licima. S obzirom na specifična svojstva pravnih lica i državnih organa kod kojih po pravilu postoje posebne prostorije za prijem pismena i lica kojima se vrši dostavljanje, kada je reč o dostavljanju ovim adresatima, pravila o ličnom dostavljanju se ne primenjuju.¹⁹

Lično dostavljanje podrazumeva da se pri prvom pokušaju dostavljanja pismeno mora uručiti neposredno adresatu. Lično dostavljanje se ne može smatrati urednim ako bar jednom nije bio napravljen pokušaj da se dostavljanje izvrši lično, *na ruke* adresata. Samo ukoliko je prvi pokušaj dostavljanja ostao bez uspeha, onda se pismeno može dostaviti i na drugi način koji kao imperativ ne podrazumeva lično odnosno neposredno dostavljanje pismena adresatu.

Na koji način ZPP uređuje daljnju aktivnost dostavnih službi, ukoliko je prvi pokušaj ličnog dostavljanja bio bezuspešan, kako bi moglo da se lično dostavljanje smatra za uredno izvršeno? U odnosu na ovo procesno pitanje, naš ZPP je pretrpeo ozbiljne izmene koje dovode u pitanje smisao i cilj zbog kojeg su pravila ličnog dostavljanja normirana. U tekstu što sledi, najpre ćemo se zadržati na režimu ličnog dostavljanja koji bio prvobitno uređen ZPP-om, da bi se zatim osvrnuli na izmene koje su izvršene u odnosu na ovu procesnu problematiku. Novelama ZPP iz 2008. i 2010. godine režim ličnog dostavljanja je pretrpeo krupne izmene. Ali da krenemo redom.

Prvobitno, prema ZPP iz 2005, lično dostavljanje bilo je uređeno na sledeći način: Nakon bezuspešnog prvog pokušaja za dostavljanje pismena, tj, u slučaju da se lice kome treba da se izvrši lično dostavljanje ne zatekne na mestu gde se dostavljanje može izvršiti (najčešće u stanu ili na radnom mestu adresata), dostavljač će potražiti obaveštenje gde i na kom mestu bi mogao da pronađe adresata. Kod jednog od lica koje zakon predviđa kao moguće primaocce pismena kod običnog dostavljanja (punoletni član domaćinstva, ako se dostavljanje vrši u stanu adresata, odnosno lice koje radni na istom mestu gde i adresat, ako se dostavljanje vrši na radnom mestu adresata), dostavljač će ostaviti pismeno obaveštenje namenjeno adresatu, u kome stoji da adresat treba biti u određenom danu i času u

¹⁹ Novelom ZPP iz 2010. izričito je predviđeno da se pravila o ličnom dostavljanju primenjuju samo na fizička lica. Videti čl. 32. ZIDZPP 2010. Smatramo da je ova dopuna sasvim ispravna budući da se sa njom uklanjaju sve dileme oko toga da li se i kod dostavljanja pravnim licima i državnim organima primenjuju pravila o ličnom dostavljanju. Tu bi potencirali da se pravila o ličnom dostavljanju ne primenjuju kada je reč o dostavljanju fizičkim licima koja vrše određenu delatnost upisanu u trgovačkom ili drugom registuru, a dostavljanje se vrši povodom delatnosti koju vrše. Prema makedonskim propisima ovo pravilo nije izričito predviđeno, međutim podrazumeva se jer za ovu kategoriju lica važe pravila o dostavljanju koja se odnose na pravna lica. Npr. U ZPP Hrvatske ovo pitanje je izričito regulisano. Videti čl. 142. ZPP Hrvatske.

svom stanu odnosno na svom radnom mestu kako bi se moglo izvršiti uredno dostavljanje. Ako i nakon ovog obaveštenja, dostavljač pri ponovnom pokušaju ne pronađe lice kome treba da se izvrši dostavljanje pismena, postupiće se po pravilima koja se odnose na obično dostavljanja i time će se smatrati da je dostavljanje uredno izvršeno (čl. 137. st. 1. ZPP).²⁰

Novelom ZPP iz 2008. godine režim ličnog dostavljanja izmenjen je u pogledu drugog pokušaja ličnog dostavljanja. Naime, više nije bila predviđena dužnost dostavljača u pogledu ponovnog pokušaja pronalaženja adresata od momenta kada je prethodno ostavio pisano obaveštenje za adresata u njegovom stanu ili na radnom mestu da u određenom danu i času bude u svom stanu ili na radnom mestu kako bi se dostavljanje izvršilo. Ovim izmenama predviđena je dužnost adresata da se nakon prethodnog obaveštenja javi sudu kako bi podigao pismeno. Prema novim pravilima, ako se adresat ne zatekne tamo gde dostavljanje treba da se izvrši, dostavljač će ostaviti pisano obaveštenje adresatu da u određenom danu i času dođe u sud zbog uručenja pismena. Ako adresat u označenom vremenu ne dođe u sud da primi pismeno, a svoj nedolazak ne opravda u roku od tri dana od dana kada je pozvan u sud da mu se uruči pismeno, pismeno će biti poslato preporučenom poštom. Ako pismeno ne bude podignuto u roku od osam dana od dana obaveštenja o pristigloj pošiljci, smatraće se da je dostavljanje uredno izvršeno (čl. 7. ZIDZPP 2008).

U kontekstu ovog rešenja, najpre treba napomenuti da dostavljanje pismena vrši sud po službenoj dužnosti. To je procesna aktivnost suda. To podrazumeva da na sud, odnosno na dostavne službe pada dužnost da stranke budu uredno obavestene o svim aktivnostima koje se preduzimaju u postupku. U makedonskom parničnom postupku dostavljanje ne podrazumeva preduzimanje radnji od strane stranaka kako bi se dostavljanje izvršilo. Ipak, ovo rešenje možemo i prihvatiti za racionalno i nekontradiktorno sa pravom stranke da bude saslušana u postupku budući da se izmena odnosi samo na drugi pokušaj dostavljanja koji se preduzima zbog bezuspešnog prvog dostavljanja koje nije moglo biti izvršeno ne zbog krivice dostavljača, već zbog krivice adresata, tj. zbog njegove odsutnosti. Smatramo, da na ovaj način uređeno lično dostavljanje nije izgubilo svoj smisao i suštinu.²¹

²⁰ Ovaj način ličnog dostavljanja uređen je prema pozitivnom pravu Hrvatske i Slovenije. U Srbiji, do donošenja novog ZPP iz 2011. primenjivala su se identična pravila.

²¹ Na sličan način je uređeno lično dostavljanje prema sadašnjem ZPP Srbije: Ako se lice kome pismeno mora lično da se dostavi ne zatekne tamo gde dostavljanje treba da se izvrši, pod uslovom da je adresa tačna, dostavljač će da ostavi obaveštenje da pismeno može da se preuzme u sudu u roku od 30 dana od dana pokušano dostavljanja. U tom slučaju kopija pismena se ističe i na oglasnoj tabli suda. Po proteku ovog roka, smatra se da je dostavljanje izvršeno. Obaveštenje sadrži: ime i prezime lica kome je pokušano dostavljanje, svojstvo u postupku, datum i čas kada je pokušano dostavljanje, adresu na kojoj je pokušano dostavljanje, naznaku da pismeno može da preuzme u sudu u roku od 30 dana, da će kopija pismena biti istaknuta na oglasnoj tabli suda, kao i da će

Međutim, najnovije izmene ZPP iz 2010. godine vidno su promenile koncepciju ličnog dostavljanja, pa se zbog toga opravdano postavlja pitanje da li uopšte, imajući u vidu suštinu ličnog dostavljanja i čemu taj metod dostavljanja služi, možemo da govorimo o ličnom dostavljanju u pravom smislu te reči, a da ne postavimo pitanje da li je najnoviji režim dostavljanja prekomerno ograničio pravo stranke da bude saslušana u postupku, odnosno da li je ugrozio pravo stranke da bude informisana?

Novelom ZPP iz 2010. godine lično dostavljanje je uređeno na način što se pismeno, koje prema pravilima ZPP treba lično dostaviti, predaje neposredno adresatu. Ako se adresat ne zatekne na mestu gde treba da se izvrši dostavljanje pismeno će se poslati preporučenom poštom. Ako pismeno ne bude podignuto u roku od osam dana od dana obaveštenja da se pismeno treba podići, smatraće se da je dostavljanje uredno izvršeno (čl. 32. ZIDZPP 2010).

Imajući u vidu cilj dostavljanja, a to je omogućavanje adresatima da se upoznaju sa sadržinom pismena koja im se upućuju, odnosno davanje mogućnosti da budu obavešteni o aktivnostima koje se preduzimaju u postupku, a posebno ako se uzme u obzir težina, odnosno značaj pismena koja se dostavljaju prema metodi ličnog dostavljanja, ne bi nikako mogli da prihvatimo ovo rešenje zakonodavca, prema kojem se pod ličnim dostavljanjem podrazumeva samo jedan pokušaj kako bi se izvršilo uredno dostavljanje.

Nekoliko argumenata u prilog ove konstatacije. Lično dostavljanje je uvek podrazumevalo skuplje i dugotrajnije odnosno efikasnije metode i uspešnije mere za izvršenje dostavljanja. Ta silnija nastojanja da pismeno doista bude uručeno adresatu sastoje se u dužnosti dostavnih službi da ponovno pokušaju da izvrše dostavljanje, ako pri prvom pokušaju nisu uspeali da pronađu adresata. Sasvim je razumljivo da postoji ponovni pokušaj dostavljanja ako se ima u vidu karakter pismena koja se dostavljaju, u prvom redu tu pre svega mislimo o pismenima preko kojih se adresat po prvi put obaveštava o parnici. Iz ovih razloga, možemo slobodno da kažemo da je novim rešenjima koje je predvidela Novela iz 2010. insitut ličnog dostavljanja izgubio svoj smisao. Ako pretpostavimo da nakon prvog bezuspešnog pokušaja za neposredno dostavljanje, *dostavljač uopšte ne obaveštava adresata o izvršenom pokušaju dostavljanja, niti ga informiše da postoji pismeno koje adresat treba da primi, već se odmah pismeno šalje poštom, lično dostavljanje, po svojoj suštini, uopšte ne odstupa od metode običnog dostavljanja.* Ova konstatacija i te kako zabrinjava. Jer, prema sadašnjem rešenju, *adresat nema saznanje da je uopšte bilo pokušaja da se dostavljanje izvrši.* U tom kontekstu, ako se napravi paralela između pozitivnih rešenja makedonskog i srpskog procesnog režima,

po proteku ovog roka da se smatra da je dostavljanje izvršeno (čl. 141. ZPP Srbije). Kada stranka u predviđenom roku ne preuzme pismeno, po samom zakonu smatra se da je izvršeno dostavljanje. U tom slučaju sud je dužan da tu činjenicu konstatuje svojim rešenjem i da na taj način obezbedi dokaz o izvršenom dostavljanju. Tako, G. Stanković, Beleške..., op. cit., str. 728.

može se izvesti zaključak da je srpski zakonodavac na daleko bolji način uredio lično dostavljanje, jer adresatu daje veće mogućnosti da se upozna sa sadržajem pismena koje mu je upućeno.

Naime, postoji prvi pokušaj dostavljanja, ako je bezuspešan, adresatu se ostavlja rok od 30 dana da se javi sudu kako bi preuzeo pismeno (što je znatno duži rok od 8 dana koji predviđa makedonski ZPP), a kopija pismena se u tom slučaju *ističe* i na oglasnoj tabli suda. Ono što je još važnije, to je činjenica da će se dostavljanje smatrati uredno izvršenom samo ako je *adresa* gde se dostavljanje vrši *tačna*. U suprotnom, ako se utvrdi da je dostavljanje vršeno na pogrešnoj adresi, za adresata ne mogu nastati štetne posledice.

Odbijanje prijema

Procesni zakon presumira da je pismeno uredno dostavljeno iako isto nije niti neposredno, niti posredno uručeno adresatu. Ova presumpcija je održljiva samo ako je adresat ili treće lice koje je dužno da primi pismeno bez opravdanog razloga odbio prijem pismena. U tom slučaju, dostavljač će ostaviti pismeno u stanu ili prostorijama gde adresat radi ili će pismeno prikačiti na vrata stana ili prostorije. Dostavljač će na povratnici zabeležiti dan, čas i razlog odbijanja prijema, kao i mesto gde je pismeno ostavljeno. Time se smatra da je dostavljanje izvršeno. Sa ovakvim postupanjem dostavljača, stvara se fikcija da je dostavljanje uredno izvršeno odnosno da je adresatu bila data mogućnost da se upozna sa sadržinom pismena. Razume se da fikcija o uredno izvršenom dostavljanju ne može opstati ukoliko je odbijanje prijema bilo iz određenog zakonitog razloga²². U tom slučaju ne može da se smatra da je načelo saslušanja stranaka realizovano.

ZAKLJUČAK

Obaveštenje odnosno informisanje stranke o aktivnostima u postupku javlja se kao preduslov efektivne realizacije njenog prava da bude saslušana u postupku. Stranka ne može da koristi svoje pravo da bude saslušana u postupku ako joj prethodno nije bilo omogućeno da se upozna odnosno da sazna o svim procesnim radnjama o kojima ima pravo da se izjasni odnosno da izrazi svoj stav. Upravo zbog toga, pravo stranke na informaciju je nužni preduslov za efikasno ostvarivanje prava na saslušanje. Najvažniji procesni institut kojim se obezbeđuje tzv.

²² Zakonit razlog za odbijanje prijema pismena postoji na pr.: ako je pokušaj dostavljanja bio pokušaj u vreme i mesto suprotno zakonskim odredbama; ako je pokušaj dostavljanja bio učinjen od strane neovlašćenog lica ili licu koje može, ali ne mora da primi pismeno; ako članovi domaćinstva odbiju da prime pismeno jer je adresat odsutan; ako stranka koja ima punomoćnika u postupku odbije prijem pismena, a nije reč o pozivu da se lično javi sudu i sl.

pravo na informaciju je dostavljanje. Iz toga razloga, od neposrednog značaja za uspešnu realizaciju načela saslušanja stranaka je i problematika dostavljanja. Nesporna je činjenica da se dostavljanje javlja kao jedan od instituta parničnog postupka koji je najčešća meta mogućih zloupotreba od strane stranaka u postupku. Već duže vremena dostavljanje je identifikovano kao jedan od razloga koji uzrokuju odugovlačenje postupka i onemogućavaju brzo i efikasno odlučivanje. Upravo zbog toga, sve aktuelnije su tendencije pojedinih procesnih sistema za uvođenjem strožijeg režima dostavljanja koji bi trebalo da doprinese da postupak bude ekspeditivniji. Međutim, iz našeg ugla, imajući u vidu temu interesa u ovom radu – kako režim dostavljanja utiče na pravo saslušanja – nužno se postavlja pitanje da li sve te procesne novine deluju negativno na pravo kontradiktornog raspravljanja, odnosno da li one dovode do prekomernog ograničenja prava stranaka da budu saslušane u postupku?

Kada je reč o makedonskom procesnom sistemu, jedna od diskutabilnijih novina koju je predvideo ZIDZPP iz 2010. godine je skraćivanje postupka ličnog dostavljanja i praktično izjednačenje ličnog dostavljanja sa načinom na koji se vrši obično dostavljanje. Iz perspektive funkcije koju dostavljanje kao procesni institut ima, a to je omogućavanje strankama da saznaju odnosno da se upoznaju sa procesnim radnjama koje se preduzimaju u postupku, a posebno ako se ima u vidu cilj metode ličnog dostavljanja, a to je minimiziranje rizika da se stranka ne upozna sa sadržajem pismena koja imaju posebnu težinu, odnosno značaj za njen položaj u postupku, ovu novinu nikako ne bi mogli da pozdravimo kao pozitivno unapređenje sistema pravne zaštite.

Bez sumnje, ova će novina u praksi otvoriti prostor za ograničenje prava stranke da bude saslušana u postupku, budući da će se stvoriti veće mogućnosti za pribegavanje fikcijama o urednom dostavljanju. Ovo, posebno ako imamo u vidu odredbu koja predviđa da će se pismeno poslati preporučenom poštom ako je prvi pokušaj za dostavljanje bio bezuspešan. Ali, šta ako se desi da stranka uopšte ne živi na adresi na kojoj je pismeno poslato ili živi na toj adresi ali recimo da je odsutna 20–30 dana, a ponekad i samo 15 dana kad je na godišnjem odmoru? U tom slučaju, za stranku mogu nastupiti samo štetne posledice.

Naiمة, dostavljanje će se smatrati za uredno izvršenom, a stranka neće uopšte ni znati da joj je poslato određeno sudsko pismeno. Ovakvo stanje stvari nesumnjivo ograničava pravo stranke da se izjasni u postupku. Zbog toga smatramo da bi *de lege ferenda* ovo rešenje moralo da pretrpi izmene. Jer, lično dostavljanje kao metod je propisan upravo zbog toga što metoda običnog dostavljanja ne daje dovoljno garancija da će pismeno stići u ruke adresata i upravo zato, kada je reč o pismenima kojima se pridaje posebni značaj u postupku (tužba, presuda, platni nalog i sl.), procesni zakon, sa ciljem da izbegne takvu mogućnost predviđa posebni režim dostavljanja koji podrazumeva dugotrajnije i efikasnije mere za uredno izvršenje dostavljanja. A upravo ta silnija nastojanja da pismeno stigne do adresata sastoje se u dužnosti da službe dostavljanja ponovo

naprave pokušaj da izvrše uručenje pismena, ako pri prvom pokušaju nisu uspe-
li da pronađu adresata.

TATJANA ZOROSKA-KAMILOVSKA, Ph.D.,

Associate professor, Faculty of Law “Iustinianus Primus” in Skopje

MILKA RAKOČEVIĆ, MSc,

Teaching and Research Assistant, Faculty of Law “Iustinianus Primus” in Skopje

THE NEW METHOD OF PERSONAL SERVICE OF PROCESS
IN MACEDONIAN CIVIL PROCEDURE

– Is the party’s right to be heard in the proceedings at risk? –

Summary

The article elaborates the matter of orderly conducted personal service of process in Macedonian civil procedure. The orderly conducted service of process is a procedural action taken in accordance with the provisions of the procedural law. Moreover, its essence consists of several elements: 1) the manner, the time and the place of the service should be in accordance with the provisions of the procedural law regarding the service; 2) the summons should be served timely so that the parties could have enough time to prepare for hearing or take certain procedural actions and 3) the summon for taking a procedural action or coming to hearing should contain a notice to the parties about the legal consequences of failure or absence.

Most of the article refers to the method of personal services of process in Macedonian civil litigation. Particular accent is placed on the last Novel of the Civil Procedure Act from 2010, which has brought some questionable amendments in terms of the problem concerned. The main aim of the authors in this paper is to provide a critical review of the new concept concerning the personal service and the possible negative implications that could arise from it.

IZUZETNA NADLEŽNOST

U V O D¹

Rešavanje pitanja međunarodne nadležnosti prethodi rešavanju svih drugih međunarodnoprivatnopravnih pitanja². Prvo od pitanja koje se postavlja prilikom rešavanja sporova sa međunarodnim elementom jeste: *pred organom koje države će se voditi postupak?* Mada je reč samo o jednom od elemenata koji je relevantan za rešenje spora, on determiniše sve ostale³: posredno, ovaj element određuje merodavno pravo/a za rešavanje spornog odnosa i dejstvo odluke u nekoj drugoj državi.

Dr Jelena Belović, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Prištini, Kosovska Mitrovica.

¹ Čl. 16 Predloga ZMPP-a: “Ako ovaj Zakon ne predviđa nadležnost suda ili drugog organa Republike Srbije, a postupak se ne može pokrenuti ili voditi u inostranstvu ili se ne može razumno zahtevati da bude pokrenut u inostranstvu, nadležan je sud ili drugi organ Republike Srbije ako spor ima dovoljnu vezu sa Republikom Srbijom.”

² *Differentia specifica* međunarodnog privatnog prava je ona tačka koja razdvaja međunarodno privatno od materijalnog privatnog prava, a to je element inostranosti u privatnopravnom odnosu koji daje povoda sporu. Prema opšteprihvaćenom mišljenju element inostranosti (strani element, međunarodno obeležje, međunarodni element) se može javiti u tri oblika: u subjektu, objektu i u pravima i obavezama. Nešto drugačija formulacija govori da se on može javiti u tri pravca: u pogledu lica, u pogledu stvari i u pogledu samih pravnih akata... B. Blagojević, *Međunarodno privatno pravo*, Beograd, 1950, 8.

³ N. Fragistas, *International Competence in Private Law*, Recueil des cours, t. 104 (1961), 177–183.

Pitanje međunarodne nadležnosti apsorbuje ne samo pitanje međunarodne sudske nadležnosti, već i nadležnosti drugih (ne)sudskih organa koji rešavaju građanskopravne predmete sa međunarodnim elementom.

Pravila o sudskoj nadležnosti u zemaljama koje pripadaju kontinentalnoj pravnoj tradiciji zasnovana su na principu *judex tenetur imperatiri judicium suum*.⁴ Nadležnost sudova zasniva se na zakonskim procesnim pravilima koja jasno i strogo definišu slučajeve za koje su sudovi nadležni. Ako se za konkretni slučaj utvrdi nadležnost sudova određene države, onda automatski dolazi do primene procesnih pravila te države koja regulišu pitanja dostavljanja, izvođenja dokaza, sudskih troškova, troškova zastupanja, načina odlučivanja, pravnih lekova, privremenih mera, prinudnog izvršenja, itd.⁵

Nacionalni zakonodavci se pri određivanju nadležnosti rukovode kako interesima sopstvenog suvereniteta, tako i interesom za efikasnim i pravičnim vođenjem postupka, interesima stranaka, ali pre svega, interesom da domaće odluke "žive" i van nacionalnih granica. Efikasnosti odluka na međunarodnom planu predhodi i želja u cilju međusobne saradnje pravnih sistema, koja se materijalizuje u vidu utvrđivanja pretpostavki, uslova i procedure za priznanje i izvršenje stranih sudskih odluka. Komparativno posmatrano, pravila o priznanju i izvršenju stranih sudskih odluka čine predmet međunarodnog privatnog prava. Ova pravila značajna su sa aspekta međunarodne nadležnosti obzirom da u postupku priznanja i izvršenja domaći nadležni sud indirektno ocenjuje nadležnost stranog suda da donese odluku u konkretnom sporu.

U zemljama evropsko-kontinentalnog pravnog sistema sudovi imaju ne samo ovlašćenje, već i dužnost da postupaju i donesu odluku ukoliko je njihova nadležnost propisana zakonom.⁶ U tom zakonskom kontekstu, po pravilu, nema mesta diskreciji suda. Nasuprot tome, u zemljama anglosaksonskog pravnog sistema polazi se od toga da zakonska odredba daje sudu ovlašćenje da postupa u određenoj stvari, ali ne znači da je to i njegova dužnost da u toj stvari i postupa.

DISKRECIJA SUDA U KONTEKSTU MEĐUNARODNE NADLEŽNOSTI

U uvodnim napomenama već smo naznačili različitost pozicije sudova u zemljama kontinentalno-pravne i anglosaksonske pravne tradicije.

Obzirom da nemaju i dužnost da postupaju u sporovima za koje su nadležni, sudovi zemalja anglosaksonske pravne tradicije imaju znatno fleksibilniji položaj, pa otuda i ne čudi njihovo diskreciono ovlašćenje vezano za pitanje za-

⁴ Obaveza suda da u stvari za koju je nadležan donese odluku.

⁵ M. Stanivuković, M. Živković, *Međunarodno privatno pravo-opšti deo*, Beograd 2006, 181.

⁶ M. Krvavac, *Međunarodno privatno pravo – opšti deo*, Kosovska Mitrovica, 2010, 183.

snivanja nadležnosti. Naime, u *common law* pravnim sistemima sud može odbiti nadležnost ukoliko proceni da je to u interesu stranaka ili u javnom interesu. Odbijanje nadležnosti zasniva se na prigovoru *forum non conveniens*.⁷

Kako to navodi prof. Lagarde institut *forum non conveniens*, „dozvoljava sudiji da se oglasi nenadležnim, ukoliko proceni da spor sa domaćom jurisdikcijom nema značajne veze, a da je neki drugi tribunal mnogo bolje mesto za rešavanje spora”.⁸

Nužna pretpostavka za primenu instituta *forum non conveniens*, koji otvara prostor za diskreciju organa koji po tužbi ili predlogu treba da postupaju, jeste da se radi o sporu za koji postoji konkurentna međunarodna nadležnost, tj. da postoji osnov za zasnivanje nadležnosti domaćeg pravosuđa, koji istovremeno ne isključuje mogućnost za zasnivanje nadležnosti alternativnog foruma.

Doktrina *forum non conveniens* okosnica je anglosaksonskih prava⁹: SAD (sa izuzetkom Teksasa i Lujzijane), Velika Britanija (uz napomenu da je ovu ustanovu poznavalo i tradicionalno *common law*), Kanada (uključujući i Kvebek), Australija, kao i one zemlje koje su svoja prava razvijale pod uticajem *common law-a*.¹⁰

Ratio ovog instituta jeste da izvrši korekciju zakonskih procesnih pravila kada ona ne odgovaraju okolnostima konkretnog slučaja. Ispravan je zaključak da je reč o klauzuli izuzetka koja je po svojoj prirodi generalna (opšta) klauzula, a njena specifičnost se ogleda u tome što se ona odnosi na norme koje regulišu međunarodnu nadležnost sudova, odnosno na norme koje za predmet imaju razgraničenje nadležnosti sudova različitih država u građanskopravnim stvarima sa elementom inostranosti. Međutim, ima i primera u zemljama kontinentalne pravne tradicije gde se doktrina *forum non conveniens* odnosi na pojedina uža specifična pitanja u oblasti građanskog sudskog postupka sa stranim elementom. Tako formulisana ona se može kvalifikovati i kao specijalna (posebna) klauzula izuzetka u oblasti sukoba nadležnosti.

U ranijem švajcarskom zakonu iz 1976. godine, u postupku za utvđivanje očinstva i materinstva, ostavljen je prostor za oglašavanje nenadležnosti švajcar-

⁷ M. Stanivuković, „Direktna međunarodna nadležnost sudova u imovinskopravnim sporovima u pravu SAD, EEZ, EFTA”, 213–229.

⁸ P. Lagarde, „Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, Cours général de droit international privé”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* 196 (1986-1).

⁹ Koncept je nastao u Škotskoj, odlukom lorda Kineara (Kineneer) u slučaju: *Sim v. Robinow* (1892) 19 R. 665, u: Varadi *et al*, *op. cit.*, fn. 63. Pristup „najpodesnijeg” foruma („*most suitable forum*”), izražen je u ovoj odluci, u kojoj se ističe: „Predlog (za obustavu postupka po osnovu *forum non conveniens*) ne bi mogao biti usvojen osim ako sud smatra da postoji neki drugi, nadležni sud, u kome bi vođenje postupka bilo mnogo pogodnije sa aspekta interesa stranaka i zahteva pravde”... u: M. Petrović, *op. cit.*, str. 15.

¹⁰ Hong Kong, Singapur, Gibraltarski, Bruneji, u: P. North, H. Fawcett, *Cheshire and North's Private International Law*, 12th ed., London, 1992, 222.

skog suda, ukoliko odlučujuća veza postoji sa drugim forumom.¹¹ Takođe, prema čl. 429c (11) holandskog Zakona o građanskom sudskom postupku iz 1970. godine, propisano je da “*sud neće biti nadležan ako podnosilac zahteva nije dovoljno vezan (insufficiently connected) za pravnu sredinu Holandije*”. Međutim, takva mogućnost postoji samo u postupcima koji se pokreću predlogom, za koja se u našem pravu primenjuju pravila vanparničnog postupka.¹² U formi specijalne klauzule izuzetka ovaj institut poznaje i Zakon o vanparničnom postupku Nemačke iz 1997. godine. Odredba § 47(2) glasi: “*kada su i nemački i sudovi neke druge države nadležni za organizaciju starateljstva i kada je starateljstvo ustanovljeno na teritoriji SR Nemačke, nemački sud pred kojim je postupak u vezi sa tim starateljstvom pokrenut, može preneti predmet na državu čiji su sudovi takođe nadležni, pod uslovom da interes štićenika bude sačuvan, da staratelj na to pristane i da strana država prihvati takvo prenošenje*”.¹³

Korekcija procesnih normi zasniva se na proceni faktora bliskosti između tangiranih pravnih poredaka i slučaja koji daje povoda sporu. U oblasti sukoba nadležnosti sud to čini ispitivanjem i razmatranjem za to relevantnih faktora kao što su: prebivalište i sedište stranaka i potencijalnih svedoka, troškovi i proceduralne teškoće vezane za dostavljanje svakom od mogućih foruma, lokalni interesi svake države u vođenju postupka, teškoće u saznanju i primeni stranog prava, mogućnost priznanja i izvršenja sudske odluke u svakoj od zemalja mogućeg foruma i slično.¹⁴ Ako je ikakva kategorizacija faktora neophodna, onda nam se iz funkcionalnih razloga čini najprihvatljivijom kategorizacija koja sve faktore svrstava u tri grupe: a) faktore koji se odnose na geografske pogodnosti; b) faktore koji se odnose na efikasnost u vođenju sudskog postupka, i c) faktore koji se tiču materijalne pravde.¹⁵

IZUZETNA NADLEŽNOST (FORUM NECESSITATIS)

Usko tumačenje instituta *forum necessitatis* (izuzetna nadležnost, nadležnost za slučaj nužde, *emergency jurisdiction*) ne dozvoljava diskreciju po pitanju utvrđivanja međunarodne nadležnosti. Smatra se da zakonski osnov za zasniva-

¹¹ Čl. 8 (3) LRDC glasi: “*la compétence suisse sera decline si l’espèce présente des rapports prépondérants avec un aoutre pays et si celui-ci ne reconnait la jurisdiction suisse*”.....u: R. Meyer, *op. cit.*, 323.

¹² Konkretno, mogućnost oglašavanja suda nenadležnim postoji samo u onim sporovima koji se pokreću predlogom, a to su: porodični sporovi (razvod braka, izdržavanje, bračna imovina), sporovi koji se tiču zakupa, kao i sporovi koji se odnose na upravljanje pravnim licem.

¹³ M. Petrović, *op. cit.*, 59.

¹⁴ *Ibid*, 12.

¹⁵ *Ibid*, 19.

nje nadležnosti postoji, i da odredbu treba primenjivati izuzetno u skladu sa pravilom *exceptiones non sun extendendae*. Međutim, da li je to zaista tako? Odgovor na ovo pitanje, smatramo logički sledi nakon detaljnije analize ovog instituta. Takođe, jednako i institut *forum necessitatis* koriguje zakonska procesna pravila. Međutim, reč je o korekciji drugačije prirode. Po svojoj prirodi, ovaj institut pripada supsidijarnim pravilima o nadležnosti, čiji je smisao da dopuni zakonska procesna pravila.

Najveći broj pravila o međunarodnoj nadležnosti je konkurentne prirode, što znači da se propisivanjem osnova za nadležnost domaćeg organa ne isključuje i mogućnost da neki drugi strani organ u konkretnoj stvari postupa, što praktično znači da se priznaje i odluka tog stranog organa, najčešće suda, ukoliko ispunjava uslove propisane zakonom.

Međutim, konkurencija nadležnosti može dovesti i do sukoba nadležnosti, koji ima svoja dva pojavna oblika: pozitivan i negativan sukob nadležnosti.

Za ovaj rad značajan je negativan sukob nadležnosti, tj. situacija u kojoj potencijalno nadležni sudovi (dva ili više) odbijaju da prihvate sopstvenu nadležnost, što dovodi do tzv. "vakuuma nadležnosti"¹⁶. Međunarodno pravo zabranjuje uskraćivanje pravde (*déni de justice*). Uskraćivanje pravde tretira se kao osnov međunarodne odgovornosti države. Pravilo se može smatrati međunarodnim običajem koji je potvrđen u mnogim višestranim i dvostranim međunarodnim ugovorima.¹⁷

Izuzetnu nadležnost srećemo i u zakonodavstvima drugih zemalja. Belgijski zakon o međunarodnom privatnom pravu iz 2004. godine, po prvi put sadrži odredbu o izuzetnoj nadležnosti¹⁸. U čl. 11 Zakona stoji: "belgijski sudovi su izuzetno nadležni u sporovima koji su u bliskoj vezi sa Belgijom, u situacijama kada se postupak ne može voditi u inostranstvu ili se ne može razumno zahtevati da bude pokrenut u inostranstvu".¹⁹ Sličnu odredbu sadrži i holandski Zakon o međunarodnom privatnom pravu, Savezni zakon o međunarodnom privatnom pravu Austrije²⁰ i Zakon o međunarodnoprivatnopravnim odnosima Rumunije²¹.

U Nemačkoj je izuzetnu nadležnost domaćeg suda razvijala sudska praksa u vrlo ograničenom krugu slučajeva. Najpre, zakonodavstvo polazi od premise da ne dozvoljava odbijanje pravde (*denial of justice*). Na bazi ove premise, nemački sudovi mogu izuzetno da zasnuju nadležnost ukoliko procene da nadležni

¹⁶ Za izraz vidi: T. Varadi *et al.*, *Međunarodno privatno pravo*, Sl. glasnik, Beograd 2007, 492.

¹⁷ M. Stanivuković, M. Živković, *op. cit.*, 155.

¹⁸ Belgium PIL Code, *Moniteur Belge*, 27 Juillet 2004.

¹⁹ Čl.11 Belgijskog zakona.

²⁰ Austrijski Savezni zakon o međunarodnom privatnom pravu iz 1978. ("Austrijski Savezni Sl.I." br. 304/78, I 119/98, I 18/99, I 135/00).

²¹ "Službeni glasnik Rumunije", br. 245 od 1. oktobra, 1992.

sud usled okolnosti slučaja nije u mogućnosti da donese odluku, npr. usled ratnih okolnosti. Pored toga, u ovakvim slučajevima ne traži se ni postojanje dovoljne veze sa Republikom Nemačkom. Izuzetna nadležnost takođe se smatra opravdanom u situacijama negativnog sukoba nadležnosti, kada sa nemačkog stanovišta odluka stranog suda zasnovana na isključivoj nadležnosti neće biti priznata u Nemačkoj. U takvoj situaciji, moguće je pokrenuti postupak u Nemačkoj obzirom da ne postoji drugi način da odluka zaživi.²²

Institut izuzetne nadležnosti regulisan je i čl. 113 Nacrta Zakona o primeni pravila međunarodnog privatnog prava Republike Crne Gore iz 2011. godine, koji sadrži gotovo istovetnu odredbu kao i srpski Predlog. Odredba čl.113 glasi: “ako ovaj zakon ne predviđa nadležnost suda ili drugog organa u Crnoj Gori a postupak se ne može pokrenuti u inostranstvu ili se ne može razumno zahtjevati da tamo bude pokrenut, nadležan je sud ili drugi organ Crne Gore u mjestu sa kojim predmet ima dovoljnu vezu.”

Zakon o međunarodnom privatnom pravu i postupku Republike Slovenije²³ sadrži odredbu o nužnoj nadležnosti²⁴. Ukoliko pravo nadležnog stranog suda ne poznaje ustanovu razvoda braka, a tužitelj je slovenački državljanin, nadležni su, isto tako i slovenački sudovi.²⁵ Odredbe ovog tipa konstituišu osnov za izuzetnu nadležnost u specifičnim vrstama sporova, naročito u porodičnopravnim odnosima i odnosima koji se tiču roditelja i dece. Komparativno posmatrano, one se jednako sreću u nacionalnom zakonodavstvu, ali i u međunarodnim izvorima. Najčešće je reč o privremenoj izuzetnoj nadležnosti za raspravljanje spora i to pod uslovom postojanja dovoljne veze, na primer: da se dete nađe na teritoriji te zemlje, da je napušteno na toj teritoriji ili da postoji opasnost za njegovo zlostavljanje.

U okviru Evropske unije, 2010. godine predstavljen je Predlog za izmenu Brisel I Uredbe²⁶ koji predlaže uvođenje odredbe o izuzetnoj nadležnosti, obzirom da važeća Uredba²⁷ ne reguliše ovo pitanje. U novom odeljku VIII, u čl. 26

²² Schack, IZVR, 2nd ed. 1996, note 237; LG Bonn, NJW 1974, 427. U: Comparative Study of “Residual Jurisdiction” in Civil and Commercial disputes in the EU. National Report for Germany, MICHAEL MOLITORIS & AMELIE ABT, NOERR STIEFENHOFER LUTZ, MÜNCHEN – GERMANY, 15.

²³ Zakon o mednarodnem zasebnom pravu in postopku-ZMPPP, “*Ur.l. Republika Slovenija*”, br. 56/1999.

²⁴ Čl. 70 ZMPP-a.

²⁵ R. Knez, “Značaj nekadašnjih rešavanja sukoba zakona za primenu Zakona o međunarodnom privatnom pravu u Sloveniji”, u: Dvadeset godina zakona o međunarodnom privatnom pravu, Pravni fakultet u Nišu, 2004, 97.

²⁶ COM(2010) 748 final, {SEC(2010) 1547 final}, {SEC(2010) 1548 final}.

²⁷ Uredba (EC) br. 44/2001 od 22.12.2000. godine o nadležnosti, priznanju i izvršenju presuda u građanskim i trgovačkim stvarima.

sadržana je odredba o izuzetnoj nadležnosti. Uslov za njeno zasnivanje jeste da se strankama omogućava pravo na pravično suđenje i pravo na pristup sudu, pa se onda navode pojedinačne situacije u kojima je zasnivanje izuzetne nadležnosti posebno opravdano. Naročito opravdanim smatra se situacija u kojoj nije razumno očekivati da postupak bude pokrenut ili okončan u trećoj zemlji (van EU), sa kojom je spor u uskoj vezi. Kao primer druge situacije, navodi se slučaj u kome odluka doneta u trećoj zemlji ne ispunjava uslove za priznanje i izvršenje prema pravilima zemlje članice, a njeno izvršenje je uslov garancije za poštovanje prava stranaka, pod uslovom da spor ima dovoljnu vezu za zemljom članicom. Odredbe o izuzetnoj i subsidiarnoj nadležnosti iz odeljka VIII treba da nadoknade ranije važeća nacionalna pravila o nadležnosti, a pre svega da garantuju pravo na pravično suđenje građanima EU, što je od naročitog značaja za kompanije koje pripadaju članicama EU, a koje investiraju u zemljana van EU. Iz tog razloga institut izuzetne nadležnosti se vidi kao jedna vrsta sigurnosnog pravila koje se aktivira onda kada postoji realna opasnost od ugrožavanja, ili već postoji ugrožavanje ljudskih prava.

Pitanje izuzetne nadležnosti uređeno je i drugim uredbama EU koja regulišu pitanje nadležnosti, na primer u čl. 7 Uredbe (EC) o nadležnosti, merodavnom pravu, priznanju, izvršenju odluka i saradnji koje se odnose na obaveze izdržavanja.²⁸

REŠENJE SADRŽANO U PREDLOGU ZMPP-a

Pojava vakuuma nadležnosti na unutrašnjem planu rešava se na taj način što, po pravilu, o sukobu nadležnosti odlučuje neposredno viši sud. U skladu sa čl. 22 Zakona o parničnom postupku:

“Sukob nadležnosti između sudova iste vrste rešava zajednički neposredno viši sud.

*Sukob nadležnosti između sudova razne vrste rešava Vrhovni kasacioni sud.”*²⁹

Važeći ZRSZ ne sadrži odredbu kojom propisuje proceduru rešavanja pitanja negativnog sukoba međunarodne nadležnosti. Po prvi put u našoj zemlji ovo pitanje rešava se već pomenutom odredbom čl. 16 Predloga Zakona o međunarodnom privatnom pravu.

Za zasnivanje izuzetne nadležnosti traži se kumulativno ispunjenje uslova determinisanih samom odredbom:

A) Da nadležnost suda ili drugog organa Republike Srbije nije predviđena ovim Zakonom. Postavlja se pitanje: zašto zakonodavac osnov za zasnivanje izu-

²⁸ Uredba (EC) br. 4/2009 od 18.12.2008. godine o nadležnosti, merodavnom pravu, priznanju, izvršenju odluka i saradnji koje se odnose na obaveze izdržavanja.

²⁹ “Sl. glasnik RS”, br. 72/2011 i 49/2013 – odluka US.

zetne nadležnosti postavlja preširoko, obzirom da osnov za nadležnost domaćih organa može biti propisana i drugim zakonima ili međunarodnim ugovorima? Istina je da Predlog znatno detaljnije i sveobuhvatnije uređuje pitanje nadležnosti, sistematika odredbi znatno pomaže praktičarima, naročito po pitanju utvrđivanja posebne nadležnosti za pojedine kategorije sporova, ali ipak pojedina pitanja ostaju izvan domena regulisanja. Tako na primer, Zakon o prinudnom poravnanju, stečaju i likvidaciji u odeljku VI rešava pitanje sukoba zakona i nadležnosti³⁰, a odredbe o međunarodnoj nadležnosti sadržane su i u Zakonu o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi³¹, kao i u Zakonu o obligacionim i osnovama svojinsko-pravnih odnosa u vazdušnoj plovidbi³². S druge strane, brojni su pokušaji da se putem međunarodnih ugovora³³ unifikuju procesna pravila. Haška konferencija usmerila je svoju aktivnost na donošenje jednog sveobuhvatnog međunarodnog dokumenta koji je za rezultat imao izradu Prednacrtu Konvencije o nadležnosti i priznanju odluka u građanskoj i trgovačkoj materiji, ali je usvajanje ovog dokumenta još uvek neizvesno.³⁴

Usko tumačenje ovog uslova, dozvoljava zaključak da se domaći organ može oglasiti izuzetno nadležnim “ako ovaj zakon ne predviđa nadležnost.....”, a smatramo da bi trebalo da stoji “ako ovaj ili drugi zakon.....ne predviđa nadležnost”.

B) Da se postupak ne može pokrenuti ili voditi u inostranstvu ili se ne može razumno zahtevati da bude pokrenut u inostranstvu. Član 6 Evropske konvencije o ljudskim pravima³⁵ garantuje pravo na pravično suđenje u građanskim i krivičnim stvarima. Predmeti koji se iznose pred Evropski sud za ljudska prava, u skladu sa “građanskim” pravima iz čl.6 odnose se na tri različite grupe problema: a) nemogućnost pristupa sudu radi razrešenja građanskog spora; b) pravičnost sudskog postupka kad je pristup sudu bio bez ograničenja; c) pravo na pravovremeno izvršenje presude u slučaju povoljnog ishoda “građanskog” spora. Osnov za sve tri vrste problema može biti zakonsko ograničenje (podnošenja tužbe ili žalbe) ili posledica određenih postupaka vlasti.³⁶ Pravo na pristup sudovima garan-

³⁰ Čl. 160–163, “Sl. list SFRJ”, br.84/89 i 28/96.

³¹ “Sl. list SFRJ”, br. 12/98, 44/99.

³² “Sl. list SFRJ”, br. 12/98, 15/98.

³³ Konvencija o unifikaciji izvesnih pravila o nadležnosti građanskih sudova u materiji sudara brodova iz 1952, Bečka konvencija o građanskoj odgovornosti za nuklearne štete iz 1963, Međunarodna konvencija o građanskoj odgovornosti za štetu uzrokovanu zagađivanjem naftom iz 1969.

³⁴ R. Brand, The Hague Conference Working Group-Draft Text on Choise of Court Agreements, Yearbook of Private International Law, Vol. 5 (2003), 38.

³⁵ European Convention on Human Rights, www.conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/005.htm.

³⁶ “Član 6 Evropske konvencije o ljudskim pravima pravo na pravično suđenje - Priručnik za advokate”, INTERRIGHTS, 2006., 3, www.interights.org.

tovano je i Ustavom RS iz 2006. godine, u kome se po prvi put spominje poštovanje evropskih standarda i vrednosti.

C) Da spor ima dovoljnu vezu sa Republikom Srbijom. Uvođenje kriterijuma *dovoljne* veze takođe je jedna značajna novina u našem zakonodavstvu. Pitanje je šta će praktičari pod ovim standardom u budućnosti podrazumevati. Naime, zakonodavac nije jasno postavio kriterijume dovoljne veze, pa se tako ovaj standard može tumačiti i kao postojanje elemenata veze kako u odnosu na lica, tako i u odnosu u pogledu činjeničnog stanja, ali i samog postupka. Svakako da ovde dolazimo do odgovora na pitanje da institut izuzetne nadležnosti ipak znači fleksibilniju poziciju suda u pogledu zakonskih procesnih pravila, obzirom da od sudske procene intenziteta veze, u krajnjoj liniji dolazi i do zasnivanja nadležnosti. Primetno je da Predlog pravi razliku između kriterijuma najbliže i dovoljne veze, pa otuda proizilazi da dovoljna veza označava svakako manji intezitet vezanosti spora za određeni pravni sistem. Međutim, postavlja se pitanje da li je ispunjen kriterijum dovoljne veze ukoliko je samo jedan element spora vezan za domaći pravni sistem, ili se zahteva veći stepen vezanosti?

Preciznije, možemo reći da do zasnivanja izuzetne nadležnosti domaćih organa može doći ukoliko su ispunjena dva uslova:

A) Jednog *negativnog*: da nadležnost suda ili drugog organa Republike Srbije nije predviđena ZMPP-om, kao i da se postupak ne može pokrenuti ili voditi u inostranstvu ili se ne može razumno zahtevati da bude pokrenut u inostranstvu;

B) I jednog *pozitivnog*: da spor ima dovoljnu vezu sa Republikom Srbijom.

ZAKLJUČAK

Institut *forum necessitatis* u materiji međunarodne nadležnosti suda i drugog organa u stvarima sa međunarodnim elementom predstavlja jednu vrstu sigurnosnog ventila u domaćem zakonodavstvu. *Ratio* ovog instituta jeste zaštita ljudskih prava, putem garantovanja prava na pristup sudovima, i sankcionisanjem pojave odbijanja pravde (*denial of justice*). Ovaj institut omogućava da domaći sud ipak prihvati nadležnost i u slučaju kada ne postoji osnov, ako bi oglašavanje nenadležnosti imalo za posledicu odbijanje pravde. Institut izuzetne nadležnosti treba razlikovati od instituta proširenja (atrakcije) međunarodne nadležnosti koji je Predlogom ZMPP-a, takođe, po prvi put regulisan u našem zakonodavstvu.³⁷ *Ratio* proširenja nadležnosti jeste izbegavanje donošenja protivurečnih odluka u odvojenim postupcima, kao i procesna ekonomija.

U okviru EU odredba o *forum necessitatis* sadržana je u već pomenutom Predlogu za izmenu Brisel I Uredbe predstavlja još jedno od sredstava za jačanje pravne zaštite lica domiciliranih u EU, a u isto vreme i odgovor na zabranu ko-

³⁷ V. Čl. 12 Predloga ZMPP-a.

rišćenja egzorbitantnih osnova nadležnosti sadržanih u ranije važećim nacionalnim zakonima.

Za naše prilike, pozitivno je to što se putem instituta *forum necessitatis*, po prvi put, rešava pitanje negativnog sukoba međunarodne nadležnosti, ali stoji opravdana bojazan vezana za ostvarivanje ciljeva ovog instituta, obzirom da za naše praktičare on predstavlja novinu, iz razloga što se oslanja na kategorije i standarde na koje naša praksa nije navikla. Poželjno je ostaviti što manje prostora za diskreciju postupajućeg organa, i dati bliže odrednice pojma *dovoljna veza* koji se javlja kao jedan od uslova primene. Sistemskim tumačenjem Predloga ZMPP-a uočljivo je da je radna grupa imala na umu svakako slabiji intenzitet veze, obzirom da se u tekstu nalazi takođe novi standard *najbliža veza*.

JELENA BELOVIĆ, Ph.D.,
Assistant Professor, Faculty of Law,
University in Pristina, Kosovska Mitrovica

EMERGENCY JURISDICTION

Summary

International jurisdiction of courts and other competent bodies in private international law issues in Serbian PIL Code is regulated in fragmentary and unsystematic way. After more than 30 years there is a right time for changing of PIL Code. The Proposal of new PIL Code³⁸ from 2012 presents a radical step ahead comparing solutions with law in force, especially addressing to international jurisdiction provisions. The above mentioned Proposal systematically and detail regulates the issue of international jurisdiction. The emergency jurisdiction is first time regulated. This provision will be a real challenge for Serbian doctrine and practice. The core of this article is to determine the concept of emergency jurisdiction, and to address possible obstacles for practitioners.

³⁸ The PIL Code Proposal, www.mpravde.gov.rs, 25 July, 2013.

REVIZIJSKI CENZUS

U V O D

Revizijski cenzus predstavlja zakonom propisani novčani iznos koji mora da bude ispunjen u konkretnom slučaju da bi revizija bila dozvoljena. Revizijski cenzus kao procesni uslov od kojeg zavisi dozvoljenost revizije javlja se kod imovinskopравnih sporova. Dozvoljenost revizije je ograničena vrstom spora u kome se izjaviti ovo vanredno pravno sredstvo, zakonskim razlozima zbog kojih se može izjaviti i vrednošću predmeta spora (revizijskim cenzusom).¹ Takođe, ne treba zaboraviti činjenicu da se revizija kao vanredno pravno sredstvo može izjaviti samo preko advokata, što predstavlja svojevrsno zakonsko ograničenje koje uslovljava njena dozvoljenost revizije.² Ovakva ili slična ograničenja nisu svojstvena za žalbu, koje je redovno pravno sredstvo. Ovlašćeno lice može da izjavi žalbu drugostepenom sudu protiv prvostepene odluke bez ikakvih ograničenja. Iz navedenog se nameće pitanje da li je opravdano ustanoviti ograničenje samo za izjavljivanje re-

Besfort Ramadani, savetnik Ustavnog suda u Beogradu.

¹ Zakon o parničnom postupku ("Službeni glasnik RS", br. 72/11 i 49/13 – Odluka Ustavnog suda) – ZPP, V. čl. 403, st. 2. i 3. i čl. 407.

² V. čl. 85, st. 2. ZPP. Ustavni sud je u svojoj Odluci broj IU-181/2005 od 28. septembra 2006. godine, ocenjujući ustavnost odredaba članova Zakona o parničnom postupku koje propisuju anagažovanje advokata u postupku po reviziji, stao na stanovište da se takvim propisivanjem ne ograničavaju građani u zaštiti svojih prava, već se zahtevom za stručnim zastupanjem, zbog složenosti postupka i ograničavanja raspravljanja isključivo na pravna pitanja pred najvišim sudom u Republici, u postupku po vanrednim pravnim lekovima štite prava stranaka, za čiju je zaštitu neophodno stručno pravno znanje i iskustvo.

vizije, ali ne i za žalbu. Odgovor na ovo pitanje treba tražiti u pravnoj prirodi i suštini revizije, kao vanrednog pravnog sredstva.

Najpre, revizija je vanredno pravno sredstvo za razliku od žalbe koje je redovno pravno sredstvo. Vanrednost u korišćenju revizije podrazumeva određena ograničenja i limite u njegovom korišćenju. Zatim, revizijskom postupku koji se vodi pred najvišom sudskom instancom prethodi pravnosnažni okonačani parnični postupak u kome je stranci omogućeno da ostvari i zaštiti svoja građanska subjektivna prava pred prvostepenim sudom i da zakonitost i pravilnost takve odluke ispita pred drugostepenim sudom. Ispitivanje zakonitosti i pravilnosti pravnosnažne odluke i pred revizijskom sudom bez ikakvih ograničenja pretvorio bi taj sud u još jedan žalbeni sud.

Na kraju, odredbom člana 36. stav 2. Ustava Republike Srbije je *svakome* zajemčeno pravo na žalbu ili drugo pravno sredstvo protiv odluke kojom se odlučuje o njegovom pravu, obavezi ili na zakonu zasnovanom interesu. Zakonska propisana ograničenja u korišćenju žalbe ili drugog pravnog sredstva bi automatski značilo *da nije svakome* dostupno ovo Ustavom zajemčeno pravo, a što bi bilo u direktnoj suprotnosti sa ciljem i svrhom citirane ustavne norme i istovremeno bi bilo u suprotnosti sa odredbom člana 18. stav 2. Ustava kojom je izričito utvrđeno da se zakonom može propisati način ostvarivanja ljudskih prava, pri čemu zakon ni u kom slučaju ne sme da utiče na suštinu zajemčenog prava.

Iz svega navedenog može se osnovano zaključiti da se zakonom mogu unapred propisati procesni uslovi za izjavljivanje revizije. Jedan od tih procesnih uslova jeste revizijski cenzus.

VISINA REVIZIJSKOG CENZUSA

Od zakonskog uređivanja revizije kao vanrednog pravnog sredstva revizijski cenzus je uvek predstavljao ograničenje dozvoljenosti revizije. Iako se dozvoljenost revizije ograničava i drugim procesnim uslovima, ipak revizijski cenzus kao vid ograničenja dozvoljenosti revizije predstavlja najznačajnije ograničenje u korišćenje ovog vanrednog pravnog sredstva. Pitanje revizijskog cenzusa kao uslova za izjavljivanje revizije je danas aktuelizovano i podložno raznim raspravama, njegovim znatnim povećanjem u odnosu na revizijske cenzuse koja su bila propisana ranijim zakonskim rešenjima. Posmatranjem izmena revizijskog cenzusa u imovinskopravnim sporovima u periodu od 1998. godine do 2009. godine, može se konstatovati: da je prema Zakona o izmenama i dopunama Zakona o parničnom postupku ("Službeni list SRJ", broj 12/98) revizijski cenzus morao da pređe novčani iznos od 15.000,00 dinara, a prema Zakonu o izmenama i dopunama Zakona o parničnom postupku ("Službeni list SRJ", broj 3/02) revizijski cenzus je morao da pređe novčani iznos od 300.000,00 dinara; da je Zakonom o parničnom postupku ("Službeni glasnik RS", broj 125/04) taj iznos povećan na 500.000,00 dinara, a odredbom člana 38. Zakona o izmenama i dopunama Zako-

na o parničnom postupku ("Službeni glasnik RS", broj 111/09) taj iznos je povećan na 100.000,00 evra u dinarskoj protivvrednosti. Za nepunih pet godina revizijski cenzus u imovinskopравnim sporovima povećan je dvadesetostruko. Odredbom člana 51. Zakona o izmenama i dopunama Zakona o parničnom postupku revizijski cenzus je u privrednim sporovima sa 2.500.000,00 dinara povećan na iznos od 300.000,00 evra u dinarskoj protivvrednosti. Dakle, za nepunih pet godina revizijski cenzus u privrednim sporovima je povećan za dvanaest puta. Ova povećanja su potvrđena odredbama ZPP iz 2011. godine.

Revizijske sume u regionu i u državama istog procesnog zakona u imovinskopравnim sporovima su: Bosna i Hercegovina (Federacija Bosna i Hercegovina i Republika Srpska) – 10.000,00 km (5.000,00 eura-a); Crna Gora – 5.000,00 eura-a; Hrvatska – 200.000,00 kuna (30.000,00 eura-a); Makedonija – 500.000,00 denara (8.100,00 eura-a); Nemačka – 20.000 eura pobijani deo presude; Austrija – 5.000,00 eura-a³. Privredni spor: Bosna i Hercegovina (Federacija Bosna i Hercegovina i Republika Srpska) – nema posebnog postupka ni posebne revizijske sume, suma ista kao u opštem parničnom postupku; Crna Gora – 25.000,00 eura-a; Hrvatska – 500.000,00 kuna (80.000,00 eura-a); Makedonija – 1.000.000 denara (oko 16.200,00 eura-a). Novine koje ovo zakonsko rešenje čini znatno različitim u odnosu na ranija zakonska rešenja koja su regulisala revizijski cenzus jesu: izražavanje revizijskog cenzusa u stranoj valuti i ekstremno povećanje novčanog cenzusa za izjavljivanje revizije.

Novčana cenzus izražen je u evrima u dinarskoj protivvrednosti na dan podnošenja tužbe. Iako se može prigovoriti ovom zakonskom rešenju sa aspekta nipođaštavanja nacionalne valute, ipak prihvatanjem evra kao opšte prihvaćene evropske valute u označavanju vrednosti predmeta spora bi, s jedne strane, obezbedilo sigurnost u nadležnosti sudova, bez obzira na promene vrednosti nacionalne valute, a s druge strane, bi pružilo pravnu sigurnost svim učesnicima u postupcima pred nacionalnim sudovima i dalo garancije za jednaku pravnu zaštitu.⁴ Zatim, ono što je očigledno i ono što predstavlja predmet rasprava jeste ekstremno podizanje revizijskog cenzusa : 100.000,00 evra u dinarskoj protivvrednosti za imovinskopравne sporove i 300.000,00 evra u dinarskoj protivvrednosti za privredne sporove.

RAZLOZI KOJI OPRAVDAJU OBJEKTIVNO VISOKI REVIZIJSKI CENZUS

Naše zakonsko rešenje u pogledu objektivno visokog revizijskog cenzusa može se pravdati sledećim razlozima: zaštita instituta pravnosnažnosti sudske od-

³ Ipak treba reći da revizija u Austriji i Nemačkoj predstavlja redovno pravno sredstvo, s tim da revizija u ovim procesnim pravima funkcioniše na isti način kao revizija u srbijanskom procesnom sistemu.

⁴ V. Petrović Škero, Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije 3/2009.

luke, kvalitetnije i efikasnije odlučivanje Vrhovnog kasacionog suda u značajnim pravnim stvarima i suđenjem u razumnom roku. Kada je reč o zaštiti instituta pravosnažnosti sudske odluke kao prvom razlogu koji opravdava ovako visoko postavljeni revizijski cenzus treba navesti da svaki pokrenuti postupak ima za cilj da se pravosnažno okonča u određenom momentu.⁵ Sa donošenjem pravosnažne sudske odluke utvrđuju se prava i obaveze stranaka na konačan i autoritativan način i uvodi se sigurnost i izvesnost u pravnim odnosima između stranaka. Ukiđanje ili preinačenje pravosnažne sudske odluke u postupku po reviziji sprečava realizaciju prava i obaveza iz sudske odluke i ukida pravnu izvesnost i sigurnost u pravnim odnosima između stranaka. U interesu društva je da postoji više pravne sigurnosti nakon izricanje (konačne) presude u parničnom postupku koji se vodi između dveju stranaka.⁶ Ustavni sud je ocenio da je pravosnažnost institut procesnog prava koji je ustanovljen u interesu pravne sigurnosti.⁷

Revizija predstavlja izuzetno restriktivno pravno sredstvo, a restriktivnost u korišćenju ovog vanrednog pravnog sredstva rasterećuje Vrhovni kasacioni sud od velikog broja predmeta manjeg značaja. Način da se ostvari ovo svojstvo revizije jeste propisivanje visokog novčanog cenzusa za njeno izjavljivanje. Na ovaj nači najvišem sudu se omogućava da kvalitetno, ali i efikasno, odlučuje u značajnim, suštinskim pravnim stvarima. Granica koja se može prekoračiti bi trebalo da bude visoka, u pogledu kriterijuma i sudije koji donosi odluku o tome.⁸

Suđenje u razumnom roku je izričito propisano načelo parnične procedure⁹, ali suđenje u razumnom roku je izričito utvrđeno pravo u okviru prava na pravično suđenje iz člana 32. stav 1. Ustava Republike Srbije¹⁰ odnosno prava na pravično suđenje iz člana 6. stav 1. Evropske konvencije za ljudska prava i osnovnih sloboda.¹¹ Odredba člana 32. stav 1. Ustava se sadržinski ne razlikuje od odredbe člana 6. stav 1. Evropske konvencije.

⁵ Evropski sud za ljudska prava u Strazburu je izgradio standard "da načelo pravne izvesnosti" podrazumeva da od suda doneta konačna (pravosnažna) odluka, nikada ne bi smela da se dovedu u pitanje.

⁶ Eskpertiza Saveta Evrope o Zakonu o parničnom postupku od 2011. godine, Strazbur 26. 7. 2011, www.mpravde.gov.rs.

⁷ Odluka Ustavnog suda IUz-2/2010 od 14. 3. 2013. g. objavljena u "Službenom glasniku RS", broj 53/13 od 18. 6. 2013. g.

⁸ Eskpertiza Saveta Evrope o Zakonu o parničnom postupku od 2011. godine, Strazbur 26. 7. 2011, www.mpravde.gov.rs.

⁹ Čl. 10, st. 2 ZPP.

¹⁰ Odredbom člana 32. stav 1. Ustava je utvrđeno da svako ima pravo da nezavisan, nepristrasan i zakonom već ustanovljen sud, pravično i u razumnom roku, javno raspravi i odluči o njegovim pravima i obavezama, osnovanosti sumnje koja je bila razlog za pokretanje postupka, kao i o optužbama protiv njega.

¹¹ Navedena konvencija doneta je u Rimu 4. novembra 1950. godine. Državna zajednica Srbije i Crna Gora ratifikovala je Evropsku konvenciju za ljudska prava i osnovnih sloboda 26. de-

Prema pravnom stavu Ustavnog suda, kada Vrhovni kasacioni sud odlukom utvrdi da je revizija dopuštena, revizijski postupak predstavlja jedinstvenu celinu sa prvostepenim i drugostepenim postupkom, a to znači da se za utvrđivanje povrede prava na suđenje u razumnom roku uzima u obzir celokupno trajanje postupka pred prvostepenim, drugostepenim i revizijskim sudom. U situaciji kada najviši sud svojom odlukom utvrdi da revizija nije dopuštena zbog neispunjenja revizijskog cenzusa, revizijski postupak ne smatra se jedinstvenom celinom sa prvostepenim i drugostepenim postupkom, jer se prekida pravni kontinuitet u odlučivanju, čime se ocena suđenja u razumnom roku ograničava na trajanje prvostepenog i drugostepenog postupka. Iz navedenog dalje proizlazi da visoki zakonom propisani revizijski limit u najvećem broju slučajeva čini reviziju nedopuštenu što direktno ima za posledicu isključivanje revizijskog postupka kao još jedne faze u ukupnom trajanju parničnog postupka.¹²

REVIZIJSKI CENZUS I PRISTUP VRHOVNOM KASACIONOM SUDU

Na početku treba reći da Ustav Republike Srbije ne sadrži odredbe o opštem položaju ni o ulozi Vrhovnog kasacionog suda. Samim tim ni revizija niti revizijska suma nisu ustavne kategorije, te strogo formalnopravno gledajući ne može se ispitati pravičnost novo uređene revizijske sume, kroz ispitivanje ustavnosti odredbe o revizijskim cenzusima. Krajnji je zaključak da određenje revizijske sume koja određuje dozvoljenost revizije predstavlja stvar zakonodavne politike. Bez obzira na korektnost i tačnost navedenog formalnopravnog gledišta, volja zakonodavca ipak nije apsolutna. "Zakonodavna politika je omeđena samim Ustavom i to, pre svega, njegovim osnovnim načelima i garancijama ljudskih i manjinskih prava i sloboda. Jedno od osnovnih načela u oblasti ljudskih i manjinskih prava i sloboda utvrđeno je članom 20. Ustava i odnosi se na ograničenje ljudskih i manjinskih prava. Prema članu 20. stav 1. Ustava, ljudska i manjinska prava zajemčena Ustavom mogu zakonom biti ograničena ako ograničenje dopušta Ustav, u svrhe radi kojih ga Ustav dopušta, u obimu neophodnom da se ustavna svrha ograničenja zadovolji u demokratskom društvu i bez zadiranja u suštinu zajemčenog prava. Da bi ograničenje putem revizijske sume bilo ustavno, svi citirani uslovi moraju biti ispunjeni kumulativno".¹³

cembra 2003. godine, Službeni list SCG 9/03. Odredbom člana 6. stav 1. Evropske konvencije je utvrđeno da tokom odlučivanja o građanskim pravima i obavezama ili o krivičnoj optužbi, svako ima pravo na pravičnu i javnu raspravu u razumnom roku pred nezavisnim i nepristrasnim sudom, obrazovanim na osnovu zakona.

¹² Rešenje Ustavnog suda UŽ. 134/2011 od 13. oktobra 2011. godine.

¹³ Zajedničko izdovojeno mišljenje sudije Ustavnog suda, dr Bose Nenadić i Katarine Manojlović Andrić, u odnosu na Odluku Ustavnog suda broj IUz-2/2010 od 14. marta 2013. godine.

Kada je reč o nedostupnosti revizije kao pravnog sredstva usled tako visokog objektivnog revizijskog cenzusa, Ustavni sud je u nizu svojih odluka konstatovao da se pravom na pravno sredstvo jemči dvostepenost u odlučivanju, odnosno pravo da se u postupku po žalbi ili drugom propisanom pravnom sredstvu, pred organom više instance, ispita zakonitost prvostepene odluke.¹⁴ To znači da revizija ne predstavlja Ustavom neposredno garantovano pravo na pravno sredstvo, tako da je pitanje vanrednih pravnih sredstava zakonska procesna materija.¹⁵ Ovde treba napomenuti i da je preporukom Saveta Evrope R (95) broj 5 Komiteta ministara Saveta Evrope od 7. februara 1995. godine o uvođenju i unapređivanju žalbenih postupaka u građanskim i privrednim predmetima preporučeno državama članicama Saveta Evrope da prilikom razmatranja mera u vezi trećestepenih sudova treba da uzmu u obzir da je predmet već obrađen od strane dva suda te da žalbe trećoj sudskoj instanci treba da budu korišćene samo u slučajevima koji to posebno zaslužuju, kao što su predmeti u kojima bi se postiglo novo tumačenje prava ili koji doprinose ujednačenom tumačenju prava ili razmatranju pravnih pitanja od opšteg interesa (član 7b – c).

Bez obzira na napred navedeno, ali ako je zakonodavac propisao reviziju kao vanredno pravno sredstvo i institut parniče procedure onda postoji njegova obaveza da svojim zakonskim pravilima, u konkretnom slučaju realnim određenjem revizijskog cenzusa, omogući dostupnost tog vanrednog pravnog sredstva, njegovo suštinsko korišćenje u smislu da se parničnoj stranci omogući *pristup Vrhovnom kasacionom sudu*, kao zakonom uređenom revizijskom sudu. Navedeno ima uporište u praksi Evropskog suda za ljudska prava koji ističe da član 6. Konvencije ne obavezuje države potpisnice da uspostave apelacione ili kasacione sude.¹⁶ Međutim, gde takvi sudovi postoje, garancije člana 6. se moraju poštovati, na primer tako što će se strankama omogućiti pravo na efektivni pristup sudovima u cilju utvrđivanja njihovih "građanskih prava i obaveza".

Pristup sudu predstavlja pravo u okviru prava na pravično suđenje iz člana 6. stav 1. Evropske konvencije, ali to je pravo koje nije izričito predviđeno ovim članom Evropske konvencije. Međutim, to pravo je od suštinskog značaja bez čijeg postojanja bi bilo nemoguće ostvarivanje izričito propisanih procesnih garancija prava na pravično suđenje. Ipak, pristup sudu nije apsolutno pravo, već podleže različitim ograničenjima. Država ima polje slobodne procene prilikom donošenja propisa kojim se ograničava pristup sudu, ali primenjena ograničenja ne smeju ograničiti ili umanjiti pristup pojedinaca sudu na način i do te mere da se obez-

¹⁴ Rešenje Ustavnog suda Srbije UŽ. 3213/11 od 17.11.2011.

¹⁵ Rešenje Ustavnog suda IU-28/2005 od 30. aprila 2009. godine.

¹⁶ Vidi, presuda Evropske komisije za ljudska prava *Delcourt v. Belgium* od 17. januara 1970, Serija A broj 11.

vredi sama suština prava¹⁷, i drugo, ograničenja neće biti u skladu sa Konvencijom ako ne teže legitimnom cilju i ako ne postoji proporcionalnost između ograničenja prava na pristup sudu i cilja koji se time žele postići.¹⁸

Kada je reč o reviziji čijim se izjavljivanje pristupa Vrhovnom kasacionom sudu, uslovi za njeno podnošenje mogu biti strožiji od onih koji se traže za podnošenje žalbe.¹⁹ Slično se Evropski sud izjašnjavao u nekim postupcima protiv Srbije. "Posebno, primenjeni zakonski prag nije predstavljao neopravdano mešanje u pravo podnosioca na pristup sudu. To je bio legitiman i razuman procesni zahtev, imajući u vidu samu suštinu uloge Vrhovnog suda da se bavima stvarima izuzetne važnosti."²⁰ Takođe, Ustavni sud je zauzeo stanovište da zakonsko ograničavanje mogućnosti pristupa Vrhovnom sudu kroz utvrđenu minimalnu vrednost predmeta spora predstavlja razumno ograničenje propisano u skladu sa javnim interesom efikasne sudske zaštite prava i potrebe da se postupak pred sudovima okonča u razumnom roku.²¹

Nije sporno da uslovi za izjavljivanje revizije moraju da budu stroži u odnosu na žalbu i da mora da postoji zakonsko ograničenje mogućnosti pristupa Vrhovnom kasacionom sudu. Međutim, pravo pitanje koje se postavlja u konkretnom slučaju jeste da li su objektivno visoki revizijski cenzusi ugrozili ostvarenje legitimnog cilja svojom neproporcionalnošću. Ustavni sud se u odluci IUz-2/2010 od 14. marta 2013. godine ocenjujući ustavnost odredbi čl. 38. i 51. Zakona o izmenama i dopunama o parničnom postupku (kojima su povećani revizijski cenzusi na 100.000,00 evra, odnosno na 300.000,00 evra) izjasnio povodom navedenih pitanja. U navedenoj Odluci je zaključeno „da je ograničenje pristupa Vrhovnom kasacionom sudu zasnovano na zakonu; da propisivanje objektivno visokog cenzusa za izjavljivanje revizije nije ugrozilo ostvarivanje legitimnog cilja svojom neproporcionalnošću, budući da je suštinska pozicija Vrhovnog kasacionog suda da se bavi samo pitanjima od izuzetne važnosti, a da je ograničenje ustanovljeno na predvidiv i transparentan način iz koga je svakome moglo biti jasno na koji način će se ovo vanredno pravno sredstvo upotrebljavati.“

Iako je Ustavni sud jedini ovlašćeni državni organ da daje ovakvu pravnu ocenu u pogledu predmetnog pitanja ipak se mogu uputiti određene primedbe na račun navedenog obrazloženja. Najpre, obrazloženje Ustavnog suda nije praečno odgovarajućim statističkim podacima iz izveštaja o radu Vrhovnog kasacionog

¹⁷ To pravilo je iz presude Evropske komisije za ljudska prava *Ashingdane v The United Kingdom*, Judgments and Decisions A 93 (1985).

¹⁸ K. Rid, *Evropska konvencija o ljudskim pravima*, Vodič za praktičare, Beograd 2007, 90.

¹⁹ V. presudu Evropskog suda za ljudska prava *Levages Prestations Services v. France* od 23. oktobra 1996. g.

²⁰ Presude Evropskog suda Dobrić protiv Srbije broj 2611/07 i 15276/07 od 21. juna 2011. godine i Jovanović protiv Srbije broj 32299/08 od 2. oktobra 2012. godine.

²¹ Vidi rešenje Ustavnog suda IU-28/2005 od 30. aprila 2009. godine.

suda iz kojih bi se moglo utvrditi koliko je revizija primljeno u navedenom sudu nakon povećanja revizijskog cenzusa i što je najvažnije koliko je doneto rešenja Vrhovnog kasacionog suda, kojima je odbačena revizija upravo zbog neispunjavanja revizijskog cenzusa u odnosu na broj meritornih odluka po reviziji. Ova vrsta podataka bi pokazala da li je pravo na izjavljivanje revizije postalo nedostupno ili manje pristupačno. Zatim, Ustavni sud se u navedenoj Odluci u prilog svojih pravnih argumenata poziva na presude Evropskog suda u Strazburu (EM LI NIJA D.O.O. v Croatia, Brula Gomez de la Tore v Spain, Jovanović protiv Srbije i Dobrić protiv Srbije) i na svoje sopstvene rešenje (IU-28/2005) u kojima se izražava generalni stav prema revizijskom cenzusu kao legitimnom i razumnom procesnom zahtevu, ali se iz ovakvih odluka ne može utvrditi da li se to odnosi i na objektivno visoki revizijski cenzus. Pitanje revizijskog cenzusa koji je objektivno visok ne samo za naš pravni sistem i za pravne sisteme mnogo razvijenih zemalja dobija novu dimenziju i predstavlja specifični procesni problem, što zaslužuje detaljnije obrazloženje, što u navedenoj Odluci nije učinjeno. Na kraju, Evropski sud u Strazburu za sada nije doneo odluku u odnosu na Republiku Srbiju u kojoj bi se izjasnio da li su pravne posledice povećanje revizijskog cenzusa u skladu sa članom 6. stav 1. Evropske konvencije, a koja odluka bi bila od suštinskog značaja za davanje pravne ocene o tome da li su trenutne visoke revizijske sume kao ograničenja prava na pristup Vrhovnom kasacionom sudu legitimna i proporcionalna.

REVIZIJSKI CENZUS I (NE)UJEDNAČENA SUDSKA PRAKSA

U skladu sa Zakonom o parničnom postupku iz 2011. godine revizija sada predstavlja jedini pravni institut pomoću kojeg parnična stranka ustanovljava postupak pred Vrhovnim kasacionim sudom²², a u kom postupku stranka traži da ostvari pravnu zaštitu protiv nezakonitih, a u širem smislu neustavnih odluka, nižestepenih sudova (stranački interes revizije). Međutim, revizija je tipičan pravni lek koji ne služi samo interesima stranaka, odnosno ostvarivanju materijalno-pravne pravičnosti, njena uloga u pravnom sistemu je mnogo šira.²³ Revizija je jedna od retkih, a ponegde i jedino sredstvo koje daje najvišem sudu mogućnost da, povodom konkretnog problema iznese svoj stav o jednom pravnom pitanju.²⁴

²² U skladu sa ZPP iz 2011. godine revizija predstavlja jedino pravno sredstvo pomoću kojeg stranka ustanovljava postupak pred Vrhovnim kasacionim sudom. Kada govorimo o drugim vanrednim pravnim sredstvima u ZPP nije propisan zahtev za zaštitu zakonitosti koji je bio u dispoziciji stranaka, nakon ispunjenja određenih procesnih uslova. Umesto ovog vanrednog pravnog sredstva propisan je zahtev za preispitivanje pravnosnažne presude koji se nalazi u isključivoj dispoziciji Republičkom javnom tužiocu; V. čl. 421 do 425 ZPP.

²³ A. Jakšić, *Gradansko procesno pravo*, Beograd 2007, 504.

²⁴ V. Rakić Vodinelić, *Doktorska dezertacija, Revizija protiv presude*, Beograd, 1981, 64.

Njome se, naime, ujednačava i unapređuje sudska i, uopšte, pravna praksa, jača poverenje građana u pravosuđe i ostvaruje pravna sigurnost.²⁵ Dakle, revizija služi da se na jedinstven način primeni i tumači pravo, da se ujednači sudska praksa (javni interes revizije), što predstavlja zakonom uređenu ulogu Vrhovnog kasacionog suda u našem pravnom sistemu.

Ujednačavanje sudske prakse se vrši i u postupku za rešavanje spornog pravnog pitanja pred Vrhovnim kasacionim sudom, zatim putem usvajanja pravnog shvatanja i usvajanjem načelnih pravnih stavova od strane navedenog suda. Ovi metodi ujednačavanje sudske prakse nisu delotvorni u praksi, jer kod rešavanja spornog pravnog pitanja parnična stranka nema status učesnika u tom postupku i ne može nikako da utiče na rešavanje spornog pravnog pitanja, već ima pravo samo da bude obavestena o ishodu postupka, a s druge strane Vrhovni kasacioni sud može da odbije da reši sporno pravno pitanje, ako ono nije od značaja za odlučivanje u većem broju predmeta u postupku pred prvostepenim sudom, a usvajanje pravnih shvatanja i načelnih pravnih stavova formalno obavezuje samo Vrhovni kasacioni sud, a ne i ostale sudove.²⁶

Neujednačena sudska praksa, odnosno donošenje različitih sudskih odluka u istim činjeničnim i pravnim situacijama, posle prekomerne dužine trajanja postupka, predstavlja najčešći razlog zbog čega su Evropski sud za ljudska prava u Strazburu i Ustavni sud Republike Srbije u svojim odlukama utvrdili povredu prava na pravično suđenje. Presude u odnosu na Srbiju koje je doneo Evropski sud zbog povrede prava na pravično suđenje usled neujednačene sudske prakse, hronološki od najstarije ka najnovijoj su: Vinčić i drugi protiv Srbije (br. 44698/06 i drugi od 1. decembra 2009. godine), Rakić i drugi protiv Srbije (br. 47460/07 i drugi od 5. oktobra 2010. godine), Živić protiv Srbije (br. 37204/08 od 13. septembra 2011. godine) i Vučković i drugi protiv Srbije (17153/11 od 28. avgusta 2012. godine). U 1050 predmeta je usvojena ustavna žalba od strane Ustavnog suda zbog neujednačene sudske prakse.²⁷ Nedosledna sudska praksa neizbežno smanjuje poverenje javnosti u pravosudni sistem i ugrožava načelo pravne sigurnosti i jednakosti svih pred zakonom, što predstavlja osnovne attribute vladavine prava koji su ugrađeni u Evropsku konvenciju.²⁸ Ministarstvo pravde i državne uprave je problem neujednačene sudske prakse označio kao sistemski problem sa kojim se suočava Republika Srbija.²⁹

²⁵ B. Grunsky, *Zivilprozessrecht*, Berlin 2003, br. 221.

²⁶ U skladu sa odredbom člana 145. stav 2. Ustava sudske odluke se zasnivaju na Ustavu, zakonu, potvrđenom međunarodnom ugovoru i propisu donetom na osnovu zakona, a ne na praksi višeg suda.

²⁷ Izveštaj o rezultatima Ustavnog suda za 2012. godinu, www.ustavni.sud.rs

²⁸ 3. Živić protiv Srbije, 37204/08, 13.09.2011.

²⁹ U radnoj verziji Nacionalne strategije reforme pravosuđa 2013 – 2018 godine ujednačena sudska praksa je uvrštena među glavnim ciljevima, www.mpravde.gov.rs

Očigledno je da visoki revizijski cenzus čini reviziju skoro nedostupnim pravnim sredstvom za parničnu stranku u imovinskopravnim sporovima, ali ovo pitanje kao što smo ranije naveli formalnopravno predstavlja stvar zakonodavne politike. Međutim, visoki revizijski cenzus može da derogira zakonom utvrđenu ulogu suda, a što predstavlja pravno pitanje, jer zbog visokog novčanog cenzusa za izjavljivanje revizije, Vrhovni kasacioni sud gotovo da neće imati prilike da odlučuje o reviziji, a time da vrši ujednačavanje sudske prakse. U cilju izbegavanja ovog stanja zakonodavac je u parničnoj proceduri predvideo još dva osnova za izjavljivanje revizije, a to su: odredba člana 403. stav 2. ZPP i odredba člana 404. stav 1. ZPP.

Odredbom člana 403. stav 2. ZPP je propisano da je revizija uvek dozvoljena kada je to posebnim zakonom dozvoljeno. Zakoni koji uvek dozvoljavaju reviziju jesu Porodični zakon³⁰, zatim Zakon o zabrani diskriminacije³¹ i na kraju sam Zakon o parničnom postupku propisuje da je revizija dozvoljena u parnicama o sporovima o zasnivanju, postojanju i prestanku radnog odnosa³². Radi se o takvim sporovima u kojima bi vrednosni negativni selektivni kriterijum sprečio reviziju iako se radi o sporovima od posebnog socijalnog značenja.³³ Nezavisno od toga što je revizija uvek dozvoljena u porodičnim sporovima, sporovima povodom diskriminacije i radnim sporovima, ipak najveći broj sporova o kojima odlučuju naši sudovi jesu imovinskopravni sporovi u kojima se traži ispunjenje revizijskog cenzusa za dozvoljenost revizije. Samim tim ovaj osnov za izjavljivanje revizije nije dovoljan da bi se revizija posmatrala kao efikasan pravni mehanizam za ostvarivanje zakonom utvrđene uloge Vrhovnog kasacionog suda – ujednačavanje sudske prakse.

Sledeći pravni osnov za izjavljivanje revizije sadržan je u odredbi člana 404. stav 1. ZPP-a. Odredbom ovog zakona je propisano da je revizija izuzetno dozvoljena zbog pogrešne primene materijalnog prava i protiv drugostepene presude koja ne bi mogla da se pobija revizijom, ako je po oceni Apelacionog suda, odnosno Vrhovnog kasacionog suda potrebno da se razmotre pravna pitanja od opšteg interesa ili pravna pitanja u interesu ravnopravnosti građana, radi ujednačavanje sudske prakse, kao i ako je potrebno novo tumačenje prava. Revizija koja se izjavljuje u smislu ove odredbe zakona naziva se posebna revizija.³⁴ Iz sadržine i normativnog cilja ove odredbe može se izvući zaključak da posebna revizija, a ne klasična revizija, predstavlja pravno sredstvo pomoću kojeg Vrhovni kasacioni sud treba da vrši ujednačavanje sudske prakse.

³⁰ "Službeni glasnik RS", br. 18/05 i 72/11, čl. 208.

³¹ "Službeni glasnik RS", broj 22/09, čl. 41.

³² Čl. 441 ZPP.

³³ Dr S. Triva, Građansko parnično procesno pravo, Zagreb 1983, 560.

³⁴ Zakonovac je iz nemačkog prava preuzeo rešenje o posebnoj reviziji, a iz austrijskog rešenja o postupku za dopuštenost takve revizije.

Ova revizija je prvi put uvedena u našu parničnu proceduru odredbom člana 395. Zakona o parničnom postupku iz 2004. godine pod nazivom izuzetna revizija. Izuzetna revizija iz 2004. godine je imala nekoliko ozbiljnih normativnih nedostataka.

Prvi nedostatak se ogledao u tome da je dopuštenost izuzetne revizije prema samom slovu zakona bila uslovljena prethodnom ocenom apelacionog suda o njenoj dopuštenosti. Teško je zamisliva pravna situacija da apelacioni sud koji je doneo pravnosnažnu odluku predloži Vrhovnom kasacionom sudu da se izuzetna revizija razmotri u meritum. Pogotovo ovo važi ako o tome odlučuje isto ono veće apelacionog suda koje je i donelo drugostepenu presudu koja se pobija ovim vanrednim pravnim sredstvom.

Drugi normativni nedostatak se ogledao u tome da parnična stranka nije imala pravo žalbe protiv rešenja (zaključka) apelacionog suda kojim se ne prihvata inicijativa stranke da se izuzetna revizija meritorno razmotri, čime se postupak po izuzetnoj reviziji okončavao pred apelacionim sudom. Doduše, Ustavni sud se u nizu svojih rešenja izjasnio da apelacioni sud prilikom odlučivanja o dozvoljenosti izuzetne revizije iz člana 395. ZPP daje samo prvostepenu ocenu o tome da li postoji potreba da Vrhovni kasacioni sud odlučuje o reviziji u meritum, te je u slučaju negativnog rešenja apelacionog suda davao podnosiocima ustavne žalbe pravo da u posebnom postupku putem žalbe pred Vrhovnim kasacionim sudom osporavaju takvo rešenje apelacionog suda (Vidi Rešenje Už. 2233/2011 od 17. marta 2012. godine). Ovakvo pravno stanovište Ustavnog suda još nije dobilo svoju afirmaciju u praksi redovnog sudstva, jer, s jedne strane, apelacioni sudovi u slučaju negativnog odgovora na izjavljenu izuzetnu reviziju ne daju pravo na žalbu protiv sopstvenih rešenja, a sa druge strane, Vrhovni kasacioni sud odbacuje kao nedozvoljenu žalbu izjavljenu protiv rešenja apelacionog suda kojim nije dozvoljeno odlučivanje po izuzetnoj reviziji. "Prema članu 385. stav 1. Zakona o parničnom postupku iz 2004. godine protiv rešenja prvostepenog suda dozvoljena je žalba ako u ovom zakonu nije određeno da žalba nije dozvoljena. Kako se u ovom slučaju radi o žalbi izjavljenoj protiv rešenja drugostepenog suda, žalba tuženog nije dozvoljena na osnovu citirane odredbe." (Vidi rešenje Vrhovnog kasacionog suda Rev. 307/2013 Rž. 30/2013 od 20. marta 2013. godine). Ovakva procesna situacija ukazuje da postoji svojevrsan "negativni sukob nadležnosti" između Ustavnog suda i Vrhovnog kasacionog suda povodom dozvoljenosti žalbe protiv predmetnih rešenja (zaključaka) apelacionog suda, koji do danas nije rešen.

Navedeni nedostaci u vezi dopuštenosti izuzetne revizije otklonjeni su sa donošenjem ZPP iz 2011. godine, gde je u članu 401. propisano da o dozvoljenosti posebne revizije rešenjem odlučuje Apelacioni sud u veću od troje sudija koji nisu učestvovali u donošenju drugostepene presude (stav 2) i da je protiv rešenja Apelacionog suda kojim se ne dozvoljava revizija dozvoljena žalba Vrhovnom kasacionom sudu (stav 3). Bez obzira na solidnu normativnu uređenost posebne re-

vizije, ipak postoje određeni razlozi koji dovode u ozbiljnu sumnju ostvarljivost cilja izuzetne revizije – ujednačavanje sudske prakse.

Najpre, nedostatak ovog pravnog instituta se krije u pravnoj prirodi i karakteru ovog pravnog instituta. Posebna revizija ne predstavlja zakonsko procesno pravo stranke, već njegovu zakonsku procesnu mogućnost. Izuzetna revizija je u sferi diskrecionog prava suda.³⁵ Ono što karakteriše parnično procesno pravo jesu propisana i jasno definisana procesna pravila koja određuju postupanje suda i ponašanje stranaka u svakoj fazi postupka. Ova karakteristika parnične procedure čini ovaj postupak transparentnim i predvidljivim, unapred se zna u kojim procesnim situacijama je dozvoljena primena određenog instituta. Kod klasične revizije kod koje se traži ispunjenost revizijskog cenzusa unapred je određena situacija kada je ova revizija dozvoljena. Samim tim, odlukom Vrhovnog kasacionog suda kojom se konstatuje da je revizija nedozvoljena zbog neispunjenja revizijskog cenzusa, a ta procesna pretpostavka je u stvari ispunjena, povređuje se pravo revidenta na pristup sudu, kao sastavnog dela prava na pravično suđenje. Kod posebne revizije transparentnost postupka je isključena, jer ocena dozvoljenosti posebne revizije isključivo zavisi od ocene Vrhovnog kasacionog suda o tome da li su ispunjeni “kriterijumi posebnosti”³⁶ (da li je potrebno da se razmotre pravna pitanja od opšteg interesa ili pravna pitanja u interesu ravnopravnosti građana, radi ujednačavanja sudske prakse i ako je potrebno novo tumačenje prava).

Zatim, iako zakonska odredba koja reguliše posebnu reviziju predstavlja osnov za tumačenje da se ova revizija može izjaviti u svim imovinskopравnim sporovima bez obzira na visinu revizijskog cenzusa, ipak tumačenjem određenih odredbi zakona može se zaključiti da se posebna revizija ipak ne može izjaviti u svim vrstama imovinskopравnih sporova. Naime, odredbom člana 479. stav 6. ZPP je propisano da u sporovima male vrednosti protiv odluke drugostepenog suda revizija nije dozvoljena. Iz sadržine same zakonske odredbe proizlazi da je u sporovima male vrednosti isključena kako klasična tako i posebna revizija. Ukoliko je u nekom posebnom parničnom postupku revizija izričito isključena, ona se ne može izjaviti na osnovu člana 395. ZPP, bez obzira na to da li je potrebno ujednačavanje sudske prakse, razmatranje pravnog pitanja od opšteg interesa ili novo tumačenje prava.³⁷

Takođe, odredbom člana 401. stav 2. Zakona je propisano da o dozvoljenosti posebne revizije rešenjem odlučuje apelacioni sud u veću od troje sudija koji nisu učestvovali u donošenju drugostepene presude. Navedena zakonska odredba izričito određuje koje veće apelacionog suda odlučuje o dozvoljenosti posebne revizije izjavljene protiv presude apelacionog suda, ali ne određuje koje veće ape-

³⁵ Odluka Ustavnog suda UŽ. 1360/12 od 5. jula 2012. godine.

³⁶ Kozar, Komentar Zakona o parničnom postupku, Beograd 2011, 484.

³⁷ Rešenje Ustavnog suda UŽ. 2187/11 od 15. decembra 2011. godine i rešenje Apelacionog suda u Novom Sadu R3. 136/11 od 26. oktobra 2011. godine.

lacionog suda odlučuje o dozvoljenosti posebne revizije izjavljene protiv presude Višeg suda, koji u drugom stepenu odlučuje o žalbama na presude u sporovima male vrednosti.³⁸ Po subjektivnom mišljenju, navedeno ne predstavlja propust zakonodavca, već dokaz, koji doduše posredno, ukazuje da je u sporovima male vrednosti isključena posebna revizija.

Isključenost posebne revizije u sporovima male vrednosti u velikoj meri ograničava domašaj ovog pravnog instituta kao mehanizma koji omogućava Vrhovnom kasacionom sud ujednačavanje sudske prakse, s obzirom na to da baš se u maličnim sporovima često pojavljuju takozvani tipski predmeti, a to su slučajevi koji imaju indentičnu činjeničnu i pravnu osnovu, te eventualne različite odluke suda u takvim sporovima svakako imaju za posledicu povredu pravičnosti postupka zbog neujednačene sudske prakse.

S obzirom na to da dozvoljenost posebne revizije zavisi od diskrecione ocene Vrhovnog kasacionog suda, to se podnošenje izuzetne revizije ne može smatrati procesnom pretpostavkom za izjavljivanje ustavne žalbe u smislu iscrpljivanja pravnih sredstava.³⁹ Imajući u vidu navedeno, to parnične stranke, u sporovima u kojima nije ispunjen revizijski cenzus, "preskaču" Vrhovni kasacioni sud i direktno se obraćaju Ustavnom sudu podnošenjem ustavne žalbe u kojima ukazuju da je njihovo Ustavom zajemčeno pravo iz člana 32. stav 1. Ustava povređeno upravo zbog neujednačene sudske prakse. Ustavna žalba je specifičan pravni lek za zaštitu ljudskih i manjinskih prava i sloboda zajemčenih Ustavom, koji je po prvi put uveden u pravni poredak Srbije Ustavom iz 2006. godine.⁴⁰ Kao što smo ranije naveli samo u 2012. godine Ustavni sud je u 1050 predmeta utvrdio da je do povrede prava na pravično suđenje došlo zbog neujednačene sudske prakse. Upravo ovaj brojčani podatak pokazuje da ustavna žalba predstavlja suštinski mehanizam za ujednačavanje sudske prakse, a ne posebna revizija. Ustavni sud utvrđuje da je ustavna tužba, a ne revizija postala pravno sredstvo za osiguranje jedinstvene primene zakona i ravnopravnosti građana.⁴¹ Ova konstatacija Ustavnog suda Hrvatske se može u potpunosti primeniti i u našem pravosudnom sistemu.

ZAKLJUČAK

Na osnovu izloženog, klasična revizija može se smatrati jedinim pravnim institutom pomoću kojeg stranka ustanovljava postupak pred Vrhovnim kasacionim sudom, kao revizijskom sudu, a istovremeno omogućava da taj sud suštin-

³⁸ Zakon o uređenju sudova ("Službeni glasnik RS", br. 116/08, 104/09, 101/10, 31/11, 78/11, 101/11); Čl. 23. stav 2. tačka 2.

³⁹ Rešenje Ustavnog suda UŽ. 4258/11 od 4. juna 2012. godine.

⁴⁰ "Službeni glasnik RS", broj 98/06; V. član 170. Ustava.

⁴¹ Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske U-I/1569/2004 od 20. decembra 2006. godine.

ski vrši ujednačavanje sudske prakse. Objektivno visoke revizijske sume sprečavaju da se ispune navedeni ciljevi. Međutim, ne treba da revizija postane redovno pravno sredstvo.⁴² Ovakvo rešenje koje predstavlja drugu krajnost bi Vrhovni kasacioni sud bez osnovanog razloga pretvorio u drugi žalbeni sud što bi takođe sprečilo da taj sud ostvari svoju zakonom utvrđenu ulogu. Zakonom propisani revizijski cenzus bi trebao da se prvenstveno bazira na ekonomskim prilikama i životnim standardom građana Republike Srbije. Iako je zakonodavac u procesni parnični svet uveo izuzetnu (posebnu) reviziju koja je formalno dostupna stranci bez ikakvih ograničenja i koja treba da vrši funkciju ujednačavanje sudske prakse, ipak domašaj i praktična primena ovog instituta je vrlo mala. Zato su brojni razlozi. To je netransparetnost postupka po posebnoj reviziji, isključenost posebne revizije u maličnim sporovima i postojanje drugog efikasnijeg pravnog sredstva za ostvarivanje funkcije koje bi trebalo da ima izuzetna revizija, a to je ustavna žalba. Vrhovni kasacioni sud još nema praksu niti detaljna objašenja po pitanju razloga za izjavljivanje posebne revizije, njegova obrazloženja se svode na голу konstataciju da posebna revizija nije dozvoljena, bez detaljnijeg obrazloženja i konkretizacije. Iz svih ovih razloga, trenutno na parničnom procesnom planu posebna revizija ne predstavlja efikasan pravni mehanizam pomoću kojeg Vrhovni kasacioni sud vrši ujednačavanje sudske prakse, a što je bio cilj zakonodavca. Predlog rešenja de lege ferenda: revizijski cenzus kao zakonski prag za izjavljivanje revizije treba povećavati, ali postepeno. Kako posebna revizija bude dobijala svoju afirmaciju i opravdanje u sudskoj praksi, tako treba povećavati revizijski cenzus.

BESFORT RAMADANI

Advisor to the Constitutional Court,
Belgrade

CENSUS OF REVISION

Summary

Census of revision as a statutory requirement for revision is a constraint that arises in all modern procedural legislation. The subject of this work is to consider whether objectively high census of revision effects of the right of access to the Supreme Court, the right to the corps of the right to a fair trial, then the objectively high census of revision established by law derogates the role of the highest court of which is reflected in the unifying of case law, with different jurisprudence the most common reason why the European Court and the Constitutional Court found violations of the right to a fair trial, is an exceptional revision as a relatively young institute litigation process can successfully replace the a classic revision, or whether exceptional revision presents an effective remedy by which Supreme Court performs consistency in legal practices.

⁴² Za navedenu ideju se zalagao profesor Borivoje Poznić, B. Poznić, "Da li je potrebna reforma jugoslovenskog parničnog zakonodavstva" *Pravni život*, br. 1–2/1996, 87.

ANĐELIJA TASIĆ

INSTRUMENTI ZA UJEDNAČAVANJE SUDSKE PRAKSE

U V O D

Princip podele vlasti predstavlja ustavno načelo, kojim je propisano da uređenje vlasti počiva na podeli vlasti na zakonodavnu, izvršnu i sudsku.¹ Istim članom Ustava RS definisano je da se odnos tri grane vlasti zasniva na ravnoteži i međusobnoj kontroli, a nezavisnost suda posebno je naglašena.² Ustav, takođe, propisuje i izvore prava na osnovu kojih sude svi sudovi u republici.

Prema Ustavu, izvori prava su: Ustav, zakon i druga opšta akta, kada je to predviđeno zakonom, opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava i potvrđeni međunarodni ugovori.³ Sasvim u duhu proklamovanog načela podele vlasti, ustavotvorac se opredelio da sudsku praksu izostavi sa liste (zvaničnih) izvora prava.

Na zakonodavcu je, dakle, da stvara opšta pravna pravila koje će sudije interpretirati i primenjivati u vršenju svoje sudijske funkcije. Sud takođe dono-

Anđelija Tasić, asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu.

¹ Asistentkinja Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu. Rad predstavlja rezultat istraživanja na projektu "Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru" koji finansira Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije (evidencioni broj projekta je 179046). Čl. 4. Ustava Republike Srbije, "Sl. glasnik RS", br. 98/2006, u daljem tekstu i Ustav RS.

² U literaturi se ističe da su ova dva stava kontradiktorna (Pajvančić M, Komentar Ustava Republike Srbije, Beograd, 2009, str. 17).

³ Čl. 142. Ustava RS.

si pravne norme, ali su to pojedinačne pravne norme⁴ koje se nalaze u presudi i predstavljaju zakon samo za stranke.⁵

Iako je slovo Ustava jasno, sudska praksa je od nesumnjivog značaja za stvaranje prava. Ovaj iskaz se posebno odnosi na odluke koje donosi Vrhovni kasacioni sud, u granicama svojih ovlašćenja. Zakonom o uređenju sudova naglašeno je da su odluke Vrhovnog kasacionog suda bitne za praksu sudova a da se svi načelni stavovi objavljuju u posebnoj zbirci.⁶ Stoga se nameću pitanja – da li može da se kaže da sudska praksa predstavlja makar posredni izvor prava, uprkos nedostatku jasne ustavne ili zakonske norme?⁷ Da li (prećutno) prihvatanje sudske prakse kao izvora prava dovodi do ujednačavanja sudske prakse? Koji instrumenti za ujednačavanje sudske prakse stoje sudovima, a posebno Vrhovnom kasacionom sudu na raspolaganju?

Predmet ovog rada biće analiza instrumenata koji se u praksi mogu koristiti da bi doveli do ujednačavanju sudske prakse, sa ciljem da se vidi da li je, u kojoj meri i na koji način naš zakonodavac uopšte normirao ujednačavanje sudske prakse. U tu shvrhu, sagledaće se funkcija i značaj tri procesna instituta: rešavanja spornog pravnog pitanja, (posebne) revizije i načelnih pravnih stavova Vrhovnog kasacionog suda. Iako je nemali značaj ovih instituta i u vanparničnom i izvršnom postupku, njihova analiza ograničiće se samo na parnični postupak, jer celovito sagledavanje ovih instituta u svrhu ujednačavanja sudske prakse zavređuje mnogo veću pažnju nego što u ovom radu ima prostora.

SPORNO PRAVNO PITANJE

Sporno pravno pitanje jeste institut građanskog procesnog prava koji je u domaće zakonodavstvo uveden Zakonom o parničnom postupku iz 2004. godi-

⁴ Tako i Stanković G, Sudska praksa i princip podele vlasti, u: Pravni život, br. 12 (1995), str. 305.

⁵ *Res iudicata facit ius inter partes.*

⁶ Čl. 33. st. 1. Zakona o uređenju sudova "Sl. glasnik RS", br. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011 – dr. zakon, 78/2011 – dr. zakon i 101/2011, u daljem tekstu i ZUS.

⁷ Jedan od argumenata koji se može istaći protiv tvrdnje da sudska praksa predstavlja izvor prava jeste i taj da to nije u našoj pravnoj tradiciji. Ipak, hrvatski procesni sistem, koji se razvijao na istim pravnim temeljima kao i naš, ustavom i zakonom regulisao je ovlašćenja suda u ujednačavanju sudske prakse. Tako, u čl. 118. Ustava (»Narodne novine« br. 56/90, 135/97, 8/98 – prečišćeni tekst, 113/2000, 124/2000 – prečišćeni tekst) stoji da Vrhovni sud Republike Hrvatske, kao najviši sud, osigurava jedinstvenu primenu zakona i ravnopravnost građana. Zakon o sudijama Republike Hrvatske, ("Narodne novine Republike Hrvatske" br. 28/13) takođe, u čl. 40. st. 1 ima izričitu odredbu po kojoj je pravno shvatanje prihvaćeno na sednici svih sudija odnosno sudskog odeljenja Vrhovnog suda Republike Hrvatske, Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske, Visokog upravnog suda Republike Hrvatske, Visokog prekršajnog suda Republike Hrvatske i sednica odeljenja županijskog suda obavezno za sva drugostepena veća ili sudije pojedince tog odeljenja, odnosno suda.

ne.⁸ Osnov za uvođenje ovog instituta nalazi se u preporuci Komiteta ministara Saveta Evrope o uvođenju i unapređenju žalbenih postupaka u građanskim i privrednim predmetima.⁹

Postupak za rešavanje spornog pravnog pitanja bio je predmet ocene ustavnosti Ustavnog suda Srbije,¹⁰ ali sud nije našao da je u suprotnosti sa važećim ustavnim normama.¹¹

Prema važećem Zakonu o parničnom postupku¹², ako u postupku pred prvostepenim sudom u većem broju predmeta postoji potreba da se zauzme stav o spornom pravnom pitanju koje je od značaja za odlučivanje o predmetu postupka pred prvostepenim sudovima, prvostepeni sud će po službenoj dužnosti ili na predlog stranke zahtevom da pokrene postupak pred Vrhovnim kasacionim sudom radi rešavanja spornog pravnog pitanja.¹³ Dakle, u zakonu ne postoji de-

⁸ "Sl. glasnik RS", br. 124/2004 i 111/2009, u daljem tekstu i ZPP 04. Postupak za rešavanje spornog pravnog pitanja bio je regulisan članovima 176–180. ovog zakona.

⁹ *Recommendation No. R (95) 5 concerning the Introduction and improvement of the functioning of appeal system and procedures in civil and commercial cases*. U čl. 7. st. d) navodi se da države treba da razmotre uvođenje sistema u kome će sud treće instance moći direktno da uzme u razmatranje određeni predmet, na primer na taj način što će mu biti prosleđen da bi rešio određeno prethodno pitanje, ili putem postupka kojim se zaobilazi drugostepeni sud. Ovakvi postupci posebno su pogodini za pravne stvari koje se tiču pravnih pitanja u kojima je izgledno izjavljivanje pravnog leka sudu treće instance.

¹⁰ Tvrdnje o neustavnosti bile su zasnovane na sledećim razlozima: a) Način na koji je uređeno rešavanje spornog pravnog pitanja od strane drugostepenog suda ne obezbeđuje dvostепенost suđenja; b) Način na koji je uređeno rešavanje spornog pravnog pitanja povređuje ustavna pravila o izvorima prava koji su Ustavom izričito nabrojani, a među njima se ne pojavljuje sudska praksa (precedent); c) Činjenica da je o određenim pravnim pitanjima poznata odluka Vrhovnog suda, stavlja u neravnopravan položaj one stranke u čijim pravnim odnosima nikakva odluka Vrhovnog suda o spornom pravnom pitanju nije ni doneta (Poznić B, Rakić-Vodinelić V, *Građansko procesno pravo*, Beograd, 2010, str. 281).

¹¹ U svojoj odluci broj *I U – 181/2005* od 28. septembra 2006. godine, Ustavni sud je našao da osporeni pravni institut predstavlja mehanizam kojim se, kroz zauzimanje pravnih shvatanja Vrhovnog suda Srbije, obezbeđuje pravna sigurnost i jednakost u postupcima pred nižestepenim sudovima, kao i suđenje u razumnom roku. Imajući u vidu da se institutom rešavanja spornog pravnog pitanja od strane Vrhovnog suda Srbije ne isključuje mogućnost ulaganja pravnih lekova na pojedinačne odluke prvostepenih sudova, ovim odredbama se ne narušava načelo nezavisnosti suda i dvostепенosti odlučivanja, niti se, mimo Ustava, uvodi suđenje na osnovu pravnih shvatanja Vrhovnog suda Srbije.

¹² "Sl. glasnik RS", br. 72/2011 i 49/2013 – odluka US, u daljem tekstu i ZPP. Postupak za rešavanje spornog pravnog pitanja regulisan je članovima 180–185.

¹³ Iako je predmet rada ograničen na instrumenete za ujednačavanje sudske prakse u parničnom postupku, valja pomenuti da je pitanje isticanja zahteva za rešavanje spornog pravnog pitanja postavljeno i u kontekstu vanparničnog i izvršnog postupka. Argument koji koriste pobornici stanovišta da sporno pravno pitanje nije ograničeno samo na parnični postupak je taj da se sporno pravno pitanje može pojaviti i u vanparničnom i u izvršnom postupku, a da su i Zakon o vanparničnom postupku (čl. 30. St. 2. Zakona o vanparničnom postupku, "Sl. glasnik SRS", br. 25/82 i 48/88

finicija spornog pravnog pitanja, već se može zaključiti da je to pravno pitanje koje se pojavljuje u većem broju predmeta, a od značaja je za rešavanje konkretne pravne stvari. Reč je, zapravo, o situaciji u kojoj postoji različita praksa povodom istog instituta materijalnog prava.¹⁴ To je vid „preventivnog“ obraćanja nižeg suda Vrhovnom kasacionom sudu u pravnoj stvari koja je u postupku pred nižestepenim sudom, kada u datoj pravnoj stvari nema ujednačene prakse.¹⁵ U literaturi se skreće pažnja da, u odnosu na prethodni zakon, važeći zakon ne propisuje da pravno pitanje treba da bude od prejudicijalnog značaja za rešavanje konkretnog spora. Ipak, smatra se da sporno pravno pitanje koje se postavlja Vrhovnom kasacionom sudu mora biti od prejudicijalnog značaja za odlučivanje u većem broju predmeta, jer bi u suprotnom traženje odgovora na bilo koje drugo sporno pravno pitanje dovelo do izigravanja ovog procesnog instituta.¹⁶ Ne treba, svakako, mešati sporno pravno pitanje sa prethodnim pitanjem. O prethodnom pitanju, regulisanom čl. 12. ZPP raspravlja se i odlučuje ako konačna odluka zavisi od toga da li postoji neko pravo ili pravni odnos, a o tom pitanju sud ili drugi nadležni organ još nije doneo odluku.

Postupak se pokreće zahtevom. Zahtev treba da sadrži: kratak opis utvrđenog stanja stvari u konkretnom slučaju, navode stranaka o spornom pravnom pitanju i razloge zbog kojih se sud obraća sa zahtevom za rešavanje spornog pravnog pitanja. Sud je dužan da uz zahtev priloži i sopstevno tumačenje spornog pravnog pitanja. Ova odredba predstavlja novinu u odnosu na ZPP 04, prema kome je ostavljeno sudu na volju da li će priložiti sopstveno tumačenje spornog pravnog pitanja.¹⁷ Predlog za rešavanje spornog pravnog pitanja može se dostaviti suprotnoj stranci na izjašnjenje samo u slučaju da druga stranka, a ne sud, uputi zahtev. Da li će se i zaista dostaviti, ostavljeno je sudu na odluku, budući da zakonodavac koristi termin “sud može dostaviti”, a ne “sud mora dostaviti” ili „sud je dužan da dostavi”, čime bi se smanjila mogućnost da sud različito postu-

i “Sl. glasnik RS”, br. 46/95 - dr. zakon, 18/2005 - dr. zakon, 85/2012 i 45/2013 - dr. Zakon) i Zakon o izvršenju i obezbeđenju (čl. 10. Zakona o izvršenju i obezbeđenju, “Sl. glasnik RS”, br. 31/2011 i 99/2011 - dr. Zakon) propisali shodnu primenu Zakona o parničnom postupku (Živković B, Rešavanje spornog pravnog pitanja - novi institut parničnog postupka, u: Pravna praksa, br. 3/2006, str. 44; Popović V, Postupak za rešavanje spornog pravnog pitanja, u: Bilten Vrhovnog kasacionog suda, br. 3/2012, str. 22-23). Sa druge strane, postoji i shvatanje prema kome se zahtev za rešavanje spornog pravnog pitanja ne može istaći u vanparničnom ili izvršnom postupku, jer “ako se pojavi sporno pitanje - sporne činjenice, stranke se upućuju na parnicu, a zahtev se ne rešava u ovim postupcima” (Borovac J, Zakon o parničnom postupku, Bilten društva sudija, Beograd, br. 1-4 (2005), str. 18).

¹⁴ Salma M, Postupak za rešavanje spornog pravnog pitanja, u: Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, XLVI, br. 1 (2012), str. 293.

¹⁵ Ibid, str. 297.

¹⁶ Popović V, op. cit, str. 18.

¹⁷ Čl. 177. St. 1. ZPP 04.

pa od slučaja do slučaja, što je suprotno duhu i cilju ovog instituta, ujednačavanju sudske prakse. Prema čl. 185. ZPP, Vrhovni kasacioni sud će odbaciti nepotpun i nedozvoljen zahtev za rešavanje spornog pravnog pitanja. Prema navodima iz literature,¹⁸ Vrhovni kasacioni sud je na ovaj način postupao i bez izričitog zakonskog ovlašćena, verovatno primenjujuće opšte odredbe koje se odnose na odbacivanje nerazumljivog ili nepotpunog podneska.¹⁹ Prilikom rešavanja spornog pravnog pitanja, sud postupa po pravilima postupka za usvajanje pravnih stavova.²⁰ Zakonodavac je skratio rok za rešavanje spornog pravnog pitanja sa 90 na 60 dana, čime se doprinosi ostvarivanju načela efikasnosti u parničnom postupku. Odluka povodom zahteva za rešavanje spornog pravnog pitanja dostavlja se sudu koji je pokrenuo postupak i objavljuje se na internet stranici Vrhovnog kasacionog suda.²¹

Najvažnije, ako je Vrhovni kasacioni sud rešio sporno pravno pitanje, stranke u postupku u kome se postavlja isto sporno pravno pitanje nemaju pravo da traže njegovo rešavanje u parnici koja je u toku. Iako se u teoriji iznosi stanovište da je zakonodavac želeo da na ovaj način spreči zloupotrebu procesnih ovlašćenja,²² ipak sam sklonija mišljenju da je po sredi ušteda resursa i želja da se pravosudni aparat ne angažuje bez potrebe. Takođe, ne bih se složila ni sa stavom prema kome se ova odredba odnosi samo na postupak između istih stranaka o istoj pravnoj stvari između kojih je prvobitno pokrenuta parnica u kojoj se i pojavilo sporno pravno pitanje.²³ Smatram da, najpre, nije za očekivati da će se to isto pitanje ponovo otvoriti među istim strankama kao prethodno pitanje a u vezi drugog predmeta spora. Ukoliko bi se pojavilo povodom istog predmeta spora, o tom pitanju se uopšte ne bi meritorno odlučivalo jer bi postojanje litispendencije ili presuđene stvari predstavljalo procesnu smetnju. Dalje, ako bi se stanovište da rešeno sporno pravno pitanje važi samo između istih stranaka prihvatilo, primenom *argumentum a contrario* moglo bi se zaključiti da bi, uvek kada se među nekim drugim strankama na bazi istog činjeničnog stanja postavi isto sporno prav-

¹⁸ Petrušić N, Simonović D, Komentar Zakona o parničnom postupku, Beograd, 2011, str. 350; Popović V, op. cit, str. 18; Novine u Zakonu o parničnom postupku "Sl. glasnik RS", br. 72/2011 – stručni komentar, Paragraf Lex.

¹⁹ Čl. 101. ZPP.

²⁰ Iako se u teoriji naglašava da se, za razliku od ZPP 04, u važećem ZPP umesto termina "zauzima pravno shvatanje" koristi termin "rešava sporno pravno pitanje", te da to može izazvati nedoumice u praksi (Popović V, op. cit, str. 19), pažljivim čitanjem važećih zakonskih odredaba vidi se da u novom ZPP zakonodavac koristi i jedan i drugi termin, i da naglašava da se postupa po pravilima za usvajanje pravnih shvatanja, te da prave dileme zapravo nema.

²¹ Ne i u Biltenu Vrhovnog kasacionog suda, što je bila obaveza prema ZPP 04.

²² Boranijašević V, Postupak za rešavanje spornog pravnog pitanja, u: Pravni život, br. 13 (2009), str. 670.

²³ Ključni argument koji se navodi jeste korišćenje termina "parnica koja je u toku" (Živković B, op. cit., str. 45).

no pitanje, Vrhovni kasacioni sud mogao, a možda i morao ponovo da zauzima stav. Sumnjam da je intencija zakonodavca bila da često (i reklo bi se i bespotrebno) angažuje složen mehanizam za rešavanje spornog pravnog pitanja i troši vreme i resurse Vrhovnog kasacionog suda, najvišeg suda u sudskoj hijerarhiji.²⁴

Rešenje ove dileme upravo predstavlja suštinu procene da li rešavanje spornog pravnog pitanja utiče na buduće sudske odluke i ujednačavanje sudske prakse. Zakonodavac nigde nije izričito naveo da sudije nižih sudova moraju primeniti pravno shvatanje Vrhovnog kasacionog suda. Da jeste, uveo bi precedent u domaće pravo. On je domišljato izbegao da to učini, što se može opravdati nastojanjima da izbegne da mu se pripíše uvođenje novog izvora prava, pored onih nabrojanih u Ustavu Srbije.²⁵ Ipak, odredbom po kojoj se o istom spornom pravnom pitanju ne može ponovo pokretati postupak, zakonodavac je prećutno dao smernice kojima sudije treba da se rukovode. Da li su, dakle, sudije dužne da primene pravno shvatanje Vrhovnog kasacionog suda? Nisu. Da li će one to ipak činiti? Pretpostavka je da hoće, što iz ubeđenja da je shvatanje Vrhovnog kasacionog suda, kao najvišeg suda u zemlji, utemeljeno i doneto na osnovu brižljivo izvaganih argumenta, što iz straha da odluka koju donesu može biti ukinuta ili preinačena, što će se odraziti na njihov ukupan učinak.²⁶

Naposletku, treba podsetiti i na garancije pravičnog suđenja koje je naša država dužna da obezbedi kao potpisnica međunarodnih ugovora. Prema čl. 6. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda propisano je da svako, prilikom utvrđivanja građanskih prava i obaveza ili osnovanosti bilo kakve krivične optužbe protiv njega, ima pravo na pravično suđenje i javnu raspravu u razumnom roku pred nezavisnim i nepristrasnim, zakonom ustanovljenim sudom.²⁷ Ova obaveza države, zajedno sa obavezom iz čl. 13. kojom se strankama obezbeđuje pravo na delotvoran pravni lek, ozbiljno se dovodi u pitanje na ovaj način koncipiranim postupkom za rešavanje spornog pravnog pitanja.

²⁴ Tako i Poznić B, Rakić-Vodinić V, op. cit, str. 284.

²⁵ Ibid.

²⁶ U dosadašnjoj praksi nisu uočeni nisu uočeni slučajevi da nižestepeni sudovi ne primenjuju pravne stavove usvojene u postupku rešavanja spornog pravnog pitanja (Tamaš V, Postupak za rešavanje spornog pravnog pitanja i usvojeni pravni stavovi građanskog odeljenja Vrhovnog suda Srbije, u: Bilten sudske prakse (Vrhovni sud Srbije), br. 2, 2006, str. 483).

²⁷ Čl. 6. Zakona o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, izmenjen u skladu sa Protokolom broj 11, Protokola uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Protokola broj 4 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i kojim se obezbeđuju izvesna prava i slobode koji nisu uključeni u Konvenciju i Prvi Protokol uz nju, Protokola broj 6 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda o ukidanju smrtne kazne, Protokola broj 7 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Protokola broj 12 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i Protokola broj 13 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda o ukidanju smrtne kazne u svim okolnostima, "Sl. List SCG" – Međunarodni ugovori, br. 9/23.

REVIZIJA

Revizija, vanredni pravni lek koji ima dugu tradiciju u domaćem zakonodavstvu, kao primarni cilj ima kontrolu zakonitosti odluka nižih sudova.²⁸ Iniciranjem postupka po reviziji, Vrhovnom kasacionom sudu se, osim kontrole zakonitosti jedne pojedinačne odluke, pruža mogućnost da utiče na ujednačavanje sudske prakse i jedinstvenu primenu prava. U aktuelnom sistemu pravnih lekova svoje mesto našle su revizija protiv presude, revizija protiv rešenja i posebna revizija.

Prema redovnom toku stvari, regulisanim čl. 403. ZPP, revizija može da se izjavi protiv pravnosnažne presude donete u drugom stepenu. Revizija je uvek dozvoljena kada je to posebnim zakonom propisano.²⁹ Revizija nije dozvoljena u imovinskopравnim sporovima kad se tužbeni zahtev odnosi na utvrđenje prava svojine na nepokretnostima ili potraživanje u novcu, na predaju stvari ili izvršenje neke druge činidbe, ako vrednost predmeta spora pobijenog dela ne prelazi dinarsku protivvrednost od 100 000 evra po srednjem kursu Narodne banke Srbije na dan podnošenja tužbe.³⁰

Vanredna, posebna ili revizija po dopuštenju jeste procesni institut koji je u domaćem zakonodavstvu prvi put uređen ZPP 04.³¹ Prema važećem Zakonu o parničnom postupku, revizija je izuzetno dozvoljena zbog pogrešne primene materijalnog prava i protiv drugostepene presude³² koja ne bi mogla da se pobija revizijom, ako je po oceni apelacionog suda, odnosno Vrhovnog kasacionog suda potrebno da se razmotre pravna pitanja od opšteg interesa ili pravna pitanja u interesu ravnopravnosti građana, radi ujednačavanja sudske prakse³³ kao i ako je

²⁸ Opširnije: Adamović A, Tendencije u razvoju revizije u srpskom građanskom procesnom pravu, u: Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, LVI, 2010, str. 253–271.

²⁹ Da ni Vrhovni kasacioni sud ne razume uvek suštinu ovog pravila, prema kome, ako je revizija uvek dozvoljena, dozvoljena je i slučaju da vrednost predmeta imovinskopравnog spora ne prelazi 100 000 evra, pokazuju i odluke najvišeg suda *Rev 146/12*, *Rev 1292/11* i *Rev 306/11* iz oblasti medijskog prava (Detaljnije: Adamović A, Revizija protiv presude – kritički osvrt na nova zakonska rešenja, u: Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, LXIII, 2012, str. 375–386).

³⁰ Da je zakonodavac naizgled benignom promenom redosleda stavova u članu koji reguliše reviziju mogao da stvori nedoumice u primeni ove zakonske norme, videti u: Rakić-Vodinić V, Zakon o parničnom postupku Srbije 2011, u: Pravni zapisi, 2 (2011), str. 550.

³¹ Čl. 395. ZPP 04: Revizija je izuzetno dozvoljena i protiv drugostepene presude koja se ne bi mogla pobijati po odredbama čl. 394. ovog zakona (odredbe o dopuštenosti redovne revizije, prim. A.T), kad je po oceni apelacionog suda o dopuštenosti ove revizije, potrebno da se razmotre pravna pitanja od opšteg interesa, ujednači sudska praksa ili kad je potrebno novo tumačenje prava.

³² Navodi se da, iako se, strogo po zakonu, vanrednom revizijom može pobijati samo drugostepena odluka, revizijski sud može, ispitujući prvostepenu odluku da ispituje eventualno i prvostepenu presudu protiv žalbe protiv koje je drugostepena presuda izjavljena. U tom bi slučaju prvostepena presuda imala značenje akcesornog objekta pobijanja (Dika M, Građansko parnično pravo – pravni lijekovi, Zagreb, 2010, str. 300).

³³ Smatra se da posebna (u hrvatskom pravu vanredna) revizija može da se izjavi kada o određenom (materijalnopравnom) pitanju revizijski sud još uvek nije zauzeo stav, a moglo bi se oče-

potrebno novo tumačenje prava.³⁴ Imajući u vidu razloge za izjavljivanje posebne revizije, može se reći da je njen primarni zadatak upravo obezbeđivanje jedinstvene primene prava, dok je kontrola zakonitosti odluka nižih sudova u drugom planu.

O dopuštenosti posebne revizije odlučuje apelacioni sud u veću od troje sudija koji nisu učestvovali u donošenju drugostepene odluke. Novitet je odredba da se posebna revizija može izjaviti kada je njome pokrenuto pravno pitanje čije je rešavanje u interesu ravnopravnosti građana, što bi različitim tumačenjem moglo da izazove određene nedoumice.³⁵ Zakonodavac je donekle izmenio uslove za izjavljivanje posebne revizije, ograničivši ih samo na pogrešnu primenu materijalnog prava. Primećuje se da to faktički znači da se posebnom revizijom ne mogu pokretati pravna pitanja koja se odnose na primenu procesnih pravila, čak i kad su ona od opšteg interesa, kada je njihovo rešavanje u interesu ravnopravnosti građana, kada su značajna za ujednačavanje sudske prakse ili za novo tumačenje prava.³⁶

Budući da je posebnoj reviziji posvećen samo jedan član ZPPa, na nju se shodno primenjuju sve odredbe koje važe i za klasičnu reviziju protiv presude. O reviziji odlučuje Vrhovni kasacioni sud u veću sastavljenom od troje sudija.³⁷

Na pitanje da li je posebna revizija dopuštena i protiv rešenja, ni teorija ni zakonodavac ne daju jasan odgovor.³⁸

kivati da bi u praksi drugostepeni sudovi mogli o njemu imati različita mišljenja. Pravni stav revizijskog suda mogao bi unapred sprečiti raznoliku praksu i delovati usmeravajuće uspostavljanjem jasnih interpretacijskih pokazatelja za stranke i njihove kvalifikovane zastupnike, kao i prvostepene i drugostepene sudove. Na taj način bi se svakako moglo doprineti povećanju opšte pravne sigurnosti (Triva S, Dika M, Građansko parnično procesno pravo, Zagreb, 2004, str. 730).

³⁴ Čl. 404. ZPP.

³⁵ Ravnopravnost građana odnosi se na jednakost u pristupu sudu i primeni prava (Palačković D, Pravno pitanje u postupku po reviziji parničnog suda, u: Pravni sistem Srbije i standardi Evropske unije i Saveta Evrope, Kragujevac, 2010, str. 213. Iako bih se sa ovom tvrdnjom načelno složila, podsetila bih da se ravnopravnost građana štiti i u postupku za zaštitu od diskriminacije po osnovu pola, propisanim Zakonom o ravnopravnosti polova ("Sl. glasnik RS", br. 104/2009). Kako taj zakon nije propisao da je revizija uvek dopuštena, a tužilac, osim neimovinskih može istaći i imovinskopravne zahteve, pitanje je – da li stranka, u slučaju da nisu ispunjeni uslovi za izjavljivanje redovne revizije, može, pozivajući se na pravni standard "pravno pitanje u interesu ravnopravnosti građana" da izjavi posebnu reviziju? Odgovor će zavisiti od toga na koji način sudija shvati svoju ulogu u tumačenju i kreiranju prava.

³⁶ Petrušić N, Simonović D, op. cit., str. 768.

³⁷ Čl. 37. St. 2. ZPP.

³⁸ Podseća se da ZPP dopušta, pod restriktivnim uslovima, i reviziju protiv rešenja drugostepenog suda kojim se postupak pravnosnažno okončava, ali i da je ovim zakonom propisano da revizija protiv rešenja nije dopuštena u sporovima u kojima ne bi bila dopuštena protiv pravnosnažnih presuda, pa se postavlja pitanje da li je ovim stavom obuhvaćen i slučaj kad je revizija dopuštena zato što je tako odlučio apelacioni sud (Palačković D, Vanredna revizija ili revizija po dopuštenju, u: Pravni život, br. 12 (2010), str. 73). Ima, međutim, i shvatanja da je protiv rešenja dopuštena i redov-

Imajući u vidu predmet ovog rada, postavlja se pitanje na koji način će odluka doneta po reviziji dovesti do ujednačavanja sudske prakse. Konkretna odluka po reviziji konačno će urediti odnos između strana u sporu koje su i pokrenule prvostepeni postupak. Objavljivanjem ove odluke, ona će postati dostupna sudijama nižih sudova i ukazaće im na koji način jedno veće Vrhovnog kasacionog suda smatra da određeni spor treba da se reši. Odluka po reviziji jeste upravo to, samo odluka jednog veća, koja ne obavezuje ni druga veća Vrhovnog kasacionog suda. Da li ona ima snagu da utiče na sve niže sudove da sude na način kako je presuđeno u odluci po posebnoj reviziji? Nema. Da li će se sudije u svom radu ipak ugledati na revizijske odluke Vrhovnog kasacionog suda? Hoće, snagom autoriteta koji Vrhovni kasacioni sud ima.

U kontekstu revizije, treba pomenuti još jedan institut koji je služio ujednačavanju sudske prakse. To je žalba sa alternativnim predlogom za revizijsko odlučivanje, tzv. direktna revizija, vanredni pravni lek koji je egzistirao u ZPP 04. Prema čl. 389. ZPP 04, protiv presude donete u prvom stepenu protiv koje je dozvoljena revizija stranke mogu izjaviti žalbu Vrhovnom sudu Srbije u roku od 15 dana od dostavljanja presude, ako stranka u žalbi predloži da o ovom leku odlučuje Vrhovni sud Srbije, a protivna stranka se sa tim saglasi.³⁹ Presuda se može pobijati ovim pravnim lekom u parnicama u kojima je dopuštena revizija samo zbog pogrešne primene materijalnog prava i ako je sud zasnovao svoju odluku na nedozvoljenim raspolaganjima stranaka. Da je reč o instrumentu za ujednačavanje sudske prakse vidi se iz odredaba kojima se uređuje postupak odlučivanja po direktnoj reviziji, pa se tako u čl. 390. st. 2. ZPP 04 naglašava da, kada se protivna strana (mada bi pravilno bilo „stranka“, kao procesni termin, prim. A. T), saglasi da o pravnom leku odlučuje Vrhovni sud Srbije, a Vrhovni sud Srbije prihvati da o njemu odlučuje zbog *potrebe ujednačavanja sudske prakse* zauzimanjem stava o nekom spornom pravnom pitanju, smatra se da je žalba protiv prvostepene presude povučena.

Dakle, potreba za ujednačavanjem sudske prakse nije propisana među razlozima iz kojih se direktna revizija može izjaviti, već je navedena kao uslov koji mora biti ispunjen da bi Vrhovni sud Srbije⁴⁰ zahtev uzeo u razmatranje.⁴¹ Ovaj

na i vanredna revizija (Gović I, Revizija u svetlu poslednjih izmena i dopuna Zakona o parničnom postupku (ZPP/03) i na njima utemeljenoj sudskoj praksi, u: Zb. Prav. fak. Sveuč. Rij. (1991) v. 29, br. 2(2008) str. 1119).

³⁹ Iako se naglašava da je u teoriji postojala dilema da li je reč o redovnom (žalba) ili vanrednom (revizija) pravnom leku (Radovanov A, Građansko procesno pravo, Novi Sad, 2011, str. 290), čini se da je termin „hibridni pravni lek“ sasvim adekvatno oslikava njegovu pravnu prirodu (Stanković G, Građansko procesno pravo – parnično procesno pravo (prva sveska), Niš, 2010, str. 507).

⁴⁰ Zakon je donet pre reorganizacije mreže sudova.

⁴¹ I direktna revizija uvedena je u naš pravni sistem radi unapređivanja ostvarivanja pravne zaštite u skladu sa preporukama Komiteta ministara Saveta Evrope (Stanković G, Zakono o parničnom postupku (predgovor), Beograd, 2004, str. 28). Ovakav pravni lek je u nauci poznat pod nazi-

pravni lek retko je korišćen u praksi,⁴² a pretpostavka je da je jedan od razloga za to činjenica da se stranke nerado odriču prava na pravni lek i mogućnosti da iskoriste sva raspoloživa pravna sredstva kojima bi pobijali odluku kojom nisu zadovoljni.⁴³ Direktna revizija izazvala je nedoumice i u pogledu trenutka pravnosnažnosti i izvršnosti odluke, što je takođe moglo da bude jedna od prepreka za njeno češće korišćenje u praksi.⁴⁴ Zanimljivo je da ZPP 04 ne sadrži nikakva pravila po kojima bi Vrhovni sud bio u obavezi da odluku učini dostupnom široj (stručnoj) javnosti. Dileme vezane za uticaj revizije na sudsku praksu mogu se preslikati i na direktnu reviziju. Direktna revizija nije našla svoje mesto u sistemu pravnih lekova koji je zastupljen u važećem Zakonu o parničnom postupku.

NAČELNI PRAVNI STAVOVI VRHOVNOG KASACIONOG SUDA

Zakonom o uređenju sudova propisana je nadležnost Vrhovnog kasacionog suda. Vrhovni kasacioni sud utvrđuje načelne pravne stavove radi jedinstvene sudske primene prava; razmatra primenu zakona i drugih propisa i rad sudova; imenuje sudije Ustavnog suda, daje mišljenje o kandidatu za predsednika Vrhovnog kasacionog suda i vrši druge nadležnosti određene zakonom.⁴⁵ Sudije Vrhovnog kasacionog suda zasedaju na sednici odeljenja i opštoj sednici Vrhovnog kasacionog suda.

Prema čl. 43. ZUS, sednica odeljenja Vrhovnog kasacionog suda razmatra pitanja iz delokruga sudskih odeljenja. Sednica odeljenja saziva se i ako između pojedinih veća nastane nesaglasnost u primeni propisa ili ako jedno veće odstupi od pravnog shvatanja prihvaćenog u svojoj praksi ili od pravnog shvatanja koje su

vom *revisio per saltum*, odnosno *Sprungrevision*, što znači revizija sa preskokom (Poznić B, Rakić-Vodinić V, op. cit., str. 424).

⁴² Neke sudske odluke pokazuju da sud nije prihvatao da odluči o reviziji ni kada su se stranke saglasile oko transformisanja žalbe u reviziju, a ona jeste izjavljena iz zakonom propisanih razloga, u slučajevima u kojima postoji potreba za ujednačavanjem sudske prakse, a zbog toga što je smatrao da će na taj način da se povredi pravo stranke da se o njenim zahtevima i predlozima odluči u razumnom roku (Kozar V, Direktna revizija kao novi vanredni pravni lek u Zakonu o parničnom postupku, u: Pravni život, br. 13 (2007), str. 687).

⁴³ Osim toga, na to utiče i okolnost da je mali broj pravnih stvari u kojima se radi samo o povredama materijalnog prava ili o određenim procesnim povredama koje imaju bitni značaj za zakonitost prvostepene odluke, kao i da je predviđeno obavezno advokatsko zastupanje u postupku po ovom pravnom leku, koje izaziva određene troškove za oba parničara (Stanković G, Građansko procesno pravo – parnično procesno pravo (prva sveska), op. cit., str. 507).

⁴⁴ Smatra se da je u trenutku transformacije žalbe u reviziju prvostepena presuda postala pravnosnažna i izvršna sudska odluka, tj. izvršna isprava u smislu zakona koji uređuje izvršni postupak (Kozar V, op. cit., str. 689).

⁴⁵ Čl. 31. ZUS.

prihvatila sva veća. Pravno shvatanje usvojeno na sednici odeljenja obavezuje sva veća u sastavu odeljenja.

Usvajanje načelnih pravnih stavova jedno je od ovlašćenja i opšte sednice Vrhovnog kasacionog suda.⁴⁶ Opšta sednica saziva se i kada između veća iz različitih odeljenja ili između različitih odeljenja nastane nesaglasnost u primeni propisa, kada se u jednom odeljenju odstupi od načelnog pravnog stava ili kad na sednici odeljenja ne može da se usvoji pravno shvatanje. Načelni pravni stavovi usvojeni na Opštoj sednici obavezuju sva veća i odeljenja Vrhovnog kasacionog suda i mogu da se izmene samo na Opštoj sednici.⁴⁷ Poslovníkom o uređenju i radu Vrhovnog kasacionog suda⁴⁸ takođe je propisano da sudije na Opštoj sednici usvajaju načelne pravne stavove.

Rad sednica odeljenja nižih sudova regulisan je i Sudskim poslovníkom.⁴⁹ Na sednici sudskog odeljenja razmatraju se rad odeljenja, pravna pitanja, način poboljšanja rada i stručnosti sudija, sudijskih pomoćnika i sudijskih pripravnika i druga pitanja od značaja za rad odeljenja. Predsednik koji saziva sednicu predlaže izvestioca i stara se o formulisanju pravnih shvatanja i zaključaka donetih na sednici. Nacrtno pravnog shvatanja usvojenog na sednici odeljenja izrađuje izvestilac i on se dostavlja svim članovima odeljenja na mišljenje.

Međutim, jasno je da stavovi koje usvaja Vrhovni kasacioni sud obavezuju samo sudije ovog suda. O obaveznosti pravnog shvatanja Vrhovnog kasacionog suda za niže sudove nema nikakvih zakonskih odredaba, jer, bar formalno, sud-

⁴⁶ Čl. 45. ZUS.

⁴⁷ Na internet adresi Vrhovnog kasacionog suda se, nažalost, ne može naći nijedan podatak u delu koji je naslovljen "Načelni pravni stavovi opšte sednice Vrhovnog kasacionog suda" (<http://www.vk.sud.rs/sudska-praksa.html>, pristup sajtu 21.7.2013). Ipak, dostupna statistika pokazuje da Vrhovni kasacioni sud ne koristi obilato svoja zakonska ovlašćenja, te se ne može pohvaliti velikim brojem usvojenih pravnih shvatanja i zauzetih pravnih stavova. Građansko odeljenje je u toku 2011. godine održalo 11 sednica, a u prvoj polovini 2012. godine sedam sednica. Na ovim sednicama razmatrana su brojna sporna pravna pitanja, usvojeno šest pravnih shvatanja, dva pravna stava i utvrđeno 18 sentenci (Jovanović V, Sporna pravna pitanja i pravna shvatanja Vrhovnog kasacionog suda, u: Bilten Vrhovnog kasacionog suda, br. 3/2012, str. 43). U Biltenu sudske prakse za 2012. godinu objavljeno je jedno pravno shvatanje Građanskog odeljenja i četiri sentence vezane za građansko procesno pravo (i određeni broj sentenci za druge oblasti građanskog prava) (Bilten sudske prakse, br. 1/2012). Ne može se zaključiti da li je ovo ukupan broj usvojenih sentenci i pravnih shvatanja za 2012. godinu ili su objavljene samo odabrane jer u godišnjem Informatoru o radu i Izveštaju o radu sudova u Republici Srbiji za 2012. godinu nisu prezentovani ti podaci (Oba dokumenta dostupna su na <http://www.vk.sud.rs>, pristup sajtu 24.7.2013). S obzirom na navedeno, može se izvesti zaključak da Vrhovni kasacioni sud ne ulaže dovoljno napora da o svojim stavovima informiše širu stručnu i naučnu javnost.

⁴⁸ "Sl. glasnik RS", br. 37/2010.

⁴⁹ "Sl. glasnik RS", br. 110/2009.

ska praksa nije izvor prava.⁵⁰ Ipak, nesporno je da, u procesu odlučivanja, sudije nižih sudova u najmanju ruku konsultuju stavove najvišeg suda.⁵¹

ZAKLJUČAK

Prema slovu Ustava, izvori prava u Republici Srbiji jesu sam Ustav, zakon i druga opšta akta, kada je to predviđeno zakonom, opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava i potvrđeni međunarodni ugovori. Da ipak pitanje – da li sudska praksa može da se smatra izvorom prava uz ovakve ustavne ograde nije izlišno, kazuju tri instituta. To su rešavanje spornog pravnog pitanja, revizija i zauzimanje načelnih stavova Vrhovnog kasacionog suda.

Institut spornog pravnog pitanja koncipiran je na takav način da balansira na tankoj granici koja deli precedentno od neprecedentnog prava. Teg na vagi ka precedentu svakako je odredba po kojoj se jednom rešeno sporno pravno pitanje ne može više postavljati u (nekoj) parnici koja je u toku, dok, sa druge strane, prevagu ka tome da je zakonodavac ostao dosledan Ustavu upravo čini odsustvo jasne i nedvosmislene zakonske norme koja bi sud obavezala na striktnu primenu stava Vrhovnog kasacionog suda. Sud pred kojim se to sporno pravno pitanje ponovo javilo ne sme da se obrati Vrhovnom kasacionom sudu za novo rešavanje prethodnog pitanja, ali sa druge strane, ne mora da primeni već postojeće stanoviše Vrhovnog kasacionog suda već može i sam da reši pitanje na neki drugi način. Ne postoji norma koja ga na to ovlašćuje, ali ne postoji ni norma koja ga u tome sputava. Mogućnost da odluka bude ukinuta ipak se može shvatiti samo kao mentalna barijera sudiji da ne da svoje tumačenje prava i uživi se u svoju kreativnu sudsku ulogu.

Revizija protiv presude je vanredni pravni lek koji primarno služi za kontrolu zakonitosti odluka nižih sudova, a izjavljuje se iz zakonom predviđenih razloga, uz ograničenja postavljena Zakonom o parničnom postupku. Posebna revizija izjavljuje se u onim slučajevima u kojima po redovnom toku stvari ne bi mogla da se izjavi, a potrebno je da se razmotre pravna pitanja od opšteg interesa ili pravna pitanja u interesu ravnopravnosti građana, radi ujednačavanja sudske prakse i ukoliko je potrebno novo tumačenje prava. Iako se sudije u svom radu neretko rukovode revizijskim odlukama, one jesu samo samo odluke jednog veća Vrhovnog kasacionog suda o određenoj spornoj stvari.

⁵⁰ Sudska praksa, pravna shvatanja i načelna pravna mišljenja ne predstavljaju izvor parničnog procesnog prava, kao što to nisu ni mišljenja drugih organa (Stanković G, Građansko procesno pravo – parnično procesno pravo (prva sveska, op. cit, str. 31). Ipak, mora se imati u vidu da ovaj tzv. posredan način ujednačavanja sudske prakse nije naročito delotvoran (Petrušić N, Funkcije vrhovnih sudova republika u građanskom sudskom postupku, u: Pravni život, br. 12 (1995), str. 387).

⁵¹ Tako i Palačković D, Pravno pitanje u postupku po reviziji presude parničnog suda, op. cit., str. 205.

Ni stavovi Vrhovnog kasacionog suda ne mogu u potpunosti oprvdati naziv instrumenata za ujednačavanje sudske prakse. Iako u njihovom donošenju učestvuje veći broj sudija nego što je to slučaj prilikom rešavanja konkretnog spora u postupku po reviziji, ipak ovi stavovi, bar po slovu zakona, obavezuju samo sudije Vrhovnog kasacionog suda.

Sve ovo vodi zaključku da postojeći zakonski propisi ne predstavljaju optimalan normativni okvir za ujednačavanje sudske prakse, a da se Vrhovni kasacioni sud, imajući u vidu minimalna ovlašćenja, može još samo osloniti na autoritet koji ima na sudije nižih sudova.

ANĐELIJA TASIĆ

Teaching Assistant, Faculty of Law,
University of Niš

LEGAL INSTRUMENTS FOR STANDARDIZATION OF JURISPRUDENCE

Summary

Although jurisprudence has not formally been the source of law, the question of its influence in creating the legal norms and uniform application of law is inevitably arisen. In this paper, the author analyzed three institutes: request for solving the contentious legal issue, judicial revision and general legal stands of the Supreme Court. Framing the request for solving the contentious legal issue, legislator took care not to cross the fine line between case law and non-case law, by omitting to establish the obligatory character of the Supreme Court's decisions. The judicial revision, apart from the primary goal - control of the legality of the decision, bears great importance in standardization of jurisprudence. However, neither the decisions reached in process of judicial revision by Supreme Court have the obligatory character. Therefore, implementation of the decision would depend on the authority of the Supreme Court. The same applies to general legal stands of the Supreme Court.

RODOLJUB ETINSKI

LJUDSKO DOSTOJANSTVO I LJUDSKA PRAVA

U V O D

Tekst je posvećen istraživanju odnosa između ljudskog dostojanstva i ljudskih prava, kako na međunarodnom planu, tako i na uporednom ustavnom planu.

Odgovornost za ljudsko dostojanstvo podeljena je između pojedinca i zajednice. Ljudsko dostojanstvo je urođeno svojstvo svakog čoveka, ali obrazovanje treba da bude usmereno prema punom razvoju ljudske ličnosti i dostojanstva. Odgovornost za ljudsko dostojanstvo dele lokalna, nacionalna i međunarodna zajednica i ona se ostvaruje preko priznavanja, poštovanja i zaštite ljudskih prava. Koncept ljudskog dostojanstva se razvijao tokom vremena i međunarodna zaštita ljudskih prava je deo tog razvoja. U okviru međunarodne zaštite ljudskih prava ljudsko dostojanstvo ima naročito mesto. Prihvaćeno je da je ljudsko dostojanstvo izvoriste, ishodište i suština ljudskih prava, kao i posebno istaknut elemenat pojedinih prava. Prihvaćeno je da je ono razlog jednakosti ljudi i zabrane diskriminacije. Konačno, prihvaćeno je da je poštovanje ljudskog dostojanstva, dakle ljudskih prava uslov slobode, pravde, stabilnosti i mira u svetu. U pozitivno-pravnom smislu koncept ljudskog dostojanstva u međunarodnoj zaštiti ljudskih prava je važan elemenat tumačenja međunarodnih propisa o ljudskim pravima, koji zahteva da se propisi o ljudskim pravima tumače tako da to pruži punu zaštitu ljudskom dostojanstvu.

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

Iako je postignut politički konsenzus na globalnom nivou o značaju ljudskog dostojanstva i poštovanju ljudskih prava za slobodu, pravdu i mir u svetu, na praktičnom pravnom nivou nejednako se napredovalo u pojedinim regionima i na globalnom planu u ostvarivanju tog konsenzusa. Pored toga, međunarodni razvoj u poslednjim decenijama doveo je u pitanje klasičnu pravnu strukturu ljudskih prava kao pravnog odnosa između države i pojedinaca na njenoj teritoriji.

Ustavne elaboracije ljudskog dostojanstva razlikuju se od države do države. Ustavima nekih država priznato je posebno pravo na ljudsko dostojanstvo ili se ljudsko dostojanstvo navodi kao najviša vrednost na kojoj se temelji država. Ustavni drugih država upućuju na ljudsko dostojanstvo u kontekstu zaštite posebnih ljudskih prava, kao što su ekonomska i socijalna prava, pravo na privatnost ili zaštita mučenja i nečovečnog i ponižavajućeg postupanja i kažnjavanja.

Iako je učinjen izvestan napredak posle Drugog svetskog rata u stvaranju univerzalnih uslova za poštovanje ljudskog dostojanstva, međunarodni mehanizam zaštite ljudskog dostojanstva preko ljudskih prava je ostao nedovršen i traži dalju dogradnju.

RAZVOJ KONCEPTA LJUDSKOG DOSTOJANSTVA

Razumevanje ljudskog dostojanstva menjalo se tokom istorije. U antičkoj civilizaciji ono je mera za pravičnu raspodelu. U *Nikomahovoj Etici*, Aristotel izlaže o pravičnoj raspodeli i kao meru za pravičnu raspodelu navodi formulu "prema službi i dostojanstvu". On kaže: "Svi se, naime, slažu u tome da se pravednost u dodeljivanju (zemlje, novca i tako dalje) mora saobraziti nekom dostojanstvu. Samo što pod dostojanstvom ne podrazumevaju svi istu stvar, nego oni demokratski nastrojani podrazumevaju pod tim ličnu slobodu, oligarhijski nastrojani bogatstvo, mnogi opet plemenito poreklo, a aristokatski nastrojani ličnu vrednost."¹ I u klasičnoj rimskoj misli traži se da se čast i poštovanje dele prema vrednosti pojedinaca. Koncept *dignitas homines* označava status, tako da je imenovanje za vršenje nekih javnih službi donosilo sobom *dignitas*.² Iz ovakvog razumevanja dostojanstva razvio se uži pojam dostojanstva. I danas se traži posebno dostojanstvo za obavljanje pojedinih državnih i verskih poslova, kao što su sudijski poslovi ili neki visoki sveštenički poslovi. Ili neke profesije i javni poslovi nose sobom i neko posebno dostojanstvo. Nekim zvaničnicima, kao što su šefovi država ili vlada, ministri ili ambasadori ukazuje se posebna pažnja i čast u državi ili inostranstvu i sl.

U antičkom svetu pojavljuje se već drugačije, šire razumevanje ljudskog dostojanstva kao nečega što poseduje svako ljudsko biće i po čemu se ono razliku-

¹ Aristotel, *Nikomahova etika*, knjiga V(III), Kultura, Beograd, 1970, 118.

² Ch. McCrudden, Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights, *The European Journal of International Law*, vol. 19, 6p. 4, 2008, 656, 657.

je od životinja.³ Hrišćanska religija podržala je u srednjem veku ovo šire razumevanje dostojanstva nalazeći njegov temelj u odnosu Boga i Čoveka, u verovanju da je Čoveg stvoren po liku Boga, da je sposoban da spozna Boga i da se tako razlikuje od drugih stvorenja.⁴ Toma Akvinski i, pre njega, humanisti renesanse vezuju dostojanstvo za razum koji je Bog podario Čoveku.⁵ U svom poznatom i uticajnom traktatu *O dostojanstvu čoveka*, štampanom 1486, Piko dela Mirandola ističe da se koren ljudskog dostojanstva nalazi u sposobnosti čoveka da bira ono što hoće da bude i da je ta sposobnost poklon Boga.⁶

Novo doba, počev od prosvete pod ljudskim dostojanstvom razume da je čovek vrednost po sebi te da treba da postane gospodar svoje sudbine i da oblikuje svoju budućnost.⁷ Element tog novog koncepta jeste i novo razumevanje jednakosti – tvorac je sve ljude stvorio jednakim, ili ljudi se rađaju jednaki i ostaju jednaki u pravima. Koncept ljudskog dostojanstva razvijao se u kontekstu ukidanja ropstva, socijalnih pokreta za emancipaciju radničke klase i žena, holokausta i aparthejda.

PRAVNA ELABORACIJA LJUDSKOG DOSTOJANSTVA U KONTEKSTU MEĐUNARODNE ZAŠTITE LJUDSKIH PRAVA

U kontekstu međunarodne zaštite ljudskih prava razvijen je jedan opšti koncept o ljudskom dostojanstvu, s jedne strane, i, s druge strane, ljudsko dostojanstvo je istaknuto kao naročit element nekih ljudskih prava.

Opštim konceptom se određuje odnos ljudskog dostojanstva i ljudskih prava uopšte, definiše se odnos ljudskog dostojanstva i ljudskih prava i drugih univerzalnih vrednosti, kao što su mir, stabilnost, sloboda i pravda i ističe se ideja jednakosti.

Ljudsko dostojanstvo se smatra izvorištem, ishodištem i suštinom svih ljudskih prava. Embrion moderne međunarodne zaštite ljudskih prava nalazi se u preambuli Povelje Organizacije ujedinjenih nacija. U preambuli Povelje Organizacije ujedinjenih nacija navedena je reafirmacija vere u osnovna ljudska prava, u dostojanstvo i vrednost ljudske ličnosti kao jedan od razloga osnivanja Organizacije. Na Konferenciji ujedinjenih nacija o međunarodnoj organizaciji u San Francisku 1945. godine Panama je predložila da se u Povelju Ujedinjenih nacija une-

³ Cicero, *De Officiis*, I, 30, navedeno prema Ch. McCrudden, *op. cit.*, 657.

⁴ Ch. McCrudden, *op. cit.*, 658.

⁵ *Ibid.*, 659.

⁶ P. della Mirandola, *On the Dignity of Man*, preveo C. Glenn Wallis, ed. Hackett Publishing Company, 1965, 5. Navedeno prema Ch. McCrudden, *op. cit.*, 659.

⁷ Ch. McCrudden, *op. cit.*, 659.

se kodeks ljudskih prava. Zbog nedostatka vremena to nije učinjeno. Konferencija je odlučila da buduća organizacija sačini taj kodeks. Izneto je mišljenje u literaturi da upućivanje u preambuli Povelje na osnovna ljudska prava i posebno na dostojanstvo i vrednost ljudske ličnosti čini mini kodeks ljudskih prava.⁸ Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima koju je proklamovala Generalna skupština Ujedinjenih nacija 10. decembra 1948. godine oslanja se na navedeni propis iz preambule Povelje Ujedinjenih nacija. Osnovni univerzalni ugovori o ljudskim pravima polaze od navedenog propisa Povelje UN i propisa Univerzalne deklaracije koji čine pomenutu opštu koncepciju ljudskog dostojanstva. Tako navedeni propis preambule Povelje Ujedinjenih nacija čini embrion međunarodne zaštite ljudskih prava u kome se ljudsko dostojanstvo pojavljuje kao DNK ljudskih prava.

Drugi elemenat opšte koncepcije ljudskog dostojanstva u kontekstu ljudskih prava kojim se definiše odnos ljudskog dostojanstva i ljudskih prava, s jedne strane, i drugih međunarodnih vrednosti, s druge strane naznačen je u članu 55 Povelje Ujedinjenih nacija. Članom 55 Povelje priznato je da univerzalno poštovanje ljudskih prava i osnovnih sloboda čini jedan od uslova stabilnosti i prijateljskih odnosa među državama. Na Versajkskoj mirovnoj konferenciji, posle Prvog svetskog rata, revolucije u Rusiji i socijalnog vrenja u drugim državama, priznato je da postoji međuzavisnost između mira i socijalne pravde. Ugovornice Versajskog mirovnog ugovora od 28. juna 1919. godine odlučile su da osnuju Međunarodnu organizaciju rada. Deo XIII Versajskog mirovnog ugovora sadrži propise o Međunarodnoj organizaciji rada. U odeljku I tog dela Ugovora, koji sadrži preambulu, rečeno je da je cilj Društva naroda ostvarivanje univerzalnog mira, a da se taj mir ne može ostvariti ako nije zasnovan na socijalnoj pravdi. U preambuli je dalje konstatovano da postojeći uslovi rada uključuju takvu nepravdu, teškoće i oskudicu za veliki broj ljudi da to rezultira u tako velikom nemiru da su mir i harmonija u svetu u opasnosti, te da je poboljšavanje ovih uslova hitno potrebno. Rečeno je, takođe, da propust jedne nacije da usvoji humane uslove rada čini prepreku na putu drugim nacijama koje žele da poprave uslove u svojim zemljama. Navedeni propisi reflektuju spoznaju o odnosu međuzavisnosti država u pogledu obezbeđivanja socijalne pravde. Zašto bi propust jedne nacije da usvoji humane uslove rada činio prepreku drugim nacijama da poprave uslove rada u svojim zemljama? Zato što socijalna pravda u smislu poboljšavanja uslova rada čini ekonomski nacionalni trošak koji može da utiče na cenu robe, odnosno na njenu konkurentnost na svetskom tržištu. Dakle, ako jedna zemlja nema ovaj nacionalni ekonomski trošak, cena njene robe će biti niža u odnosu na robu koja je proizvedena u zemlji gde postoji taj ekonomski trošak i biće, dakle, konkretija. Manja konkurentnost smanjuje izvoz i prihode od izvoza, a to negativno pogađa nacionalnu ekonomiju.

⁸ R. Wolfrum, M. Zöckler, *The Charter of the United Nations, A Commentary*, ed. B. Simma, Oxford, 2010, 35.

Zato je bilo značajno da sve zemlje čije robe se takmiče na svetskom tržištu prihvate približno jednaku socijalnu zaštitu radnika, kako bi njihovi ekonomski nacionalni izdaci po tom osnovu bili jednaki.

Sve do Drugog svetskog rata preovlađivalo je shvatanje da ljudska prava nisu prirodan predmet međunarodnog prava. Smatralo se da međunarodno pravo uređuje odnose između država, a ne unutar država, da ljudska prava spadaju u unutrašnju nadležnost država, te da mora da postoji neki ozbiljan i nezaobilazni razlog da se međunarodno pravo bavi ljudskim pravima.⁹ U to vreme, dakle do Drugog svetskog rata, prihvaćeno je da se međunarodno pravo bavi ukidanjem ropstva, zaštitom pripadnika manjina u nekim državama, kao i pravima radnika jer se smatralo da su to pitanja od značaja za očuvanje međunarodnog mira. Tokom Drugog svetskog rata se menja ovo shvatanje. Razlog promene odnosa prema ovim pitanjima na međunarodnom nivou su svakako neizmerna ljudska stradanja tokom Drugog svetskog rata, kao i uverenje da je poštovanje ljudskih prava prepreka totalitarnim režimima. U britanskom dokumentu, kojim je bio predložen nacrt Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima stajalo je da, možda, najbolja definicija nacizma i fašizma jeste da su to režimi koji ne priznaju dostojanstvo i vrednost ljudske ličnosti i koji uskraćuju ljudska prava i slobode.¹⁰

Premabula Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima, koju je usvojila Generalna skupština UN 10. decembra 1948. godine počinje konstatacijom da je priznaje urođenog dostojanstva i jednakih i neotuđivih prava svih članova ljudske porodice temelj slobode, pravde i mira u svetu. Ovaj stav, kao i upućivanje na ljudska prava i dostojanstvo ljudske ličnosti u preambuli Povelje Ujedinjenih nacija postali su polazište dva pakta o ljudskim pravima. Preambule Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima i Međunarodnog pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima iz 1966. godine počinju istim rečima: "Države ugovornice ovog Pakta, smatrajući da, saglasno načelima proklamovanim u Povelji Ujedinjenih nacija, priznanje urođenog dostojanstva i jednakih i neotuđivih prava svih članova ljudske porodice jeste temelj mira, pravde i mira u svetu; priznajući da ova prava proističu iz urođenog dostojanstva ljudske ličnosti, ..." Bečka Deklaracija, usvojena na Bečkoj konferenciji o ljudskim pravima u 1993. godini, ponovo je potvrdila da sva ljudska prava proističu iz dostojanstva i vrednosti koje su svojstvene ljudskoj ličnosti.¹¹ Povelja Evropske unije o osnovnim pravima, koja je na osnovu stava 1 člana 6 Ugovora o Evropskoj uniji u Lisabonskoj verziji iz 2007. godine postala ustavni dokument Evropske unije, počinje proklamova-

⁹ Warwick McKean, *Equality and Discrimination under International Law*, Oxford, 1983, 23.

¹⁰ Commission of Human Rights, Drafting Committee, Text of letter of Lord Dukeston, the United Kingdom representative on the Human Rights Commission, to the Secretary General of the United Nations, E/CN.4/AC.1/4, 5 June 1947, 12.

¹¹ <http://www2.ohchr.org/english/law/vienna.htm>

njem prava na ljudsko dostojanstvo. U službenom objašnjenju pridodatom Povelji rečeno je da dostojanstvo ljudske ličnosti nije samo osnovno pravo po sebi već čini stvarnu osnovu ljudskih prava. Pri tome ono upućuje na gore navedeni stav Univerzalne deklaracije. Iako Evropska konvencije o ljudskim pravima i osnovnum slobodama iz 1950. godine izrično ne pominje ljudsko dostojanstvo, Evropski sud kaže da poštovanje ljudskog dostojanstva i ljudske slobode čine samu suštinu Evropske konvencije.¹² Ovaj stav je prihvaćen i u doktrini. Ljudska prava su, kaže Rozalin Higinis, neodvojivi deo integriteta i dostojanstva ljudskog bića.¹³

Važan elemenat opšteg pravnog koncepta ljudskog dostojanstva jeste načelo jednakosti i zabrana diskriminacije. Prva rečenica člana 1 Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima glasi: "Sva ljudska bića su rođena kao slobodna i jednaka u dostojanstvu i pravima..." Prema ovoj koncepciji iz ljudskog dostojanstva, koje je kao urođeno i jednako kod svih ljudi, proističu jednaka ljudska prava za sve ljude. Bilo kakva razlika u ljudskim pravima, koja se zasniva na nekoj opštoj karakteristici koju dele neki ljudi, nije dozvoljena. Deklaracije donosi veliku novinu u pravnu koncepciju zabrane diskriminacije. Do Deklaracije međunarodno pravo je zabranjivalo diskriminaciju zasnovanu na samo nekim osnovama. Sama Povelja UN zabranjuje da se u pogledu uživanja ljudskih prava čini razlika po osnovu rase, pola, jezika ili religije. Deklaracije zabranjuje da se pravi razlika u pogledu uživanja ljudskih prava po bilo kom osnovu. Član 2 glasi: "Svako je ovlašćen na sva prava i slobode izložene u ovoj Deklaraciji, bez razlike bilo koje vrste, kao što je rasa, boja, pol, jezik, vera, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno poreklo, svojina, rođenje ili drugi status." Dakle, bilo kakva opšta karakteristika, urođena kao što je boja kože, stečena kao što je jezik ili izabrana kao što je političko mišljenje ne sme da bude osnova za razlike u pogledu ljudskih prava, izuzev ako za to postoji razumno opravdanje.

Pored opšteg koncepta ljudskog dostojanstva u Univerzalnoj deklaraciji o ljudskim pravima elaboriran je i poseban koncept ljudskog dostojanstva u kontekstu ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava. U članu 22 Deklaracije govori se o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, kao o pravima neophodnim za ljudsko dostojanstvo i slobodan razvoj ličnosti. U stavu 3 člana 23 Deklaracije rečeno je da naknada za rad treba da bude takva da obezbedi radniku i njegovoj porodici egzistenciju koja odgovara ljudskom dostojanstvu.

Ovakav koncept ljudskog dostojanstva nalazimo u ustavima pojedinih država donetih pre Drugog svetskog rata. Tako je član 100 Ustava Nikaragve iz 1939. godine predviđao da minimalna zarada radnika treba da bude pogodna da obezbedi radniku egzistenciju koja odgovara ljudskom dostojanstvu. Ili, član 14 Us-

¹² *Christine Goodwin v. The United Kingdom* (pred. br. 28957/95) presuda od 11. jula 2002, para. 90.

¹³ R. Higgins, *Problems and Process, International Law and How We Use It*, Oxford, 2003, 96.

tava Paragvaja iz 1940. godine je predviđao da će u cilju da se svakom radniku obezbedi standard života spojiv sa ljudskim dostojanstvom, sistem ugovora, radnog i socijalnog osiguranja biti pod nadzorom države.

Međutim, analogne propise o ljudskom dostojanstvu u kontekstu ekonomskih i socijalnih prava ne nalazimo u Međunarodnom paktu o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima. U članu 13 Pakta dostojanstvo se pominje u kontekstu obrazovanja i kaže se da obrazovanje treba da bude usmereno na puni razvoj ljudske ličnosti i dostojanstva.

Stavom 1 člana 10 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima predviđeno je da će se prema licima lišenim slobode postupati s poštovanjem prema urođenom dostojanstvu. Ljudsko dostojanstvo pominje se i u drugim ugovorima o ljudskim pravima u posebnim kontekstima.

NERAVNOMERNI RAZVOJ MEĐUNARODNE ZAŠTITE LJUDSKIH PRAVA

Posle Drugog svetskog rata međunarodna zaštita ljudskih prava uspostavljena je na globalnom nivou putem univerzalnih ugovora o ljudskim pravima, pripremljenim i prihvaćenim u okviru Ujedinjenih nacija i na regionalnim nivoima putem regionalnih ugovora o ljudskim pravima pripremljenim i prihvaćenim u regionalnim međunarodnim organizacijama – Savetu Evrope, Organizaciji Američkih Država, Afričkoj Uniji (prethodno Organizacija Afričkog Jedinstva) i u Arapskoj Ligi. Razvoj međunarodne zaštite na globalnom i regionalnim nivoima nije tekao bez teškoća. Jedno od prvih spornih pitanja bilo je pitanje međunarodnog nadzora nad implementacijom ugovora o ljudskim pravima i, u vezi sa tim, pitanje rešavanja sporova o tumačenju i primeni tih ugovora. Ideja da pojedinac može da pokrene međunarodni sudski postupak protiv države i da je optuži za kršenje nekog njegovog prava pred međunarodnim sudom delovala je revolucionarno.

U okviru sistema zaštite manjina uspostavljenog u Društvu naroda pojedinci su imali pravo na podnošenje peticija nekim telima Društva naroda, ali to je bilo daleko od međunarodnog sudskog postupka koji pojedinac vodi protiv države.

Prilikom pripreme Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima 1948. godine rađeno je uporedo i na pripremi univerzalnog i opšteg ugovora o ljudskim pravima u vezi sa kojim se postavilo pitanje implementacije tog ugovora u nacionalne pravne sisteme. Australija je tada predložila da se tim ugovorom uspostavi međunarodni sud za ljudska prava, po ugledu na Međunarodni sud pravde, koji bi, međutim, imao nadležnost i da rešava sporove između pojedinca, grupa i udruženja pojedinaca, s jedne strane, i države, s druge strane, u vezi sa tumačenjem i primenom ugovora, kao i sporove u vezi sa tumačenjem i primenom pro-

pisa o ljudskim pravima u drugim ugovorima. Ako ne za sve, ono za veliku većinu država taj predlog Australije je bio neprihvatljiv. Sovjetski Savez i istočni blok su bili protiv bilo kakvog međunarodnog nadzora nad implementacijom ugovora, smatrajući to nespojivim sa državnim suverenitetom. Kina (koju je predstavljala vlada iz Formoze) i SAD su predložili da se osnuje telo za mirenje koje će rešavati sporove među državama ugovornicama tog ugovora. Predložili su, dakle, diplomatski način rešavanja sporova koji ne rezultira obavezujućom odlukom. Pozivajući se na praksu individualnih predstavi u sistemu zaštite manjina u Društvu naroda Indija je predložila da to telo za mirenje bude nadležno da u postupku mirenja rešava i predstavke pojedinaca protiv države ugovornice. Mehanizmi za rešavanje sporova uspostavljeni univerzalnim ugovorima o ljudskim pravima su sačinjeni na ovim predlozima, dakle kao mehanizmi za koncilijaciju. Međutim, kako je istočni blok bio protiv, oni su uspostavljeni kao opcioni mehanizmi, što znači da važe samo za države ugovornice koje ih prihvate.

Ključni elementi nadzornog mehanizma uspostavljenog Konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, koja je pripremljena u okviru Saveta Evrope i prihvaćena u Rimu 4. novembra 1950. godine – pravo pojedinca i nevladine organizacije da podnese predstavku Evropskoj komisiji za ljudska prava i nadležnost Evropskog suda za ljudska prava su, takođe, bili opcioni. Iako je ova konvencija pripremana u krugu država koje su delile iste vrednosti, među kojima je bila i poštovanje ljudskih prava, neke od tih država su smatrale da je neprihvatljivo zbog različitih razloga da se pojedincu omogući da vodi međunarodni postupak protiv države te je postignut kompromis da pravo pojedinca da pokrene postupak pred Evropskom komisijom za ljudska prava i nadležnost Suda budu opcione mogućnosti, dakle da svaka država ugovornica može jednostranom izjavom da ih prihvati.

Evropski mehanizam je doživeo niz reformi od kojih je najveća ona učinjena Protokolom 11 iz 1994. godine kojim je ukinuta Evropska komisija za ljudska prava, a propisi o podnošenju individualne predstavke i nadležnost Evropskog suda za ljudska prava su prestali da budu opcioni. Evropska komisija za ljudska prava je bila telo za mirenje. Ona je pružala mogućnost državi da prihvati mišljenje Komisije koje nije bilo pravno obavezujuće. Smatralo se da će državi biti lakše da prihvati nešto što je pravno ne obavezuje. Tokom vremena države su uvidale korist koju je evropski mehanizam nadzora donosio svim evropskim državama, korist od jurisprudencije Evropskog suda za ljudska prava. Iako su se povremeno javljale tenzije između država i Suda, posle pada Berlinskog zida, države su odlučili da nadležnost Suda učine obaveznom i dostupnom za 800 miliona ljudi u 47 evropskih država. Ova evolucija uticala je značajno na promene u unutrašnjim pravnim poretcima država članica. Na razne načine one su omogućile neposrednu primenu Konvencije i obavezale su svoje sudove da imaju u vidu praksu Evropskog suda za ljudska prava pri tumačenju i primeni svojih nacionalnih pro-

pisa o ljudskim pravima. Evropski sud, zato, ispravno označava Evropsku konvenciju o ljudskim pravima kao ustavni instrument javnog evropskog poretka.¹⁴

Slična evolucija nije se dogodila na globalnom nivou. Zaštita koju pružaju mehanizmi mirenja se pokazala neefikasnom i, zato, neatraktivnom. Evropski sud za ljudska prava je bukvalno zatrpan predstavkama pojedinaca, dok je broj predstavljeni koji je podnet Komitetu za ljudska prava, Komitetu protiv torture ili Komitetu protiv rasne diskriminacije i dalje veoma mali. Evropljani su spremni da čekaju godinama da bi došli do presude Evropskog suda, iako mogu da dobiju mišljenje Komiteta za ljudska prava u daleko kraćem periodu, jer znaju da država mora da izvrši presudu, dok mišljenje ne mora. Univerzalni ugovori o ljudskim pravima nisu uticali na promene u unutrašnjim pravnim sistemima, kako je uticala Evropska konvencija. Zato, nažalost, ne može da se kaže da su univerzalni ugovori o ljudskim pravima postali ustavni instrument svetskog javnog poretka.

Druga neravnomernost odnosila se na nejednak razvoj međunarodne zaštite građanskih i političkih prava, sa jedne strane, i ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava, sa druge strane. Iako je Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima sadržala kako građanska i politička prava, tako i ekonomska, socijalna i kulturna, ideološka razlika u pogledu značaja i prirode dve grupe prava se pojavila već pri izradi Deklaracije i naročito pri izradi nacрта prvog opšteg ugovora o ljudskim pravima, koji je sadržao samo građanska i politička prava. Zapadne države smatrale su da ekonomska, socijalna i kulturna prava i nisu stvarna prava, jer ne mogu da se ostvare putem suda, te zato ne mogu da budu predmet međunarodnog ugovora. Istočni blok je insistirao upravo na tim pravima, kao jedino značajnim pravima. Postignut je kompromis te je Generalna skupština UN usvojila dva pakta u decembru 1966. godine – Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima i Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima.

Međutim, pravo na sudsku zaštitu predviđeno je samo prvim Paktom. Takođe, opciona mehanizam rešavanja sporova putem mirenja predviđen je protokolom samo uz prvi pakt. Ove razlike nisu bile problem za istočni blok, pošto te zemlje ionako nisu pridavale značaj sudskoj zaštiti prava i pošto nisu prihvatale nikakvu spoljnu kontrolu nad poštovanjem ugovora. Tako je na globalnom nivou učinjena značajna razlika između dve grupe ljudskih prava. Ta razlika postojala je, naravno, i na regionalnom evropskom nivou. Međutim, prvi koraci ka ublažavanju te razlike učinjeni su u okviru Saveta Evrope.¹⁵ U okviru Saveta Evrope 1995. godine usvojen je Dodatni protokol uz Evropsku socijalnu povelju iz 1961. godine

¹⁴ *Loizidou v. Turkey*, presuda od 23. marta 1995, para 75. *Bosphorus v. Ireland*, (pred. br. 45036/98), presuda od 30 juna 2005, para 156.

¹⁵ R. Etinski, Izjednačavanje međunarodne zaštite ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava sa međunarodnom zaštitom građanskih i političkih prava, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 3/2009, 33–47.

za sistem kolektivnih žalbi kojim je obezbeđena nadležnost Komiteta nezavisnih eksperata, poznatim kao Evropski komitet za socijalna prava da ispituje žalbe koje mogu da podnesu organizacije poslodavaca, radnički sindikati ili druge nevladine organizacije o nezadovoljavajućoj primeni Povelje. On je nadležan da kontroliše da li je sporna situacija u državi ugovornici u skladu sa Poveljom. On nije nadležan da kontroliše da li su konkretna prava nekog pojedinca povređena.

Komiteta UN za ekonomska, socijalna i kulturna prava radio je od 1990. godine na pripremi opcionog protokola koji bi se pridodao Međunarodnom paktu o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima i kojim bi se obezbedila slična zaštita tih prava putem postupka mirenja, koja je uspostavljena za građanska i politička prava. Posle osam godina rad je uspešno okončan i Generalna skupština UN je 10. decembra 2008. godine usvojila Opcioni protokol uz Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, kojim se otvara mogućnost da se pojedinci obrate komitetu predstavkama kada smatraju da im je država povredila ta prava. Naravno, to će biti moguće samo protiv države ugovornice Pakta koja prihvati Protokol, kad Protokol stupi na snagu. Tako je na globalnom normativnom planu uspostavljenja izjednačavanja zaštite ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava sa zaštitom građanskih i političkih prava, koja se, nažalost, svodi na postupak mirenja. Uprkos ovom napretku, ideološka podela u pogledu značaja i prirode ove dve grupe prava i dalje je na sceni.

OTVORENA PITANJA MEĐUNARODNE ZAŠTITE LJUDSKIH PRAVA

Međunarodni razvoj u poslednjim decenijama doveo je u pitanje pravnu strukturu ljudskih prava, kao pravnog odnosa između pojedinca i države na čijoj teritoriji se taj pojedinac nalazi, a čiji sadržaj čine određena subjektivna prava pojedinca i odgovarajuće obaveze države. Ta struktura je dovedena u pitanje, sa jedne strane, aktima ili propustima države kojima se vređaju ljudska prava pojedinaca koji se nalaze izvan teritorije te države i, sa druge strane, aktima međunarodnih organizacija kojima se, takođe, vređaju ljudska prava. Zato, definisanje ljudskih prava ne može da se svede samo na odnos države i pojedinaca na njenoj teritoriji, već mora da obuhvati i njen odnos sa pojedincima van njene teritorije, kao i odnos međunarodnih organizacija i pojedinaca. Postoje brojni akti ili propusti države kojima se pogađaju ljudska prava pojedinaca van njene teritorije, uključujući oružane akcije, akte u oblasti ekonomije ili zaštite životne sredine. Neprihvatljivo je da pojedinci čija prava su povređena aktima ili propustima države na čijoj teritoriji se ne nalaze ostaju bez ikakve efikasne pravne zaštite.¹⁶ Takođe,

¹⁶ Vidi u vezi sa tim R. Etinski, Human Rights Protection in view of Climate Change Impacts, *Nouva Revista de Drepturile Omului*, No. 1, 2012, 20–27.

činjenica da pojedinci koji su pogođeni aktima međunarodnih organizacija ne uživaju bilo kakvu efektivnu zaštitu stvara velike probleme.¹⁷

RAZLIČITE USTAVNE ELABORACIJE LJUDSKOG DOSTOJANSTVA

Nacionalni ustavi elaboriraju zaštitu ljudskog dostojanstva kroz propise o ljudskim pravima. Iako su ustavni propisi o ljudskim pravima slični, jer su usaglašeni sa međunarodnim propisima u toj oblasti, oni ipak reflektuju neke nacionalne specifičnosti koje su izraz nacionalnih tradicija, kulturnih obrazaca i preovlađujućih ideologija. Pojedini ustavi sadrže opštu zaštitu ljudskog dostojanstva, dok drugi elaboriraju tu zaštitu u nekom posebnom pravnom kontekstu. Prikazaćemo ovde ustavne propise pojedinih evropskih zemalja kojima se eksplicitno štiti ljudsko dostojanstvo.

Opšta pravna zaštita ljudskom dostojanstvu zajemčena je stavom 2 člana 4 Ustava Bugarske u kome stoji da Bugarska jemči život, dostojanstvo i prava pojedinca i da će stvoriti uslove povoljne za razvoj pojedinca i civilnog društva. Članom 10 Ustava Estonije obezbeđuje opštu supsidijarnu zaštitu ljudskih prava koja se vezuje, između ostalog, za ljudsko dostojanstvo. Tim članom predviđeno je da prava, slobode i dužnosti u glavi Ustava posvećenju ljudskim pravima ne isključuju druga prava, slobode ili dužnosti koja izvire iz duha Ustava ili su u saglasnosti sa njim i spojiva su sa ljudskim dostojanstvom i načelima društva zasnovanom na pravdi, demokratiji i vladavini prava. U preambuli Irskog ustava ljudsko dostojanstvo uvršteno je u osnovne vrednosti koje štiti država. Ustav (Osnovni zakon) Nemačke počinje zaštitom ljudskih prava. Stav 1 člana 1 Ustava glasi: "Ljudsko dostojanstvo je nepovredivo. Sve državne vlasti dužne su da ga poštuju i štite." Stavom 1 člana 54 Ustava Mađarske predviđeno je da svako u Republici Mađarskoj ima urođeno pravo na život i ljudsko dostojanstvo, te da nikom ta prava neće biti arbitrarno uskraćena. Stavom 2 člana 21 Ustava Litvanije predviđeno je da će ljudsko dostojanstvo biti zaštićeno zakonom. Članom 30 Ustava Poljske rečeno je da urođeno i neotuđivo dostojanstvo ličnosti čini izvor sloboda i prava lica i građana. Rečeno je, takođe, da će ono biti nepovredivo i da će njegova zaštita biti obaveza javnih vlasti. Ustavi Portugalije i Rumunije svrstavaju ljudsko dostojanstvo u red najviših vrednosti. Portugalski ustav kaže da je Portugalija kao država zasnovana na poštovanju ljudskog dostojanstva. Članom 34 Ustava Slovenije jemči se svakom pravo na lično dostojanstvo i bezbednost. Članom 23 Ustava Srbije predviđeno je da je ljudsko dostojanstvo neprikosnoveno i da su svi dužni da ga poštuju i da ga štite. Takođe, stavom 1 člana 10 Ustava Španije predviđeno je da dostojanstvo ličnosti zajedno sa nekim drugim vrednostima čini temelj političkog

¹⁷ Vidi R. Etinski, Individualne sankcije Saveta bezbednosti Ujedinjenih nacija i zaštita ljudskih prava, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 3/2010, 79–92.

i socijalnog poretka i socijalnog mira. Stav 1 člana 2 Ustava Švedske nalaže da se javna vlast vrši uz poštovanje prema dostojanstvu pojedinca.

Belgijski ustav jemči pravo na život u skladu sa ljudskim dostojanstvom. Dakle, član 23 Belgijskog ustava elaborira zaštitu ljudskog dostojanstva prvenstveno u kontekstu ekonomskih i socijalnih prava. Saglasno stavu 3 tog člana Ustava, živeti saglasno ljudskom dostojanstvu, znači uživati, između ostalog, pravo na zaposlenje i slobodan izbor profesije; pravo na socijalnu sigurnost, zdravstvenu zaštitu, socijalnu, medicinsku i pravnu pomoć; pravo na pristojno stanovanje; pravo na zdravu životnu sredinu; pravo na kulturno i društveno ostvarivanje. Odeljak 19 Ustava Finske predviđa da oni koji ne mogu da pribave sredstva za dostojan život, imaju pravo na neophodnu pomoć i negu. Član 55 Ustava Hrvatske i stav 1 (b) člana 59 Portugalskog ustava kao i član 60 Ustava Srbije štite ljudsko dostojanstvo u kontekstu prava na rad.

Stav 2 člana 106 Ustava Grčke i stav 2 člana 41 Ustava Italije navode ljudsko dostojanstvo kao granicu slobode privatnog preduzetništva.

Stav 2 člana 7 Ustava Grčke, sekcija 7 Ustava Finske, član 95 Ustava Letonije štite ljudsko dostojanstvo u kontekstu zabrane mučenja, nečovečnog i ponižavajućeg kažnjavanja i postupanja. Stav 1 člana 21 Ustava Slovenije kaže da će poštovanje ljudske ličnosti i dostojanstva biti zajemčeno u krivičnim i drugim pravnim postupcima kao i pri lišavanju slobode i izvršavanju kaznenih sankcija. Slično član 25 Ustava Hrvatske.

Stav 1 člana 32 Ustava Bugarske, član 35 Ustava Hrvatske, stav 4 člana 22 Ustava Litvanije, stav 2 člana 26 Ustava Portugalije štite ljudsko dostojanstvo u kontekstu zaštite privatnosti.

Stav 1 člana 10 Povelje Češke Republike o fundamentalnim pravima i osnovnim slobodama predviđa da svako ima pravo da traži da se njegovo ljudsko dostojanstvo, lična čast i dobra reputacija poštuju ... Sličan propis sadržan je u stavu 1 člana 19 Ustava Slovačke.

Stav 1 člana 13 Ustava Portugalije štiti ljudsko dostojanstvo u kontekstu načela jednakosti proklamujući da će svaki građanin posedovati isto socijalno dostojanstvo i da će biti jednak pred zakonom. Slično, stav 1 člana 12 Ustava Slovačke proklamuje da su ljudi jednaki u dostojanstvu i pravima.

Član 62 Ustava Hrvatske zahteva unapređivanja prava na dostojan život u kontekstu zaštite materinstva, dece i omladine.

SADRŽAJ PRAVA NA LJUDSKO DOSTOJANSTVO

Iz različitih ustavnih propisa moguće je apstrahovati dva osnovna tipa obaveza država u odnosu na ljudsko dostojanstvo – negativne i pozitivne obaveze. Država je dužna da poštuje dostojanstvo svakog čoveka, dužna je, dakle, da se uzdrži od svakog ponašanja kojim bi se povredilo to dostojanstvo. Ova negativ-

na obaveza ne odnosi se samo na akte lišenja slobode ili izvršavanje kazne zatvora već se odnosi i na druge akte državnih organa kojima može da se povredi dostojanstvo. Pozitivne obaveze impliciraju dužnost država da preduzmu sve što razumno mogu da preduzmu kako bi stvorile pravni i socijalni okvir u kome bi dostojanstvo svakog pojedinca bilo jednako poštovano. Reč je o obavezama države da spreče druge da povrede ljudsko dostojanstvo bilo kog pojedinca, odnosno da stvore ekonomske, socijalne i pravne uslove za život svakog pojedinca koji je dostojan čoveka u konkretnom vremenu i okolnostima. Univerzalni konsenzus postoji u pogledu negativnih obaveza država. Univerzalna saglasnost postoji i u pogledu obaveze države da spreči bilo kog da vređa dostojanstvo druge osobe. Razlike nastaju u pogledu obaveza države da stvore ekonomske, socijalne i pravne uslove u kojima bi svako mogao da vodi život dostojan čoveka. Razlike ne postoje u pogledu cilja – postizanja takvih uslova, već u pogledu načina njihovog postizanja. Zanimljivo je, ali nije iznenadjujuće, da Ustav Belgije elaborira poštovanje ljudskog dostojanstva u kontekstu socijalnih i ekonomskih prava mnogo više nego što to čine bivše socijalističke države. Razočarane rezultatima državne komandne ekonomije, one su poverovale da će njihovi građani stići do života dostojnog čoveka u 21. veku preko slobodnog i deregulisanog tržišta. Ideološka podela u pogledu ekonomskih i socijalnih prava ne počinje, naravno, padom Berlinskog zida. Ona je mnogo starija i seže u prošle vekove. Ova ideološka podela priznata je i prihvaćena u Evropskoj uniji Protokolom 30 uz Lisabonski ugovor iz 2007. godine. Stavom 2 člana 1 Protokola predviđeno je da Naslov IV Povelje Evropske unije o osnovnim pravima ne stvara u Poljskoj i Velikoj Britaniji prava koja uživaju sudsku zaštitu, izuzev ako su Poljska i Velika Britanija već obezbedila ta prava u svojim nacionalnim pravima. Naslov IV Povelje, pod imenom “Solidarnost” proklamuje ekonomska i socijalna prava, kao što su pravo radnika na informisanje i konsultovanje u okviru preduzeća; pravo na sindikalno pregovaranje, zaštita u slučaju nepravilnog otpuštanja, poštenu i pravični uslovi rada, socijalna sigurnost i socijalna pomoć i sl.

Pravno dejstvo propisa o zaštiti ljudskog dostojanstva zavisi i od kulturnog obrasca ljudskog dostojanstva, koji nije statičan. Saglasno Odluci Komisije Evropskih zajednica od 12. februara 1969 godine, gospodin Štauder je mogao da kupi maslac po beneficiranoj ceni u okviru režima socijalne pomoći pod uslovom da otkrije svoj identitet, odnosno svoje ime prodavcu. On je smatrao da se time vređa njegovo ljudsko dostojanstvo, koje štiti član 1 nemačkog Ustava, i pokrenuo je postupke pred nemačkim upravnim i Ustavnim sudom. Nemački upravni sud je, zato, uputio pitanje Sudu Evropskih zajednica da li je ta Odluka Komisije saglasna načelima prava Zajednica. Ugovori o osnivanju Zajednica gotovo da nisu sadržali nijedan propis o ljudskim pravima te Sud Evropskih zajednica nije mogao da kontroliše da li su akti Zajednica u skladu sa ljudskim pravima. On je iskoristio ovu priliku i pitanje upućeno od nemačkog upravnog suda da prokalmuje po-

stojanje ljudskih prava u pravu Zajednica u obliku nepisanih načela tog prava i konstatovao je da nemački tekst Odluke, kojim se tražilo da korisnik prava na jevtiniji maslac mora da kaže svoje ime nije valjan.¹⁸ Posle Drugog svetskog rata nemački sudovi su pokazivali naročitu senzibilnost prema zaštiti ljudskog dostojanstva. Veliko je pitanje da li bi sud u nekoj drugoj zemlji smatrao da činjenica da korisnik socijalne pomoći mora da se legitimiše da bi dobio jeftiniji maslac vređa ljudsko dostojanstvo ili bilo koje ljudsko pravo.

Empirijsko istraživanje je pokazalo da nema univerzalno prihvaćenog pravnog standarda ljudskog dostojanstva, da se ljudsko dostojanstvo tumači različito u različitim državama, pa čak različito u različitim vremenima u istoj državi.¹⁹

ODNOS PRAVA NA LJUDSKO DOSTOJANSTVO I DRUGIH LJUDSKIH PRAVA

Imajući u vidu različite ustavne elaboracije zaštite ljudskog dostojanstva, propise o opštoj zaštiti, propise o zaštiti u posebnim pravnim kontekstima, kao i činjenicu da je ljudsko dostojanstvo izvoriste i ishodište svih ljudskih prava, pitanje je kakav je odnos opštih pravila o zaštiti dostojanstva i posebnih pravila o zaštiti pojedinih ljudskih prava? Sudska praksa upućuje na neke odgovore.

Izgleda da povreda svakog posebnog ljudskog prava ne znači automatsku povredu prava na poštovanje dostojanstva. U predmetu *R. Krstić* Ustavni sud Srbije našao je da povreda prava na suđenje u razumnom roku koje je zajamčeno stavom 1 člana 32 Ustava Srbije ne znači i povredu prava na poštovanje ljudskog dostojanstva, zajemčenog članom 23 istog Ustava.²⁰ Ustavni sud je rekao: "Činjenica da postupak traje preko 22 godine, kao i da je Ustavni sud utvrdio da je podnosiocu povređeno pravo na suđenje u razumnom roku, ipak ne predstavlja dovoljan razlog da bi se utvrdila povreda ljudskog dostojanstva podnosioca, bez obzira na stanje konstantne nelagodnosti koji mu je neprimerenost dužine trajanja sudskog postupka nesumnjivo prouzrokovala."²¹ Kada sudski postupak traje 22 godine, to za stranku u postupku ne čini samo nelagodnost, već pre patnju koja može da pređe u depresiju. Ustavni sud je, izgleda, smatrao da samo patnja koja dostigne određeni intenzitet može da predstavlja povredu ljudskog dostojanstva. Intenzitet patnje jeste važan za procenu da li se radilo o mučenju, nehumanom ili ponižavajućem postupanju i kažnjavanju, ali intenzitet patnje ne bi trebalo da bude kriterijum za ustanovljavanje povrede ljudskog dostojanstva. Bilo bi

¹⁸ Predmet 29/69, *Erich Stauder v. City of Ulm, Sozialamt*, presuda od 12. novembra 1969.

¹⁹ Ch. McCrudden, *op. cit.*, 680–694.

²⁰ UŽ 540/2009, Odluka Ustavnog suda Srbije od 9. decembra 2010. Dostupno na <http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/>

²¹ *Ibid.*, para. 7.

više u skladu sa Ustavom Republike Srbije da se kaže da povreda prava na suđenje u razumnom roku konzumira u sebi povredu prava na poštovanje dostojanstva, te da zato nema potrebe za posebnim bavljenjem povredom poslednjeg prava.

U predmetu *H* Ustavni Sud Srbije našao je da je Opštinska uprava opštine Z, "donošenjem zaključka o stvarnoj nenadležnosti, propustila da odluči o zahtevu podnosioca ustavne žalbe za promenu podataka o polu i time povredila njegovo pravo na dostojanstvo i slobodan razvoj ličnosti zajemčeno članom 23. Ustava Republike Srbije, kao i pravo na poštovanje privatnog života zajemčeno članom 8. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda."²² Ustavni sud kaže: "Ustav u članu 23. stav 1. jemči neprikosnovenost ljudskog dostojanstva, utvrđujući istovremeno dužnost svih da dostojanstvo poštuju i štite, dok u stavu 2. istog člana Ustava garantuje pravo svakog lica na slobodan razvoj ličnosti, pod uslovom da se time ne krše Ustavom garantovana prava drugih. Ustavni sud konstatuje da se slobodan razvoj nekog lica i njegovo lično dostojanstvo, pre svega, odnosi na uspostavljanje i slobodan razvoj njegovog fizičkog, mentalnog, emotivnog i društvenog života i identiteta. Iako izričito ne sadrži odredbu o poštovanju prava na privatni život, po oceni Ustavnog suda, ovo pravo predstavlja sastavni deo ustavnog prava na dostojanstvo i slobodan razvoj ličnosti.

S druge strane, Evropska konvencija u članu 8. stav 1. sadrži odredbu o pravu svakog lica na poštovanje privatnog života... u odluci Evropskog suda u predmetu X i Y protiv Holandije (predstavka broj 8978/80, presuda od 26. marta 1985. godine, stav 22), zauzet je stav da pojam 'privatnog života' uključuje i 'fizički i moralni integritet osobe, uključuje i 'njen ili njegov seksualni život'. Stoga je Ustavni sud konstatovao da sfera privatnog života nekog lica nesumnjivo uključuje, pored ostalog, i njegovu polnu pripadnost, polnu orijentaciju i polni život, te da pravo na privatni život podrazumeva i pravo na određivanje pojedinosti ličnog identiteta i samoopredeljenje, te u tom smislu i pravo na prilagođavanje pola svom rodnom identitetu."²³ U predmetu *H* Ustavni sud tumači pravo na dostojanstvo kao generičku zamenu za Ustavom nepriznato konkretno ljudsko pravo – pravo na privatnost.

Međutim, pravo na privatnost priznato je članom 8 Evropske konvencije o ljudskim pravima. Stavom 2 člana 18 Ustava Srbije predviđeno je da se Ustavom jemče i neposredno primenjuju ljudska prava zajemčena potvrđenim međunarodnim ugovorima. Kako je Republika Srbija ugovornica Evropske konvencije o ljudskim pravima, pravo na privatnost, zajemčeno članom 8 te Konvencije, zajemčeno je i Ustavom Republike Srbije i neposredno se primenjuje shodno stavu 2 člana 18 Ustava. Rezonovanjem u predmetu *H* Ustavni sud Srbije je sasvim bespotrebno nagnuo pravni sistem Srbije prema dualizmu. On se poziva na član

²² UŽ-3238-2011, Odluka Ustavnog suda Srbije od 8. marta 2012.

²³ *Ibid.*, para. 6.

8 Evropske konvencije o ljudskim pravima da bi utvrdio sadržaj prava na privatnost, a postojanje tog prava izvodi iz prava na dostojanstvo i slobodan razvoj ličnosti. Pozivanje na pravo na dostojanstvo, zajemčeno članom 23 Ustava, kao na opšti supstitit zaštite ljudskih prava imalo bi smisla jedino radi zaštite nekih prava koja nisu zaštićena eksplicitno Ustavom, potvrđenim međunarodnim ugovorima ili opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava, kao što je, na primer, pravo na dobru upravu.

U predmetu *Kristine Gudvin protiv Ujedinjenog Kraljevstva*,²⁴ koji je po činjenicama bio uporediv sa predmetom *H*, Evropski sud za ljudska prava pozvao se na ljudsko dostojanstvo kako bi pravo na privatnost, zaštićeno članom 8 Evropske konvencije, dopunio novim sadržajem u vezi sa priznavanjem novog ličnog identiteta posle promene pola. Iako Evropska konvencije izrično ne pominje ljudsko dostojanstvo, Evropski sud kaže da poštovanje ljudskog dostojanstva i ljudske slobode čini samu suštinu Evropske Konvencije.²⁵ Ova konstatacija, kao i evolucija unutar država u pogledu priznanja novog identiteta posle promene pola, navela je Evropski sud da zaključi da su države dužne da priznaju novi identitet. Iako Evropski sud nije obrazložio kakva je veza između toga što se Evropska konvencija svodi u suštini na poštovanje ljudskog dostojanstva i prava na privatnost, očigledno je da mu je data konstatacija poslužila da proširi sadržaj prava na privatnost.

Odnos između prava na ljudsko dostojanstvo, koje je kao opšte pravo zaštićeno ustavima nekih država, i posebnih ljudskih prava mogao bi se odrediti na sledeći način. Povreda bilo kog ustavom posebno zaštićenog ljudskog prava sadrži u sebi i povredu prava na ljudsko dostojanstvo, jer je svako posebno ljudsko pravo samo jedna posebna eksplikacija prava na ljudsko dostojanstvo. Sa druge strane, pravo na ljudsko dostojanstvo može da bude zamena za neko pravo koje nije eksplicitno priznato u tom pravnom sistemu, kao i dopuna svakog posebno priznatog ljudskog prava.

ZAKLJUČAK

Moderna međunarodna zajednica, uspostavljena posle Drugog svetskog rata, prihvatila je svojim ustavnim dokumentima – Poveljom Ujedinjenih nacija i Univerzalnom deklaracijom o ljudskim pravima – ljudsko dostojanstvo kao temeljnu univerzalnu vrednost. Ona je proklamovala da je poštovanje ljudskog dostojanstva uslov slobode, pravde i mira u svetu i pravno je elaborira zaštitu ljudskog dostojanstva kroz međunarodnu zaštitu ljudskih prava.

²⁴ *Christine Goodwin v. The United Kingdom* (pred. br. 28957/95) presuda od 11. jula 2002.

²⁵ *Ibid.*, para. 90.

Proces ostvarivanja ove globalne ustavne deklaracije ne odvija se jednako brzo i efektivno na različitim međunarodnim nivoima – globalnom i regionalnim. Evropska konvencija o ljudskim pravima postala je zaista ustavni instrument evropskog javnog poretka, ali se, nažalost, ne može reći da su univerzalni međunarodni ugovori o ljudskim pravima postali ustavni instrument globalnog javnog poretka. Posle početne međunarodne saglasnosti o univerzalnom značaju ljudskih prava, pojedine države i regioni nisu pokazali jednaku političku spremnost da tu saglasnost pretvore u međunarodnu stvarnost.

Međunarodni razvoj poslednjih decenija doveo je u pitanje dalje održanje klasične pravne strukture ljudskog prava u smislu pravnog odnosa između države i pojedinaca na njenoj teritoriji. Države sve više svojim aktima ili propustima pogadaju prava pojedinaca van svojih teritorija. Takođe, međunarodne organizacije, posebno Savet bezbednosti UN, u poslednjim decenijama sve više zadiru u prava pojedinaca. Sve veći broj pojedinaca pogođen bilo oružanim akcijama, bilo delovanjem ili nedelovanjem države u oblasti ekonomije ili zaštite životne sredine, a koji se nalazi van teritorije države ostaje bez efektivne pravne zaštite. Takođe, pojedinci pogođeni aktima Saveta bezbednosti su bez delotvorne pravne zaštite. To čini ozbiljan i veliki nedostatak savremene međunarodne zaštite ljudskih prava.

Države štite ljudsko dostojanstvo svojim ustavima u kontekstu ljudskih prava, ali se značajno razlikuju u pogledu obima i sadržaja te zaštite. Dok neke garantuju posebno pravo na ljudsko dostojanstvo, ili ljudsko dostojanstvo ističu kao temeljnu ustavnu vrednost, druge ističu ljudsko dostojanstvo u kontekstu ekonomskih i socijalnih prava, u kontekstu prava na privatnost, u kontekstu zabrane mučenja i nečovečnog postupanja i kažnjavanja ili u nekom drugom kontekstu konkretnih ljudskih prava.

Međunarodna elaboracija ljudskog dostojanstva ostavlja mogućnost međunarodnim telima da ga koriste kao instrument obogaćivanja sadržaja konkretnih ljudskih prava zajemčenih međunarodnim pravom. Ustavna elaboracija prava na ljudsko dostojanstvo kao posebnog prava ostavlja mogućnost nacionalnom sudiji da se pozove na to pravo ne samo radi dopune nekog već priznatog prava, već i da se pozove na njega kao na supstitut za neko pravo koje nije priznato u unutrašnjem pravnom sistemu, kada ljudsko dostojanstvo to nalaže u konkretnim okolnostima.

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

HUMAN DIGNITY AND HUMAN RIGHTS

Summary

The text explores a concept of human dignity in the context of international and constitutional protection of human rights. The general concept of human dignity, developed in the context of international human rights protection, is consisting of three elements. The first is on relationship between respect for human dignity and freedom, justice and peace in the world. The second denotes human dignity as an embryo and stem cells of human rights. The third invokes inherent dignity as a reason of equality and non-discrimination. Besides, international human rights provisions distinguished human dignity as an element of some separate human rights.

The global political consensus on the general concept of human dignity achieved unequal results in realization of international human rights protection at various international levels and regions. Evolution of control mechanism, established by the European Convention of Human Rights, provided international judicial protection of rights and freedoms laid down in the Convention for 800 million people in 47 European states. Such evolution positioned the Convention high in internal legal orders, provided it by direct effect and made case-law of the European Court obligatory in interpretation of human rights provisions. So, the European Convention has become, as the European Court noted, constitutional instrument of European public order. Unfortunately, nothing similar has happened at the global level. Conciliatory procedures, established by universal human rights treaties, did not make global protection of human rights very attractive for individuals.

In last decades international development has challenged a classic understanding of human right, as legal relationship between a state and individuals under its jurisdiction. Number of individuals beyond jurisdiction of a state affected by acts or omissions of the state is growing. Besides, some individuals are affected by acts of international organizations. It is not acceptable that they remain without effective judicial protection.

National constitutions differ in elaboration of human dignity in the context of human rights. Some recognize and protect the right to human dignity and others elaborate human dignity in context of separate rights, such as economic and social rights, the prohibition of torture, the right to privacy etc. There is no universally accepted legal standard of human dignity. In spite of that, legal concept of human dignity can serve in judicial protection of human rights as supplement of existing rights or as substitute of missing rights.

SANKCIJE U MEĐUNARODNOM PRAVU

POJAM, ULOGA I VRSTE

Pojam

1. *Pojam sankcije.* – Sankcija se u pravu najčešće definiše na dva osnovna načina: 1) kao deo pravne norme koji joj daje specifično pravni karakter zato što sadrži pravilo o primeni prema prekršiocu pravne norme pravom propisane prinudne mere (o negativnoj posledici koju će prekršilac norme zbog toga pretrpeti) ili 2) kao sama prinudna mera koju prema prekršiocu norme preduzima nadležni organ. Gledano iz drugog ugla, ona se može definisati kao instrument prava koji služi obezbeđenju pravnog poretka.

Vezano samo za međunarodno pravo, sankcija bi se mogla odrediti kao prinudna mera koja se, na osnovu međunarodnog prava, preduzima protiv subjekta koji je prekršio to pravo. Pri tome pod “preduzimanjem” ove mere imamo u vidu i njeno pravno utvrđivanje (propisivanje) i njenu konkretnu primenu (ostvarivanje).

2. *Sankcije kao deo međunarodnog prava.* – U prošlosti postojala su mišljenja da međunarodno pravo i nije pravo, već se tu radi samo o skupu određenih poželjnih pravila ponašanja, moralnih načela i slično.¹ Jedan od najčešćih argumenata onih koji su osporavali pravni karakter međunarodnog prava svodio se na

Dr Boris Krivokapić, profesor Fakulteta za državnu upravu i administraciju, Megatrend univerzitet, Beograd.

¹ Više: Krivokapić Boris: *Međunarodno pravo – koreni, razvoj, perspektive*, Beograd 2006, 241-249.

primedbu da ono nema efikasnu pravnu sankciju, te da ne može ni da je ima, pošto se tu radi o odnosima između suverenih jedinki od kojih svaka raspolaže monopolum sile. U takvoj situaciji bi se, prema ovom gledištu, u krajnjoj liniji kao eventualna sankcija mogao javiti samo rat, ali u ratu ne pobeđuje onaj ko je u pravu, već onaj ko je jači.

Ovi argumenti imali su određenu težinu u vreme kada međunarodno pravo nije bilo dovoljno razvijeno, ali čak ni tada nisu zapravo bili sasvim tačni. Naime, određene sankcije koju su osnov imale u međunarodnopravnim normama nastajale su i razvijale se uporedo sa samim međunarodnim pravom. To je i razumljivo, jer su one samo njegov deo. Može se raspravljati o tome da li su sankcije bile dovoljno precizno definisane, da li su uvek zaista primenjivane i slično, ali ne i da li su uopšte postojale.

S druge strane, mora se priznati da ni danas mnoga pravila međunarodnog prava nisu dosledno sankcionisana tj. u slučaju njihovog kršenja ne postoji mogućnost prinudnog izvršenja. Međutim, to je u većoj ili manjoj meri karakteristično za svaki pravni sistem. I u unutrašnjim pravnim porecima može se naći ne tako mali broj pravnih pravila, pa i vrlo važnih među njima, koja nemaju niti mogu da imaju efikasnu pravnu sankciju. To se npr. može reći za niz normi porodičnog, naslednog, pa čak i ustavnog prava.² Zapravo, tvrditi da međunarodno pravo nema sankciju znači neopravdano i prekomerno uprošćavati stvari. Najveći broj međunarodnopravnih normi ima sankciju. Ona se razlikuje od onoga što se javlja u unutrašnjim porecima država, ali ona postoji.

U vezi sa sankcijama međunarodnog prava može se čuti i to da je za njih karakteristično da se one primenjuju nedosledno, selektivno. Drugim rečima, da praksa pokazuje da se norme međunarodnog prava previše često proizvoljno tumače i primenjuju, pa čak i nekažnjeno krše. I zaista, uvek je bilo, a i danas, nažalost, ima isuviše primera kršenja međunarodnog prava, i to bez vidljive kazne za prekršioaca. Reč je, međutim, o vanrednoj pojavi. Osnovni razlog zbog koga se u takvim prilikama prekršilac ne sankcioniše je nastojanje da se izbegne veće zlo - širi ili čak sveopšti sukob. Dakle, nije stvar u tome da li postoji efikasna sankcija, već da li će ona zaista biti i primenjena u svakom konkretnom slučaju.

Ovome treba dodati da ozbiljne povrede međunarodnog prava uvek oštro padaju u oči, jer su često skopčane sa teškim posledicama. Tako npr. agresija podrazumeva ne samo kršenje međunarodnopravnih normi koje je zabranjuju, već i gubitke ljudskih života, velika, razaranja, teško oštećenje životne sredine i dr. To čini da se ponekad smetne s uma da se u praksi ogromna većina međunarodnopravnih normi primenjuje bez ikakvih problema.³ Takođe, često se zaboravlja da

² Kada je reč o ustavnom pravu, u red takvih normi spadaju npr. one o pravima i dužnostima najviših organa države, međusobnim odnosima tih organa i sl.

³ Praksa pokazuje da države neuporedivo više poštuju međunarodno pravo nego što ga krše. Da nije tako, rat, a ne mir bio bio prirodno stanje; države ne bi imale diplomatska predstavništva jedne kod drugih; međunarodni ugovori se ne bi ni zaključivali; ne bi bilo međunarodnih or-

se, ako ipak dođe do kršenja međunarodnog prava, mnoge sankcije itekako efikasno primenjuju u praksi - mere samopomoći, presude međunarodnih sudova, sankcije međunarodnih organizacija itd.

Najzad, treba podsetiti da se ne krši samo međunarodno pravo. U svakoj državi, ma kako razvijena i demokratska ona bila, mogu se naći brojni primeri nekažnjelog kršenja domaćeg prava, zakona, a ponekad čak i ustava. Pa ipak sve to još ne daje za pravo da se tvrdi da u datoj državi ne postoje ili da, opšte uzev, nisu efikasne krivične i druge pravne sankcije. Takve stvari se doživljavaju kao povremene ekscenčne pojave, kao određene bolesti društva, koje su sastavni deo života. Nema razloga da i na slučajeve nekažnjelog kršenja međunarodnog prava ne gledamo istim očima.

Vrste sankcija u međunarodnom pravu

Savremeno međunarodno pravo poznaje čitav niz raznovrsnih sankcija. Ovde će biti ukazano na samo neke moguće podele.

1. *S obzirom na izvor međunarodnog prava u kome imaju osnov.* – Opšte uzev, u savremenim uslovima najvažnije su sankcije koje imaju osnov u međunarodnim ugovorima, običajnom pravu i, sve više, u aktima međunarodnih organizacija.⁴

2. *S obzirom na broj strana od kojih dolaze.* – Prema ovom kriterijumu sankcije se obično dele na *jednostrane* (unilateralne), tj. one koje preduzima samo jedan subjekt (najčešće jedna država) i *višestране* (multilateralne, kolektivne) kako se nazivaju sankcije koje preduzima više subjekata, u prvom redu više država ili međunarodna organizacija.⁵

3. *S obzirom na to protiv koga su uperene.* – Sankcije savremenog međunarodnog prava mogu pogađati vrlo različite subjekte. One su i dalje najčešće usmerene protiv država, što je i razumljivo kada se zna da je uloga država ključna u međunarodnim odnosima i životu međunarodne zajednice.⁶

ganizacija; ne bi bilo pomorskog, vazdušnog, PTT i drugih vidova međunarodnog saobraćaja; itd. Države poštuju međunarodno pravo u sopstvenom interesu, jer je to preduslov za zadovoljenje uzajamnih interesa i opštu saradnju, nasuprot haosu koji bi nastao kada tako ne bi bilo.

⁴ Više: Lapaš Davorin: *Sankcija u međunarodnom pravu*, Zagreb 2004, 229–261.

⁵ U ovom poslednjem slučaju sankcija dolazi od jednog međunarodnopravnog subjekta (međunarodne organizacije) ali realno je izraz volje predstavnika više subjekata (većine država članica odnosno organizacije).

⁶ Prikaze i analize sankcija tokom poslednjih nekoliko godina primenjene protiv raznih država vidi kod: Calamita Jansen N.: "Sanctions, Countermeasures and the Iranian Nuclear Case", *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 5/2009, 1393–1442; Culvahouse Arthur B.: "A practical guide to international sanctions law and lore: mamas, don't let your children grow up to be sanctions lawyers", *Houston Journal of International Law* 3/2010, 587–604; Dupont Pierre-Emmanuel: "Countermeasures and Collective Security: The Case of the EU Sanctions Against Iran", *Journal of Conflict*

Uz to, u naše vreme sankcije, mogu biti izrečene i međunarodnim organizacijama, kao posebnim subjektima međunarodnog prava, sa sopstvenom pravnom ličnošću. Praksa sve više poznaje i razne međunarodne sankcije koje su zbog kršenja međunarodnog prava primenjene i protiv nekih drugih subjekata, kao što su određene političke organizacije, pokreti, grupe, pa čak i pojedinci.

4. *S obzirom na prirodu mera.* – S obzirom na prirodu odnosno sadržinu konkretnih mera u kojima se sastoje, međunarodnopravne sankcije mogu se podeliti na pravno-političke, diplomatske, ekonomske, vojne, krivičnopravne i dr.

1. *Pravno-političke sankcije.* – U uslovno rečeno pravno-političke sankcije⁷ spadaju takve mere reagovanja na kršenje međunarodnog prava kao što su odbijanje priznavanja određenog stanja;⁸ javna moralno-politička osuda, posebno kada dolazi od strane međunarodne organizacije ili međunarodne konferencije; suspenzija članskih prava u međunarodnoj organizaciji; isključenje iz međunarodne organizacije; i sl.

2. *Diplomatske sankcije.* – Suštinski i ove sankcije bi se mogle svrstati u pravno-političke. Ipak, njihov značaj, učestalost u praksi i osobenosti su takve, da je opravdano razmatrati ih odvojeno. To su koraci kojima se ograničavaju, a u krajnjoj liniji prekidaju diplomatski odnosi sa prekršiocem. Tu spadaju razni vidovi usmenih ili pismenih protesta odn. demarša, povlačenje ambasadora, protežiranje stranog diplomatskog predstavnika i dr., sve do prekida diplomatskih odnosa.

3. *Ekonomske sankcije* se obično ogledaju u takvim merama kao što su ekonomska blokada, embargo, bojkot, zamrzavanje stranih sredstava na računima sopstvenih banaka, obustava ili zabrana davanja kredita, ograničenje nivoa trgovinske razmene, uvođenje kaznenih carinskih stopa na uvoz robe, i drugo.

4. *Vojne sankcije* mogu biti različite prirode i stepena, od zabrane isporuke odnosnoj strani oružja i vojne opreme, preko pomorske blokade i demonstracije, sve do upotrebe oružanih snaga. U užem smislu, pod ovim sankcijama ima se u vidu upotreba sile protiv agresora.

5. *Krivičnopravne sankcije* svode se na gonjenje i kažnjavanje učinilaca međunarodnopravnih krivičnih dela, kao npr. genocida, zločina protiv mira, rat-

☞ *Security Law* 3/2012, 301-336; Mallory Owen: "The Limits of Economic Sanctions Under International Humanitarian Law: The Case of Congo", *Texas International Law Review* 1/2012, 103-123; Malloy Michael P.: "Human Rights and Unintended Consequences: Empirical Analysis of International Economic Sanctions in Contemporary Practice", *Boston University International Law Journal* 1/2013, 75-123.

⁷ Ovaj termin koristimo u nedostatku boljeg, zato što se ove sankcije najčešće uvode od strane međunarodnih organizacija, odlukom njihovih organa u kojima se predstavljene države članice, dakle kao rezultat u suštini političkog procesa.

⁸ Tako je npr. Savet Društva naroda 1932. odbio da prizna japansku okupaciju Kine i osnivanje marionetske države Madžuko; Savet bezbednosti UN je 1990. odbio da prizna aneksiju Kuvajta od strane Iraka; itd.

nih zločina, međunarodnog terorizma i dr. Ove sankcije su od posebnog interesa onda kada se vrše od strane međunarodnog krivičnog suda.

6. *Ostale sankcije.* – Tu spadaju ostali oblici reagovanja na kršenje međunarodnog prava, kao što su suspendovanje ili raskid međunarodnog ugovora, prekid naučno-tehničke i kulturne saradnje,⁹ saobraćajne sankcije,¹⁰ sportske sankcije,¹¹ disciplinske sankcije međunarodnih organizacija prema međunarodnim službenicima, razne nekrivične sankcije koje države mogu da preduzimaju prema stranim državljanima, itd.

5. *S obzirom na to od koga dolaze.* – Jedna od najvažnijih podela je ona prema kojoj se međunarodnopravne sankcije klasifikuju s obzirom na subjekt koji ih preduzima. Sve doskora, samo države su imale pravo da, kada smatraju da tome ima mesta, primene sankcije.¹² To su činile na razne načine, pa čak i obraćajući se sili oružja (otpočinjući rat). Svaka država bila je *judex in causa sua* (sudija u svojoj stvari), a delom je vršila sankcije i u opštem interesu (npr. gonjenje i kažnjavanje pirata). U naše vreme sankcije su daleko raznovrsnije, a njihova primena poverena je ne samo državama, već i sve širem krugu drugih subjekata.

VRSTE SANKCIJA S OBZIROM NA SUBJEKT KOJI IH UVODI

S obzirom na subjekt koji ih uvodi i primenjuje, može se govoriti o: 1) sankcijama koje primenjuju države, 2) sankcijama međunarodnih organizacija, 3)

⁹ Tako je npr. odredbom iz tačke 8/c Rezolucije S/757 /1992) Savet bezbednosti utvrdio da sve države treba da prekinu naučnu i tehničku saradnju i kulturnu razmenu sa SR Jugoslavijom.

¹⁰ Pored ostalog, već u čl. 41. Povelje UN precizirano je da, u slučaju pretnje miru, povrede mira i akata agresije, Savet bezbednosti može pozvati članove UN da primene mere koje mogu da sadrže, pored ostalog, potpun ili delimičan prekid "železničkih, pomorskih, vazdušnih, poštanskih, telegrafskih, radiotelegrafskih i drugih veza."

¹¹ U praksi se obično svode na kažnjavanje odnosne države, tako što se njenim sportistima ne dozvoljava učešće na međunarodnim takmičenjima ili tako što se bojkotuju takmičenja koja organizuje ta država. Primer za prvi oblik ovih mera su sankcije UN protiv Rodezije i Južne Afrike 60-ih i 70-ih godina XX veka i sankcije protiv SR Jugoslavije (1992), kojima je bilo zabranjeno učešće sportista ovih zemalja na zvaničnim međunarodnim takmičenjima. Primer za drugi oblik je bojkot Olimpijskih igara u Moskvi, 1980, od strane SAD i drugih država zbog oružane intervencije Sovjetskog Saveza u Avganistanu.

¹² Istini za volju, u prošlosti su i pojedinci sa osloncem delom na domaće, a delom na međunarodno pravo, mogli da pribegavaju raznim sankcijama u vidu samopomoći (tzv. privatne represalije). Tako oni koji su bili opljačkani od strane državljana neke strane države ili su im u toj državi ili od njenih državljana povređena neka druga prava (npr. ubijen bliski rođak), preduzimali su odgovarajuće prinudne mere protiv bilo kog državljanina odnosne države (dakle, ne obavezno krivca, već jednostavno onoga ko im padne šaka). Prinudne mere mogle su se sastojati u nasilnom oduzimanju stvari, hvatanju i izvođenju stranaca pred domaći sud i sl. To je, u vreme kada nisu postojali dovoljno razvijeni međunarodni mehanizmi kojima bi se rešila ova pitanja bio način da se pojedinci zaštite od nezakonitih akata stranaca odn. strane države i da im se, s druge strane, obezbedi nekakav oblik obeštećenja.

sankcijama međunarodnih sudova i 4) sankcijama ostalih subjekata međunarodnog prava.

Sankcije koje primenjuju države

1. *Vrste sankcija koje primenjuju države.* – Mada je međunarodno pravo već danas jedan veliki, prilično sveobuhvatan pravni sistem, mora se priznati da taj sistem nije još uvek u punoj meri zaokružen, a posebno to da on u najvećoj meri zavisi od volje i uloge država. Pored ostalog, jedna od posledica toga je i činjenica da su države i dalje nadležne da preduzimaju određene sankcije protiv prekršilaca međunarodnog prava – drugih država, drugih subjekata, pa i pojedinaca.

Sankcije koje primenjuju države mogu biti:

a) *krivičnopravne* – gonjenje i kažnjavanje učinilaca međunarodnopravnih krivičnih dela, kao npr. piratstva, trgovine robljem, genocida, i dr.;

b) *diplomatske* – razni vidovi usmenih ili pismenih protesta odn. demarša, povlačenje ambasadora i dr., sve do prekida diplomatskih odnosa;

c) *ekonomske* – ekonomska blokada, embargo, bojkot, zamrzavanje stranih sredstava na računima sopstvenih banaka, obustava ili zabrana davanja kredita, ograničenje nivoa trgovinske razmene, i dr.;

d) *ostale sankcije* – Tu spadaju razni koraci, kao što su npr. one nekrivične sankcije koje se preduzimaju prema strancima. U naše vreme jednu od sankcija za kršenje međunarodnog prava (posebno onog njegovog dela koji se odnosi na jamčenje i zaštitu ljudskih prava) predstavljaju takve jednostrane mere država, preduzete prema pojedincima koji su strani državljani, kao što su: odbijanje izdavanja vize, zamrzavanje sredstava na računima banaka i sl.

2. *Samopomoć.* – Bliže gledajući, mnoge (mada ne sve) sankcije država zapravo predstavljaju neki vid samopomoći. U najširem smislu, samopomoć je naziv za bilo koji oblik zaštite svojih prava i interesa sopstvenim snagama.

U užem smislu, pod samopomoću se ima u vidu ograničena upotreba sile od strane države koja smatra da joj je ugrožen ili povređen važan međunarodnim pravom zaštićeni interes. Takva upotreba sile nije rat (ograničenog je obima i nema za cilj vojnički poraz druge strane) a najčešće se preduzima u vidu mera kao što su mirna blokada, embargo, bombardovanje, zaplena imovine strane države ili njenih državljana, itd.

Klasično međunarodno pravo dozvoljavalo je ovako shvaćenu samopomoć pod sledećim uslovima: 1) da postoji povreda interesa zaštićenog međunarodnim pravom, 2) da je prethodno bezuspešno pokušano ostvarivanje prava drugim sredstvima i 3) da se odnosna država nije ranije odrekla takvih mera.

Savremeno međunarodno pravo nije ukinulo, ali je na razne načine ograničilo samopomoć. Ono, naročito, zabranjuje pretnju silom i upotrebu sile (čl. 2/4 Povelje UN), pa shodno tome i sve mere samopomoći koje se oslanjaju na silu. Time se, razume se, ne negira pravo svake države na samoodbranu.

Razni akti samopomoći se u načelu dele na: 1) retorziju, 2) represalije i 3) mere samoodbrane. Pošto samoodbrana predstavlja poseban slučaj koji po prirodi stvari prevazilazi sankciju,¹³ ovde su od prvenstvenog značaja mere retorzije i represalije. Razlika se zasniva na težini razloga zbog koga se pribegava uzvratnoj meri, kao i na prirodi same uzvratne mere (sankcije).

1. *Retorzija*. – Retorzija je naziv za uzvratanje jedne države, međunarodnopravno dopuštenim merama, na postupke druge države koji ne predstavljaju povredu međunarodnog prava, ali nisu u skladu s prijateljskim odnosima među državama odn. nanose štetu određenim interesima prve države. Svodi se na uzvratanje na isti ili sličan način na akte koji su pravno dozvoljeni, ali koje država o kojoj je reč ocenjuje kao neljubazne, nedobronamerne, nekorektne, provokativne i slično. Smisao retorzije je da se druga strana privoli na promenu ponašanja odn. da se dobije zadovoljenje. Bliže gledajući, retorzija se može se ogledati u primeni mera kao što su: uskraćivanje gostoprimstva stranom diplomatskom predstavniku, odbijanje izdavanja vize, uskraćivanje strancima određenih prava, uvođenje specijalnih (viših) carina za određenu robu, odbijanje da se dâ dozvola preleta itd.

Mogućnost retorzije predviđaju i neki višestrani međunarodni ugovori.

Po pravilu, retorzija se obustavlja čim prestanu razlozi (akti) koji su je izazivali. Prema izloženom, strogo uzev, ovde i nije u pitanju sankcija međunarodnog prava, jer međunarodno pravo nije ni prekršeno. Reguje se samo na određeno ponašanje druge strane koje je iz nekog razloga ocenjeno kao neprihvatljivo. Ipak, u praksi se izvesne situacije o kojima je ovde reč nalaze na samoj ivici sa kršenjem međunarodnog prava, a u svakom slučaju vrlo lako mogu da isprovociraju njegovo drastično kršenje (npr. oružani sukob).

2. *Represalije*. – Represalijama se u međunarodnom pravu nazivaju mere koje bi inače predstavljale kršenje međunarodnog prava, a kojima jedna država odgovara na protivpravne akte druge države sa ciljem da je prinudi na poštovanje pravnih pravila ili da na taj način izdejstvuje zadovoljenje. Tako shvaćene represalije pojavljuju se naročito s jačanjem centralne vlasti država u XIX v. i potiskuju u antičko doba i srednjem veku raširenu praksu tzv. privatnih represalija.

U prošlosti represalije su shvatane kao vrsta sankcija i oblik dozvoljene samopomoći država. Danas se razlikuju prema tome da li su preduzete u doba mira ili za vreme rata.

U situaciji kada Povelja UN zabranjuje upotrebu sile i pretnju silom, zabranjeno je pribegavanje nasilnim (oružanim) represalijama u mirnodopskim uslovima.¹⁴ Izričita obaveza država da se uzdrže od akata represalija koji povlače upotrebu sile sadržana je i u Deklaraciji UN o načelima međunarodnog prava o prijateljskim odnosima i saradnji država u skladu s Poveljom UN (1970).

¹³ Jer prvenstveni cilj nije kažnjavanje druge strane, već odbrana sopstvene teritorije, a u krajnjoj liniji i opstanka.

¹⁴ Npr. bombardovanju obala druge zemlje, privremenoj okupaciji dela njene teritorije i sl.

Represalije nenasilnim sredstvima („mirne represalije“) nisu zabranjene ukoliko zadovoljavaju određene uslove: 1) da su usledile nakon što su iscrpljena sva sredstva mirnog rešavanja spora; 2) da su u srazmeri s težinom protivpravnog akta povodom kog su usledile; 3) da nisu preduzete nehumanim i nemoralnim sredstvima i 4) da su obustavljene čim je dobijeno zadovoljenje. Ovako shvaćene represalije najčešće se sprovode neizvršenjem ili otkazom nekog međunarodnog ugovora, ali mogu biti preduzete i drugim aktima.¹⁵

Za vreme oružanog sukoba su, međutim, pod određenim uslovima dozvoljene i represalije nasilnim sredstvima.

Dok se represalije u doba mira preduzimaju pre svega zato da bi se druga strana privolela da pristupi mirnom rešavanju spora, represalije u ratu imaju za cilj da neprijatelja koji krši pravila ratnog prava primoraju na poštovanje tih pravila. Tako shvaćene, one predstavljaju izuzetnu meru, koju pod određenim uslovima može da naredi vojni komandant.

Ove represalije biće dozvoljene mada su preduzete nasilnim sredstvima ukoliko su ispunjeni sledeći uslovi: 1) one moraju biti u srazmeri s težinom protivpravnog akta povodom koga su usledile; 2) akti putem kojih se represalije sprovode (npr. bombardovanje, raketiranje i sl.) smeju biti usmereni samo na vojne objekte; 3) represalije ne smeju biti preduzete zabranjenim, nehumanim ili nemoralnim sredstvima (npr. upotrebom bojnih otrova); 4) one moraju biti obustavljene čim se dobije zadovoljenje. Izričito su zabranjene represalije protiv ranjenika, bolesnika, brodolomnika, sanitetskog osoblja, ratnih zarobljenika, civilnog stanovništva i njegove imovine, naučnih, umetničkih, istorijskih i sl. spomenika i ustanova i drugih lica i objekata koji uživaju zaštitu međunarodnog prava.

Dakle, za razliku od retorizije, ovde jeste reč o sankciji zbog kršenja međunarodnog prava. Represalije treba razlikovati od mera kolektivnog kažnjavanja i zastrašivanja (uzimanje talaca, masovna streljanja i sl.), koje su zabranjene međunarodnim pravom i predstavljaju ratne zločine odn. zločine protiv čovečnosti.

Sankcije međunarodnih organizacija

Sankcije mogu da primenjuju i određene međunarodne organizacije. One to mogu da čine samo u granicama svoje nadležnosti koja je utvrđena statutom date organizacije odnosno ugovorom o njenom osnivanju. To drugim rečima znači da su sankcije međunarodnih organizacija ograničene na dva osnovna načina: (1) samo na odgovarajuće područje međunarodnog prava za koje je nadležna odnosna organizacija i (2) u pogledu izbora mera koje mogu biti preduzete prema

¹⁵ Tako su SAD 1979. blokirale sredstva i imovinu Irana i njegovih građana u američkim bankama (ukupno oko 12 mlrd. američkih dolara), kao odgovor na upad naoružanih islamskih ekstremista u ambasadu SAD u Teheranu i zarobljavanje velikog broja službenika ambasade.

prekrišiocu (jer su one unapred definisane najvišim pravnim aktom organizacije). Sankcije izriče nadležni (statutom ovlašćeni) organ organizacije.¹⁶

Iako se uvode odlukom nadležnog organa međunarodne organizacije, iza te odluke suštinski stoji većina država članica odnosne organizacije. Stoga se ove sankcije se ponekad nazivaju multilateralnim ili kolektivnim.

Sankcije međunarodnih organizacija mogu se sastojati naročito u:

1) *suspenziji članskih prava* odnosne države - suspenzija prava glasa, prava da se bude biran u određene organe, i sl.;

2) *isključenju iz članstva*;

3) *suspenziji pomoći* – tehničke, finansijske i druge pomoći koju odnosna organizacija pruža datoj državi (ta država ne mora nužno da bude i članica odnosne organizacije);

4) *moralno-političkoj osudi* od strane nadležnog međunarodnog tela (npr. putem rezolucije Generalne skupštine UN odn. rezolucije Saveta bezbednosti UN); sve do

5) *preduzimanja prinudnih mera* protiv određene države (mere koje stoje na raspolaganju Savetu bezbednosti UN).

Razne vrste sankcija prema državama, ali i drugim subjektima za koje smatraju da krše norme i principe savremenog međunarodnog prava (posebno ako je reč o ugrožavanju međunarodnog mira, grubom kršenju ljudskih prava, i sl.) preduzimaju Ujedinjene nacije, ali i neke druge međunarodne organizacije.

Ako se podrazumeva da međunarodna organizacija može da sankcioniše određeno ponašanje svojih članova, zanimljivo je primetiti da se sve češće razne sankcije uvode i državama nečlanicama. Reč je o takvim merama kao što su: ograničenje nivoa trgovinske razmene, uskraćivanje finansijske i druge pomoći, zamrzavanje finansijskih sredstava odnosne države u inostranstvu, ograničavanje ili uskraćivanje slobode putovanja funkcionerima ili građanima date države (kolektivnim odbijanjem izdavanja viza), embargo na uvoz oružja, diplomatske sankcije, i dr. Tako je npr. Evropska unija iz raznih razloga uvodila sankcije nizu država.¹⁷

Jednu vrstu sankcije predstavlja i odbijanje da se neka država primi u članstvo organizacije (npr. zato što se u njoj drastično krše ljudska prava, zato što drugima pretilo silom i dr.).

¹⁶ U praksi je bilo primera da je odnosni organ izašao izvan okvira postavljenih statutom, uvodeći u nekim slučajevima sankcije određenim subjektima. Tako je npr. krajem XX v. Svet bezbednosti UN počeo da uvodi sankcije pojedincima i grupama, mada nigde nije za to ovlašćen Poveljom UN.

¹⁷ Mjanmaru (1996), SR Jugoslaviji (1999), Zimbabveu (2002), Iraku (2003), Avganistanu (2011), Egiptu (2011), Libiji (2011) i dr. Sankcije su uvedene zbog navodnog grubog kršenja ljudskih prava, manipulacije izborima i njihovim rezultatima i sl. Za sadašnje stanje vidi: European Commission: *European Union Restrictive measure (sanctions) in force*, List updated on 5.6.2013, http://eeas.europa.eu/cfsp/sanctions/docs/measures_en.pdf (6.7.2013).

Mada može da izgleda da neke od pomenutih mera (npr. moralno-politička osuda) nisu dovoljno efikasne, one u praksi najčešće predstavljaju snažnu polugu koja nagoni državu-prekršioca da promeni svoje ponašanje. Prozivanje odnosne države zbog kršenja međunarodnog prava veoma šteti ugledu te zemlje i, iako se to u prvi mah ne vidi, zatvara joj mnoga vrata. Gledano na duži rok malo koja država može da se odupre takvom pritisku.

Posebno su zanimljive prinudne mere koje stoje na raspolaganju Savetu bezbednosti UN. Za prvih 45 godina svog rada, koje su bile opterećene odnosima označenim kao "hladni rat", Svet bezbednosti je usled za to vreme karakteristične podeljenosti svojih stalnih članova, uveo sankcije samo dva puta (Rodeziji, 1966. i Južnoj Africi, 1977). U novije vreme, međutim, on je uvodio sankcije čitavom nizu država odnosno drugih subjekata.¹⁸

Tim povodom moglo bi se prigovoriti da se u pojedinim slučajevima nije radilo o reagovanju na povrede međunarodnog prava, tj. da su odnosne mere preduzimate kao instrument politike, a ne prava; da su na udaru sankcija bile samo male zemlje, a ne i velike države; da su se sankcije u više slučajeva pokazale nedovoljno efikasnim; da su neposredno pogađale obične ljude (stanovnike datih država), a ne vlade (političke odlučioce) zbog čijih postupaka su zapravo bile uvedene; i dr. Ipak, izvesno je da dobro odmerene i objektivno i pravovremeno primenjene sankcije Saveta bezbednosti UN u većini slučajeva mogu da dovedu do prestanka grubog kršenja međunarodnog prava i sređivanja prilika. Isto važi i za odgovarajuće sankcije nekih drugih međunarodnih organizacija. Sankcije se sve češće uvode ne samo državama, već i ustanicama, pokretima, organizacijama i sl.¹⁹

U novije vreme ima i primera da najvažnije međunarodne univerzalne i regionalne organizacije uvode određene političke sankcije pojedincima, zbog navodnog ometanja mirovnog procesa, kršenja ljudskih prava, krađe izbora i sl.²⁰

¹⁸ Iraku (1990), Jugoslaviji (1991, 1992. i 1998), Libiji (1992, 2011), Liberiji (1992), Somaliji (1992. i 2012), kambodžanskim Crvenim kmerima (1992), Haitiju (1993), angolskoj UNITA (1993, 1997. i 1998), Ruandi (1994), Sudanu (1996), Sijera Leoneu (1997. i 2000), avganistanskim talibanima, Al Kaidi (1999. i u narednim godinama, zaključno sa 2012), Liberiji (2003), DR Kongu (2004), Obali Slonovače (2004), Sudanu (2005), Iranu (2006. 2007, 2008. i 2010), Libanu (2006), Severnoj Koreji (2006. i 2009), Gvineji Bisao (2012) i dr. Više: *UN Security Council Sanctions Committees*, <http://www.un.org/sc/committees/> (6.7.2013).

¹⁹ Vidi npr.: Dominic Hoerauf: "The United Nations Al-Quaida sanction regime after U.N. Resolution 1989: Due process still overdue?", *Temple International & Contemporary Law Journal* 2/2012, 213–231.

²⁰ Tako je Svet bezbednosti UN 25.4.2006. godine, Rezolucijom 1672, uveo sankcije protiv četiri lica umešana u unutrašnje sukobe između vlade i pobunjeničkih grupa u sudanskom regionu Darfur. Reč je o vojnim komandanatima i političkim vođama, za koje je Svet utvrdio da ometaju mirovni proces odnosno odgovorni su za povrede međunarodnog humanitarnog prava i druga zlodela. Primer na regionalnom nivou su sankcije koje je aprila i maja 2006. uvela Evropska unija protiv 36 visokih zvaničnika Belosurije, zbog navodnog falsifikovanja predsedničkih izbora u toj zemlji.

Takve sankcije obično se sastoje u zabrani putovanja i zamrzavanju fondova, finansijskih i ekonomskih sredstava odnosnih lica.²¹

Sankcije međunarodnih sudova

I pored toga što ni danas u međunarodnoj zajednici, strogo uzev, nema obaveznog sudstva, sve je veći broj međunarodnih sudova koji je bave sve raznovrsnijim materijama.²²

Tu spadaju sudovi opšte nadležnosti (npr. Međunarodni sud pravde), ali i sve brojniji specijalizovani sudovi, kao što su: Međunarodni sud za pravo mora, sudovi za ljudska prava, međunarodni krivični sudovi, administrativni sudovi, razne vrste institucionalizovanih izabranih sudova (arbitraža), i dr.

Mada je nadležnost svih ovih tela u načelu fakultativna (zavisi od volje država) njihove presude su pravno obavezujuće.

Značaj najvažnijeg međunarodnog suda – *Međunarodnog suda pravde*, proističe već iz činjenice da UN, čiji je on glavni sudski organ, danas obuhvataju praktično sve države sveta. Posebno treba primetiti da je u stalnom je porastu broj država koje su dale izjavu saglasno čl. 36/2 Statuta Suda i time zapravo prihvatile obaveznu nadležnost Suda.²³

Jača i uloga drugih sudova. Dobar primer je *Stalni arbitražni sud*, koji je najstariji globalni sudski mehanizam, stvoren pre više od 110 godina.²⁴ Pošto je u jednom periodu izgubio na značaju, devedesetih godina XX veka preduzeti su koraci za unapređenje njegovog funkcionisanja i prilagođavanje njegove uloge novim zahtevima prakse. Konkretno, Sud je otvoren za arbitražno rešavanje, mirenje i utvrđivanje činjenica ne samo u sporovima između država (što je bio slučaj ranije) već i raznim sporovima u kojima učestvuju međunarodne organizacije, druga pravna lica, pa čak i pojedinci.

²¹ U doktrini je postavljeno pitanje u kojoj meri su takve sankcije u skladu sa postojećim međunarodnopravnim standardima u materiji ljudskih prava. Više: Cameron Ian: "UN Targeted Sanctions, Legal Safeguard and the European Convention on Human Rights", *Nordic Journal of International Law* 2/2003, 159–214; Etinski Rodoljub: "Individualne sankcije Saveta bezbednosti Ujedinjenih nacija i zaštita ljudskih prava", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 3/2010, 79–92.

²² Više o savremenim međunarodnim sudovima: Krivokapić Boris: *Aktuelni problemi međunarodnog prava*, op. cit., 403–563.

²³ Sredinom 2013. ovom klauzulom vezano je 69 država. Izvor: International Court of Justice, *Declarations Recognizing the Jurisdiction of the Court as Compulsory*, [http://www.icj-cij.org/jurisdiction/?p1=5&p2=1&p3=3&PHPSESSID=1bb2c83871a17e757971a1f58cd6d443\(6.7.2013\)](http://www.icj-cij.org/jurisdiction/?p1=5&p2=1&p3=3&PHPSESSID=1bb2c83871a17e757971a1f58cd6d443(6.7.2013))

²⁴ Sud je stvoren Konvencijom o mirnom rešavanju međunarodnih sporova, usvojenom na Prvoj haškoj mirovnoj konferenciji (1899).

Kada je reč o sudovima koji funkcionišu na nivou čitavog sveta, treba pomenuti i *Međunarodni sud za pravo mora*, koji je specijalizovani sud, osnovan Konvencijom UN o pravu mora (1982).

Sve veći broj sudskih organa postoji u *regionalnim okvirima*. Primeri za to su: Evropski sud pravde, Evropski sud za ljudska prava, Sud Evropske zone slobodne trgovine (EFTA), Ekonomski sud Zajednice nezavisnih država, Sud pravde Beneluksa, Centralnoamerički sud pravde, Međumerički sud za ljudska prava, Karijski sud pravde, Istočnoafrički sud pravde, Sud pravde zajedničkog tržišta istočne i južne Afrike, Afrički sud za ljudska prava i prava naroda, i dr. Sve je više i raznih vrsta *institucionalizovanih arbitražnih sudova*. Uz već pomenuti Stalni arbitražni sud, u novije vreme obrazovan je niz institucionalizovanih specijalizovanih arbitražnih sudova, čiji se mesto, uloga i značaj, međusobno razlikuju, ali koji svi zajedno doprinose zaokruživanju slike o međunarodnom sudstvu. Pored ostalog treba pomenuti: Sud za mirenje i arbitražu (u okviru OEBS), Međunarodni sud za arbitražu i mirenje u oblasti životne sredine, Sud za arbitražu u sportu, i dr.

Postoji i jedan broj *administrativnih sudova (službeničkih tribunala)*. Reč je o specijalizovanim međunarodnim sudovima koji rešavaju sporove između međunarodnih organizacija i njihovih službenika. Tu spadaju npr. administrativni sudovi Ujedinjenih nacija, Međunarodne organizacije rada, Svetske banke, Organizacije američkih država, Evropske unije i dr. Praksa poznaje i *međunarodne krivične sudove*, koji su sudili odnosno sude pojedincima na bazi individualne krivične odgovornosti. Nakon nekoliko *ad hoc* sudova (sudovi u Nirnbergu, Tokiju, Hagu, Aruši, a zatim i mešoviti sudovi), međunarodnopravni poredak i praksa obogaćeni su stalnim Međunarodnim krivičnim sudom, čiju je nadležnost zaključno sa 1.5.2013 priznale 122 države.²⁵ Ta činjenica predstavlja kvalitativan iskorak u razvoju međunarodnog prava.

Najzad, vredi istaći i postojanje čitavog niza *kvazisudskih tela* i organa, posebno u materiji ljudskih prava, kao što su npr. (i to samo u okviru UN) Komitet za ljudska prava, Komitet za eliminisanje svih oblika rasne diskriminacije, i dr.²⁶ Slična tela postoje i na regionalnom nivou. Postupajući u granicama svog mandata i ova tela imaju na raspolaganju određene manje ili više efikasne sankcije protiv država koje krše svoje obaveze. Sve izloženo jasno ukazuje da se iz godine u godinu sve više se zaokružuje međunarodno sudstvo. Ne samo da je sve više međunarodnih sudova koji se bave sve širim krugom pitanja, već je u stalnom porastu i broj međunarodnih ugovora koji predviđaju obaveznu nadležnost odnosnog suda u datoj materiji.

Posebno treba primetiti da je došlo i do suštinskih promena. Nasuprot ranijem shvatanju o tome da samo države imaju procesnu legitimaciju pred među-

²⁵ ICC at a Glance, http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/about%20the%20court/icc%20at%20a%20glance/Pages/icc%20at%20a%20glance.aspx. (6.7.2013).

²⁶ Više: Krivokapić Boris: *Enciklopedijski rečnik međunarodnog prava i međunarodnih odnosa*, Beograd 2010, odrednica "Ugovorna tela" (str. 1093-1095) i odrednice na koje se u njoj upućuje.

narodnim sudovima, u naše vreme takav status priznaje se i pojedinim pravnim licima, pa čak u nekim slučajevima (npr. Evropski sud za ljudska prava i srodni sudovi) i pojedincima. To je doskora bilo nezamislivo. Isto tako, osnivanje stalnog Međunarodnog krivičnog suda je jedna vrsta revolucionarne novine.

Prema tome, uloga međunarodnog sudstva je u stalnom porastu i sve više može da se poredi sa položajem sudova u unutrašnjim pravnim porecima država. Posebno, stalno treba imati na umu da su presude međunarodnih sudova pravno obavezujuće. Drugim rečima, čak i kada je nadležnost međunarodnog suda fakultativna, ako se država upusti u spor, dužna je da izvrši presudu, pa i ako smatra da ona po nju nije povoljna. Predviđeni su i određeni mehanizmi za slučaj da države odbiju da izvrše presudu. Ipak, praksa pokazuje da države savesno ispunjavaju takve presude (jer bi suprotno ponašanje veoma štetilo njihovom ugledu).

Sankcije ostalih subjekata

Određene sankcije, istina, samo izuzetno, u tačno utvrđenim okvirima i mahom u vidu neke vrste samopomoći, mogu da primenjuju i neki drugi subjekti. Tako npr. ustanici koji su priznati za ratujuću stranu mogu, kada tome ima mesta, da pribegnu represalijama, pod uslovom da to čine na način utvrđen međunarodnim pravom.

ZAKLJUČAK

Savremena praksa ukazuje na to da je sistem sankcija koje služe obezbeđenju poštovanja međunarodnog prava sve bogatiji i efikasniji. Te sankcije su raznovrsne po svojoj prirodi i domašaju, što im daje potrebnu dozu fleksibilnosti. S druge strane, one se često prožimaju i dopunjuju. One su u nekim slučajevima vrlo slične sankcijama koje se javljaju u unutrašnjim porecima država (npr. krivičnopravne sankcije) a ponekad se od njih veoma razlikuju (npr. diplomatske sankcije). Ali to je sasvim očekivano, s obzirom na to da se razlikuju društveni odnosi koji su glavni predmet regulisanja međunarodnog odnosno unutrašnjeg prava. Takođe, dok za unutrašnje pravo nisu karakteristične sankcije protiv države kao takve, upravo su međunarodne sankcije koje se preduzimaju protiv država najinteresantnije i najvažnije. Stoga sve manje ima osnova za prigovor da norme međunarodnog prava nisu pokrivene odgovarajućim sankcijama. One to u najvećem broju slučajeva jesu, i to na više načina. Zapravo, jedan od najvažnijih zadataka međunarodnog prava u XXI v. biće upravo da zaokruži i uskladi sistem sankcija za povredu svojih pravila.

Ne manje važni zadaci ogledaće se u nužnosti da se nađu pravi odgovori na određene prateće probleme, od kojih će ovde biti pomenuti samo neki.

1. *Sankcije moraju biti instrument prava, a ne politike.* – Veoma lako ono što je zamišljeno kao mera kojom se odgovara na kršenje međunarodnog prava može se u praksi zloupotrebiti da bi se izvršio politički i svaki drugi pritisak na nekoga,

u prvom redu na neku srednju ili malu državu.²⁷ Ovo zato što se i međunarodno-pravne sankcije i mere pritiska neretko vrše istim sredstvima (embargo, bojkot, prekid diplomatskih odnosa itd.). Osnovna razlika među njima ogleda se ne u prirodi same mere, već u njenom pravnom osnovu, uzroku i cilju. Međunarodne sankcije imaju osnov u međunarodnom pravu, uvode se zbog ozbiljnog kršenja tog prava i imaju kao opšti cilj zaštitu međunarodnopravnog poretka.

U praksi se ponekad događa da se uvode međunarodne sankcije i kada zapravo za to nema osnova. Ne samo da se time nanosi šteta subjektu protiv koga su sankcije uvedene, već u nekim slučajevima dolazi do zamene teza, pa umesto da se sankcije uvedu zbog kršenja međunarodnog prava, one se uvode iz drugih razloga (npr. da bi se skršio neposlušni režim), a zatim se činjenica da su sankcije uvedene (makar i od samo jednog broja država, samo neke međunarodne organizacije i sl.) uzima kao neka vrsta dokaza da je strana protiv koje su one primenjene prekršila međunarodno pravo (jer, pretpostavka je da čim su joj sankcije uvedene, to nije bilo bez razloga).

U pitanju je ne samo nezakonita, već i nepravedna i nemoralna praksa. Ona najviše pogađaju neposrednu žrtvu sankcija, ali vrlo često makar i posredno i neke druge subjekte (npr. države koje su susedi ili tradicionalni partneri zemlje pod sankcijama). Štaviše, ona destabilizuje međunarodne odnose, unosi u njih elemente nepoverenja, revanšizma i slično. I uz sve to, potkopava autoritet međunarodnog prava. Jer ono je pozvano da služi pravdi i interesima čitave međunarodne zajednice, a ne sebičnim interesima najmoćnijih sila. Zloupotreba međunarodnog prava, posebno u vidu zloupotrebe njegovih sankcija, sasvim sigurno ne doprinosi jačanju uloge međunarodnog prava u savremenom svetu.

2. *Problem legitimnosti sankcija u nekim situacijama.* – U međunarodnom pravu, kao svakom pravnom sistemu, mogu se ponekada naći i norme koje formalno jesu deo tog prava, ali su suštinski nelegitimne, najčešće zato što su nametnute silom. To bi npr. važilo za neke ugovore ili običaje koji su u prošlosti nametnuti određenim zemljama od strane tadašnjih kolonijalnih sila. Međunarodno pravo predviđa mehanizme koji služe tome da se spreči važnost takvih normi (npr. poništenje međunarodnih ugovora zbog upotrebe sile i drugih razloga) ali se načelno ne može isključiti mogućnost pojave situacija u kojima bi, makar samo privremeno, postojalo nešto što pretenduje da čini deo međunarodnog prava, mada je suštinski u suprotnosti sa osnovnim principima tog prava.²⁸ Po

²⁷ Svaka sankcija može se zloupotrebiti, tako što bi se žigosao i kaznio onaj ko zapravo nije ništa protivpravno učinio. To nije nikakva specifičnost međunarodnog prava. Nije utešno, ali činjenica je da i u unutrašnjim porecima država ponekad se iza formalno pravnih sankcija zapravo kriju mere političkog pritiska, osvete i slično. Dovoljan primer su razni tzv. "montirani" procesi kakvih je u raznim periodima bilo u mnogim državama, a koji su predstavljali najgrublju zloupotrebu krivičnog sudstva radi obračuna sa opozicijom, neposlušnim pojedincima i sl.

²⁸ Kao jedan od primera iz relativno nedavne istorije sam po sebi nameće se Minhenski sporazum, zaključen 30.9.1938. između V. Britanije, Nemačke, Francuske i Italije. Njime je, radi zadovoljenja Hitlerovih apetita, bez ikakvog pravnog osnova od Čehoslovačke oduzeta i Nemačkoj pripojena Sudetska oblast. Sporazum je, suprotno elementarnim međunarodnopravnim i moralnim

sebi se razume da bi primena sankcija protiv onoga ko ne poštuje to “pravo” bila nelegitimna, pa i nelegalna.

3. *Problem dosledne primene prema svima.* – Svako pravo bi trebalo da važi jednako za sve. Ovo bi posebno trebalo da je odlika međunarodnog prava, koje uređuje prvenstveno odnose između država, dakle između suverenih subjekata. I mada ima primera određenih odstupanja (npr. položaj i posebna prava stalnih članova Saveta bezbednosti UN) na čisto pravnom terenu opšte uzev države jesu ravnopravne. Problem je, međutim, što u praksi, neka velika sila ima sasvim realne izgleda da se iz raznih razloga izvuče nekažnjeno, čak i u slučajevima kada je jasno da je grubo prekršila neka od najvažnijih pravila međunarodnog prava (npr. o zabrani upotrebe sile). To je stvarnost sveta u kojem živimo. Ali isto tako, ako se želi da međunarodnopravne sankcije dobiju na autoritetu i efikasnosti, onda treba tragati za putevima kako da se one zaista nepristrasno primenjuju u svakoj situaciji, nezavisno od toga o kom konkretnom subjektu je reč. Pravda mora da bude “slepa”, ako to nije, onda nije ni pravda. Selektivna pravda često je gora od obične nepravde.

4. *Sankcije treba da pogađaju krivce, a ne nevine.* – Dosadašnja praksa ukazuje da sankcije protiv neke države najviše pogađaju nevine – običan narod. Mada bi neko mogao primetiti da je taj narod odgovoran za vlast koja je prouzrokovala sankcije (zato što je za nju glasao na izborima, zato što je ne nije zbacio) takvo rezonovanje je neprihvatljivo. Krivica ne može biti kolektivna, kao što se ne može smatrati da čitav jedan narod podržava neku zločinačku vlast. Uostalom, čak je i u nacističkoj Nemačkoj čitavo vreme postojao snažan otpor protiv Hitlera i njegovog režima.

Praksa pokazuje da su međunarodne sankcije zapravo najviše pogađale običan svet, obične, “male” ljude, koji najčešće ionako teško žive. Sankcije su za njih značile nestašicu hrane, lekova, grejanja isl. I dok su mase običnog življa patile, a u nekim slučajevima i bukvalno stradale,²⁹ pripadnici državnog vrha i njihove porodice bez problema su nalazili način da nastave normalan, pa i luksuzan život.

Imajući u vidu da su do sada međunarodne sankcije često uvedene zbog drastičnog kršenja ljudskih prava, poseban problem predstavlja činjenica da su u mnogim slučajevima upravo oni koje su sankcije navodno trebalo da zaštite, bili njihove neposredne žrtve. Narod koji se patio pod nekim diktatorskim režimom, još više se patio pod međunarodnim sankcijama, jer su značile dalji pad životnog standarda. Običan građanin ih je najčešće doživljavao kao nepravedne, nezakoni-

normama, zaključen bez učešća Čehoslovačke, zemlje o čijoj se teritoriji, pa i sudbini, odlučivalo. Ona nije ni bila pozvana na konferenciju u Minhenu, već je o rezultatima dogovora velikih sila samo informisana. Velika Britanija i Francuska su poništile svoje potpise 1942. godine, a nakon završetka Drugog svetskog rata sporazum je proglašen nevažećim..

²⁹ Prema nekim procenama u Iraku je 90-ih godina prošlog veka, za samo 9 godina od posledica međunarodnih sankcija uvedenih toj zemlji, umrlo oko 2 miliona ljudi. Fishman Andrew K.: “Between Iraq and a hard place: the use of economic sanctions and threat to international peace and security”, *Emory International Law Review* 2/1999, 687–727.

te, surove i sl.³⁰ U tom smislu, umesto da kazne i destabilizuju vlast, međunarodne sankcije su ne tako retko dovodile do toga da postojeći režim jača svoje pozicije (zbog izmanipulisane, ali dobrim delom i prirodne homogenizacije društva suočenog sa izazovom opstanka).

Međunarodne sankcije su sve efikasnije. Delom zbog toga što ih je sve više i što su sve raznovrsnije, delom zbog toga što su države u sve većem broju složne da dosledno primenjuju uvedene sankcije, a delom i zbog toga što su zbog svekolike globalizacije sva društva na razne načine sve više zavisna od uvoza, izvoza i drugih odnosa sa inostranstvom. Međutim, upravo zbog te sve izraženije efikasnosti, mora se obezbediti da sankcije pogađaju samo neposredne krivce, a ne i nevine, posebno ne čitav narod neke zemlje.

BORIS KRIVOKAPIĆ, LL.D.
Professor, Megatrend university, Belgrade

SANCTIONS IN INTERNATIONAL LAW

Summary

The work consists of three basic parts. In the first part, the author deals briefly with the notion of international sanctions, the role of sanctions in contemporary international law (repression, prevention, compensation i.e. satisfaction). In this part the writer also provides some of the basic classifications of international sanctions, in view of the different criteria - given the source of international law in which sanctions have grounds; given the number of parties introducing sanctions; given against whom sanctions are directed; given the nature of the measures (legal-political, diplomatic, economic, military, criminal and other sanctions) and, finally with respect to who impose sanctions. In the second part, the author exposes analyses the sanctions based on the criteria who introduced them: 1) the sanctions applied by the state, 2) the sanction by international organizations, 3) the sanction by international courts and 4) sanctions by other subjects of international law. The third and final section, gives a general conclusion about the sanctions as an integral part of modern international law. The author concludes that current practice shows that the system of sanctions used to ensure the observance of international law, is more and more comprehensive and efficient. These sanctions are diverse in nature and scope, giving them the necessary amount of flexibility. On the other hand, they are often intertwined and complementary. Therefore, there is less and less room for remarks that the norms of international law are not covered by appropriate sanctions. In fact, one of the most important tasks of international law in the XXI. will be to round and align the system of sanctions for violation of its rules.

The author points out that no less important tasks will be to find the answer to some specific problems, namely, that sanctions must remain an instrument of law, not of politics; that sanctions can be introduced only for violations of legitimate international law; that there must be the same attitude towards all (the same standard for all), and that measures of which sanctions must be such as to affect the only the guilty and not the innocent (ordinary people).

³⁰ Dovoljno je zamisliti stav roditelja koji su izgubili dete, zato što zbog sankcija nije bila odgovarajuća ishrana, nije bilo potrebnih lekova i slično.

SANJA ĐAJIĆ

MEĐUNARODNI SPOROVI O ZAŠTITI ŽIVOTNE SREDINE – Normativni i procesni problemi –

U V O D

Međunarodno pravo o zaštiti životne sredine poznato je po brojnim izvorima i specifičnim normama koje uređuju vrlo širok krug pitanja i postavljaju posebna pravila o odgovornosti. Ove njegove specifičnosti možda mogu da kvalifikuju ovu granu međunarodnog prava kao specijalni i samostalni režim unutar opšteg sistema međunarodnog prava. U svakom slučaju, specijalni karakter sigurno utiče na mehanizam rešavanja sporova i kontrole primene njegovih normi. Tema ovog rada je upravo uticaj normativnih specifičnosti međunarodnih pravila o zaštiti životne sredine na sekundarna pravila koja se odnose na pitanja odgovornosti, zaštite prava i načina rešavanja sporova.

OSNOVNA OBELEŽJA MEĐUNARODNIH PRAVILA O ZAŠTITI ŽIVOTNE SREDINE

Bogata normativna aktivnost obeležje je nekoliko međunarodnih pravnih oblasti, ali ako se u odnos postavi broj pravnih normi i međunarodnih foruma koji o njima odlučuju, odnosno ako se uporedi normativna i pravosudna delatnost u nekoj oblasti, zaštita životne sredine pokazuje značajnu disproporcional-

Dr Sanja Đajić, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu. Rad je posvećen projektu "Biomedicina, zaštita životne sredine i pravo" br. 179079 koji finansira Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije.

nost u korist normativne aktivnosti. To ćemo ilustrirati brojem izvora u ovoj oblasti i izuzetno malim brojem sudskih i kvazisudskih odluka, tipičnih za opšte međunarodno pravo i pojedine njegove grane.

Veliki broj izvora

Životna sredina koja je predmet regulisanja normi međunarodnog prava je izuzetno širok pojam. Predmet zaštite su vode, zemljište, biljni i životinjski svet, vazduh, atmosfera, ozon, čak i kosmos. Načini zaštite su takođe višestruki, od prevencije i dimenzioniranja do zabrane pojedinih štetnih materija, kontrole i kvalifikacije pojedinih aktivnosti, mera konzervacije i očuvanja pojedinih segmenata životne sredine. Prema bazi podataka ECOLEX danas postoji 669 važnih multilateralnih međunarodnih ugovora i oko 1474 bilateralnih.¹ Ako se ovom broju doda značajan broj drugih dokumenata u ovoj oblasti koja ponekad mogu imati status "mekog" prava ili se koristiti za dokazivanje običajnih pravila, jasno je da je broj izvora u ovoj oblasti impresivan i možda bez presedana.

Možda je na ovom mestu uputno pomenuti one važnije i poznatije multilateralne međunarodne ugovore. Tako, na primer, zaštita vazduha i atmosfere predmet je poznate *Konvencije o prekograničnom zagađivanju vazduha na velikim udaljenostima* (1979),² *Okvirne konvencije UN o promeni klime* (1992)³ i dodatnog Kjoto protokola (1997), kao i *Bečke konvencije o zaštiti ozonskog omotača* (1985)⁴ zajedno sa dodatnim protokolom iz Montreala (1987). Ovi sporazumi su poznati ne samo po velikom broju država članica, već i po specifičnim mehanizmima kontrole njihovog sprovođenja, o čemu će više biti reči u daljem tekstu.

¹ Videti: www.ecolex.org. To je portal koji sadrži brojne izvore u oblasti zaštite životne sredine i koji podržavaju Međunarodna organizacija za hranu i poljoprivredu (FAO), Program UN za zaštitu životne sredine (UNEP) i Međunarodna unija za zaštitu prirode (IUCN). Navedeni brojevi podaci su preuzeti 26. juna 2013.

² *Convention on Long-Range Transboundary Air Pollution*, 13. novembar 1979. Ima 52 države članice uključujući i Republiku Srbiju. Uz ovu konvenciju usvojeno je i osam dodatnih protokola.

³ *United Nations Framework Convention on Climate Change*, 9. maj 1992, stupila na snagu 21. marta 1994. Ova konvencija poznata je i po tome što je primer skoro univerzalne ratifikacije jer ima 195 članova. Uz ovu konvenciju usvojena su i dva protokola, prvi je poznati protokol iz Kjota iz 1997 koji je izmenjen novim protokolom usvojenim u Dohi 8. decembra 2012. Kjoto protokol ima 165 država članica i među njima nisu neke od najrazvijenijih zemalja poput SAD.

⁴ *Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer*, 22. maj 1985, stupila na snagu 22. septembra 1988. Ova konvencija poznata je po tome što su je danas ratifikovale sve države i time je postala prvi i jedini primer univerzalne ratifikacije. Ima 197 država članica. Dve godine kasnije usvojen je Montrealski protokol o supstancama koje utiču na tanjenje ozonskog omotača, a 1999. godine je ovaj protokol izmenjen.

Konvencije u oblasti zaštite voda uključuju, na primer, *Konvenciju o zaštiti i korišćenju prekograničnih vodotoka i međunarodnih jezera* (1992)⁵ i *Konvenciju o zaštiti morske sredine severnoistočnog Atlantika* (OSPAR) (1992),⁶ *Konvenciju o sprečavanju zagađivanja mora odlaganjem otpada* (1972),⁷ i, naravno, *Konvenciju UN o pravu mora* (1982).⁸ Brojne su i konvencije o zaštiti pojedinih biljnih i životinjskih vrsta kao i one koje su usmerene ka zaštiti biodiverziteta. Ovde ćemo pomenuti najpoznatije, *Konvenciju o svetskoj baštini za zaštitu svetskog kulturnog i prirodnog nasleđa* (1972)⁹ i *Konvenciju o biološkom diverzitetu* (1992).¹⁰

Konačno tu su i međunarodni ugovori koji uređuju uticaj štetnih materija na životnu sredinu, poput *Konvencije o kontroli prekograničnog kretanja i odlaganja visokorizičnog otpada* (1989),¹¹ *Konvencije o prekograničnom dejstvu industrijskih nesreća* (1992),¹² *Konvencije o proceduri pribavljanja prethodne saglasnosti*

⁵ *Convention on the Protection and Use of Transboundary Watercourses and International Lakes*, 17. mart 1992, stupila na snagu 6. oktobra 1996. Izmenjena je 2003. godine dok je 1999. godine dopunjena protokolom. Poznata je još i pod nazivom Konvencija o vodama i ima 39 država članica među kojima je i Republika Srbija. Sistem primene uključuje procene stanja vodnih resursa u državama članicama. Prema drugom izveštaju država članica iz 2011. godine ovim režimom procena obuhvaćeno je preko 140 prekograničnih reka, 25 prekograničnih jezera, i više prirodnih staništa. (http://www.unece.org/env/water/publications/pub/second_assessment.html).

⁶ *Convention for the Protection of the Marine Environment of the North-East Atlantic*, 22. septembar 1992, stupila na snagu 25. marta 1998. Poznata je kao OSPAR konvencija i ima 16 članica uključujući i Evropsku uniju.

⁷ *Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter*, 29. decembar 1972, stupila na snagu 30. avgusta 1975. Menjana je u više navrata a uz ovu konvenciju su usvojena i dva protokola, poslednji 1996. Ima 87 država članica među kojima je i Republika Srbija.

⁸ *UN Convention on the Law of the Sea*, 10. decembar 1982, stupila na snagu 16. novembra 1994. Uz ovu konvenciju usvojeno je i nekoliko sporazuma radi primene odredaba u oblasti zaštite mora i pojedinih životinjskih vrsta. Pristanak da budu vezane ovom konvencijom dalo je 165 država među kojima je i Republika Srbija.

⁹ *Convention concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage*, 23. novembar 1972, stupila na snagu 17. decembra 1975. Konvencija ima 190 članica među kojima je Palestina (pod imenom *Palestinian Authority*) počev od 8. marta 2012. Republika Srbija je takođe članica ove konvencija.

¹⁰ *Convention on Biological Diversity*, 5. juni 1992, stupila na snagu 29. decembra 1993. Konvencija ima 193 članice među kojima je Evropska unija. SAD nisu članice ove konvencije. Usvojena su i dva dodatna protokola, u Kartagini 2000. i u Nagoji 2010.

¹¹ *Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal*, 22. mart 1989, stupila na snagu 5. maja 1992. Poznata je i pod nazivom Bazelska konvencija i ima 180 država članica među kojima je i Republika Srbija. Izmenjena je 1995. godine a dopunjena je Protokolom iz 1999. godine o odgovornosti i naknadi štete koja nastupi prilikom transporta visokorizičnog otpada.

¹² *Convention on the Transboundary Effects of Industrial Accidents*, 17. mart 1992, stupila na snagu 19. aprila 2000. Dopunjena je 2003. godine *Protokolom o građanskoj odgovornosti i nakna-*

za određene visokorizične hemijske supstance i pesticide u međunarodnoj trgovini (1998),¹³ *Konvencije o perzistentnim organskim zagađivačima* (2001).¹⁴ Naravno, u ovoj grupi bi se mogle naći i već navedeni sporazumi, jer i oni često navode zabranjene supstance i dimenzioniraju njihovu upotrebu (poput Montrealskog ili Kjoto protokola).

Konačno, ovoj grupi pripadaju i oni sporazumi koji uređuju neka opšta pitanja zaštite životne sredine, kao što su to *Konvencija o dostupnosti informacija, učešću javnosti u donošenju odluka i pravu na pravnu zaštitu u pitanjima životne sredine – Konvencija iz Arhusa* (1998),¹⁵ *Konvencija o proceni uticaja na životnu sredinu u prekograničnim uslovima* (Espo konvencija) (1992).¹⁶ Iako nije međunarodni ugovor ovde je vredno pomenuti *Deklaraciju UN iz Rija o životnoj sredini i razvoju* (1992)¹⁷ i *Deklaraciju iz Stokholma* (1972).¹⁸ Ove deklaracije su višestruko značajne jer predstavljaju ne samo pokretač međunarodne zaštite životne sredine već i zato što proklamuju načela koja izražavaju specifičnu normativnu prirodu ove pravne oblasti. Otvoreno je pitanje da li su one u međuvremeno postale običajno pravo i tako obavezujuće za sve države članice ili su i dalje u kategoriji “mekog” prava i prava u nastajanju.

Već se iz ovog kratkog pregleda međunarodnih ugovora iz oblasti zaštite životne sredine mogu izvesti određeni zaključci. Ugovori su brojni, pojedina polja primene se preklapaju te se zbog toga mehanizmi kontrole i rešavanja sporova ponekad dupliraju. Međutim, najupečatljiviji zaključak je da su ove konvencije široko prihvaćene i ratifikovane. Veliki broj ugovora i veliki broj njihovih ugovorni-

di štete koja je prouzrokovana prekograničnim dejstvom na prekogranične reke i jezera, te je ovaj protokol istovremeno dopuna i Konvencije o vodama iz 1992. Konvencija o prekograničnom dejstvu industrijskih nesreća ima 41 članicu među kojima su Evropska unija i Republika Srbija. Kanada i SAD nisu članice ove konvencije.

¹³ *Rotterdam Convention on the Prior Informed Consent Procedure for Certain Hazardous Chemicals and Pesticides in International Trade*, 10. septembar 1998, stupila na snagu 24. februara 2004. Ima 153 članice među kojima su Evropska unija i Republika Srbija.

¹⁴ *Stockholm Convention on Persistent Organic Pollutants*, 22. maj 2001, stupila na snagu 17. maja 2004. Ima 179 država članica među kojima je i Republika Srbija od 2009. godine.

¹⁵ *Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters*, 25. juni 1998, stupila na snagu 30. oktobra 2001. Konvencija ima 49 članica među kojima su Evropska unija i Republika Srbija. Zanimljivo je da među članicama nisu Švajcarska, SAD i Kanada. Konvencija je menjana (2005) i dopunjena Protokolom (2003).

¹⁶ *Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context*, 25. februar 1991, stupila na snagu 10. septembra 1997. U dva navrata je menjana (2001, 2004) i dopunjena Protokolom o strateškoj proceni usvojenim 2003. Ima 44 članice među kojima su Evropska unija i Republika Srbija, dok Ruska federacija i SAD nisu dale saglasnost na ovaj sporazum.

¹⁷ *Rio Declaration on Environment and Development, A/CONF.151/26 (Vol. I)*.

¹⁸ *Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment, UNEP*, 16. juni 1972.

ca, zajedno sa mogućim preklapanjima i različitim mehanizmima kontrole i rešavanja sporova mogu dovesti do izvesnih problema u praksi.

Multilateralnost

Međunarodnopravni odnosi su najčešće bilateralnog karaktera čak i kada proizilaze iz multilateralnih ugovora. Prava i obaveze iz multilateralnih režima su najčešće zbir višestrukih dvostranih obaveza i međusobno definisanih prava i obaveza. U slučaju povrede nekog od ovih prava uspostavlja se odnos odgovornosti između odgovorne i povređene države. Čak i kada se drugim državama povere određena prava u ovakvim slučajevima, poput prava država da okončaju ugovor između njih i odgovorne države, to i dalje ne menja osnovnu strukturu pravnog odnosa koji postoji između nosilaca prava i obaveza *in concreto*.

U zaštiti životne sredine kontekst je potpuno drugačiji, i to iz nekoliko razloga. Zaštiti životne sredine je zaista potrebno međunarodno pravo jer samo multilateralnom i univerzalnom akcijom takve mere mogu imati efekta. Bilateralizacija multilateralnog režima u ovom slučaju ne bi mogla da proizvede željeno dejstvo. Dakle, tek zajednička akcija svih država može obezbediti ostvarenje cilja normi, naročito po pitanjima globalnog zagađivanja, zaštite vazduha i atmosfere. Drugi razlog koji isključuje bilateralizaciju je taj što je u velikom broju slučajeva samo multilateralna prevencija jedino rešenje za zaštitu ali i zato što u slučaju globalnog zagađivanja nije moguće identifikovati onog koji je glavni uzročnik, a time i odgovorni, za zagađivanje. Dakle, i u slučajevima otklanjanja posledica zagađivanja opet je samo multilateralna akcija jedino moguće rešenje. Naravno, i dalje postoje situacije gde se može primeniti princip "zagađivač plaća", ali ovaj princip je osnovno pravilo međunarodnog prava po kojem odgovorna država je dužna da otkloni sve posledice protivpravnog akta i nadoknadi štetu. Konačno, interes koji se ovim normama štiti je stvarno međunarodni. Naime, postoji niz normi koje jesu međunarodne po svom izvoru ali kojima se štite interesi država: države koriste međunarodno pravo da bi sebe zaštitile. Ovde je situacija drugačija utoliko što je kolektivni interes predmet zaštite te zato jedino može da bude obezbeđen međunarodnom multilateralnom akcijom.

Jus cogens i erga omnes

Najbolji normativni izraz multilateralnih režima su *erga omnes* norme. Korisno je upravo na ovom mestu ukazati na klasifikaciju normi u međunarodnom pravu jer se čitav spektar različitih obaveza pojavljuje upravo u međunarodnim normama o zaštiti životne sredine. Pored uobičajenih, "običnih" normi dispozitivnog karaktera koje se nalaze u osnovi bilateralnih pravnih odnosa, u kojima su jasno podeljena prava i obaveze, međunarodno pravo poznaje i drugačije norme. To su norme *erga omnes partes*, *erga omnes* i *jus cogens*. *Erga omnes partes* norme,

kako ih definiše Komisija UN za međunarodno pravo (ILC) u svom Nacrtu pravila o odgovornosti država za protivpravne akte (2001), predstavljaju norme jednog kolektivnog pravnog režima konstituisanog multilateralnim ugovorom gde sve države imaju obaveze prema svim drugim državama ugovornica, čija povreda ovlašćuje sve ostale države, bez obzira da li su neposredno pogođene povredom, da traže prestanak protivpravnog akta. Dakle, *erga omnes partes* (izraz koji verovatno predstavlja kompromis između klasične podele na *erga omnes* i *inter partes* norme) konstituišu pravni interes kod svih država članica određenog režima. Norme *erga omnes* su one koje se duguju međunarodnoj zajednici kao takvoj što znači da konstituiše pravni interes kod svih država.

Osnov za razlikovanje ove dve vrste normi, *erga omnes partes* i *erga omnes*, nalazimo u članu 48 *Nacrta pravila o odgovornosti država*.¹⁹

1. Država koja nije oštećena može se pozivati na odgovornost druge države u skladu sa st. 2: (a) ako prekršena obaveza postoji prema grupi država, uključujući državu koja se na odgovornost poziva, i ako je obaveza ustanovljena radi zaštite kolektivnog interesa grupe; ili (b) prekršena obaveza postoji prema međunarodnoj zajednici kao celini.

U jednoj nedavnoj odluci Međunarodni sud pravde je prihvatio *erga omnes partes* dejstvo Konvencije UN protiv torture i na taj način priznao pravni interes i stranačku legitimaciju tužiocu:

“Sve države članice imaju ‘pravni interes’ da zaštite ova prava ... Ove obaveze se mogu definisati kao ‘obaveze *erga omnes partes*’ u smislu da svaka država članica ima interes za poštovanje ovih prava u svakoj situaciji. (...)

Zajednički interes da se obezbedi poštovanje obaveza iz Konvencije protiv torture znači da svaka država članica Konvencije ima pravo da istakne zahtev drugoj državi članici da prestane sa kršenjem. Da je potreban dodatni specijalni interes za isticanje zahteva, u mnogim slučajevima nijedna država ne bi bila u situaciji da takav zahtev i istakne. Iz ovog sledi da svaka država članica Konvencije može pokrenuti pitanje odgovornosti druge države ugovornice sa ciljem da utvrdi njen propust da postupi sa obavezama *erga omnes partes*, kao što su to one koje proizilaze iz člana 6, stav 2 i člana 7 stav 1 Konvencije i da zahteva okončanje ovog propusta.”²⁰

Konačno, norme *jus cogens* su po svojoj prirodi zaista *erga omnes* ali je razlika u tome što su one još i norme najjače pravne snage. Ove poslednje pored *erga omnes* dejstva uživaju i posebno mesto u hijerarhiji pravnih normi. Iako je razlikovanje *erga omnes* i *jus cogens* normi, zbog pitanja koje su to norme koje su univerzalno *erga omnes* a da pri tome nisu istovremeno i *jus cogens*, ipak je potrebno ukazati na pojedine fine razlike koje postoje između ova dva koncepta:

¹⁹ *Draft Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts*, Official Records of the General Assembly, A/RES/56/10, 12. decembar 2012.

²⁰ *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, ICJ Reports 2012, Presuda od 20. jula 2012, pasusi 68-69.

“Obaveze *erga omnes* i one koje nastaju iz imperativnih normi čine dva koncentrična kruga gde je prvi veći od drugog. Pokušaj da se oni identifikuju može se pokazati problematičnim čime se gubi jasnoća koncepta ‘ozbiljnih’ povreda imperativnih normi.”²¹

Dok *jus cogens* norme govore o pravnoj snazi, *erga omnes* definišu njihovo *ratione personae* dejstvo – među svim državama koje su obavezane ovim normama. Kako *jus cogens* pretenduje na pristanak celokupne međunarodne zajednice, jasno je da ovde postoji znak jednakosti između ova dva pojma koja mogu upućivati zapravo na iste norme. Međutim, možda postoje i norme koje su *erga omnes* a da pri tome nisu *jus cogens*. Na primer, norme o zaštiti ljudskih prava mogu imati *erga omnes* dejstvo ali neće sva ljudska prava imati status *jus cogens* normi, svojstvo koje je rezervisano za one norme kod kojih nije dozvoljeno ograničavanje i od kojih nije dozvoljeno odstupanje.

U pogledu zaštite životne sredine, zbog multilateralog režima i zaštite izvorno međunarodnog interesa, nas ovde zanimaju norme *erga omnes partes* i *jus cogens/erga omnes* norme. Veliki broj normi iz ovog režima se kvalifikuje za jednu od ovih kategorija. Sistem *erga omnes partes* normi se još naziva i “kolektivnim” režimom, jer, kako je i rečeno, konstituiše prava i obaveze između svih država ugovornica i stvara pravo svakoj da pozove odgovornu državu na odgovornost,²² ali i obavezu svakoj da ne prihvati kao zakonite posledice kršenja.²³ To je još jedno obeležje *erga omnes partes* i *erga omnes* karakter normi – posledice povrede ovih normi takođe imaju *erga omnes* karakter.

Da su norme o zaštiti životne sredine zaista *erga omnes* karaktera govore u prilog dve činjenice. Prva je veliki broj država ugovornica u značajnim međunarodnim ugovorima o zaštiti životne sredine gde *erga omnes partes* norme, zbog univerzalnih ratifikacija, postaju *erga omnes* norme jer su ovi ugovori zaista prihvaćeni od svih država pa tako i od međunarodne zajednice kao celine. Druga se može pronaći u ranijim nacrtima pravila o odgovornosti država. Naime, raniji nacrti nisu predviđali koncept *jus cogens* i *erga omnes* normi ali su poznavali poseban oblik odgovornosti države i to za tzv. međunarodni zločin (*international crime*). Prema ranijem članu 19 ovih pravila najstrožiji oblik odgovornosti bio je predviđen za povrede posebno značajnih normi međunarodnog prava, poput osnovnih ljudskih prava i sloboda kao što su ropstvo i genocid, zabrane upotrebe sile, pravo naroda na samoopredeljenje i, konačno, zaštita životne sredine. Današnji koncept izbegava navođenje normi koje će imati ovakav karakter ali je paralela više nego očigledna. Koncept *erga omnes* normi svakako u sebi konzumira obave-

²¹ L-A. Sicilianos, The Classification of Obligations and the Multilateral Dimension of the Relations of International Responsibility, *European Journal of International Law*, vol. 13, no. 5 (2002), str. 1137.

²² Član 42, stav b i član 48 Nacrta pravila o odgovornosti država za protivpravne akte, *op. cit.*

²³ Član 41, stav 2 Nacrta pravila o odgovornosti država za protivpravne akte, *op. cit.*

ze nekadašnjeg “međunarodnog zločina” i zabrane teških oblika zagađivanja životne sredine. U nekadašnjem nacrtu međunarodni zločin bio je definisan, *inter alia*, i kao “ ozbiljna povreda međunarodne obaveze koja je od suštinskog značaja za zaštitu i očuvanje životne sredine, kao što je zabrana masovnog zagađivanja atmosfere i mora.”²⁴ Jednako je bilo priznato i *erga omnes* dejstvo međunarodnog zločina.²⁵

Specijalna pravila o odgovornosti

Specifičnost normi i sekundarnih pravila o odgovornosti zbog povrede ovih normi postoji u još jednom segmentu. Naime, postoje specijalna pravila o odgovornosti država koja postavljaju strože kriterijume za odgovornost država, ovaj put ne zbog predmeta zaštite kao što je životna sredina, već zbog vrste aktivnosti koja u konačnom ishodu može da pogodi i okolinu. Reč je o visokorizičnim aktivnostima kod kojih je pretpostavljena šteta izuzetno velikih razmera. Prilikom preduzimanja opasnih delatnosti država će biti odgovorna čak i ako akt nije protivpravan, odnosno čak i ako ima mesta primeni nekoj od okolnosti koja bi takvu protivpravnost isključila. Ovim oblikom odgovornosti bavila se i Komisija UN za međunarodno pravo. Zanimljivo je da je Komisija UN svoj zadatak započela 1973. godine temom pod nazivom “Međunarodna odgovornost za štetne posledice akata koji nisu zabranjeni međunarodnim pravom”²⁶ gde je ova pravila videla kao specijalna u odnosu na opšta pravila o odgovornosti država za protivpravne akte i nazvala ih još pravilima o odgovornosti na osnovu rizika.²⁷ Međutim, 1997. godine Komisija odlučuje da ovu temu podeli na dve²⁸ a rezultati ovog pristupa će biti dva nacrti, *Nacrt pravila o sprečavanju prekogranične štete nastale usled rizičnih aktivnosti* (2001) i *Nacrt načela o međunarodnoj odgovornosti za prekogranične štete nastale usled rizičnih aktivnosti* (2006). Rad Komisije UN za međunarodno pravo značajan je ne samo zato što će visokorizične aktivnosti biti od neposrednog značaja za životnu sredinu²⁹ već i zato što se jasno razdvajaju dve kategorije normi u ovoj oblasti: prevencija i naknada štete.

²⁴ Član 19 Nacrta pravila o odgovornosti država iz 1976. godine. (*Fifth Report on State Responsibility*, ILC Yearbook, 1976, vol. II, Part 1.

²⁵ Član 53 nekadašnjeg nacrta predviđao je obavezu svih država da u ovakvim situacijama ne priznaju kao zakonitu situaciju koja je nastala činjenjem međunarodnog zločina, zabranu pružanja pomoći odgovornoj državi, i obavezu zajedničkog delovanja radi otklanjanja posledica zločina.

²⁶ *International Liability for Injurious Consequences arising out of Acts not Prohibited by International Law*.

²⁷ *Yearbook of the International Law Commission*, 1973, vol. II, document A/9010/Rev.1, para. 38.

²⁸ 1997 ILC Report (A/52/10).

²⁹ “Iako nisu ograničena na pravila životne sredine, ona svakako predstavljaju najznačajniju kategoriju na koju se odnose Pravila.” – A. Boyle, *Liability for Acts Not Prohibited by Internatio-*

U višegodišnjem radu na ovim pitanjima Komisija je menjala kurs prilikom utvrđivanja standarda odgovornosti. Naime, u verziji integralnih pravila iz 1996. godine Komisija zauzima stav da je odgovornost za prekograničnu štetu stroga (*strict liability for damage*): "Nacrt pravila Komisije iz 1996. je normirao odgovornost država za značajnu prekograničnu štetu koja je posledica aktivnosti predviđenih pravilima. Obaveza naknade štete uključivala je i one štete koje država u kojoj je nastupio uzrok ne bi mogla da spreči dužnom pažnjom."³⁰ U konačnoj verziji pravila o odgovornosti, iz 2006. godine, čini se da teret odgovornosti sve više prelazi na pojedinačne operatere koji su uzrokovali štetu, dok je obaveza država da obezbedi odgovarajući nacionalni mehanizam za zaštitu i obeštećenje žrtava putem kojeg oni dobijaju mogućnost, pod jednakim uslovima, da tuže operatere.³¹ Država se javlja kao supsidijarni obveznik ali je pitanje u kojoj meri direktno odgovara za štetu ukoliko ona nije bila predvidljiva uz standard dužne pažnje. Komentar uz Nacrt načela ukazuje da ovaj oblik odgovornosti zahteva predvidljivost štete: "... definisanje objektivne odgovornosti, kao standarda za pozivanje na odgovornost, koje istovremeno podvlači da ona uključuje štetu koja je bila predvidljiva, na jedan opšti način, dok znanje o obimu potencijalne opasnosti nije uslov za odgovornost."³²

U oblasti visokorizičnih aktivnosti tako dolazimo i do nekoliko varijanti apsolutne odgovornosti, ili stroge objektivne odgovornosti.³³ Prema nekim ranijim pravnim rešenjima, koja su izgleda ipak ostala usamljena, osnovno načelo apsolutne odgovornosti bilo je da država odgovara za svaku štetu koja je nastupila na njenoj teritoriji, uz vrlo uzak krug izuzetaka. Ovaj pristup apsolutne odgovornosti države za sve nastupele posledice prihvaćen je u *Konvenciji o odgovornosti država za štetu pričinjenu od strane vasioniskih letelica* (1972). Međutim, sudeći po kasnijim konvencijama i pravilima koja će usvojiti Komisija za međunarodno pravo, standard odgovornosti će biti ipak nešto ublažen, i to na dva načina. Prvi je da će odgovornost prevashodno pasti na operatere, dok država odgovara supsidijarno ukoliko nije obezbedila odgovarajući mehanizam naknade štete. Drugi način je taj što sada postoji više okolnosti na koje i operateri mogu da se pozovu prilikom

nal Law, u: *The Law of International Responsibility* (eds. J. Crawford et al.), Oxford University Press, Oxford, 2010, str. 95-104, 97.

³⁰ A. Boyle, *op. cit.*, str. 98.

³¹ A. Boyle, *op. cit.*, str. 101-103.

³² *Draft principles on the allocation of loss in the case of transboundary harm arising out of hazardous activities, with commentaries, Yearbook of International Law Commission*, vol. II, Part two, komentar uz načelo 4, pasus 18, str. 158.

³³ Šire, vidi: Ph. Guttinger, Allocation of Responsibility for Harmful Consequences of Acts Not Prohibited by International Law, in: *The Law of International Responsibility* (eds. J. Crawford et al.), *op. cit.*, pp. 515-520,

utvrđivanja odgovornosti, a koje su bile isključene u ranijim shvatanjima apsolutne odgovornosti (na primer, viša sila).

Dakle, različiti oblici odgovornosti prisutni su u pravu zaštite životne sredine, od apsolutne preko deliktne do ograničene. Ovaj poslednji vid odgovornosti, koji se u poslednjem nacrtu Komisije vidi preko delegiranja odgovornosti na druge nedržavne subjekte, postojao je i u nekim ranijim instrumentima u kojima se odgovornost države kvantitativno ograničava, kao na primer, u *Bečkoj konvenciji o odgovornosti za nuklearne štete* (1963) i *Međunarodnoj konvenciji o građanskoj odgovornosti za štetu prouzrokovanu zagađivanjem naftom* (1969), ili ograničavanjem odgovornosti države prenošenjem odgovornosti isključivo na operatera i, alternativno, preko osnivanja posebnih fondova za naknadu štete.³⁴ Posebno je pitanje punovažnosti i pravnog osnova pravila o apsolutnoj odgovornosti (bez obzira da li je reč o blažem ili strožijem vidu ove odgovornosti). Nekoliko autora sugerišu da ova pravila nisu još uvek postala međunarodno običajno pravo,³⁵ a komentari uz Nacrt načela o odgovornosti za prekograničnu štetu prilično jasno upućuju na to da su ova načela više smernice nego kodifikacija postojećih pravila u ovoj oblasti.³⁶ Veliki broj izvora, različita pravila, pitanje punovažnosti i obaveznosti pojedinih predloga Komisije UN za međunarodno pravo sigurno mogu predstavljati poseban izazov prilikom rešavanja sporova.

Uzročnost i odgovornost

U pravu zaštite životne sredine jedan od glavnih normativnih problema je taj što je teško, a ponekad i nemoguće u velikom broju slučajeva, ustanoviti jedan

³⁴ "Svaka država članica će obezbediti da, kada je to potrebno i imajući u vidu rizičnost aktivnosti, operatori koji obavljaju opasne aktivnosti na njenoj teritoriji učestvuju u planu finansijskog obezbeđenja ili da osnuju sistem finansijskih garancija do određenog iznosa, da bi pokrili gubitke predviđene ovom Konvencijom." – Član 12 Konvencije o građanskoj odgovornosti za štetu prouzrokovanu aktivnostima koje su opasne po okolinu od 21. juna 1993, Savet Evrope. Ista konvencija predviđa nešto širi krug osnova za isključenje odgovornosti operatera (član 8).

³⁵ "U pogledu međunarodnog običajnog prava, ne postoji opšte načelo koje ustanovljava odgovornost države u odsustvu međunarodnog protivpravnog akta, čak i kada je šteta učinjena životnoj sredini. Ovakvo načelo bi bilo suprotno običajnom pravilu prema kojem se akti lica ili grupe lica koja ne postupaju u ime države ne mogu pripisati državi." – Ph. Guttinger, Allocation of Responsibility for Harmful Consequences of Acts Not Prohibited by International Law, in: *The Law of International Responsibility* (eds. J. Crawford et al.), op. cit., pp. 515-520, 516. Takođe: M. Montjoie, The Concept of Liability in the Absence of An Internationally Wrongful Act, in: *The Law of International Responsibility* (eds. J. Crawford et al.), op. cit., 503-513, 503.

³⁶ "Nacrt pravila je namenjen razvoju međunarodnog prava u ovoj oblasti tako što će obezbediti smernice državama kako da uredi visokorizične aktivnosti koje već nisu regulisane postojećim sporazumima, i tako što će ukazati na pitanja koja treba da budu uređena ovim sporazumima." *Draft principles on the allocation of loss in the case of transboundary harm arising out of hazardous activities, with commentaries*, Yearbook of International Law Commission, vol. II, Part two, opšti komentar, pasus 5, str. 111.

neposredni uzrok nastupanja zagađivanja i štete. Uzroci zagađivanja su zaista višestruki, često i složeni, te je za potrebe utvrđivanja odgovornosti ponekad teško primeniti klasična pravila o odgovornosti upravo zbog nedostatka klasične uzročno-posledične veze. Naravno, ovo važi za obaveze zabrane zagađivanja i naknade štete više nego za obaveze prevencije i obaveze poštovanja načela predostrožnosti, s obzirom da su oni više obaveze sredstva nego obaveze cilja sa jasno raspodeljenim obavezama. Problem uzročnosti se tako nalazi u centru prava zaštite životne sredine zbog čega su i obaveze u ovoj oblasti drugačije formulisane. To je i jedan od razloga zbog kojih prevencija zauzima značajno mesto u ovoj pravnoj oblasti.

Problem uzročno-posledične veze postoji i kod prekograničnog i globalnog zagađivanja iako je za ovaj drugi vid zagađivanja to praktično aksiom.³⁷ Čak i u oblasti prekograničnog zagađivanja Komisija UN za međunarodno pravo je ovo identifikovala kao problem:

“Poznato je da šteta može da nastupi uprkos implementaciji obaveze prevencije. Prekogranična šteta može nastupiti iz više razloga koji neće angažovati odgovornost države. Na primer, moguće su situacije kada su primenjene preventivne mere ali se u konkretnom slučaju ispostave kao neadekvatne ili kada u vreme akta nije bilo moguće identifikovati konkretni rizik tako da preventivne mere nisu bile ni predviđene. Drugim rečima, prekogranična šteta može nastupiti i slučajno odnosno može nastupiti u okolnostima koje originalno nisu bile ni anticipirane. Nadalje, šteta može nastupiti i kao rezultat postepene akumulacije negativnih efekata tokom dužeg vremenskog perioda. Potrebno je imati na umu ovu razliku za potrebe naknade štete. Zbog problema utvrđivanja uzročne veze između rizične aktivnosti i nastupele štete u ovom poslednjem slučaju retki su zahtevi za naknadu štete.”³⁸

“Objektivna odgovornost može olakšati teret žrtvama koji bi one inače imale prilikom dokazivanja krivice operatera ali to ipak ne isključuje poteškoće koje postoje prilikom ustanovljavanja uzročne veze između štete i izvora aktivnosti. Načelo uzročne veze povezano je sa pitanjima predvidljivosti i neposrednog uzroka odnosno neposredne štete. Sudovi različitih država primenjuju ova načela i pojmove bliskog uzroka, odgovarajuće uzročnosti, predvidljivosti i udaljenosti štete. Ova pravna oblast je nepredvidljiva i prilično diskreciona. U različitim sistemima se ovi koncepti primenjuju sa različitim rezultatima. Može se pomenući da test neposrednog uzroka postepeno biva relaksiran u savremenom građan-

³⁷ “Globalno zagađivanje je ono kojim se uzrokuju štetne međunarodne posledice, ali se proces zagađivanja oblikuje tako da se ne može ustanoviti uzročno-posledična veza između izvora zagađivanja na teritoriji prve države i štetnih posledica na teritoriji druge države.” – R. Etinski, S. Đajić, *Međunarodno javno pravo*, 5. Izmenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet, Novi Sad, 2012, str. 591.

³⁸ *Draft principles on the allocation of loss in the case of transboundary harm arising out of hazardous activities, with commentaries*, Yearbook of International Law Commission, vol. II, Part two, komentar uz načelo 1, pasus 7, str. 119.

skom pravu. Najnovije promene ukazuju na napuštanje stroge *conditio sine qua non* teorije i testa predvidljivsti (adekvatnog uzroka) i prelazak na manje strogi test uzročnosti koji zahteva samo 'razumno pripisivost' štete. Test predvidljivosti bi mogao da postane sve manje značajan razvojem medicine, biologije, biohemije, statistike i drugih relevantnih oblasti."³⁹

Dakle, klasični principi uzročnosti teško su primenljivi i u slučajevima prekogranične štete i ovde se traže drugačija rešenja. Za globalno zagađivanje klasično pitanje uzročnosti je izlišno. Iz tog razloga je drugačija formulacija obaveza i alokacija odgovornosti, što opet zahteva drugačiji normativni pristup: "Globalnom zagađivanju se može svrsishodno suprotstaviti jedino multilateralnom saradnjom... Za ovu vrstu zagađivanja karakterističan je sukob svih protiv svih. Rešenje se traži u načelu pravičnog učešća korišćenju podeljenih resursa."⁴⁰

Ovo je samo još jedna od specifičnosti međunarodnog prava zaštite životne sredine. Potreba drugačijeg normativnog pristupa i u ovom segmentu samo produbljuje pitanje u kojoj meri klasični mehanizmi rešavanja sporova odgovaraju normama ove pravne oblasti.

Prevenција, predostrožnost i odgovornost

Već je rečeno da pravo zaštite životne sredine, možda više od ostalih oblasti međunarodnog prava, počiva na normama koje nalažu prevenciju. Osim što je reč o racionalnom pristupu zaštiti životne sredine, reč je o normama sa kojima je lakše postupati u međusobnim odnosima i u sudskom postupku. Mere prevencije tako postaju obaveze država na više različitih načina. Možda je najbolji primer Kjoto protokol čije su mere prevencija i ublažavanja negativnih efekata gasova staklene bašte postavljene tako da raspodele dozvoljene količine štetnih gasova po državama. Jedna od čestih odredaba koja će se naći u međunarodnim ugovorima, naročito bilateralnim, je i obaveza prethodne notifikacije u slučaju izgradnje postrojenja u pograničnim oblastima koje mogu negativno da utiču na životnu sredinu susedne države.

Posebno pravilo koje je nastalo u ovoj oblasti je tzv. načelo predostrožnosti (*precautionary principle*) koje je upravo usmereno na otklanjanje rizika. Pošto je tretman različitih rizika upravo predmet prava zaštite životne sredine, to znači da načelo predostrožnosti zauzima centralno mestu u ovoj pravnoj oblasti. Danas preko 60 međunarodnih ugovora u oblasti životne sredine poznaje ovo načelo, mada se smatra da su *Bečka konvencija o zaštiti ozonskog omotača* (1985), a naročito Protokol iz Montreala (1987)⁴¹ posebno značajni za afirmaciju ovog na-

³⁹ *Ibidem*, komentar uz načelo 4, pasus 16, str. 155.

⁴⁰ R. Etinski, S. Đajić, *op. cit.*, str. 591-592.

⁴¹ "Odlučni da zaštite ozonski omotač preduzimanjem mera predostrožnosti radi pravične kontrole globalnih emisija supstanci koje utiču na njegovo tanjenje, sa krajnjim ciljem njihove pot-

čela, koje nije nepoznato u nacionalnoj praksi. Načelo predostrožnosti dozvoljava subjektima, u ovom slučaju državama, da preduzmu zaštitne mere u slučaju rizika i opasnosti i pre nastupanja štete, čak i ako ne postoje čvrsti naučni dokazi da je predmet protivmera stvarni uzrok pretpostavljene štete. Time teret dokazivanja o štetnosti aktivnosti prelazi na operatera. Načelo predostrožnosti poznato je i u pravu Svetske trgovinske organizacije i pravu Evropske unije (gde je ovim načelom pokrivena ne samo zaštita životne sredine već i javnog zdravlja i bezbednosti hrane). Načelo predostrožnosti zapravo potpuno odgovara problemu zagađivanja životne sredine u kojem je upravo kritična tačka postojanje jasne uzročno-posledične veze.

Konačno, poslednja kategorija obaveza se odnosi na eventualnu naknadu štete. Reč je o obavezi iz opšteg međunarodnog prava, ali je pitanje u kojoj meri se ova mogućnost zaista koristi u praksi. Primeri isticanja ovakvih zahteva su neobično retki. To se delom može pripisati opštoj prirodi normi i problemu uzročne veze, ali čak i kada ove okolnosti nisu prepreka za isticanje zahteva, čini se da zahtevi mogu da izostanu. Najpoznatiji primer verovatno predstavlja nuklearna nesreća koja se desila u Černobilju, tadašnjem SSSR-u. Zanimljivo je da nijedna država ne samo da nije istakla odštetni zahtev već čak nije uložena ni jedan protest povodom akcidenta.

Ako se podsetimo univerzalnih ratifikacija pojedinih međunarodnih ugovora u ovoj oblasti, i brojnih država članica, jasno je da norme o zaštiti životne sredine postaju pravi multilateralni režim *erga omnes* karaktera. Ako ovome dodamo i specijalna pravila o odgovornosti koja postoje za visokorizične delatnosti i specifičnu raspodelu odgovornosti za globalnu zaštitu životne sredine, upravo usled nemogućnosti ustanovljenja uzročno-posledične veze kod globalnog zagađivanja, jasno je da su norme o zaštiti životne sredine brojne ali ipak specifične. Ostaje otvoreno pitanje kako ova obeležja utiču na nadzor i rešavanje sporova.

SISTEM REŠAVANJA SPOROVA

Klasični sistem rešavanja sporova i pravila o životnoj sredini

Pitanje koje je ovde postavljeno je u kojoj meri klasični mehanizmi rešavanja sporova, poput sudskih, mogu da odgovore pravnim zahtevima zaštite životne sredine i specifičnostima njenih normi. Pred Međunarodnim sudom pravde bilo je vrlo malo sporova u kojima su se iznosili argumenti o zaštiti životne sredine. Sud je o zaštiti životne sredine, kao o glavnom predmetu tužbenog zahteva, do danas odlučivao tek u tri predmeta gde se tek u trećem izjasnio u meritumu. Prvi je slučaj *Nuklearnih proba*, u kojem je Sud 1974. godine odlučio da je tužbe-

pune eliminacije razvojem naučnih znanja, uzimajući u obzir tehničke i ekonomske okolnosti." – Preambula Protokola iz Montreala.

ni zahtev postao bespredmetan te se o zahtevu i nije izjasnio u meritumu.⁴² Drugi predmet, *Certain Phosphate Land in Nauru*, takođe je okončan pre merituma, jer su strane sporazumno okončale postupak nakon donošenja presude kojom je potvrđena nadležnost i dopuštenost tužbe.⁴³ Tek u novijoj praksi Međunarodni sud pravde je dobio prvu priliku da se u meritumu izjasni o zahtevu o povredi životne sredine. U predmetu *Pulp Mills*,⁴⁴ između Argentine i Urugvaja, Sud se oglasio nadležnim ali je od povreda utvrdio samo propust prethodne notifikacije, predviđene bilateralnim ugovorom o reci Urugvaj između Urugvaja i Argentine, i za ovaj propust praktično nije izrekao nikakvu sankciju našavši da je deklaratorna presuda kojom se konstatuje povreda odgovarajuće zadovoljenje. Drugim rečima, u jedina tri predmeta u kojima je o zaštiti životne sredine odlučivao kao o glavnim pravnim pitanjima, Sud zapravo nije izrekao sankciju za povrede pravila o zaštiti životne sredine. Potrebno je napomenuti na ovom mestu i spor Gabčikovo Nađmaroš, između Mađarske i Slovačke, u kojem su bili izneti i argumenti zaštite životne sredine, i to u kontekstu *jus cogens* normi, ali su ovi argumenti bili izneti radi raskida ugovora više nego radi zaštite životne sredine. Sud ove argumente nije prihvatio.

Dakle, Međunarodni sud pravde se nije pokazao kao značajan forum za međunarodno pravo zaštite životne sredine. Pošto je reč o uglednoj instituciji sa bogatom praksom razlozi za upadljiv nedostatak predmeta u ovoj oblasti mogu biti višestruki, a među njima mogu biti i oni o kojima je već bilo reči. Multilateralni koncept, *erga omnes* norme, prevencija i specijalna pravila o odgovornosti možda zahtevaju više od onog što Međunarodni sud pravde može da ponudi, a to je bilateralni i kontradiktorni postupak gde teret dokazivanja pripada onome ko iznosi tvrdnju. Ovoj tezi ide u prilog i neuspeh dosadašnjih tužbenih zahteva kao i neuspeh specijalnog odeljenja za sporove iz oblasti životne sredine koje je Međunarodni sud pravde osnovao 1993. godine, ali kako nijedna država nije tražila da spor iznese pred ovo specijalizovano veće suda, 2006. godine je *de facto* ukinuto jer se od tada ne biraju članovi ovog odeljenja.

Mnogobrojni međunarodni ugovori o zaštiti životne sredine sadrže odredbe kojima poveravaju nadležnost za rešavanje sporova i Međunarodnom sudu pravde. Dakle, postoji značajan broj ugovora, pravila, država i sporova, ali je ovaj broj u velikom kontrastu prema zanemarljivo malom broju slučajeva pred ovim Sudom. Ipak, možda se i ovaj trend menja jer su trenutno pred Međunarodnim sudom pravde u toku tri postupka koja se tiču zaštite životne sredine, i to na različite načine. U predmetu Kitolov na Antarktiku (*Whaling in the Antarctic*) Australija (i Novi Zeland kao umešač) tuže Japan zbog navodne povrede Konvencije o zaštiti kitova, Konvencije o biodiverzitetu i niza drugih međunarodnih ugovora

⁴² *Nuclear Tests* (Australia v. France)(New Zealand v. France), ICJ Reports 1974.

⁴³ *Certain Phosphate Land in Nauru* (Nauru v. Australia), ICJ Reports 1992.

⁴⁴ *Pulp Mills on the River Uruguay* (Argentina v. Uruguay), ICJ Reports 2010.

ra u oblasti zaštite retkih i zaštićenih životinjskih vrsta. Drugi postupak (*Aerial Herbicide Spraying*) je pokrenut tužbom Ekvadora protiv Kolumbije zbog navodnog nedozvoljenog korišćenja toksičnih herbicida u pograničnom području što je dovelo do prekograničnog zagađivanja i štete po živote i zdravlje ljudi, biljnog i životinjskog sveta. U dva međusobno povezana postupka između Nikaragve i Kostarike,⁴⁵ koja su odlukom suda i spojena, pokrenuta su pitanja dozvoljenosti dreniranja basena reke San Juan što, po tvrdnjama Kostarike, ugrožava njen suverenitet ali i eko sistem i staništa na njenoj teritoriji. U ovom predmetu Međunarodni sud pravde je doneo odluku o privremenim merama radi zaštite staništa, na osnovu Ramsarske konvencije.⁴⁶

Iako je moguće da će postupci u toku promeniti ovaj trend, takva promena sigurno neće biti radikalna jer sistemska neprilagođenost Međunarodnog suda pravde pravilima o zaštiti životne sredine ukazuje da su neki drugi načini zaštite prava i rešavanja sporova možda bolja opcija za ovu pravnu oblast.

Alternativni modeli zaštite prava i rešavanja sporova u pravu zaštite životne sredine

Pokušali smo u prethodnom pregledu da pokažemo pojedine specifičnosti pravila o zaštiti životne sredine. Pokušali smo i da ukažemo na retke primere korišćenja klasičnih mehanizama za rešavanje sporova u ovoj oblasti. Jedan od razloga verovatno jeste specifičnost normi, koja, između ostalog, pokazuje da prevencija predstavlja značajan segment u ovoj oblasti. Ako je prevencija jedno od glavnih težišta, naročito u oblasti globalnog zagađivanja, onda je mehanizam kontrole i rešavanja sporova svakako monitoring implementacije ovih normi. Sistem monitoringa poznat je i u drugim međunarodnopravnim oblastima, naročito u UN sistemu zaštite ljudskih prava, gde države članice nadležnim komitetima podnose redovne periodične izveštaje o primeni međunarodnih ugovora. Komiteti razmatraju i usvajaju ove izveštaje i izdaju preporuke koje su naročito važne u slučaju kada se ustanovi neusaglašenost domaćeg sistema sa međunarodnim ugovorom ili ukoliko se identifikuje sporna nacionalna praksa. Dakle, sistem monitoringa omogućava blagovremenu reakciju već u vreme nastanka okolnosti koje predstavljaju postojeće ili potencijalne povrede i koje ponekad mogu dovesti i do postupka po predstavkama.

Uz *Bečku konvenciju o zaštiti ozonskog omotača* iz 1985. godine usvojen je pomenuti *Montrealški protokol o supstancama koje dovode do tanjenja ozonskog*

⁴⁵ *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area* (Costa Rica v Nicaragua) i *Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River* (Nicaragua v. Costa Rica).

⁴⁶ *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area* (Costa Rica v Nicaragua), ICJ Reports 2010, Odluka o privremenim merama od 8. marta 2011.

omotača.⁴⁷ Članom 8. ovog protokola države članice su se složile da će usvojiti poseban institucionalni mehanizam i specijalne postupke radi utvrđivanja povreda ovog sporazuma. Ova odluka je zaista i doneta 1990. i izmenjena 1998. godine, kojom je ustanovljena procedura u slučaju povrede sporazuma (*non-compliance procedure*).⁴⁸ Ustanovljen je poseban desetočlani komitet za implementaciju, koji biraju države članice na period od dve godine. Komitet razmatra činjenice koje mu budu dostavljene postupajući po zahtevu država članica, ali i Sekretarijata.⁴⁹ Komitet ima značajna ovlašćenja: može prikupljati informacije iz različitih izvora, uključujući i posete državama; može pozvati obe strane da se obrate Komitetu; Komitet će doneti preporuku za mirno rešavanje spora u kojoj može identifikovati činjenice i uzroke koje su dovele do povrede Protokola. Sudeći po dosadašnjem radu Komiteta, većina predloženih mera uključuje pomoć državi, kontrolne mere radi usklađivanja sa Protokolom, ali i suspenziju prava i privilegija iz Protokola.⁵⁰ Po zvaničnim podacima ovog komiteta do danas su donete odluke o nepoštovanju Protokola protiv 60 država, uglavnom u pogledu propusta država da izveštavaju Komitet.⁵¹ Među ovim državama našla se i Republika Srbija.⁵² Slične procedure predviđene su u još dva međunarodna ugovora o zaštiti životne sredine: u *Okvirnoj konvenciji UN o promeni klime* i *Kjoto protokolu* iz 1997; kao i u *Konvenciji iz Arhusa o dostupnosti informacija, učešću javnosti u donošenju odluka i pravu na pravnu zaštitu u pitanjima životne sredine*.⁵³

Potruga za drugačijim mehanizmima, ili kombinacijom mogućih mehanizama za rešavanje ovih sporova, postoje i u nekim drugim konvencijama u ovoj oblasti. Tako, na primer, u *Konvenciji UN o pravu vanplovidbenog korišćenja me-*

⁴⁷ *Vienna Convention on Protection of the Ozone Layer* (1985), *Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer* (1987) izmenjen u nekoliko navrata, poslednji put 2008. godine. Ove dve konvencije su prvi međunarodni ugovori u istoriji UN, koje su ostvarile tzv. univerzalnu ratifikaciju jer su ih prihvatile sve države članice UN, njih 197. Videti: http://ozone.unep.org/new_site/en/montreal_protocol.php.

⁴⁸ *Decision II/5, Report of the Second Meeting of the Parties to the Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer*, Annex IV, 29. jun 1990. Odluka je revidirana 1998. godine: *Decision X/10*, 3. decembar 1998.

⁴⁹ Ozone Secretariat, United Nations Environmental Programme. Videti šire: www.ozone.unep.org.

⁵⁰ R. Mackenzie, *Manual on International Courts and Tribunals*, Oxford University Press, 2010, str. 504.

⁵¹ *Handbook for the Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer*, Ozone Secretariat UNEP, 2009, str. 260-367. Dostupno na: http://ozone.unep.org/Publications/MP_Handbook/MP-Handbook-2009.pdf.

⁵² *Decision XVIII/33: Non-compliance with data-reporting requirements for the purpose of establishing baselines under paragraphs 3 and 8 ter (d) of Article 5 by Serbia*.

⁵³ 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.

đunarodnih vodotoka (1997)⁵⁴ predviđen je složen mehanizam za rešavanje sporova, od pregovora, posredovanja i dobrih usluga do arbitraže i Međunarodnog suda pravde. Ipak, čini se da je poseban akcenat stavljen na formiranje istražnih komisija. Svaka strana ugovornica, koja je u sporu sa drugom stranom ugovornicom, u slučaju neuspeha diplomatskih načina rešavanja sporova u šestomesečnom periodu, može zahtevati konstituisanje istražne komisije. Tako su konstituisanje i nadležnost istražnih konvencija predviđeni kao obavezni u članu 33. ove konvencije i možda predstavljaju jedan od specijalno izgrađenih mehanizama za rešavanje sporova u ovoj oblasti.⁵⁵

ZAKLJUČAK

Pravo zaštite životne sredine specifično je po velikom broju država članica u izuzetno velikom broju međunarodnih ugovora u ovoj oblasti. Sa druge strane međunarodnih sporova o ovim pravnim pitanjima je neobično malo, ako ih poredimo sa drugom kategorijom sporova ili ako ih suprotstavimo brojnosti normi iz ove oblasti. Kako globalna zaštita životne sredine zahteva univerzalnu i multilateralnu akciju, takav je i normativni pristup ovoj oblasti. Drugačije su i norme o odgovornosti. Drugačiji normativni pristup koji je prisutan u ovoj oblasti možda može da objasni zašto klasični mehanizmi rešavanja sporova, poput sudskih, ne odgovaraju na najbolji način postojećim normativnim modelima u pravu zaštite životne sredine. Uspeh alternativnih modela kontrole i rešavanja sporova svedoči o vezi između supstancijalnih i procesnih normi i u ovoj oblasti.

SANJA ĐAJIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty of Law, Novi Sad

INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL DISPUTES – Normative and procedural problems –

Summary

This article explores two contradicting phenomena of international environmental law. They include a huge number of international environmental treaties, on one hand, and quite scarce in-

⁵⁴ *Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses*, 21. maj 1997. Nije još stupila na snagu. Republika Srbija ovu konvenciju nije potpisala niti ratifikovala. Više o ovoj konvenciji: R. Etinski, S. Đajić, *op. cit.*, st. 533-536.

⁵⁵ A. Tanzi, E. Milano, Article 33 of the UN Watercourses Convention: a step forward for dispute settlement?, *Water International*, vol. 38, no. 2, 2013, str. 166-179.

ternational case law on international environmental issues, on the other. This paradox can be partly explained by quite distinctive character of the norms of international environmental law as well as by specific problems encountered in the course of creating these norms due to their specific subject-matter. Some of the normative solutions have been shaped along these lines: a genuine multilateral character of environmental law, erga omnes character of its norms, special emphasis given to the precautionary principle and principle of prevention, causation, special rules on liability. Inadequacy of traditional methods of dispute settlement has been further proven by some alternative solutions adopted in numerous multilateral environmental treaties.

REGULISANJE SPOROVA U ISTOČNOM KINESKOM MORU U SVETLU MEĐUNARODNOG PRAVA

Evolucija sporenja oko suvereniteta nad Senkaku/Djaoju ostrvima

Poslednjih godina u području Istočnog kineskog mora, došlo je do intenziviranja teritorijalnog spora između Kine i Tajvana s jedne, i Japana s druge strane, oko ostrva koja Kina naziva Djaoju (Diaoyu), Tajvan Djaojutaj (Diaoyutai), a Japan Senkaku (Senkaku) (u daljem tekstu: Senkaku/Djaoju ostrva). Spor oko Senkaku/Djaoju ostrva potiče iz daleke kinesko-japanske prošlosti.¹ Sve do 1970. godine, Kina, Tajvan i Japan postavljali su zahteve za suverenitetom nad ostrvi-

Dr Duško Dimitrijević, direktor Instituta za međunarodnu politiku i privredu u Beogradu.

¹ Senkaku/Djaoju ostrva se na svetskim pomorskim kartama prikazuju i kao Pinekl ostrva (Pinnacle Islands). Geografski, ostrva su pozicionirana u Istočnom kineskom moru (East China Sea), koje se nalazi u sastavu Tihog okeana. Senkaku/Djaoju predstavljaju grupu od pet manjih vulkanskih ostrva i tri hridi: Utsuri-šima/Djaoju Dao (Uotsuri-shima/Diaoyu Dao), Tajšo-to/Čivej Ji (Taishō-tō/Chiwei Yu), Kubašima/Huangvei Ji (Kuba-shima/ Huangwei Yu), Kita-kojima/Bei Sjo-dao (Kita-kojima/Bei Xiaodao), Minami-kojima/Nan Sjo-dao (Minami-kojima/Nan Xiaodao), Oki-no-Kita-iva/Da Bej Sjo-dao (Oki-no-Kita-iva/Da Bei Xiaodao), Oki-no-Minami-iva/Da Nan Sjo-dao (Oki-no-Minami-iva/ Da Nan Xiaodao) i Tobis/Fej Dao Jen (Tobise/Fei Jiao Yan). U grupi ostrva Senkaku/Djaoju, samo dva ostrva su naseljena i nalaze se na samoj ivici kontinentalnog platoa Istočnog kineskog mora. Ostrva su okrenuta prema Okinavskom kanalu na jug, a aproksimativno su locirana na 76 nautičkih milja istočno od kineskog ostrva Pengđa (Pengjia), 100 nautičkih milja severoistočno od Kilunga (Keelung) na Tajvanu, 220 nautičkih milja zapadno od Okinave, i 92 nautičke milje severozapadno od japanskih Išigaki ostrva (Ishigaki-jima). Senkaku/Djaoju se nalaze u vodama između 123°20' - 124°40'E (istočne geografske dužine) i 25°40' - 26°00'N (severne geografske širine) i vezana su za ostrvo Tajvan. Ukupna kopnena masa je cirka 5,69 kilometara kvadratnih.

ma koja su locirana na pola puta od Tajvana i jugozapadnog kraja Okinave (*Okinawa*). Prema kineskim istorijskim artefaktima, Kina je prva otkrila i koristila ostrva Senkaku/Djaoju. Još je za vremena kineske dinastije Ming (od 1368-1644. godine), ovo područje smatrano je sastavnim delom kineske teritorije. Ostrva Senkaku/Djaoju zvanično se pominju u 15. veku, u dokumentu koji se nalazi u Bodlijevoj (*Bodleian*) biblioteci u Oksfordu i u knjizi "Putovanje niz vetar" (*Shun Feng Xiang Song*), koja je objavljena 1403. godine. Opsežni dokazi o kineskoj pripadnosti ostrva Senkaku/Djaoju nalaze se u mnogobrojnim izvještajima koje su sastavljali kineski carski izaslanici u tom periodu, ali i u pomorskim i vojnim kartama i dokumentima odbrambenog karaktera u kojima se ostrva nalaze ucrtana na putu koji vodi iz Kine prema Okinavi. Za vreme dinastije Ćing (od 1644-1911. godine), Senkaku/Djaoju ostrva bila su pod jurisdikcijom Tajvana koji je bio u sastavu Kine. Kao granica između Senkaku/Djaoju ostrva i Okinave u 17. veku uzimana je oblast Hejšuejgou (*Heishuigou*), koja je opisivana u istorijskim izvorima kao "jaz sa crnom vodom" koji oivičava kineski kontinentalni plato. Istorijski izvori navode da je zamenik kineskog ambasadora Ksu Baoguang (*Xu Baoguang*), 1720. godine, uputio kraljevsko znamenje kralju Okinave. Saradujući sa lokalnim predstavnicima on je uspeo da sastavi putopis Đungšan Čuensin lu (*Zhongshan Chuanxin lu*) u kome je na osnovu zapisa o misiji Čusan (*Chusan*), identifikovana najzapadnija granica kraljevstva Okinave u Kume-đima (*Kume-jima*) južno od Hejšuejgou. Nešto slično uradio je i zamenik ambasadora Džou Huang (*Zhou Huang*) 1756. godine, potvrđujući da Hejšuejgou predstavlja granicu između Čivej Ji i Kume-đime, dok je izaslanik Li Dingjuan (*Li Dingyuan*) uočio da je u tom periodu postojala tradicionalna praksa žrtvovanja domaćih životinja prilikom prelaska oblasti Okinavskog basena.² U pregovorima sa Japanom oko suvereniteta nad Rjukju ostrvima, glavni diplomata Ćing dinastije Li Hongđang (*Li Hongzhang*), pozivao je se na činjenicu koju je uočio i japanski pisac Hajaši Šijheji (*Hayashi Shihei*) u svom ilustrovanom zemljopisu, gde je jasno naznačio da Senkaku/Djaoju ostrva ne ulaze u sastav ostrva Rjukju. U istom periodu, pomorske karte i geografske mape velikih pomorskih sila poput Velike Britanija, Španije, Sjedinjenih Američkih Država, Francuske prikazivale su Senkaku/Djaoju ostrva sastavnim delom Kine (npr. geografska karta nazvana kao "Najnovija karta Kine" (*Cotton China*), štampana u Velikoj Britaniji 1811. godine, potom karta štampana u Sjedinjenim Američkim Državama 1859. godine i dr.). Pomorska karta istočne kineske obale od Hong Konga do zaliva Ljaodong (*Liaodong*) koju je britanska mornarica izradila 1877. godine, prikazivale je Senkaku/Djaoju ostrva u sastavu Tajvana. Pri tom, ostrva su na pomorskoj karti bila jasno odvojena od japanskih Nansei (*Nansei shotō*) ili Rjukju ostrva. Nakon što je Japan anektirao Rjukju ostrva 1879. godine (preimenujući ih u Okinava ostrva), Japan je počeo delovati prikriveno s ciljem okupacije Senkaku/Djaoju ostrva, a što je i uspeo učiniti nakon okončanja

² Joyman Lee, "Senkaku/Diaoyu: Islands of Conflict", *History Today*, 2011, vol. 61, no. 5, Internet: <http://www.historytoday.com/joyman-lee/senkakudiaoyu-islands-conflict>

kinesko-japanskog rata (1894–1895). Tim povodom, čuveni kineski državni reformator Vang Tao (*Wang Tao*), izrazio je protivljenje japanskom ekspanzionizmu istakavši, da Japan nije imao pravo da prisajedini Okinavu budući da je ta oblast bila više formalno u vazalnom odnosu prema japanskoj državi Satsuma. Međutim, Kina je bila isuviše slaba da bi se oduprla japanskoj vojnoj sili koja je za vrlo kratko vreme uspjela okupirati čitavu Koreju (koja je pre toga bila u vazalnom odnosu sa Kinom), kao i strateški važne kineske teritorije u južnoj Mandžuriji, poluostrvo Lia Tung (*Liáodōng*), Tajvan i arhipelag Peskadores (*Pescadores/Penghy*) u Tajvanskom moreuzu. Zauzimanje Senkaku/Djaoju ostrva 1895. godine, Kina nije smatrala legalnim činom po međunarodnom pravu.

Japan je igornisao kinesku istorijsku i pravnu argumentaciju, smatrajući da zahtev za suverenitetom nad ostrvima proizilazi na osnovu činjenice da je ostrva Senkaku/Djaoju 1884. godine, otkrio japanski pomorac Koga Tacuširo (*Koga Tatsushiro*), koji je nakon otkrića tražio od japanske države da mu se ista izdaju u zakup. Međutim, iz dostupnih istorijskih izvora koji se odnose na ovaj slučaj proizilazi da ni državni organi Japana u tom periodu nisu bili u potpunosti sigurni, da li otkriće ostrva može biti validan pravni osnov da ostrva pripadnu Japanu s obzirom da nisu postojali jasni dokazi koji bi potkrepili osnovanost ovako postavljenog zahteva. Stoga je japanska vlada otpremala tajne misije za utvrđivanje relevantnih činjenica u svrhu legitimizacije zahteva da Senkaku/Djaoju ostrva pripadnu Japanu. S obzirom na stanovište da sporna ostrva nisu bila naseljena niti okupirana od strane bilo koje države pre kao “ničijea zemlja” (*terra nullius*), Japan je na osnovu odluke carskog ministarskog saveta od 14. januara 1895. godine, stavio Senkaku/Djaoju ostrva pod administrativnu vlast prefektura Okinava. Ubrzo nakon pobjede u kinesko-japanskom ratu, 17. aprila 1895. godine, Japan i Kina potpisale su mirovni ugovor u Šimonosekiju kojim je Japanu ustupljen Tajvan (Formoza), zajedno sa svim pratećim ostrvima. Zanimljivo je, da ugovor iz Šimonosekija u tekstu nigde ne pominje da je su sa ustupanjem Tajvana ustupljena Japanu i Senkaku/Djaoju ostrva.

Iz aktuelne kineske perspektive, postoji jako malo argumenata kojima bi bilo moguće potkrepiti japanski zahtev da ostrva nisu okupirana. Prema kineskom stanovištu postoji jasna distinkcija između tvrdnje da su ostrva bila “nenaseljena” i tvrdnje da ostrva “nisu bila zauzeta”. Istorijski izvori dokazuju upravo suprotno, jer pre japanskog otkrića i zauzeća Senkaku/Djaoju ostrva, na ostrvu su boravili tajvanski ribari čiji su grobovi sačuvani do danas. Svoj zahtev Kina opravdava i činjenicom da je pre japanskog otkrića Senkaku/Djaoju ostrva, Kina vršila neke državne akte poput pružanja navigacijske pomoći brodovima, prikupljanja lekovitog bilja i ribarenja. Nakon zaključenja mirovnog ugovora iz Šimonosekija 1895. godine, Senkaku/Djaoju ostrva su pripala Tajvanu.

Okončanjem Drugog svetskog rata ostrva su vraćena Kini. Naime, Kina uporno insistira da je, prema savezničkoj deklaraciji iz Kaira i proklamaciji iz Potsdama donetim za vreme Drugog svetskog rata, a koje je Japan prihvatio kao deo mirovnog ugovora zaključenog u San Francisku 1951. godine, utvđena obaveza

Japana da Kini vrati upravu nad ovim ostrvima, kao i nad svim drugim teritorijama koje joj je Japan oduzeo vojnom silom.³ Japan osporava iznetu argumentaciju Kine i navodi da japansko pravo na ostrvima proizilazi iz neprekidne uprave koja počinje od inkorporacije Senkaku/Djaoju koja datira pre kinesko-japanskog rata i zaključenja mirovnog ugovora iz Šimonosekia, a potom i na osnovu odsustva kineskih teritorijalnih zahteva u periodu od 1895. do 1970. godine, te na osnovu njihovog prisjedinjenja ostrvskoj grupaciji Nansei Šoto (*Nansei Shoto*),⁴ koja nemaju nikakve veze sa Tajvanom,⁵ a otuda, ni sa mirovnim ugovorom iz San Franciska zaključenim po završetku Drugog svetskog rata 1951. godine, u čijem zaključivanju Kina i Tajvan nisu učestvovala.⁶

³ Kairskom deklaracijom iz decembra 1943. godine, Savezničke sile su obavezale Japan da vrati sve teritorije koje su silom oduzete Kini. U Potsdamskoj proklamaciji iz 1945. godine, u članu 8. je navedeno da, "odredbe iz Kairske deklaracije se moraju sprovesti a suverenitet Japana se ograničava na ostrva Honšu (Honshu), Hokaido (Hokkaido), Kjušu (Kyushu), Šikoku (Shikoku) i druga manja ostrva". Vrhovni komandant Savezničkih sila (SCAPIN) doneo je instrukciju br. 677, kojom su definisana administrativna ovlašćenja Japana nad navedenim ostrvima i na oko hiljadu manjih ostrva, uključujući Cušima (Tsushima) i Rjukju (Ryukyu) ostrva severno od 30. paralele severne geografske širine. Prilikom ceremonije održane 25. oktobra 1945. godine, u Tajpeju kineskoj Vladi je zvanično vraćen natrag Tajvan. U zajedničkoj izjavi od 29. septembra 1972. godine, Vlada Japana je izjavila da "razume i poštuje stav Vlade Narodne Republike Kine da je Tajvan neotuđivi deo teritorije Kine i da čvrsto podržava svoje stanovište iz člana 8. Proklamacije iz Potsdama". U skladu sa navedenim aktima, u oktobru 1945. godine, Japan se odrekao prava nad Tajvanom, a pitanje pripadnosti ostrva Senkaku/Djaoju nije eksplicitno rešeno. Prema kineskom stanovištu, Tajvan je nakon japanske predaje na kraju Drugog svetskog rata vraćen Kini zajedno sa Senkaku/Djaoju ostrvima. Videti: "The Diaoyutai Islands: An Inherent Part of the Territory of the Republic of China (Taiwan)", The People's Republic of China, State Council Information Office, White Paper on Diaoyu Dao, an Inherent Territory of China, September 2012, Internet: <http://english.people.com.cn/90785/7960320.html>.

⁴ Ugovorom iz San Franciska, ostrva Nansei južno od 29. paralele severne geografske širine, stavljena su pod starateljstvo Ujedinjenih nacija i civilnu upravu Sjedinjenih Američkih Država. Uprava Sjedinjenih Američkih Država nad Rjukju (USCAR), donela je 29. februara 1952. godine, Uredbu br. 68, a potom 25. decembra 1953. godine, i Proklamaciju br. 27, kojima se na unilateralnoj osnovi proširuju granice ovog područja i na Senkaku/Djaoju ostrva. Videti: "Treaty of Peace with Japan", 8 September 1951, 3 U.S.T. 3169.

⁵ U periodu od 1949. do 1972. godine, Japan je iz oportunističkih razloga odbijao da prizna Vladu NR Kine smatrajući da je jedina legitimna kineska vlada, vlada Kuomintanga na Tajvanu (Vlada Republike Kine).

⁶ Pisci mirovnog ugovora iz San Franciska, u nacrt teksta ugovora nisu uključili ostrva Senkaku/Djaoju, što pokazuje da nisu smatrali da navedena ostrva predstavljaju deo tajvanske, odnosno kineske teritorije. Videti: Seokwoo Lee, "The 1951 San Francisco Peace Treaty with Japan and the Territorial Disputes in East Asia", *Pacific Rim Law & Policy Journal*, 2002, vol. 11, no. 1, pp. 124-126. Kao odgovor na moguće izostavljanje spornih ostrva iz konačnog teksta mirovnog ugovora, Kineska Vlada je već, 15. avgusta 1951. godine, dakle pre održavanja konferencije u San Francisku, javno obznanila da: "Ako Narodna Republika Kina bude isključena iz pripreme, formulacije i potpisivanja mirovnog ugovora sa Japanom, bez obzira kakav njegov sadržaj i ishod bili, isti će biti smatran protivpravnim i nevažećim od strane centralne narodne vlasti". Tokom septembra 1951. godine, kineska Vlada uputila je još jednu notu u kojoj se ističe da je ugovor iz San Franciska pro-

Na osnovu japansko-američkog Ugovora o uspostavljanju bezbednosnog područja iz 1960. godine, Sjedinjene Američke Države su u periodu od 1945. do 1972. godine, bile administrator nad Okinavom, uključujući i Senkaku/Djaoju ostrva. Shvativši da postoji mogućnost različite interpretacije koja može dovesti do otvorenog teritorijalnog spora, Skupština Okinave usvojila je u avgustu 1970. godine odluku kojim se ostrva proglašavaju sastavnim delom teritorije Japana. Navedena odluka podržana je i u nacionalnom parlamentu Japana. Iste godine Tajvan je izjavio zvaničan protest, a Kina je uputila slične pritužbe preko javnih medija zahtevajući da joj se vrte Senkaku/Djaoju ostrva. Japan i Sjedinjene Američke Države potom su 17. juna 1971. godine, potpisale su "Sporazum o povraćaju Okinave". Sporazumom je obuhvaćen i povraćaj administrativnih ovlašćenja nad Senkaku/Djaoju počev od 15. maja 1972. godine. Istog dana kada je pomenu ti Sporazum potpisan, američka Vlada je izdala saopštenje da vraćanje Okinave neće imati nikakve posledice u vezi suvereniteta nad Senkaku/Djaoju ostrvima. Ovim povodom, Ministarstvo spoljnih poslova Kine uložilo je protest 30. decembra 1971. godine u kojem je iznelo stav da navedeno postupanje Sjedinjenih Američkih Država koje je dovelo do otvorenog kršenja teritorijalnog suvereniteta Kine, nije za Kinu prihvatljivo i da bi stoga bilo nužno da Sjedinjene Američke Države vrte Kini suverena prava nad ostrvima. Zahtev je usledio nakon što je Savet za koordinaciju zajedničkog istraživanja mineralnih izvora u azijskom prekomorskom području, pod pokroviteljstvom Ekonomske komisije Ujedinjenih nacija za Aziju i Daleki Istok (*UN Economic Commission for Asia and the Far East – ECAFE*), započeo geofizička merenja 1968. godine i pošto je u izveštaju iz 1969. godine, naveo da je područje epikontinentalnog platoa između Tajvana i Japana bogato naftom. Međutim, prenos uprave nad ostrvima na Japan Sjedinjene Američke Države nisu obrazlagale argumentacijom koja bi potvrđivala prenos suvereniteta. Istine radi, za vreme vršenja uprave nad Senkaku/Djaoju ostrvima, Sjedinjene Američke Države nisu osporavale kineski suverenitet niti su isticale da Japan poseduje taj suverenitet. Zvanično, one su insistirale da se pitanja u vezi sa suverenitetom nad Senkaku/Djaoju ostrvima reši između zainteresovanih strana.⁷

tivzakonit i nevažeći, te da ga Vlada NR Kine ni pod kojim okolnostima ne može priznati. Videti: "Bijela knjiga o Diaoyu otoku: Diaoyu otok, inherentni teritorij Kine", Ured za informisanje Državnog vijeća Narodne Republike Kine, septembar 2012, Internet: <http://ba.chineseembassy.org/eng/zt/dydwtteng/t986956.htm>.

⁷ U oktobru 1971. godine, Sjedinjene Američke Države su izjavile da "veruju da povraćaj administracije nad ostrvima Japanu, od kojeg je ta administracija ranije ustupljena, ne prejudicira posjedovanje tih prava. Sjedinjene Države ne mogu proširiti legalna prava koje je Japan imao prije nego što je preneo administraciju nad ostrvima, niti mogu, nakon što vrata primljeno, umanjiti prava drugih koji polažu ta prava. Sjedinjene Države ne svojataju ostrva i smatraju da bi sukob oko ovih ostrva valjale rešiti strane kojih se ona tiču". Prilikom ratifikacije Sporazuma o povraćaju Okinave 1971. godine, američki Stejt department je napomenuo da Sjedinjene Američke Države imaju neutralan stav kada je u pitanju naticanje između Japana i Kine za Senkaku/Djaoju ostrva. Međutim, kada su Sjedinjene Američke Države vratile Okinavu pod suverenitet Japana 1972. godine, Japan je objavio da su one umešane spor oko Senkaku/Djaoju ostrva. U novembru 1996. godine, vršilac dužnosti zamenika pomoćnika sekretara za odbranu Sjedinjenih Američkih Država Kurt

U vezi sa napred navedenim postupanjem Sjedinjenih Američkih Država i Kine, Ministarstvo spoljnih poslova Japana izdalo je 8. marta 1972. godine, izjavu pod nazivom: "Osnovno stanovište o suverenitetu nad ostrvima Senkaku". U pomenutom dokumentu ponavljaju se tvrdnje o japanskom izvornom suverenitetu nad Senkaku/Djaoju ostrvima. Naime, Japan je izneo tvrdnju da su ostrva bila "ničija zemlja" i da nisu pripadala Tajvanu ili ostrvima iz grupe Peskadores pre nego što su mu ista ustupljena od strane Čing dinastije na osnovu sporazuma iz Šimonosekija. Kina po japanskom stanovištu, nije smatrala ova ostrva za sastavni deo Tajvana, te ostrva nisu ni mogla biti uključena u teritorije kojih se Japan odrekao prema odredbi iz člana 2. mirovnog ugovora iz San Franciska. Ostrva su stavljena pod upravu Sjedinjenih Američkih Država kao deo Nansei ostrva u skladu sa odredbom iz člana 3. pomenutog ugovora o miru. Područje Senkaku/Djaoju ostrva po japanskom shvatanju definitivno je vraćeno Japanu u skladu sa "Sporazumom o povraćaju Okinave".

Iznete činjenice bile su u potpunosti neprihvatljive za Kinu, pa je Kina iznela stav da japanska inkorporacija Senkaku/Djaoju ostrva kao "ničije zemlje" predstavlja zapravo protivpravan čin okupiranja kineske teritorije koji nema dejstvo u međunarodnom pravu. Ni ugovor iz Šimonosekija, kojim je Japan prisilio kinesku dinastiju Čing da mu ustupi Tajvan, zajedno sa svim pripadajućim ostrvima, uključujući i Senkaku/Djaoju ostrva po kineskom stanovištu nema pravnu važnost, a što potvrđuju i akti Savezničkih sila iz Drugog svetskog rata - Deklaracija iz Kaira i Proklamacija iz Potsdama kojom su Savezničke sile obavezale Japan da bezuslovno vratiti sve teritorije koje je silom oduzeo Kini. Navedeni saveznički akti jasno definišu japansku teritoriju koja ne obuhvata područje Senkaku/Djaoju ostrva.

Pomenuta ostrva nisu stavljena ni pod starateljstvo Ujedinjenih nacije i administraciju Sjedinjenih Američkih Država na osnovu ugovora iz San Franciska. Sjedinjene Američke Države samovoljno su proširile starateljstvo na područje Senkaku/Djaoju ostrva koji predstavlja kinesku teritoriju. Naknadni "povraćaj administrativnih ovlašćenja" Japanu nad Senkaku/Djaoju predstavlja za Kinu protivzakonit pokušaj Japana da zaposedne kinesku teritoriju, što u suštini, predstavlja i svojevrsan izazov posleratnom međunarodnom poretku.

Kempbel, izjavio je da se na sporna ostrva primenjuju odredbe Ugovora o uspostavljanju bezbednosnog područja između SAD i Japana iz 1960. godine. Kempbel je takođe izjavio da ugovorna obaveza u pogledu spornih ostrva ne znači da Sjedinjene Američke Države priznaju japanske teritorijalne aspiracije. "Sporazumom između Sjedinjenih Američkih Država i Japana o vraćanju Okinave Japanu razjašnjava se, da se ostrva Senkaku nalaze pod upravom Japana. Ovo su Sjedinjene Države jasno precizirale iz bezbednosnih razloga". Kempbel je naznačio i da Sjedinjene Američke Države nisu ni na čijoj strani u pogledu spora oko ostrva, te da je Sporazum između Sjedinjenih Američkih Država i Japana jasno povukao granicu između teritorije kojom Japan efektivno upravlja i teritorije koja pravno pripada Japanu. Pomenuta izjava protumačena je u političkoj javnosti kao balansiranje Sjedinjenih Američkih Država u odnosima između Kine i Japana. Videti: Mark J. Valencia, "The East China Sea Dispute: Context, Claims, Issues and Possible Solutions", Asian perspective, 2007, vol. 31, no. 1, p. 155.

Međutim, i pored otvorenih protivljenja, Kina je bila rada da se postojeći konflikt sa Japanom barem za neko vreme zamrzne, pa je u tom smislu kineski predsednik Deng Sjaoping (*Deng Xiaoping*), proklamovao novu politiku kojom se "ostavljaju po strani teritorijalni sporovi" sa Japanom, "u cilju zajedničkog razvoja".⁸ Takav pristup doveo je ubrzo do normalizacije diplomatskih odnosa 1972. godine i do potpisivanja ugovora o miru i prijateljstvu 1978. godine. Na osnovu pomenutog ugovora, dve strane su se dogovorile da do daljnjeg ne postavljaju pitanja u vezi sa suverenitetom nad ostrvima Senkaku/Djaoju, već da se pitanje ostavi "na rešavanje budućim generacijama". Iako je rešavanje problema time ostavljeno po strani, teritorijalni spor između Kine i Japana konačno nije rešen. Spor je ponovo izbio na površinu pošto su u područjima njihovih jednostrano proglašanih isključivih ekonomskih zona otkrivena bogata nalazišta nafte. Od tog trenutka, dve strane jedna drugoj postavljaju zahteve za delimitacijom isključivih ekonomskih zona, a potom i epikontinentalnih pojaseva.

Kina zastupa stanovište da bi se linija razgraničenja morala povući duž ivice epikontinentalnog platoa koji se približava Okinavskom arhipelagu. Sa druge strane, Japan smatra da bi linija razgraničenja morala ići duž linije sredine koja odvaja deo obalnog područja dve zemlje. Japan je u više navrata optužio Kinu da vrši eksploataciju u blizini područja koje pripada japanskoj isključivoj ekonomskoj zoni. Kina je zbog tih optužbi iznela predlog o zajedničkom ulaganju u spornoj oblasti. Posle nekoliko bezuspešnih pregovaračkih pokušaja i slanja vojnih trupa u sporna područja, kineska državna prekomorska naftna korporacija *China National Offshore Oil Corporation*, započela je sa eksploatacijom gasa u području Širakaba/Čunksjao (nazivi na japanskom i kineskom jeziku: *Shirakaba/Chunxiao*) za koje Kina smatra da se nalazi 4 nautičke milje unutar kineske isključive ekonomske zone. Neslažući se sa kineskim stanovištem, a smatrajući da se nalazište pruža sa druge strane granične linije, Japan je pokušao da odgovori kineskoj jednostranoj akciji tako što je garantovao pravo eksploatacije svojoj kompaniji *Empire Oil* u području Teikoku Sekiju (*Teikoku Sekiyu*). Međutim, zbog bezbednosnih razloga pomenuta kompanija nije nikada otpočela sa poslovanjem. Ministarstvo spoljnih poslova Kine uložilo je protestnu notu Japanu budući da je ovakav japanski čin okvalifikovan za otvorenu provokaciju i povredu kineskih suverenih prava. U daljem toku događaja, navedeno nadmudrivanje između Japana dovelo je do pogoršanja odnosa između dve zemlje.

Spor je polako tinjao da bi 1992. godine, nakon promulgacije kineskog Zakona o teritorijalnom moru i spoljnjem morskom pojasu i kulminirao. Japansko Ministarstvo spoljnih poslova oštro je protestovalo protiv novog kineskog Zakona. Smatrajući da u predmetnom slučaju ne može biti reči o teritorijalnom sporu, Japan je osnažio zahtev za Senkaku/Djaoju ostrvima izdajući neka od njih privatnim licima. U januaru 2003. godine, japanska Vlada je objavila da je još 1972. go-

⁸ Kasnije je ova politika dobila značenje da "suverenitet nad spornim područjima pripada Kini". Videti: PRC Foreign Ministry, "Set Aside Dispute and Pursue Joint Development", November 17, 2000.

dine, iznajmila ostrvo Kubašima/Huangvei Ju (*Kuba-shima/ Huangwei Yu*) na 20 godina. Kubašima/Huangvei Ju je zajedno sa Okinavom iznajmljena Sjedinjenim Američkim Državama za vojne potrebe. Iz navodno preventivnih razloga, preostala tri ostrva – Uotsuri-šima/Djaoju Dao, (*Uotsuri-shima/Diaoyu Dao*), Minami-kojima/Nan Sjodao (*Minami-kojima/Nan Xiaodao*) i Kita-kojima/Bei Sjodao (*Kita-kojima/Bei Xiaodao*) japanska Vlada je iznajmila 2002. godine. Kina je uložila protest Japanu zbog navedenih jednostranih akata, a do smirivanja situacije nije došlo sve do sastanka predsednika Kine Hu Džintaoa (*Hu Jintao*) i predsednika japanske Vlade Jasuo Fukude (*Yasuo Fukuda*) 2008. godine.

Sporazumom o zajedničkoj eksploataciji gasa u području Širakaba/Čunksjao (*Shirakaba/Chunxiao*) i Asunaro/Longđin (*Asunaro/Longjin*) zaključenim 18. juna 2008. godine, dve strane su se principijelno obavezale da Istočno kinesko more ne bude više propište sukoba već “more mira, saradnje i prijateljstva”. U Sporazumu je doslovno potvrđeno da se njime ne prejudicira osnovanost postavljenih teritorijalnih zahteva već se njime ugovara međusobno “razumevanje” za saradnju. U tom pogledu, Kina i Japan su se obavezale da više ne preduzimaju unilateralne akte u vezi sa eksploatacijom nafte i gasa u spornim područjima sve do postizanja konačnog dogovora. S obzirom da je u područja Širakaba/Čunksjao, kineska strana već započela eksploataciju gasa, Kina je uputila poziv Japanu da obezbedi tehnološku podršku i da investira u eksploataciju radi zajedničkog sticanja profita. U odnosu na nalazišta gasa Asunaro-Longđin, dve države su zaključile Sporazum o zajedničkoj razvojnoj zoni od 2700 kilometara kvadratnih. Sporazum je predstavljao prekretnicu u unapređenju bilateralnih odnosa između Kine i Japana.⁹ Međutim, zbog činjenice da je Kina nastavila da koristi samostalno dva sporna izvorišta gasa: Tianvajtjen (*Tianwaitian*) i Sankei (*Sankei*), Japan je protestovao smatrajući da time Kina krši odredbe Sporazuma. Za Japan naime, nije bilo prihvatljivo kinesko stanovište po kojem Kina polaže suverena prava i na područje epikontinentalnog platoa skoro sve do japanskog ostrva povezanog na jugu sa Okinavom kojim se preklapa njegova isključiva ekonomska zona od 200 nautičkih milja.¹⁰ Tokom 2009. godine, Kina je podnela Generalnom sekretaru Ujedinjenih nacija preliminarno obaveštenje o utvrđivanju spoljnje granice svog epikontinentalnog pojasa van područja od 200 nautičkih milja. To obaveštenje je i realizovala kroz zvaničan zahtev od 14. decembra 2012. godine, kojim

⁹ Ralph A. Stamm, “China, Japan: Getting sensible, finally”, ISN Security Watch, 30 June 2008.

¹⁰ Nakon zaključenja Sporazuma od 18. juna 2008. godine, uz navedeno razmimoilaženje između Kine i Japana, u prvi plan je izbio i problem ekonomskih prava Južne Koreje u odnosu na gasna izvorišta u severnom području od Asunara. Pored navedenog, Južna Koreja se spori sa Kinom oko morskog grebena Socotra Rock na kome je izgrađena korejska naučna baza. Kina smatra da su izgradnjom baze povređena suverena prava u njenoj isključivoj ekonomskoj zoni. Videti: Ji Guoxing, “Maritime Jurisdiction in the Three China Seas: Options for Equitable Settlement”, Policy Papers, Institute on Global Conflict and Cooperation, UC Berkeley, 1995, pp. 9-12.

je i na jednostranoj osnovi i formalno proširila svoja suverena prava na oblast Okinavskog basena.¹¹

*Unilateralni pokušaji rešavanja sporova
u Istočnom kineskom moru*

Japan je u junu 1996. godine, ratifikovao Konvenciju o pravu mora donetu 1982. godine pod okriljem Ujedinjenih nacija (*United Nations Convention on the Law of the Sea - UNCLOS*). Nakon toga, Japan je usvojio Zakon o teritorijalnom moru i spoljnjem morskom pojasu, kao i Zakon o isključivoj ekonomskoj zoni i epikontinentalnom pojasu, koji su dopunjeni usvajanjem procedura za njihovu primenu. Japan je takođe uspostavio isključivu ekonomsku zonu oko ostrva Senkaku/Djaoju. Kina je, u 1996. godini, takođe ratifikovala Konvenciju Ujedinjenih nacija o pravu mora iz 1982. U deklaraciji o ratifikaciji Kina je potvrdila suverenitet nad teritorijama obuhvaćenim u Zakonu o teritorijalnom moru i spoljnom morskom pojasu iz 1992. godine. Teritorije obuhvaćene pomenutim Zakonom odnosile su se *inter alia*, i na područje Senkaku/Djaoju ostrva. Istovremeno, Kina je utvrdila i tačnu lokaciju pravih polaznih linija teritorijalnog mora, što je bilo važno za razgraničenje teritorijalnog mora i granične zone. Prema usvojenom rešenju, prave polazne linije spajaju isturene tačke na kopnu i tačke na najudaljenijim ostrvskim obalama.¹² U Zakonu je utvrđeno da se teritorijalno more prostire na 12 nautičkih milja od ovih polaznih linija i od ostrva koja se nalaze u blizini obale. Međutim, kineska deklaracija o suverenitetu nad ostrvima Senkaku/Djaoju nije predstavljala dovoljan dokaz o posedovanju suvereniteta nad epikontinentalnim pojasom ili isključivom ekonomskom zonom koja se prostire od tih linija. Iz tih razloga Kina je odlučila da naknado utvrdi polazne linije od teritorijalnog mora, uključujući i polazne linije od spornih ostrva u svrhu utvrđivanja isključive ekonomske zone i epikontinentalnog pojasa. Japan se nije slažio sa takvim kineskim pristupom, već je i sam istakao zahtev za sopstvenom isključivom ekonomskom zonom od 200 nautičkih milja.¹³ Time je došlo do preklapanja međusobnih teritorijalnih zahteva.

¹¹ Internet: http://www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/submission_chn_63_2012.htm.

¹² W.M. Reisman, G.S. Westerman, *Straight Baselines in International Maritime Boundary Delimitation*, New York, 1992; Park Choon-Ho, "The Yellow Sea-East China Sea Oil Disputes Revisited: New Opportunity for Joint Development," u Kim Dalchoon et al. eds., *Exploring Maritime Co-operation in Northeast Asia: Possibilities and Prospects*, Seoul, Institute of East and West Studies, Yonsei University, 1993, pp. 3-14; Liyu Wang and Peter H. Pearce, "The New Legal Regime for China's Territorial Sea," *Ocean Development and International Law*, 1994, vol. 25, No. 4, p. 442.

¹³ Pravo mora ustanovljava određene kriterijume koji principijelno uzevši zahtevaju da se prave polazne linije povlače na način da ispunjavaju sledeće uslove: 1) Linije ne smeju odstupati od generalnog pravca obale; 2) Morska područja unutar linije moraju biti dovoljno tesno povezana sa kopnenim područjem na koje se primenjuje režim unutrašnjih voda; 3) Linije ne smeju biti povučene prema i od visine niova oseke i plime i, 4) Linije ne smeju odsecati teritorijalno more druge dr-

Prema kineskom stanovištu, kineski epikontinentalni pojas u Istočnom kineskom moru nalazi se van područja koje je Japan proglasio za svoju teritoriju. Topografski, geomorfološki i geološki, kineski epikontinentalni pojas predstavlja kontinuirani prirodni produžetak kineske kopnene teritorije koji se pruža sve do spoljne ivice ruba kontinenta i to, "najverovatnije", do Okinavskog basena.¹⁴ S obzirom da lučni basen (*back-arc basin*), Okinave, ne prati striktno japansku obalu, osa Okinavskog basena trebalo bi da predstavlja prirodnu granicu između epikontinentalnih pojaseva dve države. Na osnovu pomenutog stanovišta, Kina je postavila zahtev da se njena teritorija prostire na udaljenosti od najviše 350 nautičkih milja od njene obale do Okinavskog basena.

Japan osporava kinesko stanovište i smatra da se suštinski ne može tumačiti da Okinavski basen predstavlja prirodnu granicu između dve zemlje. Okinavski basen prema japanskom stanovištu predstavlja samo niziju koja se tu stvorila igrom slučaja na naprekidnom rubu kopna između dve države. U suštini, Okinava se nalazi na epikontinentalnom pojasu. Zbog pomenute konotacije Japan se pozvao na predsedan Međunarodnog suda pravde u slučaju spora oko epikontinentalnog pojasa (Libija protiv Malte), gde je Sud zaključio da, "ako postoji diskontinuitet između područja epikontinentalnog pojasa između susednih država, granica treba da ide tokom kojim ide opšta linija osnovnog diskontinuiteta".¹⁵ Japan traži da granica epikontinentalnog pojasa bude linija koja se nalazi na istoj distanci između teritorija država koje nisu sporne. Epikontinentalni pojas bi tako trebalo da se prostire na širini od 200 nautičkih milja. Uzimajući u obzir da je Japan objavio da njegova isključiva ekonomska zona ide od pravih polaznih linija, a da je procenjeno da se isključive ekonomske zone obe strane preklapaju jer je širina Istočnog kineskog mora manja od 400 nautičkih milja, Japan je insistirao da se prilikom razgraničenja uzme u obzir metod središnje linije ili ekvidistance. Insistiranjem na povlačenju središnje linije ili ekvidistance, Japan teži da obuhvati zapadni i severni deo ostrva Senkaku/Djaoju. Metoda povlačenja središnje linije u krajnjem ishodu dovodi do preklapanja teritorijalnih zahteva. Međutim, nije sasvim jasno u kom stepenu bi došlo do preklapanja, jer Kina i Japan nisu objavili svoje pomorske mape, niti su jasno precizirale granice svojih isključivih ekonomskih zona na koje polažu pravo u Istočnom kineskom moru. Smatra se da bi do preklapanja došlo negde u području zapadno od spornih ostrva Senkaku/Djaoju gde bi trebalo da bude povučena granica na moru.

žave od pučine isključive ekonomske zone. Videti: Handbook on the Delimitation of Maritime Boundaries, Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea Office of Legal Affairs, United Nations, New York, 2000, p. 6.

¹⁴ Zhiguo Gao, "China and the LOS Convention," Marine Policy, 1991, p. 199. etc. J. R. V. Prescott, "Maritime Jurisdiction in East Asian Seas," East-West Environment and Policy Institute, Occasional Paper, 1987, No. 4; J.R.V. Prescott, "Maritime Jurisdiction," in Joseph Morgan and Mark J. Valencia, eds., Atlas for Marine Policy in East Asian Seas, Berkeley, University of California Press, 1992, p. 25. etc.

¹⁵ "Case Concerning the Continental Shelf" (Lybian Arab Jamahiria v. Malta), International Court of Justice Reports, 1985.

U toku 1998. godine, Kina je proglasila Zakon o isključivoj ekonomskoj zoni i epikontinentalnom pojasu u kome nije pomenuta ni jedna konkretna sporna pomorska oblast. Međutim, ovim Zakonom, otvorena je mogućnost za rešavanje spora sa Japanom na bazi međunarodnog prava i u skladu sa principom pravičnosti. S druge strane pak, japanskim Zakonom o isključivoj ekonomskoj zoni i epikontinentalnom pojasu predviđena je mogućnost da se obe strane sporazumeju kod povlačenja granice u Istočnom kineskom moru i da time izbegnu primenu metoda ekvidistance. Sve dok se ne dođe do rešenja, za Kinu ostaje sporna teritorija između oblasti za koju je Japan predložio primenu središnje linije i Okinavskog basena, a za Japan ostaje sporno područje na udaljenosti od 200 nautičkih milja u kojem je došlo do preklapanja isključivih ekonomskih zona dve države.

Primena međunarodnog prava mora kod razgraničenja u Istočnom kineskom moru

Morske oblasti se u principu dele između priobalnih država na morske pojaseve koji predstavljaju institucionalizaciju njihovih zahteva za vlašću (*corpus separatum*). Teritorijalne aspiracije očitovane u uspostavljanju isključivih ekonomskih zona i epikontinentalnog pojasa koje su dovele do preklapanja zahteva Japana ili Kine u Istočnom kineskom moru, povezuju se sa razlozima oportuniteta i konkretnom političkom situacijom koja *per se*, zahteva uspostavljanje morske granice između dve države. Utvrđivanje morskih granica obuhvata primenu kodifikovanih pravila i principa, kao praktične metode koje su u načelu regulisane međunarodnim pravom. Prema Konvenciji Ujedinjenih nacija o pravu mora iz 1982. godine, za utvrđivanje granica u Istočnom kineskom moru bilo bi moguće primeniti jedno od dva pravila.¹⁶ Prvo pravilo polazi od tumačenja člana 76. kojim se utvrđuje granice pružanja epikontinentalnog pojasa koje se kreću van teritorijalnog mora pomorske države, preko čitavog prirodnog produžetka kopnenog područja, sve do spoljne ivice kontinentalnog ruba, ili do udaljenosti od 200 nautičkih milja, računajući od polaznih linija od kojih se meri širina teritorijalnog mora. Prema međunarodnom pravu mora kontinentalni rub obuhvata potopljeni produžetak kopnenih masa pomorskih država koji se sastoji od kontinentalne ravnine (*plateau, shelf*), strmine (*talus, slope*) i kosine (*glacis, rise*). U paragrafu 6. člana 76. Konvencije, predviđeno je da na uzdignućima ispod mora spoljna granica epikontinentalnog pojasa ne prelazi 350 nautičkih milja od polaznih tačaka od kojih se meri širina teritorijalnog mora.

¹⁶ "Official Records of Third UN Conference on the Law of the Sea", Vols. I to XVI, 1975-1983; "Convention on the Law of the Sea with Annexes and Index, Final act of the Third UN Conference on the Law of the Sea", UN Treaty Series vol. 1833, p. 3. etc. U članu 311. Konvencije Ujedinjenih nacija o pravu mora iz 1982. godine, navodi se da ta Konvencija zamenjuje Ženevske konvencije iz 1958. Za analizu videti: Davorin Rudolf, Međunarodno pravo mora, Zagreb, Jugoslovenska Akademija znanosti i umjetnosti, 1985, str. 56-84.

Kineski zahtev za epikontinentalnim pojasom polazi od prezumpcije po kojoj epikontinentalni pojas u Istočnom kineskom moru predstavlja prirodni produžetak kineskog kopna. Prema pravu mora kodifikovanom u Konvenciji Ujedinjenih nacija iz 1982. godine, države u epikontinentalnom pojasu mogu da vrše iskorišćavanje i istraživanje morskog dna i podzemlja, ne dirajući u pravni režim voda iznad tog pojasa ili vazdušni prostor nad njim (član 78. stav 1). Kineske aspiracije vezane za proširenje epikontinentalnog pojasa protežu se sve do ose Okinavskog basena (do oko 350 nautičkih milja od kineske obale), što u suštini zaočvrstuje sve naftne potencijale i izvore u Istočnom kineskom moru.

Drugo pravilo koje je predviđeno Konvencijom Ujedinjenih nacija o pravu mora iz 1982. godine, a koje bi se moglo primeniti u slučaju kinesko-japanskog razgraničenja u Istočnom kineskom moru polazi od utvrđivanja granica isključivih ekonomskih zona priobalnih država. Član 56. Konvencije iz 1982. godine predviđa da države u isključivoj zoni imaju suverena prava da istražuju, iskorištavaju i da se brinu o očuvanju i upravljaju živim i neživim prirodnim bogatstvima mora, dna i podzemlja. Takođe, države imaju suverena prava i u pogledu drugih delatnosti koje se tiču ekonomskog iskorištavanja zone. Države koje proglase isključivu ekonomsku zonu, imaju jurisdikciju na osnovu relevantnih odredaba Konvencije za podizanje i upotrebu veštačkih ostrva, uređaja i naprava, naučno istraživanje mora, zaštitu i očuvanje morske okoline i druga prava i dužnosti. Zagarantovana prava plovidbe, preleta i polaganja kablova i cevovoda ostalih država time se praktično sužavaju. Uvođenjem mogućnosti da države proglase sopstvene isključive ekonomske zone, Konvencija Ujedinjenih nacija o pravu mora dovela je do ograničenja u pogledu institucionalizacije tzv. spoljnog morskog pojasa u kome države utvrđuju režim nadzora (na primer, u pogledu primene fikslnih, carinskih, sanitarnih i imigracionih propisa). Ovaj pojas postoji na delu otvorenog mora sve do momenta dok pomorska država ne proglasi svoju isključivu ekonomsku zonu do granice od 200 nautičkih milja od polaznih linija za merenje širine teritorijalnog mora (član 57). S obzrom da su Japan i Kina dve države čije se obale nalaze nasuprot jedne drugoj i da širina Istočnog kineskog mora između njih ne prelazi 400 nautičkih milja, došlo je do preklapanja njihovih isključivih ekonomskih zona.¹⁷ Razgraničenje isključivih ekonomskih zona između dve zemlje predstavlja težak problem jer se na ova područja primenjuje poseban pravni režim utvrđen jednostrano proglašenim zakonskim aktima koji nisu u potpunosti u skladu sa Konvencijom Ujedinjenih nacija o pravu mora iz 1982. godine.

Prema Konvenciji o pravu mora iz 1982. godine, za razgraničenje epikontinentalnih pojaseva i isključivih ekonomskih zona, paralelno se propisuju obaveze susednim državama da u okviru razumnog roka postignu konkretan sporazum ili barem privremen praktičan dogovor, bez štete po konačno utvrđivanje granica na moru. Sporazumna rešenja treba da budu postignuta u skladu sa opštim međunarodnim pravom i shodno članu 38. Statuta Međunarodnog suda pravde u Hagu,

¹⁷ Širina Istočnog kineskog mora između Kine i Japana varira od 180 nautičkih milja na najužim tačkama do 360 na najširim. Od severa do juga dužine je 1.300 km (ili 702 nautičke milje).

a u cilju postizanja pravičnih rešenja.¹⁸ Ako bi sporazum po ovom pitanju izostao, susedne države bile bi u obavezi da preduzmu sve mere potrebne za pronalazjenje rešenja mirnim sredstvima predviđenim Poveljom Ujedinjenih nacija (član 74. i član 83). Sledstveno, Konvencija o pravu mora utvrđuje samo okvire u kojima se može kretati državna praksa, a konkretne metode postizanja pravičnih rešenja ostavlja dogovoru zainteresovanih strana. U nekim slučajevima jednaki kriterijumi razgraničenja mogli bi se primeniti na oba morska pojasa, dok u drugim slučajevima, zbog geografskih ili drugih okolnosti, granice epikontinentalnog pojasa susednih država mogle bi biti drugačije povučene u odnosu na granice isključive ekonomske zone.¹⁹ Otuda proizilazi da su dve države dužne da izbalansirano primenjuju pravila i principe međunarodnog prava koji se koriste za razgraničenje navedenih morskih pojaseve kako bi time došle do pravičnih rešenja. To konkretno podrazumeva primenu običajnog međunarodnog prava i pravila kodifikovanih u Konvenciji Ujedinjenih nacija o pravu mora iz 1982. U konkretnom slučaju, pre konačnog razgraničenja između Kine i Japana bilo bi logično postaviti pitanje, da li će se postići pravično rešenje ako epikontinentalni pojas i isključiva ekonomska zona imaju zajedničku granicu? U poslednje vreme u međunarodnoj jurisprudenciji prisutan je trend povlačenja jedinstvene granice za sve pomorske zone koje se preklapaju između država koje se nalaze suprotno jedna drugoj i susednih država. Većina država navedeni pristup smatrala bi pragmatičnim i izvodljivim rešenjem. Da li će se granica između područja epikontinentalnih pojaseva poklapati sa granicom isključivih ekonomskih zona zavisiće pre svega od ishoda međudržavnog razgraničenja na moru. Kod država sa suprotnim obalama primena srednje linije uglavnom dovodi do pravičnih rezultata, dok kod bočnog razgraničenja susednih država, zbog prisustva raznih geografskih formacija na većim rastojanjima, metoda ekvidistance je u praksi pokazala značajna od-

¹⁸ Shigeru Oda, "International Law of the Resources of the Sea", *Recueil des Cours Académie de Droit International*, 1969, vol. 127, tome II, pp 373–401; *Exclusive Economic Zone*, in: *Encyclopedia of Public International Law*, R. Bernhardt ed., Vol. II, Amsterdam, 1995, pp. 305–312.

¹⁹ U sporu oko zaliva Maine između Kande i Sjedinjenih Američkih Država, Međunarodni sud pravde konstatovao je da utvrđivanje jedinstvene višenamenske funkcionalne granice epikontinentalnog pojasa i isključive ekonomske zone nije svojstveno samo ovoj oblasti. Ako do njega ipak dođe, razni faktori se uzimaju u obzir, a naročito oni koji se odnose na geografske formacije. Pri tome, utvrđivanje granice treba sprovesti u cilju pronalazjenja pravičnih rešenja bez davanja prednosti bilo kom kriteriju koji bi doveo u povlašćen položaj jedan od ova dva morska pojasa. Videti: "Case Concerning Delimitation of Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area", (Canada v. United. States), *International Court of Justice Reports*, 1984, pp. 278, 326–327. U sporu oko granice na moru između Gvineje i Gvineje Bisao, Arbitražni sud je bio pozvan da povuče jedinstvenu liniju razgraničenja teritorijalnog mora, isključive ekonomske zone i epikontinentalnog pojasa. Sud je utvrdio da metod ekvidistance nije dovoljan za povlačenje granica poslednja dva pojasa, jer naglašava značaj geografskih, geoloških i geomorfoloških formacija. Po mišljenju Suda, ni ekonomski faktori nisu primenjivi jer potiču od procene koja se kontinuirano menjala. Videti: "Maritime Delimitation Case" (Guinea v. Guinea Bissau), *International Law Reports*, Vol. 77, pp. 635–689; *International Legal Materials*, 1985, Vol. 25, pp. 252.

stupanja.²⁰ Primena korektivnih kriterijuma poznatijih kao “pravična načela” otuda se nameće kao opravdana nužnost. Valja međutim uočiti da je sasvim malo “pravičnih načela” o razgraničenju koja bi se mogla primeniti a da se time postignu pravična rešenja. Prvi princip je proporcionalnost, koji je zasnovan na odnosu između dužina relevantnih obala država u kojima treba povući granicu u pomorskim zonama s jedne strane i površine morskog prostora koji valja dodeliti svakoj od strana koja učestvuje u razgraničenju, sa druge strane. Drugi princip jeste princip distance, koji nije u suprotnosti sa principom proporcionalnosti, već naprotiv, oba principa su komplementarna i oba se tretiraju za osnovne kriterijume u procesu razgraničenja.²¹ Poštovanje “pravičnih načela”, uključuje i uzdržavanje od jednostranog preinačenja prirodnih formacija, nepodvlaštavanje oblasti koje pripadaju drugoj državi, uvažavanje pravičnosti koja ne mora uvek značiti i jednakost. Konačno, primena “pravičnih načela” podrazumeva uzimanje u obzir i drugih posebnih okolnosti.²² Svi navedeni korektivi naravno ne ukazuju da je u slučaju kinesko-japanskog razgraničenja nužno pozivanje na primenu “pravičnih načela”.

S obzirom da u konkretnom slučaju nije nađeno pravično rešenje, Japanci su jednostrano povukli središnju liniju koju je Kina odbila s obrazloženjem da Japan na taj način stiče određenu teritorijalnu prednost. Središnja linija ne samo da skreće na kinesku stranu, već skreće na zapad i zatvara sporna ostrva Senkaku/Djaoju na japanskoj strani. Time Japan podvlašćuje sve morske prostore istočno od jednostrano povučene linije. Kina smatra da bi razgraničenje trebalo izvršiti isključivo na osnovu sporazuma kojim bi se odstupilo od povlačenja granice dužinom središnje linije ili linije jednake udaljenosti (ekvidistance). Kineski predstavnici istakli su da povlačenje takve linije predstavlja samo metod povlačenja granice na moru koji *per se*, ne predstavlja opšte obavezujuće pravilo koje se mora

²⁰ Povodom spora oko razgraničenja epikontinentalnog pojasa u Severnom moru između Danske i SR Nemačke, a potom i SR Nemačke i Holandije, Međunarodni sud pravde je utvrdio da nije obavezna upotreba linije sredine kao metoda razgraničenja među stranama, te da ne postoji drugi jednostavan metod razgraničenja čije je korišćenje u svim okolnostima obavezno. Videti: “North Sea Continental Shelf”, International Court of Justice Reports, 1969, p. 28. U sporu između Danske i Norveške oko Grenlanda i ostrva Jan Mayen, isti Sud je utvrdio da posebne okolnosti mogu izmeniti primenu metoda ekvidistance. U tom pogledu, pored posebnih okolnosti mogu da važe i običajna pravila o relevantnim okolnostima. Videti: “Jan Mayen Maritime Delimitation” (Denmark v. Norway), International Court of Justice Reports, 1993, pp. 59–62; “Anglo-French Continental Shelf Case”, International Law Reports, 1977, n° 54, pp. 54, etc.

²¹ “Continental Shelf Case (Libya v. Malta)”, International Court of Justice Reports, 1985, p. 13.

²² Međunarodni sud pravde je podvukao značaj opšte konfiguracije obale, njene suprotstavljenosti kao i zavisnosti, zatim nepodudarnosti u dužini i međusobnoj udaljenosti, a potom i nezrazmernosti u pogledu veličine epikontinentalnog pojasa i obale. Videti: “Case Concerning the Continental Shelf (Lybian Arab Jamahiria v. Malta)”, International Court of Justice Reports, 1985, pp. 56–58; “Continental Shelf Case (Tunisia v. Libya)”, International Court of Justice Reports, 1982, p.18.

primeniti prilikom razgraničenja između Kine i Japana.²³ Ukoliko se pravična i razumna rešenja u razgraničenju mogu postići primenom metoda središnje linije ili linije jednake udaljenosti, ne vidi se razlog zašto ga Kina i Japan ne bi mogli primeniti na osnovu sporazuma?²⁴

DUŠKO DIMITRIJEVIĆ Ph.D.,
Institute of International politics and Economics,
Belgrade

REGULATION OF DISPUTES IN EAST CHINA SEA IN THE LIGHT OF INTERNATIONAL LAW

Summary

In recent years, in the area of East China Sea, there has been an intensification of a territorial dispute between China and Taiwan on the one hand and Japan on the other hand, concerning the islands that China calls Diaoyu, Taiwan Diaoyutai, and Japan the Senkaku. Because of the apparent escalation in their relations stemming from the different positions concerning sovereignty over these islands, and the different approaches in terms of determining the limits of the exclusive economic zones and continental shelf's, where neither side wants to make concessions to the other side, the application of international law, it seems inevitable mechanism to overcome the territorial disputes. Even more so because in the case that disputes are not resolved peacefully and with the application of international law, it is certain that in the future great powers will interference to exploit the current situation to ensure their own geo-strategic and geo-economic interests in the global competition for energy resources for which this area is rather rich. In this study, therefore, author point out that the parties have obligation to make further efforts to reach a solution in accordance with the rules and principles of international law which would *per se*, guarantee the preservation of peace and security in this part of East Asia.

²³ Zhu Fenglan, "The Delimitation of East China Sea Continental Shelf: Sino-Japanese Disputes from the Perspective of International Law", China International Studies, 2006.

²⁴ Gerald H. Blake, "Mediterranean Micro-Territorial Disputes and Maritime Boundary Delimitation", *Il regime giuridico internazionale del Mare Mediterraneo*, U. Leanza, Milano, 1987, pp. 111-118; P. Birnie, "Delimitation of Maritime Boundaries: Emergent Legal Principles and Problems", in: *Maritime Boundaries and Ocean Resources*, G. Blake ed., Croom Helm, London, 1987, pp. 15-37; J.I. Charney, "Progress in International Maritime Boundary Delimitation Law", *American Journal of International Law*, 1994, n° 88, p. 227.

VLADAN JONČIĆ

**ZNAČAJ BERLINSKE REZOLUCIJE O PRIMENI
MEĐUNARODNOG HUMANITARNOG PRAVA
U ORUŽANIM SUKOBIMA U KOJIMA UČESTVUJU
NEDRŽAVNI ENTITETI**

U V O D

Primena međunarodnog humanitarnog prava u unutrašnjim sukobima počela je da se primenjuje postepeno i skromno posle Drugog svetskog rata. Razlog takvog početka leži u stavu da je to unutrašnja stvar država, pravno zasnovana na opšteprihvaćenom shvatanju o suverenitetu država. Antikolonijalni i nacionalno-oslobodilački ratovi vođeni u velikom broju posle Drugog svetskog rata uticali su da se promeni shvatanje o suverenitetu država uporedo sa saznanjem da je neophodno razmotriti i pitanje primene međunarodnog prava na osnovama opštih principa zaštite ljudskih prava u vanrednim okolnostima.¹ Ovo pitanje posebno se zaoštrilo u međunarodnopravnoj praksi u periodu od 1950. do 1970. godine. Antikolonijalni i nacionalnooslobodilački ratovi naroda Afrike i Azije u ovom periodu (u prvo vreme) smatrali su se za unutrašnje pobune u tzv. "prekomor-

Dr Vladan Jončić, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Tekst je nastao kao deo istraživanja autora u okviru istraživačkog projekta na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu "Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom Evropske unije".

¹ Rezolucija XXIII Međunarodne konferencije o ljudskim pravima, Teheran 1968; Rezolucije Generalne skupštine OUN, No. 2446, 1968, 3103, (XXVIII) iz 1973, u vidu Deklaracije. A., Rosas, *Wars of National Liberation – International or Non-International Armed Conflicts?*, Instant Research on Peace and Violence, 1974, p. 34; V., Jončić, *Treća ženevska konvencija - praktična primena i uticaj na Protokole I i II*, Beograd, 2004, str. 60-65.

skim teritorijama” kolonijalnih sila. Ovu tezu su tvrdo, nepokolobljivo i uporno zastupale kolonijalne sile. Pravni osnov su nalazile u principu međunarodnog prava zabrana mešanja u unutrašnje stvari drugih država i na osnovu njega zabranu mešanja drugih subjekata međunarodnog prava u te sukobe. Na osnovu ovog principa izbegnuta je primena međunarodnog prava na te sukobe. Kolonijalne sile nisu dozvoljavale nikavo strano uplitanje u ove sukobe, smatrajući da su pobune na ovim prostorima njihova unutrašnja stvar, da tu važe samo njihovi zakoni i da nema mesta primeni međunarodnog prava. Međutim, s druge strane, u isto vreme, na scenu stupaju nova shvatanja o primeni pravila u oružanim sukobima zasnovani na prvom mestu na načelima Povelje OUN i tek donetom Univerzalnom deklaracijom o ljudskim pravima 1948. godine.² Na pritisak prakse i pod uticajem znatnog broja raznih rezolucija i deklaracija stvorili su se uslovi da se na međunarodnoj diplomatskoj konferenciji u Ženevi 1974/77 godine donese pored Dopunskog protokola uz ženevske konvencije od 12. avgusta 1949. godine o zaštiti žrtava međunarodnih oružanih sukoba (Protokol I) i Dopunski protokol uz ženevske konvencije od 12. avgusta 1949. godine o zaštiti žrtava nemeđunarodnih oružanih sukoba (Protokol II). Protokol II je utvrdio i stavio pod zaštitu samo minimalna prava učesnika unutrašnjih sukoba. Više se tu radilo o stavljanju pod zaštitu minimalnih ljudskih prava u vanrednim okolnostima nego nekoj pravoj korektnoj zaštiti.

Sve brojniji oružani sukobi posle 70-ih godina dvadesetog veka, a posebno u poslednjoj deceniji 20. i početkom 21. veka iznedrili su probleme vezane za poštovanje osnovnih ljudskih prava u oružanim sukobima i ukazali na pravne praznine u međunarodnopravnim normama koje su stvorile osnov za teška kršenja pravila međunarodnog humanitarnog prava (MHP). Takva situacija po nekim ocenama pretela je da ugrozi i svetski mir.³ Sukobi vođeni u periodu od sedamdesetih godina do devedesetih godina prošlog veka, po svojoj nasilnosti, ponašanju zaraćenih strana i teškim kršenjima osnovnih načela međunarodnog humanitarnog prava uticali su da se pristupi aktivnostima u pravcu pravnog sređivanja ove oblasti. U ovom periodu više puta se na sastancima međunarodnih organizacija, kako vladinih, tako i nevladinih, na prvom mestu Međunarodnog komiteta Cvenog krsta i Instituta za međunarodno pravo, pokretalo ovo pitanje. Tako je Institut za međunarodno pravo 1993. godine na svom zasedanju u Milanu doneo odluku da se pristupi izradi studije koja bi analizirala sprovođenje međunarodnog prava u toku oružanih sukoba u koje su uključeni nedržavni entiteti i uloge humanitarnog prava u njima. U toku rada Komisije, koja je tada formirana da izradi studiju, iskristalisala su se pitanja koja su tražila odgovore u vezi sa sprovođenjem međunarodnog humanitarnog prava u takvim sukobima. Institut je ko-

² V., Jončić, *Op.cit.* str. 66-67, 73.

³ D., Schindler, *l'Annuaire de l'Institut de Droit international (Annuaire), Centenary session*, Rim, 1973, Vol. 55, pp. 515-516.

načno usvojio nacrt rezolucije na svom sastanku u Berlinu 25. avgusta 1999. godine.

OSNOVNE POSTAVKE REZOLUCIJE

Komisija je u toku rada zapazila da je u unutrašnjim oružanim sukobima narasla uloga nedržavnih entiteta kao učesnika ovih sukoba. Praksa je nametala izvesne promene u tumačenju i primeni postojećeg međunarodnog humanitarnog prava, pre svega njegovih pravnih kostura, Ženevskih konvencija i Dopunskih protokola iz 1977. godine, a posebno pod uticajem uobličavanja novih običajnih pravila. Iskazala se neodložna potreba da se pojača humanitarna zaštita žrtava oružanih sukoba u okviru novog pravnog poretka koji je nastavio da se, posle Drugog svetskog rata, izgrađuje na osnovu Povelje UN. Stvorili su se uslovi da se umanju veliki uticaj “vojne potrebe”, a poveća i afirmiše humanost u oružanim sukobima.⁴ Vekovno “nadmetanje” između “vojne potrebe” i načela humanosti došlo je do prekretnice. Neophodno je bilo da se uspostave uslovi koji će pojačati uticaj i značaj načela humanosti u odnosu na “vojnu potrebu”. Osnovni “stubovi” na kojima se reformisalo i reorganizovalo shvatanje o značaju i neophodnoj potrebi da se pojača učinak načela humanosti na uštrb “vojne potrebe” postali su Povelja UN i jača uloge sistema kolektivne bezbednosti, aktivnija zaštita ljudskih prava uopšte, a posebno u vanrednim okolnostima (čitaj: oružanim sukobima) i primena i neophodnost opšteg poštovanja međunarodnog humanitarnog prava. Pored ovih “stubova”, dodatno je pojačanje bilo je uspostavljanje tribunala za gonjenje lica za koje se osnovano sumnja da su prekršila ove norme jer je ovim pojačana potreba za novim tumačenjem i adekvatnijom primenom međunarodnog humanitarnog prava. Nabrojani “stubovi” postali su konstitutivni elementi savremenog shvatanja zaštite žrtava oružanih sukoba, a posebno unutrašnjih sukoba. Upravo ovi događaji i potrebe doveli su do donošenja Rezolucije o primeni međunarodnog humanitarnog prava i osnovnih ljudskih prava u oružanim sukobima u kojima učestvuju nedržavni entiteti na predlog Instituta za međunarodno pravo. Rezolucija je usvojena 25. avgusta 1999. godine na završnom zasjedanju Instituta za međunarodno pravo u Berlinu. Rezolucija sama po sebi nema neki veliki pravni osnov kao što je slučaj sa osnovnim izvorima međunarodnog prava. Međutim, Rezolucija, s obzirom na činjenicu da je doneta od strane jedne institucije koja ima veliki ugled u međunarodnopravnoj nauci i s obzirom, da je u njenom donošenju bio uključen jedan broj poznatih stručnjaka međunarodnog prava oružanih sukoba i ljudskih prava, kao i pojedina tumače-

⁴ G. Đ. Perazić, *Međunarodno ratno pravo*, VINC, Beograd, 1986, str. 22–25; S. Avramov, M. Kreća, *Međunarodno javno pravo*, Beograd, 2007, str. 536; J. Andrassy, “Vojna potreba i ratno pravo”, *JAZU*, Zagreb, 1961, str. 164–165; V., Jončić, *Međunarodno humanitarno pravo*, Beograd, 2010, str. 100–108; V., Jončić, “Vojna potreba i međunarodno ratno pravo”, “Vojno delo”, 6/96, Beograd, 1996, str. 2–37; J. C. Bluntschli, *Das moderne Volkerrecht der civilisirten Staten*, 1878, str. 287; J.L. Kluber, *Europaisches Volkerrecht*, 1821, § 243, p. 395;

nja nekih pojmova iznetih u Rezoluciji, predstavlja jedan pogled i tumačenje primene pravila u oružanim sukobima koje se mora imati u vidu kada se razmatra primena pravila međunarodnog prava u unutrašnjim oružanim sukobima. Imajući u vidu da je krajem 20. i početkom 21. veka porastao broj oružanih sukoba u kojima učestvuju nedržavni entiteti, a posebno oružanih sukoba mešovitog i ne-utvrđenog karaktera, jasno je koliki značaj može imati jedna ovakva rezolucija ne samo za pravnu nauku, nego i za praksu. Posebno je značajna za praksu kada treba utvrđivati stepen humanitarne zaštite, kao i u slučaju kršenja odgovornost za povrede tih pravila.

Rezolucija ima svega 12 članova. U Preambuli Rezolucije dati su politički i pravni okviri primene MHP u unutrašnjim oružanim sukobima. Pošlo se od nekoliko činjenica. Na prvom mestu je činjenica da su oružani sukobi u kojima učestvuju nedržavni entiteti postali sve brojniji i da su u sve većoj meri posledica postojanja etničkih, verskih i rasnih uzroka. Drugo, da je posledica ove situacije sve veća ugroženost civilnog stanovništva u unutrašnjim sukobima. Treće, da ovi sukobi nisu samo unutrašnja stvar država koje su i njih uključene, već da je i celokupna međunarodna zajednica zainteresovana da se obezbedi poštovanje međunarodnog prava, a posebno međunarodnog humanitarnog prava u svim prilikama i da na tim osnovama međunarodna zajednica ima obavezu da se uključi i interveniše u teški situacijama, ali i da sama poštuje ove norme. Na tim osnovama Komisija je pripremila Rezoluciju i utvrdila da oružani sukobi u kojima učestvuju nedržavni entiteti ne pogađaju samo "države, nego i interese međunarodne zajednice kao celine". Četvrto, na osnovu stava Međunarodnog suda pravde da su obaveze iz zajedničkog člana 1. Ženevskih konvencija iz 1949. godine o "poštovanju" i "delovanju u cilju poštovanja" Konvencija "u svim prilikama" proistakle iz opštih načela međunarodnog humanitarnog prava, tako da su postale obavezne norme kao norme običajnog međunarodnog prava. Dakle, tumačenje tvorca Rezolucije je da su norme Ženevskih konvencija, koje su se odnosile samo na međunarodne oružane sukobe, postale običajne norme i time proširile svoju primenu i na ne-međunarodne oružane sukobe. Razume se da ovo shvatanje teško da bi se moglo smatrati da je opšte prihvaćeno. Peto, Rezolucija se poziva na odluke Međunarodnog krivičnog tribunala za bivšu Jugoslaviju gde se načela i pravila međunarodnog prava oružanih sukoba, koja su se ranije primenjivala isključivo u međunarodnim sukobima na osnovu stava Tribunala, sada primenjuju i u unutrašnjim sukobima. Rezolucija, dalje, podržava i prihvata gonjenje i kažnjavanje od strane nacionalnih sudova lica koja su izvršila ratne zločine, zločine protiv čovečnosti, genocid i druge teške povrede međunarodnog prava. U Preambuli se dalje navodi da Rezolucija "nalazi da je poštovanje međunarodnog humanitarnog prava sastavni deo sistema bezbednosti Organizacije ujedinjenih nacija" i da na osnovu toga "pozdravlja Odluku Generalnog sekretara Ujedinjenih nacija o poštovanju međunarodnog humanitarnog prava od strane Snaga Ujedinjenih nacija" i ističe značajnu ulogu Međunarodnog komiteta Crvenog krsta u sukobima u kojima su

učestvovali ili učestvuju nedržavni entiteti. Na osnovu svega iznetog u Rezoluciji se iznosi da je “poželjno pristupiti preispitivanju i prilagođavanju humanitarnog prava novoj situaciji kako bi se pojačalo poštovanje ovog prava i poboljšala zaštita žrtava oružanih sukoba u kojima uzimaju učešće nedržavni entiteti”.

U Rezoluciji su data osnovna tumačenja i opredeljenja nauke u vezi sa nekim nejasnim stavovima u međunarodnim konvencijama iz ove oblasti. Rezolucija u članu 1. iznosi tumačenje izraza “oružani sukob u kojima uzimaju učešće nedržavni entiteti”. Pod ovim se izrazom u Rezoluciji smatraju “oružani sukobi između oružanih snaga jedne vlade i onih koje pripadaju jednom ili većem broju nedržanih entiteta; uključuje i unutrašnje oružane sukobe u kojima intervišu snage za očuvanje mira”. Pod izrazom “*nedržavni entiteti*” podrazumevaju se strane u unutrašnjim oružanim sukobima koje se suprotstavljaju oružanim snagama vlade ili vode borbu protiv entiteta iste prirode, a ispunjavaju uslove predviđene u zajedničkom članu 3. Ženevskih konvencija iz 1949. godine o zaštiti žrtava rata ili članu 1. Dopunskog protokola iz 1977. godine na Ženevske konvencije koji se odnosi na zaštitu žrtava nemeđunarodnih oružanih sukoba (Protokol II).

U toku rada Komisije za izradu Rezolucije bilo je dosta diskusije oko pojmova “nedržavni entiteti” i “oružani sukob u kojima uzimaju učešće nedržavni entiteti”. Problemi su nastali pre svega oko toga da izraz “nedržavni entiteti” nije pravni termin i da u međunarodnom pravu nije jasno definisan, kao i izraz “oružani sukob u kojima uzimaju učešće nedržavni entiteti”. Na ovo su ukazali pojedini članovi Instituta, pre i u toku rada na Rezoluciji.⁵ Izlaz je pronađen u početnom stavu Komisije da je neophodno da se pođe potrebe da se “međunarodno humanitarno pravo prilagodi novim situacijama i novim akterima”. Polazni stav je bio da se vremenom formalistički koncept rata, na kome su se zasnivale Ženevske konvencije iz 1949. godine, vremenom zamenio širim konceptom oružanog sukoba i da nedržavni entiteti igraju sve značajniju ulogu u oružanim sukobima na kraju 20. i početkom 21. veka. Rasprava oko ovog pitanja ukazala je da je neophodno da se utvrdi pravni položaj takvih entiteta u oružanim sukobima i u kojoj meri su entiteti pravni instituti? Došlo se do zaključka da se koncept “nedržavni entiteti” tumači kao “strana u sukobu”, odnosno kao “strane u sukobu koje nisu države”.⁶ Ovakav stav prihvaćen je na predlog D. Schindlera koji se zasnivao na stavu da se definicija ne nalazi u opštem međunarodnom pravu, nego u pravu oružanih sukoba. Na ovaj način isključene su nevladine organizacije do momenta kada se uključe kao zaraćene strane. Želja je bila da se izrazom “nedržavni entiteti” istakne da su to entiteti koji nisu države. Oni su na neki način kvazi – državni entiteti koji žele da postanu države ili vlade. Ovim se izbegava da se ove

⁵ Abi-Saab, Cf., *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 68-I, 1999, p.283, M., Sahovic, *ibid.*, p. 305.

⁶ D., Schindler, *The Yearbook of the Institute of International Law (Yearbook)*, 1999, Centenary Session, Roma, 1973, Vol. 55, pp. 515-516; Cf., *The Yearbook of the Institute of International Law*, 68-I, 1999, pp. 263, 329.

“grupe” kvalifikuju kao subjekti međunarodnog prava, jer one to nisu, kao i da se ne prejudicira njihov status. Glavno pitanje je da li ovi “entiteti” faktički učestvuju u oružanim sukobima. Ako učestvuju, oni direktno potpadaju pod međunarodno pravo oružanih sukoba. Po Schindleru, izraz nedržavni entiteti obuhvata “svaku grupu ili frakciju koja učestvuje u neprijateljstvima protiv vlade ili nekog drugog sličnog entiteta”.⁷ Pod kvazidržavnim entitetima smatraju se pobunjenici, vlade u egzilu koje nastavljaju oružanu borbu, narodnooslobodilački pokreti, zaraćene strane koje su kao takve priznate, kao i razne grupe ili kolektiviteti koji su se podigli na oružje.⁸ Na njihov status, u smislu međunarodnopravne zaštite, nema značaja da li imaju ili ne međunarodnopravni subjektivitet. Sve grupe koje pretenduju na ovaj status imaju, po shvatanju pojedinih teoretičara međunarodnog prava učesnika berlinskog skupa, međunarodnopravnu zaštitu.⁹ Ovo tumačenje ima značajnu praktičnu primenu u slučaju sukoba u kojima učestvuju mirovne snage UN. Potvrda ovom stavu naglašena je od strane učesnika sastanka u Berlinu i činjenicom da je Generalni sekretar UN prihvatio obavezu poštovanja međunarodnog prava oružanih sukoba.¹⁰ Postavlja se pitanje kakva je situacija u slučaju “nestanka države”, a da dva ili više entiteta nastavljaju da vode oružane sukobe. Ovo pitanje se u toku rada na donošenju Rezolucije napustilo. Želja je bila da se izbegne komplikovana situacija. Nije postojala namera da se “domen primene ne ograničava time što bi se moglo shvatiti da ona obuhvata sukobe između nedržavnih entiteta samo ako se vlast države raspada”. U praksi su moguće razne situacije; od toga da jedna država može na nastavi svoje postojanje bez obzira na sukob između nedržavnih entiteta na njenoj teritoriji. Moguć je slučaj da propadne samo vlada, ali ne i država koja može da nastavi da postoji bez obzira na to da li postoji ili ne njena vlada, ili da li je u zemlji ili u izgnanstvu. Otuda izraz “*nedržavni entiteti*” treba shvatiti kao sinonim za pravni institut “*strana u oružanom sukobu*”. Pod “*nedržavni entiteti*” ne treba smatrati države, jer oni to nisu. Međutim, u nedostatku drugog izraza neophodno je prihvatiti ovaj, uz sugestiju da oni mogu u nekom trenutku postati države ili pobunjenički pokreti. Iz tih razloga su redaktori Rezolucije i primenili ovaj izraz i dali tumačenje ovog termina.

Što se tiče izraza “*oružani sukobi u kojima uzimaju učešće nedržavni entiteti*” može se reći da je ovaj izraz već postao uobičajen i da je njegov pojam preciziran u Komentarima na Ženevske konvencije iz 1949. godine.¹¹ Termin oružani sukob

⁷ *Ibid.*, p. 320.

⁸ Tako, L., Sohn, *Ibid.*, p. 277.

⁹ Tako, Skubiszewski i dr., *Ibid.*, pp. 286-287.

¹⁰ UN Doc. ST/SGB/1999/13 (International Review of the Red Cross, No. 18, 1999. p. 806); Bruce M. Oswald, “The creation and control of places of protection during United Nations peace operations”, International Review of the Red Cross, No. 844, Geneve, 2001, pp. 1013-1035.

¹¹ J. Pictet, ed., *Commentary I Geneva Convention of 12 August 1949, IRRIC, 1952*, Geneva, pp. 29. continue.

razlikuje se od termina rata i koncepta unutrašnjih nemira i zategnutosti. U teoriji i praksi skoro se potpuno izbacilo korišćenje izraza "rat". Postalo je uobičajeno da se koristi izraz "oružani sukob". Svaki sukob nije rat, ali svaki rat jeste oružani sukob. Oružani sukobi u kojima učestvuju nedržavni entiteti se ne smatraju klasičnim (potpunim) oružanim sukobom. Tumačenjem članova Protokola II iz 1977. godine ovakve situacije se ne smatraju osnovom za primenu međunarodnog prava oružanih sukoba. Komisija instituta za međunarodno pravo, koja je radila na tekstu Rezolucije, došla je tokom rasprava do zaključka da se ovde radi o oružanim sukobima u kojima preovlađuje nemeđunarodni karakter. Pritom je, na predlog člana Komisije D. Schindlera, zaključila da mogu postojati nekoliko situacija u praksi koje se mogu tumačiti kao "oružani sukobi koji uključuju učešće nedržavnih netiteta". To mogu biti sledeće situacije:

"(1) Oružani sukobi "koji nemaju međunarodni karakter" u smislu zajedničkog člana 3. svih četiri Ženevskih konvencija iz 1949. godine i njihovog Protokola II (oružani sukobi između vlade i nedržavnih entiteta ili oružani sukobi između nedržavnih entiteta); (2) *Mešoviti sukobi* u koje se ubrajaju oružani sukobi koji nemaju međunarodni karakter, a u kojima interveniše jedna ili više stranih država; (3) Sukobi koji nemaju međunarodni karakter, ili su mešovite prirode, u kojima interveniše *snage Ujedinjenih nacija*; (4) Narodnooslobodilački ratovi u smislu člana 1. par. 4. Protokola I uz Ženevske konvencije (narodnooslobodilački pokreti kao nedržavni entiteti)."¹²

Praksa je pokazala da će se u slučaju učešća strane države na stranu vladinih snaga smatrati i dalje da je u pitanju unutrašnji sukob. Međutim, u slučaju da se strana država angažuje na strani pobunjenika, onda se u svakom slučaju radi o međunarodnom sukobu. Zaključak se temelji na slučaju *Nicaragua case*. Međunarodni sud pravde u slučaju Nikaragve zauzeo je stav da je "Sukob između snaga kontraša i snaga vlade Nikaragve oružani sukob koji nema međunarodni karakter". Akti kontraša prema oružanim snagama vlade Nikaragve potpadaju pod nadležnost unutrašnjeg prava koje se primenjuje na sukobe tog karaktera. Međutim, "akcije snaga SAD protiv Nikaragve potpadaju pod pravila međunarodnog prava koja se odnose na međunarodne sukobe"¹³

Skoro da je opšte prihvaćen stav da se Protokol II neće primenjivati na situacije unutrašnjih nemira i napetosti, kao što su pobune, izolovani i sporadični akti nasilja i ostali akti slične prirode, iako su i to oružani sukobi. U Komentariju Protokola II MKCK navodi se "Protokol (se) odnosi samo na sukobe u okviru određenog stepena intenziteta i nema potpuno isto polje primene kao zajednič-

¹² *Yearbook of the Institute of International Law*, 68-I, 1999, p. 261.

¹³ *Nicaragua case*, ICJ Reports, p. 114, available at: www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.

ki člana 3. na sve četiri Ženevske konvencije iz 1949. godine, koji se primenjuje u svim situacijama nemeđunarodnog oružanog sukoba”.¹⁴

Da bi Protokol II stupio u dejstvo neophodno je da se ispune određeni uslovi i to: 1. mora da postoji oružani sukob između oružanih snaga vlade i pobunjeničkih (opozicionih, “disidentskih”) oružanih snaga;¹⁵ 2. neophodno je da pobunjeničke oružane snage budu pod odgovornom komandom, (10) i 3. da te oružane snage kontrolišu deo teritorije koja im omogućuje da “vode neprekidne i usmerene vojne operacije, i 4. da se pridržavaju i sprovode Protokol II. (11)

Redaktori Komentara su na osnovu ovih kriterijuma došli do zaključka da se zajednički član 3. i Dopunski protokol II iz 1977. godine u izvesnom smislu razlikuju, ali da su oni ipak komplementarni: “U okolnostima kada su ispunjeni uslovi primene Protokola, Protokol i zajednički član 3. istovremeno će se primenjivati, jer je Protokol uključen u šire polje primene člana 3. S druge strane, u sukobima u kojima je nizak intezitet borbi i koji ne sadrži karakteristične osobine koje zahteva Protokol, primenjuje se zajednički član 3. U stvari, zajednički član 3. zadržava autonomno postojanje, odnosno, njegova primenljivost nije ni ograničena niti u suprotnosti sa materijalnim poljem primene Protokola.”¹⁶

Protokol II. se primenjuje u slučaju da pobunjeničke snage kontrolišu deo teritorije “koja im omogućuje da vode neprekidne i usmerene vojne operacije”. Masovnost u akcijama pobunjenika osnovni je uslov da se primeni Protokol II. Upravo ova činjenica pravi razliku u primeni Protokola i zajedničkog člana 3.¹⁷

Kada se radi o tzv. transnacionalnim sukobima gde se naoružane grupe duže vreme bore sa snagama države i uz to prelaze sa teritorije druge države na teritoriju države sa kojom su u konfliktu smatra se da je to unutrašnji sukob. Takav stav proizilazi iz stava koji je zauzeo MKCK u svom mišljenju o definisanju oružanog sukoba u međunarodnom humanitarnom pravu iz 2008. godine¹⁸ i Haški tribunal u slučajevima “Tadić”, “Haradinaj” i “Boškoski i Tarčulovski”.¹⁹ Tribunal je

¹⁴ ICRC, Commentary on the 1977 Additional Protocols to the Geneva Conventions of 1949, p. 1348.

¹⁵ Neophodno je da postoji sukob u kome su angažovane veće snage, a ne pojedinci. Po shvatanju redaktora komentara MKCK ovaj kriterijum neophodan jer se na ovaj način ilustruje kolektivni karakter sukoba. U suprotnom, izolovani akti pojedinaca bez koordinacije, ne bi mogli da se smatraju koordiniranim akcijama neke organizovane grupe. (*Ibid.*, p. 1351).

¹⁶ *Ibid.*, p. 1350.

¹⁷ L. Zegveld, *The Accountability of Armed Opposition Groups in International Law*, Cambridge Studies in International and Comparative Law, UK, 2002, pp. 145–146.

¹⁸ *How is the Term “Armed Conflict” Defined in International Humanitarian Law?* International Committee of the Red Cross (ICRC), Opinion Paper, March 2008, (<http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/opinion-paper-armed-conflict.pdf>).

¹⁹ Na ove presude se takođe poziva i MKCK u svom zaključku o definisanju oružanog sukoba, (The judgment of the ICTY in April 2008 in the Ramush Haradinaj case, paras. 49, 60, (http://www.geneva.academy.ch/RULAC/qualification_of_armed_conflict.php).

u slučaju “Tadić” izjavio da “oružani sukob postoji svuda gde se pribeglo oružanoj sili između država”.²⁰ Većina teoretičara međunarodnog humanitarnog prava stoji se slaže oko definisanja oružanog sukoba i podele oružanih sukoba na međunarodne i nemeđunarodne oružane sukobe. Razlike postoje oko utvrđavanja kriterijuma podele sukoba na nemeđunarodne (unutrašnje) i međunarodne oružane sukobe²¹.

Situacija je nešto složenija kada se radi o sukobu nemeđunarodnog karaktera u kome učestvuje država koja sprovodi vojne operacije na teritoriji druge države protiv pobunjenika te države. Razlika se pravi da li ta država učestvuje u sukobu protiv pobunjenika sa pristankom države na čijoj se teritoriji izvode operacije ili ne. Ako se operacije izvode sa pristankom te države smatra se da je to unutrašnji sukob u kome strana država učestvuje po pozivu te države. Ako ne, pravi se razlika da li su napadi manjeg obima i ograničeni samo na pobunjenike i njihovu vojnu infrastrukturu ili su šireg obima i prošireni na infrastrukturu države na čijoj se teritoriji vode borbe. U prvom slučaju smatra se da je unutrašnji sukob, a u drugom, da se ceo sukob transformisao u međunarodni.

Na kraju, može se zaključiti da je definicija oružanog sukoba i nemeđunarodnog oružanog sukoba koju je predložio Međunarodni komitet Crvenog krsta sasvim prihvatljiva u ovom trenutku: “Međunarodni oružani sukobi postoje svuda gde se pribeglo *oružanoj sili između dve ili više država*. Nemeđunarodni oružani sukobi su dugotrajni *oružani sukobi koji se dešavaju između vladinih oružanih snaga i snaga jedne ili više naoružanih grupa, ili između takvih grupa nastalih na teritoriji države (zaraćene strane po Ženevskim konvencijama)*. Oružani sukob mora dostići *minimalni nivo intenziteta* i strane u sukobu moraju da pokažu *minimum organizacije*”.²² Iz tih razloga može se reći da je stav Komisije iznet u Rezoluciji samo kontinuitet ranijih stavova MKCK.

Član 2. Rezolucije “Sve strane u oružanim sukobima u kojima učestvuju ne-državni entiteti, nezavisno od njihovog pravog statusa, kao i Ujedinjene nacije, regionalne i ostale nadležne međunarodne organizacije, imaju obavezu da poštuju međunarodno humanitarno pravo, kao i osnovna ljudska prava. Primena odgo-

²⁰ MKTJ, *Tužilac protiv Duška Tadića*, Odluka po zahtevu odbrane na žalbi za Nadležnost, (IT-94-1-A, 2. oktobar 1995, par. 70).

²¹ H.P. Gasser, “International Humanitarian Law: an Introduction”, in: *Humanity for All: the International Red Cross and Red Crescent Movement*, H. Haug (ed.), Paul Haupt Publishers, Berne, 1993, p. 555; D. Schindler, “The Different Types of Armed Conflicts According to the Geneva Conventions and Protocols”, RCADI, Vol. 163, 1979-II, p. 147; Sassoli M., “Transnational Armed Groups and International Humanitarian Law”, Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, Harvard University, Occasional Paper Series, Winter 2006, No. 6, pp. 8,9. (Preuzeto sa: <http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/opinion-paper-armed-conflict.pdf>). Josef Mrázek, “Armed conflicts and the use of force”, (http://files.cyil.eu/200000012-182a119241/cyil_6_mrazek.pdf).

²² How is the Term “Armed Conflict” Defined in International Humanitarian Law? *Op. cit.*, 2008, p. 5.

varajućih načela i pravila ne utiče na pravni status strana u sukobu i ne zavisi od toga da li su priznate kao strane u sukobu ili kao pobunjenici”.

Član 2. Ponavlja već poznatu obavezu da svi učesnici oružanog sukoba imaju obavezu da se pridržavaju pravila međunarodnog humanitarnog prava i osnovnih ljudskih prava. Uostalom, pravila humanitarnog prava načelno su zaštićena ljudska prava u vanrednim situacijama (u masovnim katastrofama), odnosno u oružanim sukobima.²³ Ovaj član zapravo je osnov Rezolucije. Zajedno sa čl. 4. Rezolucije koji dopunjuje čl. 2. i precizira pravo koje se obavezuje učesnike (nedržavnih entiteta) oružanih sukoba. Pored ovih učesnika Rezolucija pominje i univerzalne organizacije (UN) kao i regionalne organizacije koje se mogu naći u takvim oružanim sukobima. Uključivanje međunarodnih organizacija, kao što su Ujedinjene nacije zasnovano je na Cirkularu Generalnog sekretara UN iz 1999. godine.²⁴ U slučaju učešća oružanih snaga međunarodnih organizacija i njihovog poštovanja pravila oružanih sukoba njih obavezuju osnovne norme i principi prava oružanih sukoba koji važe po principu *erga omnes*. Prva i poslednja rečenica člana 2. ukazuju na obavezu poštovanja svih pravnih normi koje su na snazi od strane svih učesnika sukoba bez obzira na njihov status. Dakle, poštovanjem ovih normi se ne prejudicira njihov status. Nameće se pitanje šta se podrazumeva pod izrazom “regionalne i ostale nadležne organizacije”? Na sastanku Komisije u Berlinu, prilikom donošenja Rezolucije, istaknuto je da ovi izrazi upućuju na univerzalne organizacije kao što su Ujedinjene nacije i na regionalne organizacije u smislu Glave VIII Povelje UN. Termin “nadležne” upućuje da se odredba odnosi na organizacije koje pokriva Glava VIII kao i na prava tih organizacija da intervenišu u skladu sa sopstvenim aktima.²⁵ Na konferenciji je tokom obrazloženja ovog člana pomenuto da se prihvatio ovako širok pojam kako bi ova odredba mogla da obuhvati i druge organizacije kao što je, na primer, NATO.²⁶ Pominjanje ovog vojnopolitičkog saveza koji bi mogao da se uključuje u ovako osetljive sukobe i davati mu pravni osnov za učešće je opasan presedan i pored drugih odredaba o kojima će biti reči upućuje nepristrasnog analitičara na zaključak da se Komisija diskretno stavila u službu novih politički procesa. Na ovaj način, čini se, Komisija i Rezolucija izlaze iz okvira nepristrasnosti. Može se doći do zaključka da je Rezolucija u ovom delu postala pravni osnov (zlo)upotrebe normi međunarodnog prava i prikaz novih tumačenja postojećih normi međunarodnog humanitarnog prava. Sve skupa može da se tumači kao stavljanje ovih normi u službu tzv. “Novog svetskog poretka”.

²³ V., Jončić, “Katastrofe i ljudska prava”, *Pravni život*, br. 14. knj. 564, Beograd, 2009, str. 371-393.

²⁴ UN Doc. ST/SGB/1999/13.

²⁵ *Annuaire de l'Institut de Droit International*, Op. cit., pp. 324, 330.

²⁶ *Ibid.*, pp. 337, 338-339.

Član 3. Rezolucije je ponavljanje već poznatog načela da je poštovanje međunarodnog humanitarnog prava i osnovnih ljudskih prava sastavni deo međunarodnog poretka očuvanja i "uspostavljanja mira i bezbednosti, uključujući i oružane sukobe u kojima učestvuju nedržavni entiteti". Dodatak uz istovremeno proširenje načela u skladu je sa drugim delom rečenice "uključujući i oružane sukobe u kojima učestvuju nedržavni entiteti". Ovim je proširena primena međunarodnog prava i na oružane sukobe u kojima učestvuju nedržani entiteti (čitaj pobunjeničke grupe i pokreti). Korišćenjem izraza "oružani sukobi" bez preciznije klasifikacije o kojim se sukobima radi može da se u svaki oružani sukob uključe razne naoružane grupe i da se kvalifikuju kao nedržavni entiteti. Komentari redaktora Rezolucije smatraju da se ovim članom Rezolucije "ističe suštinski značaj poštovanja međunarodnog humanitarnog prava i osnovnih ljudskih prava"²⁷. Njegov pravni osnov oni nalazi u izjavama čelnika i u dokumentima UN, tj. da je Savet bezbednosti preduzeo akcije na osnovu Glave VII Povelje UN u oružanim sukobima u kojima su bile uključene i snage nedržavnih entiteta. Ovim je, po njima, potvrdio stav da je "poštovanje međunarodnog humanitarnog prava sastavni element sistema bezbednosti Ujedinjenih nacija".²⁸ Ovakvi stavovi komentatora Rezolucije i redaktora ukazuju na težnju da se međunarodna pravna pravila rastegnu i na one sukobe koji su tradicionalno ulazili u unutrašnje stvari država gde se primenjuju unutrašnja pravna pravila i propisi država. Razume se da ta unutrašnja pravila moraju da budu u skladu sa dostignutim stepenom razvoja načela i principa humanosti kao opšta pravna načela.

Član 4. Rezolucije precizirao je izvore na kojim se temelji primena pravila oružanih sukoba u kojima učestvuju nedržavni entiteti. Međunarodno pravo koje se primenjuje u oružanim sukobima u kojima učestvuju nedržavni entiteti obuhvata zajednički član 3. Ženevskih konvencija iz 1949. godine, Protokol II i sve druge konvencije koje se primenjuju u nemeđunarodnim oružanim sukobima, običajna pravila i načela međunarodnog humanitarnog prava koja regulišu vođenje neprijateljstava, načela i pravila međunarodnog prava koja garantuju osnovna ljudska prava, načela i pravila međunarodnog prava koja se primenjuju u unutrašnjim oružanim sukobima u vezi sa ratnim zločinima, zločinima protiv čovečnosti, genocidom i ostalim međunarodnim zločinima i načela međunarodnog prava "proizišla iz prihvaćenih običaja, načela čovečnosti i zahteva javne svesti" (čl. IV st.7). Redaktori Rezolucije su ovim članom poslali i podržali tri osnovna izvora: pravila međunarodnog humanitarnog prava propisana za ovu vrstu sukoba, osnovna ljudska prava koja se moraju poštovati u oružanim sukobima jer su temelj dostignutih civilizacijskih vrednosti i humanosti i humanitarni principi koji popunjavaju svaku prazninu u bilo kom od prva dva izvora i međusobno ih povezuju. Poslednji izvor je zapravo zasnovan na De Martensovoj klauzuli.

²⁷ *Ibid.*, p. 339.

²⁸ *Ibid.*, p. 369.

Pozivanje na osnovna načela ljudskih prava kao drugom izvoru ima svoju evoluciju još od Teheranske konferencije 1968. godine, kad je doneta Rezolucija o "Poštovanju ljudskih prava u oružanim sukobima". Od tada se smatra da su međunarodno pravo ljudskih prava i međunarodno humanitarno pravo isprepletani i usko povezani. U doktrini je inače skoro opšte prihvaćen stav da se norme međunarodnog humanitarnog prava zasnivaju na osnovnim načelima ljudskih prava.²⁹

Član V Rezolucije obavezuje države i nedržavne entitete koji učestvuju u nekom oružanom sukobu da poštuju međunarodno humanitarno pravo u svim prilikama bez obzira da li države i nedržavni entiteti osporavaju postojanje oružanog sukoba. Istovremeno, pruženo je pravo svakoj državi, bez obzira što ne učestvuje u tom oružanom sukobu, da zahteva poštovanje ovog prava. Jasno je da su redaktori želeli da putem ovako sročene odredbe naglase apsolutni, tj. *erga omnes* karakter obaveze poštovanja međunarodnog humanitarnog prava. To je učinjeno tako što je u tekst uneta klauzula koja utvrđuje obavezu da se takve norme poštuju "u svim prilikama". Na taj način je očuvan stari princip i težnja poznat još iz haških pravilnika, a očuvan u zajedničkom čl. 1. četiri Ženevske konvencije iz 1949. godine da se Konvencije primenjuju u svim prilikama.³⁰ Spremnost da se ove norme primenjuju "u svim prilikama", ogleda se i u poslednjoj rečenici gde se isključuju svi subjektivni faktori u toku odlučivanja o primeni međunarodnog humanitarnog prava. Odredba čl. 5. Rezolucije *de facto* proširuje pomenuti zajednički član 2. (1) sve četiri Ženevske konvencije iz 1949. godine. Primena Konvencija se na taj način čini nezavisnom do tumačenja, odnosno priznanja "statusa strana u sukobu" od strane bilo kog učesnika koji je angažovan u tom sukobu. Istovremeno ovim članom se staranje nad primenom i poštovanjem humanitarnog prava stavlja kao obaveza ne samo sukobljenim stranama, nego i drugim državama koje ne učestvuju u tom sukobu.

Rezolucija potvrđuje ranija opredeljenja i daje nov podsticaj Ujedinjenim nacijama, regionalnim i drugim međunarodnim organizacijama da u slučaju ozbiljnih kršenja međunarodnog humanitarnog prava i ljudskih prava preduzmu "odgovarajuće mere u skladu sa međunarodnim pravom" (čl. VI). Član VI je u uskoj vezi sa članom VII Rezolucije. Član VI u predloženom obliku je glasio: "Države, Ujedinjene nacije i druge nadležne regionalne međunarodne organizacije imaju pravo da u slučajevima ozbiljnog kršenja humanitarnog prava usvoje od-

²⁹ A. Roberts/ R. Guelff, *Documents on the Laws of War*, 1989; A. Roberts/ R. Guelff, *Documentation on the of War*, pp. 172, 175, 189; I. Blishchenko, *International Humanitarian Law*, Progress Publishers, Moscow, 1987, pp. 21-22; V. Jončić, *Međunarodno humanitarno pravo*, Beograd, 2010, str. 310-314; Doc., *Human Rights as the Basis of Humanitarian Law*, Grassi, Lugano-Bellinzona, 1971.

³⁰ J. Pictet, *Op. cit.*, 1952, pp. 25-28; J. Pictet, "Croix-Rouge et les Conventions de Geneve", 76. Recueil des cours, 1950, Vol. I, p. 42; M., Greenspan, *The Modern Law of Land Warfare*, Berkeley and Los Angeles, 1959. p. 68; V. Jončić, *Op. cit.*, 2010, str. 88; V. Jončić, *Ratni zarobljenici - međunarodnopravni status*, Beograd, 2002, str. 153-156.

govarajuće mere u skladu sa međunarodnim pravom. Države i nadležne regionalne organizacije posebno su ovlašćene da u slučaju sistematskog i masovnog kršenja humanitarnog prava preduzmu protivmere, koje ne uključuju upotrebu sile u skladu sa međunarodnim pravom, s ciljem da navedu prestupničku stranu da prestane sa kršenjem”.³¹ Posle rasprave o donošenju odredbe koja državama i međunarodnim organizacijama daje ovako široka prava da se upliću u unutrašnje konflikte doneta je odluka da se ova odredba podeli na dve i da se prva odredba (čl. VI), odnosi na međunarodne organizacije, a druga (čl. VII) na države.³² Nameće se zaključak da su redaktori Rezolucije jarko želeli da koliko god je to moguće prošire pravo primene međunarodnog prava i na unutrašnje konflikte, čime se otvara mogućnost direktnog mešanja drugih država i međunarodnih organizacija (uključujući i vojnopoličke saveze, pre svega NATO-a) na unutrašnje krize i konflikte. Ako se ovome doda da su mnoge krize i konflikti prouzrokovani uticajem spoljnog faktora (mešanjem velikih sila) jasno je da se na ovaj način pruža mogućnost legalizovanja tog mešanja i to kroz formu zaštite kršenja međunarodnog humanitarnog prava i osnovnih ljudskih prava. Uostalom, praksa unutrašnjih konflikata i oružanih sukoba vođenih posle 2000. godine ukazuje na ispravnost ove primedbe.

Član VII Rezolucije proširuje ovo pravo državama da “delujući pojedinačno ili zajednički, prema svim stranama oružanog sukoba koje krše svoje obaveze preduzimaju diplomatske, ekonomske i druge mere dozvoljene međunarodnim pravom”. Iz pomenutog teksta sledi zaključak da se te mere ne smatraju protivpravnim mešanjem u unutrašnje poslove te države. Ovako sročeno pravilo otvara niz pitanja. Jedno od pitanja je šta je ostalo od suvereniteta države, s obzirom da smo svedoci grubog mešanja država u unutrašnje konflikte pod izgovorom da se spašavaju ljudska prava, da je nastupila humanitarna katastrofa itd. Takvi konflikti vrlo brzo narastu u masovne sukobe i od unutrašnjeg konflikta postanu mešoviti oružani sukobi, a završe kao međunarodni u vidu vojne intervencije (Irak, Libija, Sudan i delimično Sirija). Posebno pitanje je ko ima pravo da usvoji takve mere i koji kriterijum se uzima za procenu preduzimanja takvih mera i u kom momentu nastupa obaveza da se države uključe i preduzmu takve mere? Pokušaj redaktora Rezolucije i članova Instituta za međunarodno pravo da pruže zaštitu ugroženim kategorijama i da osnaže ulogu međunarodnog humanitarnog prava u unutrašnjim sukobima ovim se završio sa više štete nego koristi. Širokim tumačenjem postojećih normi međunarodnog humanitarnog prava podržali su sumnjiv pravni osnov i stvorili pravne uslove za mešanje u unutrašnje stvari država i vojne intervencije. Ima se utisak da su redaktori u želji da pravno uredi ovo pitanje i da prošire polje dejstva međunarodnog humanitarnog prava zaboravili na objektiv-

³¹ *Annuaire de l'Institut*, Op. cit., p. 282.

³² *Ibid.*, p. 344.

ne ograde primene međunarodnog prava i na opasnosti od njegove zloupotrebe, na prvom mestu zbog njegove nepreciznosti i površnosti.

Rezolucija je predvidela i odgovornost za ozbiljna kršenja međunarodnog humanitarnog prava: "Svako ozbiljno kršenje međunarodnog humanitarnog prava u oružanim sukobima u kojima učestvuju nedržavni entiteti povlači za sobom individualnu odgovornost lica uključenih u njeno izvršenje, bez obzira na njihov status ili zvanični položaj, u saglasnosti sa međunarodnim instrumentima koji poveravaju suzbijanje ovih akata nacionalnom ili međunarodnom pravosuđu" (čl. VIII st. 1). Države na čijoj se teritoriji nalaze ili nađu lica kojima se pripisuje ozbiljno kršenje međunarodnog humanitarnog prava izvršeno u nemeđunarodnim oružanim sukobima imaju pravo na njihovo gonjenje i da ih predaju sopstvenim sudovima. Odredba ima za cilj da potvrdi individualnu krivičnu odgovornost lica koja izvrše ozbiljna kršenja međunarodnog krivičnog prava. Član VIII se može tumačiti da sadrži dva aspekta krivične odgovornosti. Prvi aspekt je predviđen u stavu 1. člana VIII, u kome se predviđa kažnjavanje od strane međunarodnih tribunala, odnosno sudova (Međunarodni krivični sud, osnovan Rimskim statutom), a drugi pred nacionalnim sudovima.

Ovaj član je interesantan iz još nekoliko razloga. Prvo, Rezolucijom se utvrđuje kategorija "ozbiljna kršenja" međunarodnog humanitarnog prava za nemeđunarodne oružane sukobe. To je nešto vrlo slično institutu teških povreda koje su predviđene u međunarodnim oružanim sukobima. Međutim, postoje razlike i one se ogledaju u sledećem: "teške povrede" u međunarodnim oružanim sukobima se obavezno gone, dok se u unutrašnjim sukobima koristi izraz "ozbiljno kršenje" i predviđa se opciono pravo gonjenja. Izraz iz člana VIII "ozbiljna kršenja" mora brižljivo da se razlikuje od izraza "teške povrede" iz Ženevskih konvencija iz 1949. godine. S obzirom da se Rezolucija bavi unutrašnjim sukobima, izbegnuto je da se koristi izraz "teške povrede".

Drugo, Rezolucija predviđa krivičnu odgovornost za sve učesnike unutrašnjeg sukoba uključujući tu i pripadnike nedržavnih entiteta. To je logična posledica tumačenja opštih normi da ako međunarodno humanitarno pravo obavezuje sve strane u sukobu, onda se i krivične sankcije moraju da primenjuju prema svim učesnicima tog sukoba. Očigledno je da se pravne norme koje regulišu polje sukoba i učesnike u njima između unutrašnjih sukoba i međunarodnih, međusobno približavaju. Postavlja se pitanje da li je svaki entitet u stanju da poštuje norme predviđene međunarodnim pravilima? U praksi je moguće da strana u sukobu, obično pobunjenici (nedržavni entitet), ne može da obezbedi sve uslove koje zahteva međunarodno pravo. Kako postupiti u slučaju da nedržavni entitet ne obezbedi osnovne uslove koji se zahtevaju za uhvaćena lica (zarobljenike). Da li će zapovednici te strane odgovarati za nepoštovanje ljudskih prava, odnosno humanitarnih pravila koja se primenjuju u unutrašnjim sukobima? Razume se da ta lica neće biti automatski oslobođena obaveze, ali će se ove okolnosti uzeti u obzir prilikom ocenjivanja njihove krivične odgovornosti.

Treće, Rezolucija je potvrdila pravilo da individualna krivična odgovornost ne zavisi od statusa ili zvaničnog položaja optuženih lica. Sva lica su odgovorna za povrede međunarodnog humanitarnog prava bez obzira na njihovom mestu u hijerarhiji državne vlasti i personalni imunitet ih ne oslobađa od odgovornosti. Ovim se potvrđuju opredeljenja izneta u presudama u Nirnbergu i u *ad hoc* Haškim tribunalima. Doduše, ovde se otvaraju pitanja odgovornosti šefova država, vlada i ministara inostranih poslova jer uživaju imunitet dok su na dužnosti. To je zato što druga država, a ni domaća ne mogu ova lica pozvati na odgovornost dok su na dužnosti za pomenute povrede.

Rezolucija u članu IX predlaže preduzimanje mera koje bi dovele do efikasnije zaštite lica u oružanim sukobima u kojima učestvuju nedržavni entiteti. Na prvom mestu predlaže se zaključivanje specijalnih sporazuma između svih strana u sukobu onako kako je to predviđeno zajedničkim članom 3. st. 2. Ženevskih konvencija iz 1949. godine. Predlaže se pružanje pomoći od strane država, Ujedinjenih nacija, Međunarodnog komiteta Crvenog krsta i drugih međunarodnih tela humanitarnog karaktera prilikom preduzimanja mera verifikacije i nadzora nad primenom međunarodnog humanitarnog prava u unutrašnjim oružanim sukobima. Članom IX ima se u vidu "davanje ovlašćenja Ujedinjenim nacijama ili drugim regionalnim ili međunarodnim organizacijama da na nepristrasnoj oceni ceni da li se međunarodno humanitarno pravo primenjuje u slučaju da zainteresovana država smatra da nije došlo do unutrašnjeg oružanog sukoba". Jedna od predloženih mera je da se primenjuje Protokol II u svim nemeđunarodnim oružanim sukobima bez obzira na to što nije izvršena revizija ovog instrumenta. Predloženo je da se Protokol II putem amandmana dopuni i to s ciljem da se stvori nepristrasan i nezavistan međunarodni organ ovlašćen za utvrđivanje činjenica o poštovanju međunarodnog humanitarnog prava i da se Protokol dopuni novom odredbom o teškim povredama kojima bi bila regulisana pitanja nadležnosti oko ekstradicije drugoj državi i predaja međunarodnom krivičnom sudu.

Da ne bi bilo pravnih praznina ili da se ne bi tumačilo, kako to na prvi pogled izgleda, da ih ima, član X Rezolucije propisuje da osnovna ljudska prava ostaju zaštićena čak i tokom oružanog sukoba (u slučaju da neki oblici unutrašnjih nemira i zategnutosti ne mogu biti predmet međunarodnog humanitarnog prava) i da međunarodno humanitarno pravo i ljudska prava deluju paralelno i da se uzajmano dopunjuju. Dakle, osnovna ljudska prava koja ne mogu biti derogirana, ovim su članom proširena i na oružane sukobe. Osnov za ovakav zaključak leži u činjenici da koncept oružanih sukoba podrazumeva da su strane u sukobu organizovane (da imaju uspostavljen sistem discipline i organizovanosti) i da su borbena dejstva dostigla takav stepen intenziteta da se ne može više govoriti o sporadičnim aktima nasilja (ispunjen drugi uslov).

Članom XI Rezolucije izražava se zapravo želja za približavanjem prava međunarodnih i nemeđunarodnih oružanih sukoba ("Institut pozdravlja i podstiče postepeno prilagođavanje načela i pravila o unutrašnjim sukobima, načelima

i pravilima koja se primenjuju u međunarodnim oružanim sukobima”, čl. XI st. 1). U daljem tekstu ovog člana podržava se ideja o donošenju međunarodne konvencije radi regulisanja svih oružanih sukoba i zaštite svih žrtava bez obzira na međunarodni, nemeđunarodni ili mešoviti karakter ovih sukoba. U obrazloženju člana XI ističe se da je približavanje prava međunarodnih i nemeđunarodnih oružanih sukoba započeto kroz jurisprudenciju Haškog tribunala za bivšu Jugoslaviju, posebno kroz slučaj Tadić. Tribunal je u slučaju “Tadić” stao na stanovište da je nadležan da sudi različite zločine koji su Statutom predviđeni u kontekstu kako međunarodnog, tako i nemeđunarodnog oružanog sukoba osim u slučaju teških povreda kako je to predviđeno članom 2. Statuta, kada se zahteva priznanje, odnosno postojanje međunarodnog oružanog sukoba. U ovom slučaju se sudi za teške povrede samo u slučaju međunarodnih oružanih sukoba.³³ U obrazloženju ovog člana navedeno je da je Tribunal u slučaju Tadić “odigrao svoju ulogu u smanjivanju razlika između međunarodnih i nemeđunarodnih oružanih sukoba, koja je od 1945. godine naovamo dominirala pravom oružanih sukoba bitno drugačije tretirajući ova dva režima”³⁴. U komentarima Rezolucije se se ističe da je sve teže praviti razliku između međunarodnih i unutrašnjih sukoba u nekom konkretnom slučaju i na tim osnovama vršiti pravne kvalifikacije. Zalaganje jednog broja učesnika sastanka bilo je da se u Rezoluciju unesu odredbe koje će podržati razvoj međunarodnog prava u pravcu unifikacije pravila koja se odnose na međunarodne i na unutrašnje oružane sukobe.³⁵

Poslednji član Rezolucije (čl. XII) je više poziv nego neka stipulacija država-ma i “svim međudržavnim entitetima” da deluju u cilju što šireg upoznavanja sa načelima i pravilima međunarodnog humanitarnog prava kao i osnovnim ljudskim pravima koja se primenjuju u oružanim sukobima. Ovaj poziv je istovremeno i apel za difuzijom međunarodnog humanitarnog prava koja je stalan zadatak država i međunarodnih organizacija. Širenje informacija o međunarodnom humanitarnom pravu i pravu osnovnih ljudskih prava vrlo je značajno. Pitanje se posebno postavlja u slučaju unutrašnjih sukoba zbog sumnje da učesnici takvih sukoba koji pripadaju nedržavnom entitetu (pobunjenici, ustanici itd.) nisu prošli nikakvu vojnu obuku i nemaju ni minimum znanja iz oblasti prava oružanih sukoba. Na predlog člana Instituta za međunarodno pravo iz Šri Lanke C., Pinta (Moragodage, Christopher, Walter Pinto) da se u član V unese odredba kojom se utvrđuje obaveza upoznavanja i obrazovanja ljudi sa informacijama o humanitarnom pravu koje se primenjuje u oružanim sukobima, odlučeno je da se skraćena verzija tog predloga unese kao poseban član, član XII Rezolucije. Tako je ovaj član postao apel i moralna obaveza svim učesnicima oružanih sukoba da se edukuju u oblasti međunarodnog humanitarnog prava.

³³ Slučaj Tadić, *Op. cit.*, 1995, par. 71, 81-83.

³⁴ Yearbook of the International Law Institute, *Op. cit.*, 1999, pp. 89, 359.

³⁵ *Ibid.*, pp. 321, 333, 343, 364.

ZAKLJUČAK

Sve brojniji oružani sukobi posle 70-ih godina dvadesetog veka, a posebno u poslednjoj deceniji 20. veka i početkom 21. veka iznedrili su probleme vezane za poštovanje osnovnih ljudskih prava u oružanim sukobima i ukazali na pravne praznine u međunarodnopravnim normama koje su stvorile osnov za teška kršenja pravila međunarodnog humanitarnog prava (MHP). Institut za međunarodno pravo je 1993. godine doneo odluku da se pristupi izradi studije koja bi analizirala sprovođenje međunarodnog prava u toku oružanih sukoba u koje su uključeni nedržavni entiteti i uloge humanitarnog prava u njima. Posledica rada Instituta i Komisije bila je izrada Nacrta rezolucije o primeni međunarodnog humanitarnog prava u oružanim sukobima u kojima učestvuju nedržavni entiteti. U toku rada Komisije, koja je tada formirana da izradi studiju, iskristalisala su se pitanja koja su tražila odgovore u vezi sa sprovođenjem međunarodnog humanitarnog prava u takvim sukobima.

Komisija je u toku rada zaključila sledeće: 1. U oružanim sukobima na kraju 20. veka i početkom 21. veka narasla je uloga nedržavnih entiteta kao učesnika ovih sukoba; 2. Praksa je nametnula izvesne promene u tumačenju i primeni postojećeg međunarodnog humanitarnog prava; 3. Iskazala se neodložna potreba da se pojača humanitarna zaštita žrtava oružanih sukoba u okviru novog pravnog poretka koji je nastavio da se, posle Drugog svetskog rata, izgrađuje na osnovu Povelje UN; 4. Stvorili su se uslovi da se umanjí veliki uticaj "vojne potrebe", a poveća i afirmiše humanost u oružanim sukobima; 5. Da se pojača uloga sistema kolektivne bezbednosti, aktivnija zaštita ljudskih prava, posebno u vanrednim okolnostima i primena i neophodnost opšteg poštovanja međunarodnog humanitarnog prava.

Institut je konačno usvojio Rezoluciju na svom sastanku u Berlinu 25. avgusta 1999. godine. Rezolucija sama po sebi nema neki veliki pravni osnov kao što je slučaj sa osnovnim izvorima međunarodnog prava. Međutim, Rezolucija, s obzirom na činjenicu da je doneta od strane jedne institucije koja ima veliki ugled u međunarodnopravnoj nauci i s obzirom, da je u njenom donošenju bio uključen jedan broj poznatih stručnjaka međunarodnog prava oružanih sukoba i ljudskih prava, kao i pojedina tumačenja nekih pojmova iznetih u Rezoluciji, predstavlja jedan pogled i tumačenje primene pravila u oružnim sukobima koje se mora imati u vidu kada se razmatra primena pravila međunarodnog prava u unutrašnjim oružanim sukobima.

Rezolucija ima svega 12 članova. U Preambuli Rezolucije dati su politički i pravni okviri primene MHP u unutrašnjim oružanim sukobima. Pošlo se od nekoliko činjenica. Na prvom mestu je činjenica da su oružani sukobi u kojima učestvuju nedržavni entiteti postali sve brojniji i da su u sve većoj meri posledica postojanja etničkih, verskih i rasnih uzroka.

Drugo, da je posledica ove situacije sve veća ugroženost civilnog stanovništva u unutrašnjim sukobima.

Treće, da ovi sukobi nisu samo unutrašnja stvar država koje su i njih uključene, već da je i celokupna međunarodna zajednica zainteresovana da se obezbedi poštovanje međunarodnog prava, a posebno međunarodnog humanitarnog prava u svim prilikama.

Četvrto, na osnovu stava Međunarodnog suda pravde da su obaveze iz zajedničkog člana 1. Ženevskih konvencija iz 1949. godine o "poštovanju" i "delovanju u cilju poštovanja" Konvencija "u svim prilikama" proistakle iz opštih načela međunarodnog humanitarnog prava, tako da su postale obavezne norme kao norme običajnog međunarodnog prava. *Razume se da ovo shvatanje teško da bi se moglo smatrati da je opšte prihvaćeno.*

Peto, Rezolucija se poziva na odluke Međunarodnog krivičnog tribunala za bivšu Jugoslaviju gde se načela i pravila međunarodnog prava oružanih sukoba, koja su se ranije primenjivala isključivo u međunarodnim sukobima, na osnovu stava Tribunala sada primenjuju i u unutrašnjim sukobima. Rezolucija, dalje, podržava i prihvata gonjenje i kažnjavanje od strane nacionalnih sudova lica koja su izvršila ratne zločine, zločine protiv čovečnosti, genocid i druge teške povrede međunarodnog prava.

U Premabuli se dalje navodi da Rezolucija "nalazi da je poštovanje međunarodnog humanitarnog prava sastavni deo sistema bezbednosti Organizacije ujedinjenih nacija" i da na osnovu toga "pozdravlja Odluku Generalnog sekretara Ujedinjenih nacija o poštovanju međunarodnog humanitarnog prava od strane Snaga Ujedinjenih nacija" i ističe značajnu ulogu Međunarodnog komiteta Crvenog krsta u sukobima u kojima su učestvovali ili učestvuju nedržavni entiteti. Na osnovu svega iznetog u Rezoluciji se iznosi da je "poželjno pristupiti preispitivanju i prilagođavanju humanitarnog prava novoj situaciji kako bi se pojačalo poštovanje ovog prava i poboljšala zaštita žrtava oružanih sukoba u kojima uzimaju učešće nedržavni entiteti".

Rezolucija u članu 1. iznosi tumačenje izraza "oružani sukob u kojima uzimaju učešće nedržavni entiteti". Pod ovim izrazom u Rezoluciji smatraju se "oružani sukobi između oružanih snaga jedne vlade i onih koje pripadaju jednom ili većem broju nedržanih entiteta; uključuje i unutrašnje oružane sukobe u kojima intervenišu snage za očuvanje mira".

Redaktori Komentara su na osnovu ovih kriterijuma došli do zaključka da se zajednički član 3. i Dopunski protokol II iz 1977. godine u izvesnom smislu razlikuju, ali da su oni ipak komplementarni: U okolnostima kada su ispunjeni uslovi primene Protokola, Protokol i zajednički član 3. istovremeno će se primenjivati, jer je Protokol uključen u šire polje primene člana 3. S druge strane, u sukobima u kojima je nizak intezitet borbi i koji ne sadrži karakteristične osobine koje zahteva Protokol, primenjuje se zajednički član 3. U stvari, zajednički član 3. zadržava autonomno postojanje, U slučaju da pobunjeničke snage kontrolišu deo teritorije "koja im omogućuje da vode neprekidne i usmerene vojne operacije" tada se primenjuje Protokol II.

Na kraju, može se zaključiti da je definicija oružanog sukoba i nemeđunarodnog oružanog sukoba koju je predložio Međunarodni komitet Crvenog krsta sasvim prihvatljiva u ovom trenutku: "Međunarodni oružani sukobi postoje svuda gde se pribeglo *oružanoj sili između dve ili više država*. Nemeđunarodni oružani sukobi su dugotrajni *oružani sukobi koji se dešavaju između vladinih oružanih snaga i snaga jedne ili više naoružanih grupa, ili između takvih grupa nastalih na teritoriji države (zaraćene strane po Ženevskim konvencijama)*. Oružani sukob mora dostići *minimalni nivo intenziteta* i strane u sukobu moraju da pokažu *minimum organizacije*".

Član 2. ponavlja već poznatu obavezu da svi učesnici oružanog sukoba imaju obavezu da se pridržavaju pravila međunarodnog humanitarnog prava i osnovnih ljudskih prava. Uostalom, pravila humanitarnog prava načelno su zaštićena ljudska prava u vanrednim situacijama (u masovnim katastrofama), odnosno u oružanim sukobima. Ovaj član zapravo je osnov Rezolucije zajedno sa čl. 4. Rezolucije. Član 4. dopunjuje čl. 2. i precizira pravo koje obavezuje učesnike (nedržavnih entiteta) oružanih sukoba. Pored ovih učesnika Rezolucija pominje i univerzalne organizacije (UN) kao i regionalne organizacije koje se mogu naći u takvim oružanim sukobima

Član 3. Rezolucije je ponavljanje već poznatog načela da je poštovanje međunarodnog humanitarnog prava i osnovnih ljudskih prava sastavni deo međunarodnog poretka očuvanja i "uspоставljanja mira i bezbednosti, uključujući i oružane sukobe u kojima učestvuju nedržavni entiteti". Ovim je proširena primena međunarodnog prava i na oružane sukobe u kojima učestvuju nedržavni entiteti.

Član 4. Rezolucije precizirao je izvore na kojim se temelji primena pravila oružanih sukoba u kojima učestvuju nedržavni entiteti. Redaktori Rezolucije su ovim članom pošli i podržali tri osnovna izvora: pravila međunarodnog humanitarnog prava propisana za ovu vrstu sukoba, osnovna ljudska prava koja se moraju poštovati u oružanim sukobima jer su temelj dostignutih civilizacijskih vrednosti i humanosti i humanitarni principi koji popunjavaju svaku prazninu u bilo kom od prva dva izvora i međusobno ih povezuju. Poslednji izvor je zapravo zasnovan na De Martensovoj klauzuli.

Član V Rezolucije obavezuje države i nedržavne entitete koji učestvuju u nekom oružanom sukobu da poštuju međunarodno humanitarno pravo u svim prilikama bez obzira da li države i nedržavni entiteti osporavaju postojanje oružanog sukoba. Ovim članom je pruženo pravo svakoj državi, bez obzira što ne učestvuje u tom oružanom sukobu, da zahteva poštovanje ovog prava što predstavlja prihvatanje klauzule *erga omnes*.

Rezolucija potvrđuje ranija opredeljenja i daje nov podsticaj Ujedinjenim nacijama, regionalnim i drugim međunarodnim organizacijama da u slučaju ozbiljnih kršenja međunarodnog humanitarnog prava i ljudskih prava preduzmu "odgovarajuće mere u skladu sa međunarodnim pravom" (čl. VI). Član VI je u

uskoj vezi sa članom VII Rezolucije. Ovim su redaktori Rezolucije pokazali veliku želju da koliko god je to moguće prošire pravo primene međunarodnog prava i na unutrašnje konflikte, čime se otvara mogućnost direktnog mešanja drugih država i međunarodnih organizacija.

Član VII Rezolucije proširuje ovo pravo državama da “delujući pojedinačno ili zajednički, prema svim stranama oružanog sukoba koje krše svoje obaveze preduzimaju diplomatske, ekonomske i druge mere dozvoljene međunarodnim pravom”. Ovako sročeno pravilo otvara niz pitanja – pitanje suvereniteta države, stepen grubog mešanja država u unutrašnje konflikte pod izgovorom da se spašavaju ljudska prava, omogućavanje prikrivene (vojne) intervencije i dr. Nameće se pitanje ko ima pravo da usvoji takve mere i koji kriterijum se uzima za procenu preduzimanja takvih mera i u kom momentu nastupa obaveza da se države uključe i preduzmu takve mere?

Pokušaj redaktora Rezolucije i članova Instituta za međunarodno pravo da pruže zaštitu ugroženim kategorijama i da osnaže ulogu međunarodnog humanitarnog prava u unutrašnjim sukobima ovim se završio sa više štete nego koristi. Širokim tumačenjem postojećih normi međunarodnog humanitarnog prava podržali su sumnjiv pravni osnov i stvorili pravne uslove za mešanje u unutrašnje stvari država i vojne intervencije. Rezolucija je predvidela i odgovornost za ozbiljna kršenja međunarodnog humanitarnog prava u članu VIII st.1.

Član VIII je napravio razliku po pitanju izraza “ozbiljna kršenja” i “teške povrede”. Ralike se ogledaju u sledećem: “teške povrede” u međunarodnim oružanim sukobima se obavezno gone, dok se u unutrašnjim sukobima koristi izraz “ozbiljno kršenje” i predviđa se opciono pravo gonjenja. S obzirom da se Rezolucija bavi unutrašnjim sukobima, izbegnuto je da se koristi izraz “teške povrede”.

Rezolucija u članu IX predlaže preduzimanje mera koje bi dovele do efikasnije zaštite lica u oružanim sukobima u kojima učestvuju nedržavni entiteti. Na prvom mestu predlaže se zaključivanje specijalnih sporazuma između svih strana u sukobu onako kako je to predviđeno zajedničkim članom 3. st. 2. Ženevskih konvencija iz 1949. godine. Da ne bi bilo pravnih praznina ili da se ne bi tumačilo, kako to na prvi pogled izgleda, da ih ima, član X Rezolucije propisuje da osnovna ljudska prava ostaju zaštićena čak i tokom oružanog sukoba (u slučaju da neki oblici unutrašnjih nemira i zategnutosti ne mogu biti predmet međunarodnog humanitarnog prava) i da međunarodno humanitarno pravo i ljudska prava deluju paralelno i uzajmano se dopunjuju. Osnov za ovakav zaključak leži u činjenici da koncept oružanih sukoba podrazumeva da su strane u sukobu organizovane (da imaju uspostavljen sistem discipline i organizovanosti) i da su borbena dejstva dostigla takav stepen intenziteta da se ne može više govoriti o sporadičnim aktima nasilja (ispunjen drugi uslov).

Članom XI Rezolucije izražava se zapravo želja za približavanjem prava međunarodnih i nemeđunarodnih oružanih sukoba. U obrazloženju člana XI istaknut je argument da je približavanje prava međunarodnih i nemeđunarodnih

oružanih sukoba započeo Haški tribunal za bivšu Jugoslaviju, a posebno slučaj Tadić.

Poslednji član Rezolucije (čl. XII) je više poziv nego neka stipulacija državama i "svim međudržavnim entitetima" da deluju u cilju što šireg upoznavanja sa načelima i pravilima međunarodnog humanitarnog prava kao i osnovnim ljudskim pravima koja se primenjuju u oružanim sukobima. Ovaj poziv je istovremeno i apel za difuzijom međunarodnog humanitarnog prava koja je stalan zadatak država i međunarodnih organizacija i uobičajen je u praksi mnogih međunarodnih i nemeđunarodnih tela koja se bave ovom oblašću.

VLADAN JONČIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty of Law University in Belgrade

THE IMPORTANCE OF THE BERLIN RESOLUTION ON THE APPLICATION OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW IN ARMED CONFLICTS INVOLVING NON-STATE ENTITIES

Summary

The increasing number of armed conflicts since the 70s of the twentieth century, especially in the last decade of the 20th century and early 21 century, came up with the problems related to respect for human rights in armed conflict and pointed out the legal gaps in the international legal norms as the basis for a serious violation of international humanitarian law. Thus, the Institute of International Law in 1993, decided to approach the study to analyze the implementation of international law during armed conflicts involving non-state entities and the role of humanitarian law in them. The Institute has finally adopted a resolution at its meeting in Berlin on 25 August in 1999. year. The Resolution itself does not have much of a legal basis as is the case with the primary sources of international law. However, the resolution is significant because it is the stated views of a part of the doctrine.

Rezolucija explains the term "armed conflict in which they participate by non-state entities." Under this formula, the resolution is considered "armed conflict between the armed forces of the government and those belonging to one or more non-state entities; includes internal armed conflicts in which the power to intervene for the preservation of peace." In the course of the committee for drafting resolutions were a lot of discussions about the concepts of "non-state entities" and "armed conflict in which they participate by non-state entities." Problems arose primarily around the fact that the term "non-state entities" is not a legal term, and that international law is not clearly defined. The conclusion was that the concept of "non-state entities" read "the parties to the conflict." The term "armed conflicts in which they participate by non-state entities" is a phrase that has become normalized and his term is defined by the Commentary to the Geneva Conventions of 1949. year. The resolution proposed by taking the following measures: Measures that would lead to

more effective protection of persons in armed conflicts involving non-state entities. Taking actions that would be closer to the norms of international law and non-international armed conflicts. Work towards a broad introduction to the principles and rules of international humanitarian law and basic human rights that are applicable in armed conflict.

AXELLE REITER

A NEW PARADIGM FOR A NEW CENTURY OR BACK TO 1984? THE ANTI-TERRORIST ASSAULT ON HUMAN RIGHTS

INTRODUCTION

“Nothing exists except an endless present in which the Party is always right. It does not matter whether the war is actually happening, and, since no decisive victory is possible, it does not matter whether the war is going well or badly. All that is needed is that a state of war should exist. Since each of the three super-states is unconquerable, each is in effect a separate universe within which almost any perversion of thought can be safely practised. War is now a purely internal affair. The war is waged by each ruling group against its own subjects, and the object of the war is not to make or prevent conquests of territory, but to keep the structure of society intact. The very word ‘war’, therefore has become misleading. Private life came to an end. Every citizen, or at least every citizen important enough to be worth watching, could be kept for twenty-four hours a day under the eyes of the police and in the sound of official propaganda, with all other channels of communication closed. The possibility of enforcing not only complete obedience to the will of the state, but complete uniformity of opinion on all subjects, now existed for the first time.” (G. Orwell, 1984)

The attacks on the World Trade Center and the Pentagon have provided to governments worldwide the ideal occasion and excuse for a reactionary backlash

Dr. Axelle Reiter, Adjunct Professor (lecturer) in International Law, Faculty of Economics of Verona University (Vicenza, Italy).

of an unprecedented amplitude. Subsequently, it is often asserted that the control of terrorism calls for a new interpretation of domestic and international norms, a new management of globalisation, a new approach to international relations, a new formulation of the laws of armed conflicts, a new handling of human rights, a new balance between security and liberty, and so on; in a nutshell, a new paradigm for a new century. This reading of new contents in old concepts is largely assumed to have backwards effects, as if the new meanings only imposed recently had been prevailing all along. An all-encompassing legal and political revisionism has led to the manipulation of popular fears and feelings of insecurity in order to justify all sorts of abuses, under the flag of the alleged necessity to protect democracy against its enemies. This more general trend chiefly affects the interpretation of the legal principle of gravity or exceptionality of the circumstances that generates states of emergency. Similar attacks are mounted against the existence of core human rights, which cannot be suspended even in the direst situations, like the rights to life and physical integrity. It is further alleged that the uniqueness of contemporary terrorism, the ensuing perils, and the responses of numerous national authorities justify a thorough transformation of the global system.¹ This phenomenon takes its roots in the broader contention that, in times of emergency, a new balance needs to be struck between liberty and security, which grants people more security and less liberty. As a result, legal standards have been downgraded all over the world and individual rights arbitrarily encroached upon on a daily basis,² in what has been accurately described as an “anti-terrorist legislative wildfire”.³ A total revolution of public international law is taken for granted and the annihilation of the international regime is even prophesied.

¹ M. Ignatieff, *The Lesser Evil*, Edinburgh University Press, Edinburgh 2004; R. Wedgwood, “Countering Catastrophic Terrorism”, in A. Bianchi, Y. Naqvi, *Enforcing International Law Norms against Terrorism*, Hart, Oxford 2004, 114, 117.

² P. Alston, *Study on Targeted Killings*, UN Doc. A/HRC/14/24/Add.6, 2010; B. Emerson, *Framework Principles for Securing the Accountability of Public Officials for Gross or Systematic Human Rights Violations Committed in the Context of State Counter-Terrorism Initiatives*, UN Doc. A/HRC/22/52, 1 Mar. 2013; B. Emerson, *Framework Principles for Securing the Human Rights of Victims of Terrorism*, UN Doc. A/HRC/20/14, 4 June 2012; M. Scheinin, *Communications to and from Governments*, UN Doc. A/HRC/16/51/Add.1, 14 Feb. 2010; M. Scheinin, *Mission to the United States of America*, UN Doc. A/HRC/6/17/Add.3, 22 Nov. 2007; M. Scheinin, *Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms While Countering Terrorism*, UN Doc. A/HRC/4/26, 29 Jan. 2007; M. Scheinin, *Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms While Countering Terrorism*, UN Doc. A/HRC/6/17, 21 Nov. 2007; M. Scheinin, *Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms While Countering Terrorism*, UN Doc. A/HRC/10/3, 4 Feb. 2009; M. Scheinin, *Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms While Countering Terrorism*, UN Doc. A/HRC/13/37, 28 Dec. 2009; M. Scheinin, *Ten Areas of Best Practices in Countering Terrorism*, UN Doc. A/HRC/16/51, 22 Dec. 2010.

³ J. Fitzpatrick, “Speaking Law to Power”, *European Journal of International Law* 2003, 243.

In this framework of general denigration of nearly all aspects of public international law and instantaneous creation of exceptional international norms, the traditional rights discourse is exploited for clearly opposite ends. Novel approaches developed by international human rights courts and organs of supervision in their interpretative role, in an attempt to extend the scope of fundamental freedoms and entitlements, have been turned away from their original function. For instance, international human rights supervisory mechanisms recognise that states have positive obligations under human rights treaties, including “in certain well-defined circumstances a positive obligation on the authorities to take preventive operational measures to protect an individual whose life is at risk from the criminal acts of another individual”.⁴ This ‘positivisation’ and ‘horizontalisation’ of the correlative obligations of states are now relied on to found an alleged duty of public officials to torture suspected terrorists, so that the collective and positive right to security of the whole population obtains in hypothetical ‘ticking bomb’ scenarios.⁵ Anyone concerned with the respect of the international legal order or the protection of individual rights ought to resist strongly this instrumentalisation and doublespeak. A different position would not only justify violations of the most basic human rights but also undermine the entire system of public international law.⁶ Unhappily, state officials often forget to reflect on the probable outcomes of endorsing illiberal tactics and rarely resist the mirage of mirroring the abuses committed by their enemies, even at the price of losing all credibility. Not unlike an Orwellian nightmare, “the ‘war on terrorism’ has turned into an ongoing ‘war on freedom and democracy’ [...] where accountability, scrutiny and human rights protections are luxuries to be curtailed or discarded” in the name of democracy.⁷ In Orwell’s novel *1984*, the three core principles of Ingsoc –the regime’s official ideology– and doublethink are: “war is peace”, “freedom is slavery” and “ignorance is strength”. Likewise, the current counter-terrorism discourse legitimises war on the claim that it will bring peace, promotes slavery

⁴ ECHR, *Osman v. UK*, 28 Oct. 1998, §§ 115-116; ECHR, *Kiliç v. Turkey*, 28 Mar. 2000, §§ 62-77; ECHR, *Mahmut Kaya v. Turkey*, 28 Mar. 2000, §§ 85-101, 115-116; ECHR, *Akkoç v. Turkey*, 10 Oct. 2000, §§ 77-94; ECHR, *Dink v. Turkey*, 14 Sept. 2010; HR Committee, *Delgado Paez v. Colombia*, 23 Aug. 1990, § 5.5; HR Committee, *Bwalya v. Zambia*, 27 July 1993, § 6.4; HR Committee, *Bahamonde v. Equatorial Guinea*, 10 Nov. 1993, § 9.2; HR Committee, *Mojica v. Dominican Republic*, 15 July 1994, § 5.4; HR Committee, *Tshishimbi v. Zaire*, 25 Mar. 1996, § 5.4; HR Committee, *Dias v. Angola*, 18 Apr. 2000, § 8.3; HR Committee, *Chongwe v. Zambia*, 9 Nov. 2000, § 5.3; HR Committee, *Jimenez Vaca v. Colombia*, 15 Apr. 2002, § 7.1; B. Emerson, 2012.

⁵ K. Gunther, “World Citizens between Freedom and Security”, *Constellations* 2005, 379-391; M. Kumm, “Political Liberalism and the Structure of Rights”, in G. Pavlakos, *Law, Rights, and Discourse*, Hart, Oxford 2007, 160-162.

⁶ G. Abi-Saab, “The Proper Role of International Law in Combating Terrorism”, in A. Bianchi, Y. Naqvi, xv, xxii; P.-M. Dupuy, “State Sponsors of Terrorism”, in *Ibid.*, 16.

⁷ T. Bunyan, “The War on Freedom and Democracy”, *Statewatch News Online* Sept. 2002, <http://www.statewatch.org/news/2002/sep/analysis13.htm>.

and tyranny because they might protect freedom, and encourages ignorance and censorship since they give strength to the prevailing official position. The American government has also chosen a fourth motto to describe its new creepy voyeuristic regime: “knowledge is power”,⁸ the modern equivalent to “Big Brother is watching you”.

The present article examines the judicial and doctrinal paradigm shift that has accompanied the ‘war’ on terror: from human rights protection to mere human rights tolerance, whenever they conflict with security interests. It analyses the dangers that it creates for private individuals, the societal structures of affected countries, and the international legal order, as well as the opposition that this trend has met in international forums. It argues that an effective response to the abuses witnessed since the beginning of the ‘war’ on terror calls for a stricter adherence to the rule of law and international human rights obligations than is generally presented in the balancing doctrine, including respect for the integrity and prevalence of core individual rights to life, physical integrity and personal liberty.

WAR IS PEACE: THE ‘WAR’ ON TERROR LAW PARADIGM
AND THE ADOPTION OF STATES OF EXCEPTION IN TIMES OF STRESS

Far from evoking an actual armed conflict in the sense of the laws of war, the ‘war’ on terror simply refers to a concept of criminal policy comparable to the ‘wars’ on drugs, diseases, poverty and criminality. In this context, it has been suggested that a new “war-on-terror law paradigm” should be applied in times of stress falling short of real emergencies. It would mix elements of the laws of war, criminal law and regular police powers. It would additionally evolve in permanence, so as to adapt itself to the ever changing realities of a self-styled endless ‘war’ on terror. The author of this devious proposition even advocates the reconfiguration of extraordinary measures along the lines of an everlasting phenomenon,⁹ which dangerously partakes in a Schmittian vision of exceptionality.¹⁰ This completely ignores the imperatives of the rule of law and the protec-

⁸ The Pentagon’s program to develop a Total or Terrorism Information Awareness (TIA) system, which annihilates the very notion of privacy, adopted the Latin version of this aphorism, *scientia est potentia*, as a motto. See: Official site of DARPA, <http://www.darpa.mil>.

⁹ M. Rosenfeld, “Judicial Balancing in Times of Stress: A Comparative Constitutional Perspective”, in A. Bianchi, A. Keller, *Counterterrorism: Democracy’s Challenge*, Hart, Oxford 2008, especially 392-394.

¹⁰ The writings of Carl Schmitt focus on the notion of exception as the purest representation of the political, where the “sovereign is he who decides on the exception” and “it is precisely the exception that makes relevant the subject of sovereignty, that is, the whole question of sovereignty”. Subsequently, the exception becomes normalcy, takes the place of the general rule and defines it. This leads to a permanent state of emergency, the suspension of the entire legal order and unlimit-

tion of individual rights; in particular, the conditions that international human rights law imposes on states for the invocation of exceptional circumstances.¹¹ How a situation of lesser gravity than traditionally required for states of war or emergency, *voire* of mere tension, can justify further departures from the usual legal regime than actual threats to the existence and integrity of the country is puzzling. Besides, states of emergency adopted as part of the legendary ‘war’ on terror are a clear example of *sine die* rule of exception, in contravention with states obligations under the International Covenant on Civil and Political Rights.¹² Although the rhetoric of war is dangerous since it implies that there will be innocent casualties of indiscriminate destruction, it presents the significant advantage of triggering the application of the laws of war. Yet, too often, governments do not comply with either set of international prescriptions. A particularly dramatic example of excessive emergency provisions is the American presidential Military Order on the Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War against Terrorism:¹³ it ‘eviscerated’ the traditional legal divide between war and terrorism, with the clear intention of obtaining extraordinary powers in breach of human rights norms, while rejecting the guarantees offered by the laws of war.¹⁴ Likewise, the creation of the neologisms “unlawful enemy combatant” and “alien unprivileged enemy belligerent”, totally foreign to the laws of war, was most likely motivated by the willingness to create a legal black hole.¹⁵

Governments confronted with terrorism or insurgency ought to try individuals involved in these subversive activities in accordance with international hu-

ed authority. As a result, “the state remains, whereas law recedes”. Legitimacy is exclusively grounded in unconstrained sovereignty and the rule of law is abolished. See: C. Schmitt, *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, 1922, translation by G. Schwab, MIT Press, Cambridge (Mass.) 1985, 5-6, 12.

¹¹ 1950 European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Article 15; 1966 International Covenant on Civil and Political Rights, Article 4; 1969 Inter-American Convention on Human Rights, Article 27.

¹² HR Committee, *General Comment No 5 (13) on Derogation of Rights (Article 4)*, 28 July 1981, § 3; HR Committee, *General Comment No 29 on States of Emergency (Article 4)*, 24 July 2001, § 2.

¹³ US Military Order, 13 Nov. 2001, Public Law 107-40, 115 Stat. 224.

¹⁴ S.D. Murphy, “International Law, the United States, and the Non-Military ‘War’ against Terrorism”, *European Journal of International Law* 2003, 359-361; who develops that the United States government is bypassing both international and domestic rules of due process by the joined application of four devices: extra-territorial detentions, aimed at evading any possibility of judicial review before municipal courts; the classification of all persons captured in Afghanistan and some other individuals as enemy combatants, with the view of detaining them till the end of the ‘war’ on terror; the allegation that these detainees are unlawful combatants and, hence, not entitled to the status of prisoners of war; and, lastly, the use of military commissions that are not submitted to the same procedural standards as regular tribunals.

¹⁵ M.D.M. Maxwell and S.M. Watts, “Unlawful Enemy Combatant: Status, Theory of Culpability, or Neither?”, *Journal of International Criminal Justice* 2007; M. Scheinin, 14 Feb. 2010, § 208.

man rights standards or detain them in the same conditions as those granted to prisoners of war.¹⁶ Articles 4 and 5 of the 1949 Third Geneva Convention and Article 45 of the First Additional Protocol stipulate that people captured in the course of an international armed conflict are presumed to be prisoners of war. They need to be given all the rights and benefits due to prisoners of war, until a competent tribunal respectful of due process rules has determined their status. In addition, even if they were not recognised the status of prisoners of war, they would remain ‘protected persons’ under the scope of the Geneva Conventions and be entitled to the respect of core humanitarian principles. On one hand, Article 5 of the Fourth Geneva Convention only permits a limitation of those rights of civilians engaged in hostile activities that are detrimental to the security of the belligerent power, which would obviously exclude due process guarantees, and expressly specifies that they retain their right to a fair trial. On the other hand, a person who is not protected under the Third or the Fourth Geneva Convention is still entitled to some fundamental freedoms and entitlements, even if accused of crimes against humanity or grave breaches of international humanitarian law.¹⁷

The International Court of Justice considers that Article 3 common to the four Geneva Conventions embodies “elementary standards of humanity”;¹⁸ which means that its provisions should apply to all persons caught in conflict situations. The Inter-American Commission of Human Rights elaborates, on the basis of the Martens Clause, that “no person under the authority and control of a state, regardless of his or her circumstances, is devoid of legal protection for his or her fundamental and non-derogable human rights”.¹⁹ Moreover, in line with the official commentary to the Fourth Geneva Convention, the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia admits no gap in the application of the Geneva Conventions and recognises the quality of ‘protected person’ to all individuals captured in armed conflicts;²⁰ a position endorsed *mutatis mutandis* by the European Court of Human Rights for earlier humanitarian norms.²¹ To sum up, “there is no intermediate status” since, from a humanitarian perspective, “nobody in enemy hands can be outside the law”.²² Accordingly, international and non-go-

¹⁶ T. Hadden and C. Harvey, “The Law of Internal Crisis and Conflict”, *International Review of the Red Cross* Mar. 1999, 126.

¹⁷ 1977 Additional Protocol I, Articles 45 § 3 and 75; 1977 Additional Protocol II, Article 6; International Committee of the Red Cross, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Nijhoff, Geneva 1987, 869-870.

¹⁸ ICJ, *Corfu Channel*, 9 Apr. 1949, 22; ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, 27 June 1986, 112.

¹⁹ I-ACHR, *Detainees in Guantanamo Bay, Cuba*, 13 Mar. 2002.

²⁰ ICTY, *Delalić et al. (Čelebići Camp)*, IT-96-21-T, *Judgement*, 16 Nov. 1998, § 271.

²¹ ECHR, *Kononov v. Latvia*, 17 May 2010, §§ 203-204.

²² J.S. PICTET, *Commentary on the Fourth Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, International Committee of the Red Cross, Geneva 1958, 51.

vernmental organisations have called for a trial to determine the legal status of all detainees.²³

The trial of terrorist suspects has been the subject of heated debates. The national possibilities envisaged range from indefinite detention to trial before domestic (civilian) courts, regular courts-martial and emergency military commissions.²⁴ Indefinite detention is grounded in the idea that prisoners of war can be incarcerated until the termination of an armed conflict. However, mentions of a hypothetical 'war' against terror do not provide any justification for imprisonment and peacetime indefinite deprivation of liberty without trial clearly breaches the most basic standards of due process.

So, all individuals captured abroad or arrested on the basis of the current regime of exception should actually be brought to trial as soon as possible or released immediately.²⁵ The main problem here lies in the administration's denial to these people of any right of *habeas corpus* and review of the legality of their detention. Victims of this policy have brought up the issue in front of the United States Supreme Court. The Court struck down for unconstitutionality the relevant part of the presidential order and established that the judiciary is competent to review the legality of the incarceration of individuals captured during military operations abroad, whether they are American citizens or not.²⁶ In order to answer the ensuing demands, the government created combatant status review tribunals, whose constitutionality was challenged in turn.²⁷ As a response, the United States Congress enacted the 2005 Detainee Treatment Act, principally aimed at curtailing the judicial review of the proceedings before combatant status review tribunals and military commissions alike; thereby, circumventing most *habeas corpus* lawsuits.²⁸ Indefinite detention without trial cannot be defended as a genuine possibility anymore following these decisions. Once indefinite detention has been overruled, the next question concerns the most appropriate forum for trial of terrorist suspects. Even if the trial of civilians before military tribunals has

²³ I-ACHR, *Detainees in Guantanamo Bay, Cuba*, 13 Mar. 2002; Amnesty International, *Memorandum to the US Government on the Rights of People in US Custody in Afghanistan and Guantanamo Bay*, AMR 51/053/2002, London Apr. 2002; International Commission of Jurists, *Bush Decision on POW Status Is Incorrect in Law*, Geneva 5 Mar. 2002; M. Scheinin, 22 Nov. 2007, §§ 11-15, 18, 55-56.

²⁴ D.F. Vagts, "Which Courts Should Try Persons Accused of Terrorism?," *European Journal of International Law* 2003.

²⁵ M. Scheinin, 22 Nov. 2007, §§ 11-15, 18, 55-56; M. Scheinin, 4 Feb. 2009, § 38.

²⁶ US Supreme Court, *Hamdi v. Rumsfeld*, 28 June 2004; US Supreme Court, *Rasul v. Bush*, 28 June 2004.

²⁷ US District Court for the District of Columbia, *Khalid v. Bush*, 2 Mar. 2005; US District Court for the District of Columbia, *In re Guantanamo Detainee Case*, 9 Feb. 2005.

²⁸ 2005 Detainee Treatment Act, 30 Dec. 2005, Public Law 109-148, 119 Stat. 2739, Section 1005 (e).

been proscribed by the Human Rights Committee, including for acts of terrorism,²⁹ the use of regular courts-martial to judge enemy combatants is consistent with the *ius in bello*, provided that the conditions of independence and fair trial are respected.³⁰ Then again, both the competent jurisdiction and the crime depend on the characterisation of the accused as a terrorist. Therefore, ordinary tribunals would need to review the jurisdictional question before the trial begins, which would defeat most of the alleged advantages of resorting to military commissions.

Crucially, trials by military commissions of the type foreseen in the 13 November 2001 Military Order do not meet basic due process requirements:³¹ mere suspects are considered guilty before being even brought before a judge, and seen as terrorists to whom any treatment can be applied, and the discretionary powers accorded to the military commissions have been denounced as a likely breach of the constitutional amendment that proscribes cruel and unusual forms of punishment.³² The United States Supreme Court decided that the structure of the military commissions and their rules of procedure and evidence infringed American military law - namely, the Uniform Code of Military Justice- and Article 3 common to the four Geneva Conventions.³³ As an answer, the Bush administration adopted the 2006 Military Commissions Act, which replicates many of the most egregious aspects of the previous regime, under the cover of respect for the law.³⁴ The Court judged this new legislative act similarly unconstitutional, on account of its invalid suspension of the prisoners' right to *habeas corpus*.³⁵ Later amendments are mainly of a cosmetic nature³⁶ and, subsequently, the current system endorses a situation of recognised and continuous violation of domestic and international dispositions alike. The normal legal path was criticised on the basis of efficiency and other policy related considerations. The tenants of military justice argued that trying presumed terrorists before civilian courts would jeopardise the security of witnesses, judges and members of the jury, and put at risk

²⁹ HR Committee, *General Comment No 29 on States of Emergency (Article 4)*, 24 July 2001, § 16; M. Scheinin, 22 Nov. 2007, §§ 14-15, 20-21, 59; M. Scheinin, 22 Dec. 2010, §§ 17, 21.

³⁰ 1949 Geneva Convention III, Articles 84 and 102.

³¹ M. Scheinin, 22 Nov. 2007, §§ 19-32; M. Scheinin, 14 Feb. 2010, § 205.

³² G.P. Fletcher, "On the Crimes Subject to Prosecution in Military Commissions", *Journal of International Criminal Justice* 2007, 47.

³³ US Supreme Court, *Hamdan v. Rumsfeld*, 29 June 2006.

³⁴ 2006 Military Commissions Act, 16 Oct. 2006, Public Law 109-366, 120 Stat. 2600; M.C. Dorf, "The Orwellian Military Commissions Act of 2006", *Journal of International Criminal Justice* 2007, 10, 13.

³⁵ US Supreme Court, *Boumediene v. Bush*, 12 June 2008.

³⁶ 2009 Military Commissions Act, 28 Oct. 2009, Public Law 111-84; M. Scheinin, 14 Feb. 2010, §§ 205-214.

the confidentiality of sensitive information by giving the defence access to it.³⁷ They also disapprove of the length of such proceedings and of their attachment to the rights of the accused, including the likely exclusion of involuntary confessions made under intensive interrogation or torture.³⁸ While measures can be adopted to protect endangered persons and confidential data, the respect of the rights of the defence constitutes one of the cornerstones of the rule of law and cannot be disposed of in the name of expediency. Moreover, “the suggestion that terrorists should be judged expeditiously misses the rather central point that we do not know who the terrorists are and that presumably this is what trials are there for”. Last but not least, “how the likelihood of miscarriages of justice could possibly help the fight against terrorism is obscure at best”.³⁹

Trial before the ordinary courts of the United States composed of civilian judges would provide some impartiality and due process guarantees. It would also permit to secure the collaboration of foreign governments in matters of extradition and gathering of evidences,⁴⁰ by minimising the expressed reluctance of many states to extradite people and even provide testimonies and evidence to the United States, on account of the death penalty, the risk of torture and the lack of independence of the military commissions. International human rights courts and monitoring organs have traditionally condemned the use of military judges and the extradition to the United States of persons facing the death penalty.⁴¹ In relation to the ‘war’ on terror, the Council of Europe’s Parliamentary Assembly proclaimed that it finally “succeeded in ridding Europe of the death penalty” and cannot tolerate this form of punishment anymore. Accordingly, “prior to the extradition of suspected terrorists to countries that still apply the death penalty, assurances must be obtained that this penalty will not be sought”. Besides, it also “insists on the fact that member states should under no circumstances extradite persons who risk being subjected to ill-treatment in violation of Article 3 of the European Convention on Human Rights or being subjected to a trial which does not respect the fundamental principles of a fair trial, or, in a period of conflict, to standards which fall below those enshrined in the Geneva Convention”.⁴² In addition, the Human Rights Chamber for Bosnia and Herzegovina judged that the turning over of four presumed terrorists to the United States in the current context vio-

³⁷ R. Wedgwood, “Al Qaeda, Terrorism and Military Commissions”, *American Journal of International Law* 2002, 330-331.

³⁸ See, for a critical appraisal: D.F. Vagts, 314-315.

³⁹ F. Mégret, “Justice in Times of Violence”, *European Journal of International Law* 2003, 335, 340.

⁴⁰ M. Scheinin, 22 Nov. 2007, § 59.

⁴¹ ECHR, *Soering v. UK*, 7 July 1989.

⁴² Council of Europe Assembly, *Resolution 1271 (2002) on Combating Terrorism and Respect for Human Rights*, 24 Jan. 2002, §§ 7-8, 12 *alinea* 4.

lated the European Convention on Human Rights.⁴³ The European Court of Human Rights similarly condemns the transfer of suspects into the custody of United States officials because of the “real risk” of torture or ill-treatment that they face;⁴⁴ at least, in the absence of American assurances to the contrary.⁴⁵ Furthermore, the principle of *non-refoulement* applies equally in the likelihood of a “flagrant denial of justice”.⁴⁶

A resolution of the Consultative Assembly of the Council of Europe counters the emergence of a similar rule of exception on the territory of its member states. It insists that, “in their fight against terrorism, Council of Europe members should not provide for any derogations to the European Convention” and calls on all states parties to “refrain from using Article 15 of the European Convention on Human Rights [...] to limit the rights and liberties guaranteed under its Article 5”.⁴⁷ The resolution was adopted in January 2002, a month after the United Kingdom declared a state of emergency and filed a notice of derogation under Article 15 § 3 of the European Convention on exactly such a basis.⁴⁸ Following the emergency declaration, extended arrest and detention powers were granted to the government.⁴⁹ The validity of the derogation was challenged and the Special Immigration Appeals Commission confirmed the existence of a state of emergency but it quashed the incriminated provisions because they applied indiscriminately to foreigners.⁵⁰ While the Court of Appeal overruled this part of the verdict,⁵¹ the House of Lords judged that the derogation violated Article 14 *and* Article 5 § 1 of the Convention, in that the measures adopted were inadequate to handle the crisis and not proportional to the gravity of the situation.⁵²

However, the Special Immigration Appeals Commission only cancelled the certificate of one single individual. Detainees who had introduced an application before the European Court of Human Rights were eventually released and subjected to the conditions of the 2005 Prevention of Terrorism Act,⁵³ which re-

⁴³ Human Rights Chamber (BiH), *Boudella et al. v. Bosnia and Herzegovina*, 11 Oct. 2002.

⁴⁴ ECHR, *El-Masri v. Macedonia*, 13 Dec. 2012, §§ 212-222.

⁴⁵ ECHR, *Mamatkulov and Askarov v. Turkey*, 4 Feb. 2005, § 67; ECHR, *Al-Moayad v. FRG*, 20 Jan. 2007, § 66; ECHR, *Babar Ahmad et al. v. UK*, 6 July 2010, § 113.

⁴⁶ ECHR, *Othman (Abu Qatada) v. UK*, 17 Jan. 2012; B. Emerson, 2012, § 33.

⁴⁷ Council of Europe Assembly, *Resolution 1271 (2002) on Combating Terrorism and Respect for Human Rights*, 24 January 2002, §§ 9, 12 *alinea* 5.

⁴⁸ 2001 Human Rights Act (Designated Derogation) Order, 12 Nov. 2001; United Kingdom, *Note verbale [Derogation under Article 15]*, 18 Dec. 2001.

⁴⁹ 2001 Anti-Terrorism, Crime and Security Act, 14 Dec. 2001, Section 21.

⁵⁰ SIAC, *A et al. v. Secretary of State for the Home Department*, 30 July 2002, §§ 94-95.

⁵¹ Court of Appeal, *A et al. v. Secretary of State for the Home Department*, 25 Oct. 2002.

⁵² House of Lords, *A et al. v. Secretary of State for the Home Department*, 16 Dec. 2004.

⁵³ 2005 Prevention of Terrorism Act, 11 Mar. 2005.

placed the 2001 Anti-Terrorism, Crime and Security Act. The United Kingdom withdrew its derogation notice on 16 March 2005 and no other member state of the Council of Europe suspended Article 5. In its judgement, the European Court of Human Rights mainly relied on the condemnation of the incriminated rules by the House of Lords.

Although the European Court reaffirms the discretionary powers granted to municipal authorities, it rejects the invocation of a similarly wide margin of appreciation by the legislative and executive powers inside the domestic legal order to bypass the judicial control of the situation, since the determination of the proportionality of emergency provisions fits in the prerogatives of the judiciary. The Court singled out the discrimination between British citizens and non-nationals, as an evidence of the lack of necessity and proportionality of the measures taken.⁵⁴ Independent of its final verdict, the conception of states' discretion defended in this decision and its uncritical ratification of national judgements need to be deplored.

FREEDOM IS SLAVERY: THE 'SECURITY VERSUS LIBERTY' PARADIGM AND THE BALANCING OF BASIC RIGHTS AGAINST POLICY INTERESTS

It is often alleged in times of emergency that a new balance needs to be struck between liberty and security, which grants people more security and less liberty. People are deprived of their intrinsic freedom and their most basic rights are discarded under the excuse that this will provide them with more security. Hence, human rights violations have always been particularly extended in the face of terrorism and states easily condone acts of torture in extreme circumstances where gathering information may save lives, as in 'ticking bomb' scenarios. Accordingly, 'fight fire with fire' policies have gained an unprecedented level of support in the United States in the aftermath of 9/11. The Bush administration adopted numerous rules detrimental to civil liberties that were not limited to terrorism-related investigations and largely irrelevant to the fight against terror. They targeted alien residents and introduced far-reaching new grounds for justifying their expulsion or refusing their entry on the national territory. Since then, ethnical profiling and the persecution of totally innocent persons have been commonplace. Many governments around the globe have followed the American precedent and relied on Al Qaeda's attacks to adopt **liberticidal security policies**, eradicate local political opposition and oppress minorities.⁵⁵ The use of "a vigorous assassination policy" was advocated⁵⁶ and followed by a wave of targeted

⁵⁴ ECHR, *A et al. v. UK*, req. No 3455/05, 19 Feb. 2009.

⁵⁵ S.D. Murphy, 354; M. Scheinin, 22 Nov. 2007.

⁵⁶ D. Ball, "Desperately Seeking Bin Laden: The Intelligence Dimension of the War against Terrorism", in K. Booth, T. Dunne, *Worlds in Collision: Terror and the Future of Global Order*, Mc Millan, Houndmills 2002, 66.

killings.⁵⁷ In addition, many suspects have been detained *incommunicado* in self-styled ‘classified locations’ or transferred by the CIA to other countries in order to be interrogated and tortured by the local authorities. Several member states of the Council of Europe helped in the abduction and transfer of the suspects or even in their torture.⁵⁸ This phenomenon called ‘extraordinary rendition’ or ‘rendition for / to torture’ has been applied to thousands of individuals from Muslim origin.⁵⁹ The official position of the American administration, the various *memoranda* it produced on the question and the ensuing academic debate, all demonstrate a blatant disregard for the most fundamental international norms.

The ban on torture has been eroded through the advocacy of a conjunction of three sets of arguments about the law: the inapplicability of the Geneva Conventions regulating the conduct of warfare, in particular the provisions of these treaties that deal with the status of prisoner of war, the rules of interrogation and the condemnation of torture;⁶⁰ the acceptability of torturing terrorists to extract information from them in cases where this might permit saving lives, as in the now archetypical ‘ticking bomb’ scenarios, and the appropriateness of issuing judicial torture warrants expressly authorising public officials to use non-lethal forms of torture in such situations;⁶¹ and, finally, the narrowing of the concept of torture itself, so as to exclude from its definition most instances of deliberate infliction of pain during questioning that fall short of organ failure or death, as well as the non-restrainability of the presidential powers exercised in his quality of commander-in-chief.⁶² This amounts to a complete sacrifice of core human rights for prudential ends, privileging mere considerations of utility or expediency over the basic principles and standards of humanity. In effect, “torture has the purpose to make the victim a ‘willing’ means to the ends pursued by officials”

⁵⁷ P. Alston; M. Scheinin, 29 Jan. 2007, §§ 77-78; M. Scheinin, 22 Nov. 2007, § 42; M. Scheinin, 4 Feb. 2009, § 43.

⁵⁸ See for a documentation and denunciation of the complicity of member states of the Council of Europe: Council of Europe Assembly, *Resolution 1507 (2006) on Alleged Secret Detentions and Unlawful Inter-State Transfers of Detainees Involving Council of Europe Member States*, 7 June 2006; ECHR, *El-Masri v. Macedonia*, 13 Dec. 2012; HR Committee, *Alzery v. Sweden*, 10 Nov. 2006; CAT, *Agiza v. Sweden*, 20 May 2005; B. Emerson, 2013, § 19; D. Marty, *Abuse of State Secrecy and National Security*, 7 Sept. 2011, § 15; D. Marty, *Report on Secret Detentions and Unlawful Inter-State Transfers of Detainees Involving Council of Europe Member States*, Doc. 10957, 12 June 2006; D. Marty, *Report on Secret Detentions and Unlawful Inter-State Transfers of Detainees Involving Council of Europe Member States*, Doc. 11302 rev., 11 June 2007.

⁵⁹ HR Committee, *2006 United States Report*, § 16; B. Emerson, 2013, §§ 1, 14-15, 19; M. Scheinin, 22 Nov. 2007, §§ 36-38; M. Scheinin, 4 Feb. 2009, §§ 43, 51-53, 72.

⁶⁰ J. Yoo, *Memorandum*, 9 Jan. 2002, 34-39.

⁶¹ A. Dershowitz, *Shouting Fire: Civil Liberties in a Turbulent Age*, Little & Brown, New York 2002, 470-477; A. Dershowitz, *Why Terrorism Works: Understanding the Threat, Responding to the Challenge in a Turbulent Age*, Yale University Press, New Haven 2002, 132-163; contra: M. Scheinin, 4 Feb. 2009, § 43.

⁶² J. Bybee, *Memorandum*, 1 Aug. 2002, 6, 33-39; contra: M. Scheinin, 22 Nov. 2007, §§ 33-34.

and “betrays the very idea that the individual is an end in himself”.⁶³ It even constitutes “the purest possible case of the violation of the Kantian principle that no person may be used only as a means”,⁶⁴ the most perfect example of the dehumanisation and objectification of individuals for considerations of public policy or collective interests. The European Court of Human Rights judges that the mere threat of inhuman treatment in order to save the life of a kidnapped child violates the Convention and underlined that, “in view of the absolute prohibition of treatment contrary to Article 3 irrespective of the conduct of the person concerned and even in the event of a public emergency threatening the life of the nation -or, *a fortiori*, of an individual- the prohibition on ill-treatment of a person in order to extract information from him applies irrespective of the reasons for which the authorities wish to extract a statement, be it to save a person’s life or to further criminal investigations”.⁶⁵ Indeed, “the philosophical basis underpinning the absolute nature of the right under Article 3 does not allow for any exceptions or justifying factors or balancing of interests, irrespective of the conduct of the person concerned and the nature of the offence at issue”.⁶⁶ The ban on torture is *the* ‘legal archetype’, on which the rule of law rests.⁶⁷ In consequence, commitment to the rule of law requires considering horrific abuses like torture as always beyond the pale, effectively investigating allegations of ill-treatment or rendition for torture, and punishing the culprits.⁶⁸

Supranational institutions have vehemently criticised the Orwellian reconfiguration of international law and underlined the need for anti-terrorist actions to fully respect human rights, in keeping with multilateral treaties related to terrorism. For instance, Article 14 of the 1998 International Convention for the Suppression of Terrorist Bombings specifies that “any person who is taken into custody or regarding whom any other measures are taken or proceedings are carried out pursuant to this convention shall be guaranteed fair treatment, including enjoyment of all rights and guarantees in conformity with the law of the state in the territory of which that person is present and applicable provisions of international law, including international law of human rights”. The United Nations Commission on Human Rights has adopted a resolution regarding terrorism, even before 9/11, whose dual purpose perfectly exemplifies the significance and specific role of rights in such contexts. On one hand, it strongly condemns terrorism as a destruction of basic rights and underlines that it “can never be justified as a means to promote or protect” them. It similarly outlaws incitement to

⁶³ M. Kumm, 160.

⁶⁴ H. Shue, “Torture”, *Philosophy and Public Affairs* 1978, 132.

⁶⁵ ECHR, *Gäfgen v. FRG*, 30 June 2008, § 69.

⁶⁶ ECHR, *Gäfgen v. FRG*, 1 June 2010, § 107.

⁶⁷ HR Committee, *General Comment No 24 (52) on Reservations*, 2 Nov. 1994, § 10; J. Waldron, “Torture and Positive Law: Jurisprudence for the White House”, *Columbia Law Review* 2005, 1718-1739.

⁶⁸ ECHR, *El-Masri v. Macedonia*, 13 Dec. 2012, §§ 192-193.

terrorism, violence and ethnic hatred, and urges states to adopt measures to efficiently prevent, fight and eradicate terrorism. On the other hand, it recalls that any such measure must conform to international law and international human rights standards.⁶⁹ The resolution reminds, thereby, every domestic authority and international body that “in fighting terrorism it must not descend to the standards of the terrorist”.⁷⁰ In particular, the absolute ban on torture must be respected even in the most extreme cases, including in the presence of terrorist organisations engaged in mass destruction. This second aspect of the resolution is particularly important in the current context of public abuses generated by the ‘war’ on terror. The resolution on terrorism and human rights adopted by the Council of Europe’s Assembly in 2002 and reports of the relevant United Nations special rapporteurs similarly express both sets of concerns; accounting for “a triangulation of interests between the accused, the victim and the prosecutor”.⁷¹ Most international organs have resisted the downgrading of human rights standards in the fight against terrorism.⁷² Instead of opposing liberty and security, they emphasise that compliance with human rights and an efficient anti-terrorist policy are “complementary and mutually reinforcing” objectives; which must be pursued concomitantly.⁷³ Likewise, the case law of international courts and supervisory bodies opposes the revisionist approach adopted by national authorities worldwide and they have struck down the relevant rules in most individual cases brought in front of them.

IGNORANCE IS STRENGTH AND BIG BROTHER IS WATCHING YOU

The ‘war’ on terror and ‘security *versus* liberty’ paradigms have been accompanied by an arsenal of surveillance, misinformation and silencing measures; all

⁶⁹ HR Commission, *Resolution 1996/47 on Human Rights and Terrorism*, 19 Apr. 1996.

⁷⁰ H.S. Levie, *Terrorism: Documents of International and Local Control*, XI, Dobbs Ferry, New York 1996, 201.

⁷¹ Council of Europe Assembly, *Resolution 1271 (2002) on Combating Terrorism and Respect for Human Rights*, 24 Jan. 2002; B. Emerson, 2012, especially § 39; M. Scheinin, 22 Dec. 2010, § 8.

⁷² Council of Europe Committee of Ministers, *Guidelines on Human Rights and the Fight against Terrorism*, 11 July 2002; Security Council, *Resolution 1456 (2003)*, 20 Jan. 2003; UN General Assembly, *Resolution 49/60*, 9 Dec. 1994; UN General Assembly, *Resolution 57/219*, 18 Dec. 2002; UN General Assembly, *Resolution 58/187*, 22 Dec. 2003; UN General Assembly, *Resolution 59/191*, 20 Dec. 2004; UN General Assembly, *Resolution 60/158*, 16 Dec. 2005; UN General Assembly, *Resolution 60/288*, 8 Sept. 2006, *The United Nations Global Counter-Terrorism Strategy*, Annex, Title IV; UN Secretary General, *Human Rights Must Not Be Sacrificed to Counter-Terrorism*, 12 Apr. 2002; ECOSOC, *Resolution 2004/19*, 21 July 2004; CAT, *Statement*, 22 Nov. 2001; K.K. Koufa, *Second Report on Terrorism and Human Rights*, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2002/35, 2002.

⁷³ UN General Assembly, *Resolution 60/825*, 27 Apr. 2006, §§ 5, 118; M. Scheinin, 22 Dec. 2010, §§ 8, 12-13.

of this in a general climate of glorification of impunity. The USA Patriot Act⁷⁴ -an ironic title for an anti-patriotic piece of legislation, whose main effect is to undermine the national constitution- widely extends federal powers of eavesdropping, electronic surveillance and interception of internet communications, information sharing, search and seizure, and detention of foreign residents without any proof in violation of the presumption of innocence. One such measure is the execution of 'sneak and peek' search warrants without notification to the interested person, in all criminal investigations, including computer trespassing, and thus in matters completely irrelevant to terrorism. Under these new rules, the FBI can wiretap private phones, break into houses, search home computers, and take a copy of entire hard drives or other digital storage secretly. Amendments made to the Foreign Intelligence Surveillance Act permit to rely on the exceptional measures foreseen in this document (special warrants, wiretaps and searches) "under the guise of foreign intelligence gathering" in ordinary criminal enquiries, against persons who are neither the agents of a foreign power nor suspected of any offence. The ensuing confusion between CIA and FBI prerogatives is particularly dangerous. A department of justice regulation allows monitoring of the communications between all individuals held in federal custody in the quality of convicted criminals, detainees on remand or simple material witnesses, and their legal advisers whenever the attorney general deems it "reasonably necessary", in breach of the presumption of innocence. The concentration of such discretionary powers "in the hands of a few law enforcement officials, with no judicial oversight," has been rightfully stigmatised as "inherently open to abuse". Furthermore, the abolition of the confidentiality traditionally ruling the relations between defence lawyers and their clients affects them disastrously and, consequently, undermines the fair administration of justice.⁷⁵

The adoption of the 2002 Homeland Security Act⁷⁶ is an additional blow to free speech and private life. This statute eradicates important features of the Freedom of Information Act and limits the amount of information that citizens can request, about public deeds and deals, in order to let the government and its favourite corporate contractors conduct dubious businesses in utter darkness without any concern for accountability.⁷⁷ The European Court of Human Rights

⁷⁴ 2001 Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism (USA Patriot) Act, 26 Oct. 2001, Public Law 107-56, 115 Stat. 272.

⁷⁵ Amnesty International, *Memorandum to the US Attorney General: Amnesty International's Concerns relating to the Post 11 September Investigations*, AMR 51/170/2001, London Nov. 2001; D. Kellner, *From 9/11 to Terror War: The Dangers of the Bush Legacy*, Rowman & Littlefield, Oxford 2003, 101-102; M. Scheinin, 22 Nov. 2007, §§ 49-51; M. Scheinin, 4 Feb. 2009, §§ 25-46, 64, 69; M. Scheinin, 28 Dec. 2009, §§ 20-48, 58.

⁷⁶ 2002 Homeland Security Act, 25 Nov. 2002, Public Law 107-296, 116 Stat. 2135.

⁷⁷ See, for a detailed assessment: Reporters Committee for Freedom of the Press, *Homefront Confidential: How the War on Terrorism Affects Access to Information and the Public's Right to Know*,

condemns the misuse of this inflated vision of the state secret privilege in order to impede “the search for the truth” and foster impunity.⁷⁸ Another disturbing aspect of the legislation is its consecration of the Pentagon’s plan to construct a Total Information Awareness system, or TIA, within the department of defence. The TIA project annihilates the very notion of privacy. It aims to create an information system capable of scanning all available databases to track people’s patterns of conduct and determine if they are likely to engage in terrorism or other activities hostile to American interests. The final product will be a virtual centralised grand database, a massive repository, composed of elements of everyone’s private life gathered from various commercial sources plus every piece of information that the government already holds, including all the personal data accumulated thanks to its heightened powers under the Patriot Act. This will offer to law enforcers and other public officials the possibility to spy on every single (private or public) move of their compatriots by mining this unified data warehouse. To top it all, the program has for symbol an all-seeing eye in a pyramid and for motto the Latin adage *scientia est potentia*, knowledge is power. The resemblance to information detection and retrieval practices in Orwell’s 1984 dystopia is irresistibly striking. The Congress eventually was concerned about the reach of the program and forbade that it be used against United States citizens. TIA was also renamed: Total Information Awareness became Terrorism Information Awareness. The excessiveness of the United States anti-terrorism measures demonstrates the crucial importance of conditioning such measures to the necessity and proportionality of their extent. Until recently, the case law of the different human rights supervisory bodies at the universal and regional levels did not attach much attention to this important requirement. However, the unprecedented scope of the extraordinary norms similarly adopted in several European countries after 9/11 has shocked the organs of the Council of Europe out of their prior lethargy.

The exceptional rules, methods and measures enacted in the United Kingdom provide an emblematic illustration of how some European statutes have shown even less restraint than their American counterparts in curtailing privacy. The European Court of Human Rights has condemned the United Kingdom’s post 9/11 legislation regarding fingerprinting and DNA samplings; which allowed the systematic and indefinite retention of fingerprints, cellular samples and DNA profiles of non-convicted suspects long after their acquittal or the discontinuation of the criminal proceedings. The Court developed that “the protection afforded by Article 8 of the Convention would be unacceptably weakened if the use of modern scientific techniques in the criminal justice system were allowed at any cost and without carefully balancing the potential benefits of the extensive use of such techniques against important private life interests”. It took into account the “blanket and indiscriminate nature” of the police forces’ retention powers,

Arlington 2002.

⁷⁸ ECHR, *El-Masri v. Macedonia*, 13 Dec. 2012, §§ 191-193; See also: B. Emerson, 2013, §§ 39-40.

the danger of stigmatisation of innocent people and the erosion of the presumption of innocence that stems from their treatment on a par with convicted criminals. It recalled that the right to be presumed innocent incorporates the rule that no further suspicion may ever be voiced after the person's acquittal. It concluded that the United Kingdom "has overstepped any acceptable margin of appreciation" and failed to meet the necessity and proportionality requirements under Article 8 § 2 of the European Convention.⁷⁹ Likewise, the Court unanimously sanctioned the incompatibility of the United Kingdom anti-terrorist stop and search measures with Article 8 of the Convention. The impugned provisions empowered the police to stop and search without notice any person in the geographical area covered by a specific authorisation to that intent, as a matter of expediency, even in the absence of reasonable suspicion. The Court emphasised that, in order to conform to the principle of legality, the measures in point must respect the rule of law; which implies some "protection against arbitrary interferences by public authorities". The unduly large and unfettered discretionary powers granted to the executive in the case in hand failed to meet this minimum threshold, as they were "neither sufficiently circumscribed nor subject to adequate legal safeguards against abuse". Therefore, they could not be considered to have been taken "in accordance with the law" and violated the United Kingdom's obligations under Article 8 § 2 of the Convention.⁸⁰ Yet, absolute surveillance is merely the first step on the road to coercion and serfdom.

The notion of terrorism has been over-stretched to punish self-styled offences of a type perfectly epitomised by protests against the war, civil disobedience or hacking. In effect, "overly broad definitions of terrorism" often lead to the "deliberate misuse of the term".⁸¹ After 9/11, a wave of censorship unprecedented since the Mc Carthy era has fallen on the American population, to the extent that dissent is equated with treason, and no critical thought is allowed anymore. Defence of the Geneva Conventions and attempts to explain the causes of the strikes on 9/11 or analyse the broader framework in which they occurred are condemned as a form of advocacy or justification of terrorism,⁸² leading to extensive criticism of universities as "the weak link in America's response to the attack" and to blacklisting of academic authors.⁸³ Unfortunately, the European Court of Human Rights has ratified those systematic attacks on freedom of expression in the name of the fight against incitement to terrorism, in relation to an application introduced by

⁷⁹ ECHR, *S and Marper v. UK*, 4 Dec. 2008, §§ 105-126.

⁸⁰ ECHR, *Gillan and Quinton v. UK*, 12 Jan. 2010, §§ 76-87.

⁸¹ M. Scheinin, 22 Dec. 2010, § 26.

⁸² D. Kellner, 68.

⁸³ See, for a particularly egregious example of such reproaches and naming: J.L. Martin, A.D. Neal, *Defending Civilisation: How Our Universities Are Failing America and What Can Be Done about It*, American Council of Trustees and Alumni, Washington DC 2001; who blame "college and university faculty" for lacking patriotism and quote, in an appendix, more than one hundred statements to illustrate their claim.

the cartoonist Denis Leroy against France. The applicant was condemned for the apology of terrorist acts because of a political caricature published in a leftist weekly periodical, depicting the destruction of the World Trade Center, with the label “we all dreamt of it - Hamas did it”. The French government invoked Article 17 as a cause of inadmissibility of the complaints. The European Court of Human Rights dismissed the state’s arguments at this level. In this regard, it underlined that the contentious drawing was not aimed at the destruction of fundamental rights or directed against the values underlying the Convention, as in the case of racist, anti-Semitic or Islam phobic discourses. However, it then unanimously rejected the applicant’s claims on the merits, on account of his glorification of the annihilation of American imperialism by violent means.⁸⁴ This verdict surprises by its lack of rigour, especially in light of the recognition by the Court of the artistic and humoristic nature of the caricature and the necessarily provocative character of this means of expression. In truth, it partakes to the wave of mandatory political correctness and widespread censorship that followed 9/11 in many Western countries; leading to the pervasive and indiscriminate prosecution of all forms of dissent, disapproval or even questioning of the United States domestic system or foreign policy and, more generally, of the actions adopted in the frame of the ‘war’ on terror. A critical appraisal of the potential effects of this decision motivated the inclusion in the United Nations best practices regarding incitement to terrorism of a reference to actions that generate “an objective danger of a terrorist offence being committed”.⁸⁵

RESISTING 1984: THE RULE OF LAW OR THE RULE OF THE BOOTS

The ‘war’ on terror seriously endangers human rights norms and the prevalence of public international law. Since 9/11, governments have implemented counter-terrorism rules and policies, born from reinterpreting domestic and international norms, which justify violations of supranational standards and obligations by reliance on the human rights discourse. It has led to the rationalisation of widespread human rights abuses under the flag of the necessity to protect them. Aside from constituting acts of official terror and grave violations of the rights of their victims, the ensuing attacks on core individual freedoms and entitlements also have systemic effects: they corrupt the entire structure of the polity and taint the complete state apparatus with irregularity and blood. They encourage and establish a practice of illegality likely to outgrow its original anti-terrorist purpose and contaminate the whole handling of public matters, leaving the door open to any type of abuse by functionaries acting secretly and without any control.⁸⁶ The

⁸⁴ ECHR, *Leroy v. France*, 2 Oct. 2008, §§ 27, 36-48.

⁸⁵ M. Scheinin, 22 Dec. 2010, §§ 30-32.

⁸⁶ J. Glover, “State Terrorism”, in R.G. Frey, C.W. Morris, *Violence, Terrorism, and Justice*, Cambridge University Press, Cambridge 1991, 274; who speaks of a slippery slope effect.

whole country then risks becoming a police state and an abomination like torture “one of the normal items on the menu of practical consideration”. If the use of torture by state officials is validated, it follows that everything seems to be permitted under the colour of order or necessity and the rule of law is reduced to a question of utilitarian arithmetic; collapsing the divide between state power and unmitigated terror, law and savagery.⁸⁷

The new paradigm has been grounded in the construction of a collective right to security that state authorities ought to guarantee to their citizens. The question is assumed to be a matter of cost-benefit analysis and all members of society are presumed to benefit from the trade-off, as long as they are not guilty. However, the weighting process generates several problems of its own, even from a purely instrumental perspective. First, internal security is largely tributary to states overseas’ activities and foreign policy. In this respect, one cannot overemphasise that, “to a large extent, structural violence in the world community is at the base of direct violence by non-state groups” like terrorists.⁸⁸ While it is often claimed that the open character of Western societies and their unwillingness to trade fundamental rights for security renders them vulnerable to terrorist attacks,⁸⁹ compromising human rights for security is most likely to generate additional outbursts of violence. Far from bringing violence to an end, violations of civil liberties and the rule of law committed in order to combat political criminality provide a new impetus to the cycle of terror.⁹⁰ Besides, terrorism cannot be defeated as long as enough people are willing to die for it and popular endorsement of the efforts to curb it largely depends on the availability of peaceful means of opposition.⁹¹ The only adequate avenue open to counter terrorism and effectively bring about peace and security is not to target its symptoms but its causes; above all, poverty, discriminations and human rights abuses.⁹² Instead, states resorting to terror when trying to curb insurgent terrorism do offer on a golden plate to their opponents exactly what they are looking for, including a total discrediting of the states’ authority and a shift of part of the responsibility for the terrorist attacks. Using the same means and the same apocalyptic discourse of good *versus* evil as terrorists confronts governments involved in anti-terrorism campaign

⁸⁷ J. Waldron, 2005, 1718-1739.

⁸⁸ J.E. Alvarez, “Torturing the Law”, *Case Western Reserve Journal of International Law* 2006, 222; A. Cassese, “Violence, War and the Rule of Law in the International Community”, in D. Held, *Political Theory Today*, Polity, Cambridge 1991, 274-275.

⁸⁹ See, e.g., A.D. Sofaer, “On the Necessity of Pre-emption”, *European Journal of International Law* 2003, 210.

⁹⁰ B. Emerson, 2012, §§ 25, 32; K.K. Koufa, *Terrorism and Human Rights*, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1999/27, 1999, § 130.

⁹¹ D. Held, “Violence, Law, and Justice in a Global Age”, in C. Calhoun, P. Price, A. Timmer, *Understanding September 11*, New Press, New York 2002, 102.

⁹² B. Emerson, 2012, §§ 31-32; M. Scheinin, 29 Jan. 2007, §§ 80, 82; M. Scheinin, 21 Nov. 2007, §§ 64, 69-71; M. Scheinin, 22 Dec. 2010, § 8.

gns with the risks of mimetism and the likelihood to become terrorist themselves. From a cynical point-of-view, it looks like public authorities have foreseen the results intended by terrorists and attempt to precede them in bringing about those very effects. Governments involved in grave human rights violations destroy themselves the prospects of a free and democratic alternative to brute violence, initiate a vicious circle of escalating ripostes and reprisals, and inescapably undermine any claim to legitimacy of the established system.

Apart from the fact that the actual empirical link between the two sides of the equation appears at best contentious, trading individual rights for public security plainly misses the point that the struggle against terrorism is also a fight for democracy and the rule of law. By conceding on liberty, a society has already given in to the terrorists' destructive ends. The fight against terrorism is not solely concerned with triumphing over the material threats terrorism presents but also with the protection of a democratic legal and political order. Adopting the opposite path to democracy and the rule of law only leads to a regime of governmental terror, not unlike that which insurgent terrorists are hoping to set up. Basic rights must be respected when fighting terrorism and security cannot be guaranteed through their sacrifice, precisely because this "would hand the terrorists a victory beyond their dreams".⁹³ In a nutshell, freedom cannot be abolished in the name of security, even if only not to play the terrorists' game. Furthermore, "diminishing liberty might also diminish security against the state, even as it enhances security against terrorism";⁹⁴ paradoxically, making people ultimately less safe than they were in the first place. There is also a much more fundamental reason to sharply criticise the opposition between security and liberty, and its presentation as a matter of necessary trade-offs between the two concepts: it deprives an ultimate victory over terrorism of any conceivable value. In the by now famous words of Thomas Jefferson, "a society that will trade a little liberty for a little order will lose both and deserves neither".⁹⁵ Such a society is inherently based on violence and enslavement, not unlike a state of endemic terrorism, and does not possess any rightful privilege to fight over destabilising efforts. More dramatically put, "whether or not a society is justified in taking steps to preserve itself must depend both on what sort of society it is and what the steps to be taken are". Where society is largely oppressive and cruel, the ruling authorities are not justified in preserving its existence, since its continuation constitutes *per se* a wrong. Besides, not all available means are acceptable to protect even a desirable society from disintegration.⁹⁶ Some methods are simply intolerable and their use is sufficient to qualify a society as brutal and its institutions as illegitimate. This is the reason

⁹³ UN Secretary General, *Human Rights Must Not Be Sacrificed to Counter-Terrorism*, 12 Apr. 2002.

⁹⁴ J. Waldron, "Security and Liberty", *Journal of Political Philosophy* 2003, 194-195, 205-208.

⁹⁵ T. Jefferson, *Letter to James Madison*.

⁹⁶ H.L.A. Hart, *Law, Liberty and Morality*, Oxford University Press, Oxford 1963, 19.

why international norms regulating states of emergency are indexing the suspension of fundamental freedoms and entitlements in the most extreme situations to the respect of strict conditions relative to the aim, motives and object of the derogations.

The defenders of the ‘war’ on terror and ‘security *versus* liberty’ paradigms totally ignore international law and put forward efficiency or other policy considerations, instead of relying on sound legal argumentation. This position must be criticised because, “in a society that values adherence to the rule of law, the most decisive arguments are those that can claim to derive from the law itself”. Indeed, “one cannot simply re-engineer a judicial system as one goes along simply because that would make policy sense” but “something more distinctly legal is needed to justify that shaft”, unless one wishes to dismiss the law altogether.⁹⁷ Besides, the claim that individuals would be *entitled* to security (and protection against foreign terrorists) is a fiction and the source of a lot of confusions.⁹⁸ Coating extraneous claims in rights rhetoric empties the whole concept of any meaningful relevance or function. Finally, when dealing with such questions, it is also important to remember that reducing the legitimacy of a measure to a mere check of its domestic legality reproduces a Schmittian vision of the law. The latter model has served to justify the most abject form of totalitarianism in the history of humankind, as a palliative to emergency circumstances, and should be resisted even in the direst situations. Steering clear of an apology of tyranny and inhumanity under the mask of legality commands a commitment to a proper understanding and respect of the rule of law. The main idea lying at the core of the rule of law is, obviously, that state officials need to be ‘ruled’ by the law: they are subjected to the law, or under it, rather than above it. In a word, adherence to the rule of law implies the submission of the state to the law.⁹⁹ Sovereignty becomes rule-based, in the sense that “rules are prior to sovereignty”¹⁰⁰ and do circumscribe its limits. Public actions need to be hemmed in the formal framework provided by a legal order and cannot be allowed to stray outside of it for merely prudential motives. The concept of law or norm expresses a high degree of formalism, because of its rule-based composition.¹⁰¹ In addition, the rule of law serves as a protection of the ruled against abuses by their rulers. The law is, thereby, internalising issues of legitimacy and transforming them into issues of legality of a mostly procedural nature.

To conclude, the simple fact that terrorism might strike anywhere and at any time cannot legitimise the implementation of extraordinary regimes. The en-

⁹⁷ F. Mégret, 335, 340.

⁹⁸ R. Hardin, “Civil Liberties in the Era of Mass Terrorism”, *Journal of Ethics* 2004, 86.

⁹⁹ P.-M. Dupuy, *Droit international public*, 8th ed., Dalloz, Paris 2006, 243.

¹⁰⁰ R.O. Keohane, “Political Authority after Intervention”, in J.L. Holzgrefe, R.O. Keohane, *Humanitarian Intervention*, Cambridge University Press, Cambridge 2003, 283.

¹⁰¹ F. Schauer, *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Clarendon, Oxford 1991, especially 77-111, 137-145.

dorsement of the contrary assumption is conducive to extend states of emergency to the world's limits, making the exception the norm in a Schmittian fashion. Moreover, the notion of rights is even more resistant to consequentialism than that of rule or norm. There is no place "for a balancing between human rights and security, as the proper balance can and must be found within human rights law itself". Indeed, "law is the balance, not a weight to be measured".¹⁰² Whereas there is always a possibility to find another way to resolve the problem of security, "rights would be worthless -and the idea of a right incomprehensible- unless respecting rights meant taking some risks" sometimes.¹⁰³ Alternative roads lead into the Orwellian nightmare, where the future is symbolised by "a boot stamping on a human face", and the replacement of the rule of law by the rule of the boots.

Dr AXELLE REITER

Profesor Ekonomskog fakulteta u Veroni

Italija

NOVA PARADIGMA ZA NOVI VEK ILI POVRATAK U 1984? ANTITERRORISTIČKI NAPAD NA LJUDSKA PRAVA

Rezime

Napadi na Svetski trgovinski centar i Pentagon stvorili su vladama idealnu priliku i opravdanje za reakcionarno nazadovanje, bez presedana. One su, posle tih napada, često ponavljale da suzbijanje terorizma zahteva novo tumačenje domaćih i međunarodnih normi, novo upravljanje globalizmom, novi pristup međunarodnim odnosima, novo formulisanje zakona o oružanim sukobima, novi pristup ljudskim pravima, novu ravnotežu između bezbednosti i slobode, itd., sažeto i jezgrovito - novu paradigmu za novi vek. Ukoliko bi ova novonametnuta tumačenja prevladala u dužem vremenu, to bi proizvelo nezadne efekte. Sveukupni pravni i politički revizionizam manipuliše strahom naroda i osećanjem nesigurnosti kako bi opravdao sve vrste zloupotreba, a sve pod zastavom zaštite demokratije od neprijatelja. Ovaj opšti trend razvoja pogađa naročito tumačenje kvalifikativa okolnosti koje opravdavaju uvođenje vanrednog stanja. Napadnuta su najvažnija ljudska prava, čije suspendovanje nije inače dozvoljeno ni u najtežim okolnostima, kao što su pravo na život i fizički integritet. Navodi se dalje da jedinstvenost savremenog terorizma i aktuelnih pretnji, kao i odgovori brojnih nacionalnih vlasti opravdavaju potpunu transformaciju globalnog sistema. Ove pojave imaju svoje korene u uverenju da se, u vanrednom stanju, uspostavljanje nova ravnoteža između slobode i bezbednosti, koja daje ljudima više sigurnosti a manje slobode. Re-

¹⁰² M. Scheinin, 22 Dec. 2010, § 12.

¹⁰³ R. Dworkin, "Terror and the Attack on Civil Liberties", in J. Margolis, A.T. Marsoobian, T. Rockmore, *The Philosophical Challenge of September 11*, Blackwell, Oxford 2005, 95.

zultat ovoga jeste da se pravni standardi degradiraju širom sveta a ljudska prava se krše svaki dan, što je skoro opisano potpuno tačno kao “anti-teroristička legislativna divlja paljba.” Smatra se da se dogodila totalna promena međunarodnog prava i prorokuje se uništenje međunarodnog poretka.

Članak istražuje sudsku i doktrinalnu paradigmu smene zaštite ljudskih prava pukom tolerancijom ljudskih prava, uvek kada dolazi do konflikta između poštovanja ljudskih prava i bezbednosnih interesa, a koja se događa posle terorističkih napada na SAD od 11. septembra 2001. godine. On analizira opasnosti koje su stvorene tom smenom po privatne ličnosti, socijalne strukture pogođenih zemalja i međunarodni pravni poredak, kao i protivljenje na koje nailazi ovaj trend u međunarodnim institucijama. U članku su izneti argumenti za tezu da efektivan odgovor na zloupotrebe koje se događaju od početka “rata” protiv terorizma zahtevaju striktnije poštovanje vladavine prava i obaveza koje proističu iz međunarodnih ljudskih prava, nego što je to predstavljeno u doktrini ravnoteže, uključujući naročito puno poštovanje prava na život, fizički integritet i ličnu slobodu.

POJAM GENOCIDA U MEĐUNARODNOM JAVNOM PRAVU

Pojam i termin genocid u najširoj javnosti se smatra da je nastao sa Drugim svetskim ratom, kada su od strane nacističke Nemačke i njihovih pomagača izvršeni masovni i stravični ratni zločini, sa jasnim ciljem fizičkog uništenja određenih naroda: Slovena, Jevreja, Roma i drugih naroda. Sam termin genocid je nastao kao kovanica od grčke reči “genos” (narod, rod, rasa, pleme) i latinske reči “occidere” (ubiti) i po analogiji reči homicid (ubistvo čoveka), paricid (oceubistvo) koji je prvi upotrebio Poljski Jevrejin iz SAD Prof. dr Rafael Lemkin pri kraju Drugog svetskog rata.¹ Za krivično delo genocida sve do kraja Drugog svetskog rata 1939–1945. godine nije postojao adekvatan i prikladan termin i naziv. Predsednik Vlade Velike Britanije Vinston Čerčil (Winston Churchill) je u jednoj radio emisiji u avgustu 1941. godine komentarišući nacističke masovne ratne zločine rekao: “Mi smo u prisustvu zločina bez imena.”²

Dr Jelena Đ. Lopičić-Jančić, profesor Akademije za diplomatiju i bezbednost, Beograd.

¹ Dr Albert Vajs: Zločin genocida u međunarodnom krivičnom pravu, Beograd, 1949, Međunarodni problemi broj 1, str. 57; Prof. dr Smilja Avramov: Genocid u Jugoslaviji u svetlosti međunarodnog prava, Beograd, 1992, str. 21; dr Aleksandar Ignjatović: Genocid u međunarodnom i nacionalnom krivičnom pravu, Beograd, 1996, str. 13; dr Ljubiša Lazarević: Krivično pravo Jugoslavija posebni deo, deveto izdanje, Beograd, 1998, str. 81–83; Prof. dr Bora Čejović: Međunarodno krivično pravo opšti i posebni deo, Beograd, 2006, str. 187; dr Zoran Stojanović, dr Obrad Perić: Krivično pravo posebni deo, XII. izmenjeno izdanje, Beograd, 2007, str. 324–327; dr Dragan Jovašević: Pojam i karakteristike krivičnog dela genocida, Beograd, 2001, Sudska praksa broj 9–10, str. 59.

² Prof. dr Raphael Lemkin: The Crime of Genocide, American Scholar, Volume 15, no. 2. (April 1946.), p. 227–230.

Na Petoj međunarodnoj konferenciji o unifikaciji krivičnog zakona pod pokroviteljstvom Petog odbora Društvu naroda u Madridu 1933. godine, Prof. dr Rafael Lemkin je tada predložio da se ustanovi međunarodno krivično delo progona ("zločini varvarstva"), kojim bi se sankcionisali masovni pokolji Jermena u Turskoj za vreme Prvog svetskog rata i Asiraca u Iraku 1933. godine, koji su faktički bili krivična dela genocida. Međutim, njegov predlog nije usvojen, jer nije postojala politička volja većine tadašnjih država u Društvu naroda.³

Termin genocid je prvi upotrebio Prof. dr Raphael Lemkin i taj termin je opšte prihvaćen u čitavom svetu. Za razliku od termina tiranocid, homicid i fratricid, u kojima je objekat napada ili ubistvo pojedinca, Prof. dr Lemkin je naveo da je ubistvo kolektiviteta ili grupe, tako da je to nesumnjivo njegov originalni doprinos ne samo ovom pojmu krivičnog dela genocida nego i daljem razvoju nauke krivičnog prava i međunarodnog krivičnog prava.⁴

Prof. dr Rafael Lemkin je bio kompletan pravnik, prvo praktičar, javni tužilac u periodu od 1929–1934. godine u Varšavi, zatim advokat u Varšavi, učesnik mnogih međunarodnih konferencija po međunarodnopravnim pitanjima, poznati naučnik i stručnjak za međunarodno krivično pravo. Posle okupacije Poljske od strane nacističke Nemačke uspeo je da pobjegne preko Litvanije u Švedsku, a zatim preko Engleske u SAD 1941. godine. U SAD je odmah postavljen za predavača na Duke University u North Carolina i na School of Military Government University of Virginia. Bio je savetnik u Vrhovnom suda SAD. Prisustvovao je na suđenju u Nirnbergu 1945–1946. godine gde je bio šef savetnik Roberta H. Jackson-a, glavnog tužioca SAD.⁵

Krivično delo genocid nije samo genusni pojam koji pokriva sve vidove masovnih ubistava, nego i krivično delo koje se može izvršiti prema pojedincu kada su ispunjeni precizno određeni uslovi obeležja svog bića i njegovim karakteristikama. Izvršenje ovog krivičnog dela je u stvari kolektivni zločin počinjen nad

³ Dr Boris Krivokapić: Enciklopedijski rečnik međunarodnog prava i međunarodnih odnosa, Beograd, 2010, str. 299.

⁴ Prof. dr Raphael Lemkin: *Axis Rule in Occupied Europe*, Washington, 1944, pp. 79–82; Prof. dr Smilja Avramov: *Genocid u Jugoslaviji u svetlosti međunarodnog prava*, Beograd, 1992, str. 21; dr Dragan Jovašević: *Pojam i karakteristike krivičnog dela genocida*, Beograd, 2001, *Sudska praksa* broj 9-10, str. 59, p. 145; Prof. dr Boris Krivokapić: *Enciklopedijski rečnik međunarodnog prava i međunarodnih odnosa*, Beograd, 2010, str. 299.

⁵ Prof. dr Raphael Lemkin (1900–1959) nesumnjivo spada među najveće međunarodne stručnjake za krivično delo genocida. Navešćemo samo neke od njegovih najpoznatijih radova: *Axis Rule in Occupied Europe*, Washington, 1944; *Genocide-a modern crime*, 1945, *Free World*, No. 9, p. 39; *Genocide, a new international crime: punishment and prevention*, Paris, 1946, *Revue Internationale de Droit Penal* vol. 17, p. 360; *Genocide*, 1946, *The American Scholar*, No. 15, p. 227; *Genocide as a crime under international law*, Washington, 1947, *American Journal of International Law*, Vol. 41, No. 1

određenom nacionalnom, etničkom, rasnom ili verskom grupom, bilo za vreme rata, oružanog sukoba ili mira i po tome se razlikuje od ratnog zločina.⁶

U srpskoj literaturi jedan autor navodi da se genocid u srpskom jeziku može nazvati: "Genocid bi na našem jeziku mogao da znači narodomorstvo."⁷ U pojednim našim listovima takođe je pokušano da se reč genocid prevede sa "narodomorstvo" po analogiji sa čedomorstvom.⁸ Iako ovaj naziv narodomorstvo obuhvata pojam genocida, smatramo da je ovaj naziv neprikladan iz razloga što je termin genocid u srpskom jeziku još od prvih dana kada je nastao bio opšteprihvaćen kako u nauci međunarodnog javnog prava, međunarodnog krivičnog prava, krivičnog prava, tako i u krivičnom zakonodavstvu i u najširim sredstvima javnog informisanja.⁹

U jugoslovenskoj, odnosno srpskoj krivičnopravnoj i međunarodnopravnoj literaturi, relativno malo je obrađeno krivično delo genocida sa aspekta međunarodnog javnog prava.¹⁰ Očigledno je da je genocid sa međunarodnopravnog aspekta u našoj nauci i literaturi nedovoljno obrađen, obzirom na značaj ove inkriminacije, kao i činjenice da se genocid u svetu i dalje vrši i da je ta problematika sa međunarodnopravnog aspekta veoma aktuelna.¹¹

⁶ Dr Dragan Jovašević: Pojam i karakteristike krivičnog dela genocida, Beograd, 2001, *Sudska praksa* broj 9-10, str. 60–62; Prof. dr Zoran Stojanović: Komentar Krivičnog zakonika, Treće dopunjeno izdanje, Beograd, 2009, str. 784–788.

⁷ Prof. dr Branimir M. Janković: Međunarodno javno pravo, treće izdanje, Beograd, 1974, str. 201.

⁸ Dr Albert Vajs: Zločini genocida u međunarodnom krivičnom pravu, Beograd, 1949, *Međunarodni problemi* broj 1, str. 57.

⁹ Dr Aleksandar Ignjatović: Genocid u međunarodnom i nacionalnom krivičnom pravu, Beograd, 1996, str. 13.

¹⁰ Navodimo neke od postojećih knjiga: Prof. dr Smilja Avramov: Genocid u Jugoslaviji u svetlosti međunarodnog prava, Beograd, 1992, Smilja Avramov: Genocid u Jugoslaviji 1941–1945, 1991, knjiga prva, Beograd, 2008; Smilja Avramov: Genocid u Jugoslaviji 1941–1945, 1991., knjiga druga, Beograd, 2008; dr Milan Bulajić: Ustaški zločini genocida i suđenje Andriji Artukoviću 1986, I. II. III, Beograd, 1988–1989; Prof. dr Lajčo Klajn: Genocid i kazna Na severu okupirane Jugoslavije (1941–1945.), Novi Sad, 1991; dr Aleksandar Ignjatović: Genocid i međunarodnom i nacionalnom krivičnom pravu, Beograd, 1996; Dušan Lukač: Tri genocida nad Srbima u XX veku, Beograd, 1998; dr Milan Bulajić: Jasenovac ustaški logori smrti srpski mit? Hrvatski ustaški logori genocida nad Srbima, Jevrejima i Ciganima, Beograd, 1999; dr Milan Bulajić: Jasenovac na sudu-suđenje Dinku Šakiću, Beograd, 2001.

¹¹ Navodimo samo neke od članaka: dr Mitar Kokolj: Ubistvo kao ratni zločin genocida, Beograd, 1995, *Pravni život* broj 9, str. 141; dr Aleksandar Ignjatović: Odgovornost za genocid u međunarodnom krivičnom pravu, Beograd, 1996, *Bilten pravne službe JNA* broj 1, str. 7; dr Aleksandar Ignjatović: Pravo na život i genocid, Beograd, 1996, *Pravni život* broj 9, str. 27; dr Aleksandar Ignjatović: Pravo na život i zločini protiv čovečnosti, Beograd, 2006, *Pravni život* broj 9, str. 55; dr Dragan Jovašević: Zločin genocida u međunarodnom krivičnom pravu, Beograd, 1999, *Izbor sudske prakse vanredni broj* 2, str. 5; dr Dragan Jovašević: Genocid NATO-a u SR Jugoslaviji, Beograd, 2000, *Međunarodna politika* broj 1091–1093, str. 59; dr Dragan Jovašević: Pojam i karakteristike

S druge strane, u jugoslovenskoj i srpskoj literaturi o zločinu genocida je relativno dosta pisano i publikovano, ali ne sa pravnog aspekta. To su knjige, monografije, sistematski radovi, zbornici radova, komentari, dokumenti, memoarski radovi, članci, rasprave, prikazi, feljtoni, osvrti, domaćih autora kao i prevodi stranih autora o genocidu. Svi ovi radovi obrađuju i opisuju sama izvršenja masovnih i stravičnih krivičnih dela genocida bilo u Jugoslaviji za vreme Drugog svetskog rata ili u okupiranim evropskim državama od strane nacističke Nemačke i njihovih pomagača. To su zaista veoma vredna i značajna dela koja su namenjena najširoj čitalačkoj publici i koja su naišla na izvredno dobar prijem. Ovi radovi su veoma važni i značajni i sa još jednog veoma važnog aspekta: oni su nepobitan dokument o postojanju i izvršenju tih masovnih krivičnih dela genocida kao istorijski dokumenti, naročito za proučavanje genocida u navedenom periodu i za buduće generacije da se sve to ne bi zaboravilo. Jer, u određenim državama koje su izvršile genocid postoji tendencija da se ratni zločini i zločini genocida polako ali sigurno zaborave.¹²

Genocid kao krivično delo znači sistematsko uništavanje čitavih nacionalnih, rasnih, etničkih, jezičkih ili religioznih grupa. Sam pojam genocida kao krivičnog dela je odavno poznat još od najranije istorije čovečanstva, tako da naziv genocid je samo novi termin za krivično delo koje je bilo poznato od najranije istorije čovečanstva.¹³ Postojanje genocida nastalo je veoma davno u ljudskoj istoriji i to još pre nastanka prvih država, kada još nisu postojale nacije, društvene klase i vere. Naime, još u prvobitnoj zajednici razna plemena i druge slične zajed-

krivičnog dela genocida, Beograd, 2001, Sudska praksa broj 10, str. 59; dr Dragan Jovašević: Krivično delo ubistva u međunarodnom krivičnom pravu, Beograd, 2004, Pravni život broj 9, str. 3; dr Dragan Jovašević: Krivična odgovornost i kažnjivost za zločin genocida, Beograd, 2010, Pravni život broj 9. i dr.

¹² Navešćemo samo neke od tih radova: Nikola Nikolić: Jasenovački logor, Zagreb, 1948; Vladimir Dedijer: Vatikan i Jasenovac-dokumenti, Beograd, 1987; Genocid nad Srbima u dvadesetom veku, Beograd, 1992; Norman Kon: Poziv na genocid, Novi Sad, 1996; Genocid nad Srbima u II svetskom ratu, priredio dr Milan Bulajić, Genocid u 20. veku na prostorima jugoslovenskih zemalja, Beograd, 2005; Genocid nad Jermenima (dokumenti, svedočenja) izbor, predgovor i beleške Babeken Šimonjan, Beograd, 1995; Toša Iskurljev: Raspeće srpskog naroda u Sremu 1914. godine i Madžari sa madžarske granice Bajski trokut Sent Andreja, Novi Sad, 1936; Vladimir Dedijer, Antun Miletić: Genocid nad muslimanima 1941–1945, Zbornik dokumenata i svjedočenja, II. izdanje, Sarajevo, 1990; Antun Miletić: Koncentracioni logor Jasenovac 1941–1945, I, II, III. knjiga, Beograd, 1986–1987; Antun Miletić: Ustaška fabrika smrti 1941–1945, Beograd, 1988; Jisrael Gutman, Haim Šacker: Holokaust i njegovo značenje, Beograd, 2010; Podsećanje na zločine: Rasprava o genocidu i ubistvu naroda, Novi Sad–Beograd, 2011; Jovan Čulibrk: Istoriografija holokausta u Jugoslaviji, Beograd, 2011; Džon Adam: Genocid, ratni zločin i Zapad, Beograd, 2012; Branislav Božović: Stradanje Jevreja u okupiranom Beogradu 1941–1944, Drugo dopunjeno i izmenjeno izdanje, Beograd, 2012. i dr.

¹³ Dr Smilja Avramov: Genocid u Jugoslaviji u svetlosti međunarodnog prava, Beograd, 1992, str. 21–67; dr Aleksandar Ignjatović: Genocid u međunarodnom i nacionalnom krivičnom pravu, Beograd, 1996, str. 16–22.

nice pored ostalog vodili su često i ratove koji su doveli do pokušaja ili delimičnog ili potpunog fizičkog istrebljenja poraženih plemena.

U Starom veku, u mnogim ratovima dolazi do pokušaja istrebljenja pojedinih naroda, država ili verskih zajednica. Navešćemo samo nekoliko takvih slučajeva. Poznat je slučaj za vreme Punjskih ratova između Rima i Kartagine, kada su za vreme trećeg Punjskog rata 149. godine pre nove ere Rimljani osvojili Kartaginu i tada su najveći deo civilnog stanovništva pobili (oko 50.000 žena, dece i muškaraca), jedan deo prodali u roblje, a grad zauvek razorili, Rimljani – (Titus) su 72. godine uništili Jerusalim, Mongoli sa Džingis Kanom i Tamerlenom su uništavali čitave države i narode. U Bibliji se navodi mnogo podataka o progoni i ubijanjima izvršenim nad raznim narodima i pripadnicima raznih vera kao i nad civilnim stanovništvom uključujući žene, decu, starce, ratne zarobljenike, bolesnike i ranjenike prilikom osvajanja raznih gradova.¹⁴ Primer je i proganjanje hrišćana u Rimskom carstvu za vreme vladavine rimskih careva kada su fizički uništavani na desetine hiljada pripadnika hrišćanske vere samo zato što su bili pripadnici te zabranjene vere u to vreme.

U Srednjem veku se nastavljaju na verskoj osnovi verski ratovi i masovna proganjanja i istrebljenja svih lica koja ne priznaju katoličku veroispovest. Tada nastaje i poznata inkvizicija u čitavoj Evropi, koju sprovodi katolička crkva.¹⁵ Krstaški ratovi, kojih je bilo sedam od 1096-1270. godine i koji su organizovani od strane katoličke crkve za oslobodenje Hristovog groba u Jerusalimu iz ruku “nevernika” Turaka Seldžuka, bili su ustvari osvajački ratovi koji su imali i elemente genocida, fizičko uništenje “nevernika” u Bliskom Istoku. Sa Prvim krstaškim ratom koji počinje 1096. godine, kada su krstaši u francuskim i nemačkim gradovima pobili na hiljade Jevreja, smatrajući ih neprijateljima hrišćanske vere. Samo u gradu Majncu krstaši su u jednom naletu pobili preko 700 ljudi, dece, žena i staraca a na hiljade je ranjeno.¹⁶ I u ostalim krstaškim ratovima francuski i nemački krstaši su izvršili stravične i masovne ratne zločine i zločine genocida fizički uništavajući sve koji nisu bili njihove vere.

Posle Kolumbovog otkrića Amerike u XVI veku španski osvajači konkvistadori izvršili su u Srednjoj i Južnoj Americi¹⁷ do tada nezabeležen genocid, fizički su uništili tri civilizacije: Maja,¹⁸ Asteka¹⁹ i Inka.²⁰

¹⁴ Dr Milan Bartoš: Međunarodno javno pravo, I. knjiga, Beograd, 1954, str. 387; World History, London, 1994, p. 49; Biblija stari i novi zavet, Preveo dr Lujo Bakotić, Novi Sad.

¹⁵ Bayer Vladimir: Ugovor s đavlom. Proces i protiv čarobnjaka u Evropi a napose u Hrvatskoj, Zagreb, 1953.

¹⁶ Perry Marvin: Western Civilization, Ideas, Politics & Society, Boston, 1989, pp. 220-221.

¹⁷ F. A. Kirpatrick: Španski osvajači, Beograd, 1937, str. 69-240.

¹⁸ Branko Vukušić: Drevna Amerika, Ko su zaista varvari?, Beograd, 2012, str. 372-375.

¹⁹ Ibidem: str. 365-372.

²⁰ Ibidem: str. 375-390.

Kolonijalne države Španija, Portugal, Engleska, Francuska, Holandija, Belgija i Italija vodili su kolonijalne ratove u Americi, Africi, Aziji i Australiji, gde su vršili fizička istrebljenja domorodačkog stanovništva, koje je bilo različitih rasa, religija i kultura, sa jasnim ciljem osvajanja navedenih teritorija i porobljavanja tih naroda.

Zatim, u XIV veku turska osvajanja prvo Vizantije, a posle balkanskih država Bugarske, Rumunije, Grčke uključujući i osvajanje Srbije. Prilikom osvajanja Srbije turska vojska je izvršila masovne i stravične zločine ubijajući na desetine hiljada civilnog stanovništva i uništavajući veliki broj kulturno istorijskih spomenika, pre svega srpske pravoslavne crkve i manastire koji su pretvarani u džamije. Poznati su turski zločini nad srpskim stanovništvom, nasilno odvođenje dece u Tursku za janičare, nezapamćeni zločini nabijanja na kolac, otsecanje delova tela, odsecanje glava, oslepljivanje, sakaćenje, pljačkanje pokretne i nepokretne imovine i drugo. Turska okupacija je imala za cilj ne samo fizičko uništenje srpskog naroda, nego i nasilnu islamizaciju i asimilizaciju, što je nesumnjivo genocid.

Dvadeseti vek predstavlja najkrvaviji vek u dosadašnjoj ljudskoj istoriji, gde je po podacima više naučnika iz raznih država u prvih sedam decenija dvadesetog veka u ratovima stradalo preko 110 miliona ljudi.²¹

U Prvom svetskom ratu (1914–1918. godine), koji je bio do tada najveći najbrutalniji rat koji je ikada vođen, Austro-Ugarska je izvršila agresiju na Srbiju, zatim okupaciju gde je njena vojska izvršila masovne ratne zločina nad civilnim stanovništvom, ratnim zarobljenicima, ranjenicima i bolesnicima, ubijajući ih na licu mesta prilikom zarobljavanja ili odvođenjem u brojne koncentracione logore u Mađarskoj, Austriji i Slovačkoj, gde je najveći broj umirao usled neadekvatnih smeštajnih uslova, izgladnjavanja kao i brojnih zaraznih bolesti i epidemija i nepružanja lekarske pomoći i nege.²² U tom ratu Srbija je imala ogromne gubitke u ljudstvu, zatim razaranju gradova, naseljenih mesta, sela, bolnica, škola, industrijskih objekata, crkava, manastira, železničkih pruga, puteva, kulturno-prosvetnih objekata i drugih objekata infrastrukture. Najteže od svega je bilo što je Srbija izgubila trećinu svog stanovništva – 1.247.520 ljudi od čega 54% muškog stanovništva od 18 do 55 godina starosti.²³

Austro-Ugarska je dugo pripremala agresivni i osvajački rat protiv Srbije. Plan napada na Srbiju je bio pripremljen još 1908. godine, pa se samo čekla pogodna prilika da se Srbija napadne. Sarajevski atentat od 28. juna 1914. godine kada je ubijen austrijski prestolonaslednik Franc Ferdinand i njegova supruuga Sofija, Austro-Ugarska je iskoristila za povod za objavljivanje rata Srbiji 28. jula

²¹ Eric Markusen: Genocidna priroda savremenog rata, Beograd, 1994, Vojno-istorijski glasnik broj 1–2, str. 25–26.

²² Isidor Đuković: Nadmeđer austrougarski logor za Srbe 1914–1918, Beograd 2002, str. 36–44.

²³ Vladimir Stojančević: Srbija i srpski narod za vreme rata i okupacije 1914–1918, Leskovac, 1988, str. 65–75; Dušan Lukač: Tri genocida nad Srbima u XX veku, Beograd, 1998, str. 79–86.

1914. godine, optuživši srpsku vladu da je organizovala i inspirisala ovaj atentat. Austro-Ugarska je bila ispunjena rasnom i verskom mržnjom prema Srbiji i srpskom narodu sa jasnim ciljem da ih treba fizički uništiti i vođena je bila idejom da "Srbija mora da crkne – Serbien muss starben".²⁴ Ovo je do tada bio najveći genocid prema srpskom narodu iz Srbije, Crne Gore i Bosne i Hercegovine, izvršen za vreme Prvog svetskog rata.²⁵

Za vreme Prvog svetskog rata od početka 1915. godine u Južnoj Srbiji koju je okupirala bugarska vojska su takođe izvršeni masovni i stravični zločini prema civilnom stanovništvu, ratnim zarobljenicima, ranjenicima i bolesnicima, koje su najčešće ubijali na licu mesta prilikom zarobljavanja.²⁶

Turska je u vremenskom razdoblju od 1915. do 1919. godine izvršila genocid nad Jermenima i Grcima i tada je pobijeno blizu 2 miliona Jermena i oko 300.000 Grka, a milion Jermena je uspeo da se spase bekstvom u susedne države.²⁷ Posle Prvog svetskog rata 1914–1918. godine Društvo naroda i međunarodna zajednica čvrsto su bili uvereni da ratova više neće biti. Posebno je na to garantovao Brian-Kelogov pakt o odricanju rata iz 1928. godine, koji je dalje otišao od Društva naroda i imao za to vreme određenu univerzalnost, koji su do 1939. godine prihvatile 63 države. Međutim, nekoliko velikih sila koje su bile potpisnice brzo su prekršile taj Brian-Kelogov pakt: Italija 1935., Japan 1937. i Nemačka 1939. godine.²⁸

Nacistička Nemačka je za vreme Drugog svetskog rata 1939–1945. godine izvršila genocid nad Jevrejima, Slovenima i Romima. Tada je ubijeno preko 6 miliona Jevreja. U Jugoslaviji je za vreme Drugog svetskog rata 1941–1945. godi-

²⁴ R.A. Reiss: Izveštaj podnesen srpakoj vladi o zverstvima koja je austrougarska vojska počinila za vreme prvog upada u Srbiju, Beograd–Gornji Milanovac, 1995, str. 7.

²⁵ Vladimir Čorović: Crna knjiga. Patnje Srbije, Bosne i Hercegovine za vreme svetskog rata 1914-1918, Beograd–Sarajevo, 1920, str. 83; Toša Iskruljev: Raspeće Srpskog naroda u Sremu 1914. godine i Madžari sa Madžarske granice Bajski trokut Sent Andreja, Novi Sad, 1936.

²⁶ A. Reiss: Austro-Bugarsko-Nemačke povrede ratnih zakona i pravila, Krf, 1918, str. 30–82; R. A. Reiss: The Kingdom of Serbia Infringments of the Rules and Law of War Comitted by the Austro-Bulgaro-Germans: Letters of a Criminologist on the Serbian Macedonian Front, London, 1924; Izveštaj Međusavezničke komisije, određene da konstatuje sve povrede, Haške konferencije, i međunarodnog prava, učinjene od strane Bugara u zauzetoj Srbiji od 1915–1918. godine, Beograd, 1919; Aleksandar Trajković: Vreme brzumlja, dokumenti o Bugarskim zločinima u Vranjanskom kraju 1915–1918, Beograd, 1981, str. 71–107.

²⁷ Smilja Avramov: Genocid u Jugoslaviji u svetlosti međunarodnog prava, Beograd, 1992, str. 36–37; Prof. dr Boris Krivokapić: Enciklopedijski rečnik međunarodnog prava i međunarodnih odnosa, Beograd, 2010; str. 299.

²⁸ Vladimir Todorović: Ratno pravo i bezbednost 69 multilateralnih konvencija i drugih akata, knjiga 3. tom I, Beograd, 1999, str. 51–52.

ne izvršen genocid nad Srbima, Jevrejima²⁹ i Romima. Okupacijom Jugoslavije 1941. godine okupator je izvršio rasparčavanje Jugoslavije koje su okupatori (Nemačka, Italija, Mađarska i Bugarska) međusobno podelili i na taj način izvršili kršenje međunarodnog prava. Okupacija kao vojnopolitička kategorija je u stvari jedno privremeno faktičko stanje, a ne pravno stanje, ni okupator samim faktom okupacije ne može da zasniva i stekne suverenitet nad okupiranom teritorijom.³⁰ Stvaranje tzv. Nezavisne Države Hrvatske 10. aprila 1941. godine je bilo uz pomoć Nemačke i Italije, koja je bila kvislinška država, gde u periodu od 1941. do 1945. godine izvršen genocid nad Srbima, Jevrejima i Romima. U koncentracionom logoru Jasenovac kao i u drugim brojnim koncentracionim logorima u tzv. Nezavisnoj Državi Hrvatskoj je pobijeno milion Srba, Jevreja i Roma.³¹

Za razvoj međunarodnog krivičnog prava je veoma značajno suđenje najvećim nemačkim nacističkim vojnim i političkim funkcionerima pred Međunarodnim vojnim sudom u Nirnbergu od 20. XI 1945. do 1.X. 1946. godine. Statut Međunarodnog vojnog suda u Nirnbergu je propisao u članu 6. za koja krivična dela će sud biti nadležan svrstavajući ta krivična dela u tri glavne kategorije:

“Sledeća dela, ili bilo koje od njih, jesu zločini koji dolaze u nadležnost Suda i za koje je utvrđena lična odgovornost:

a) zločini protiv mira, to jest planiranje, pripremanje, započinjanje ili vođenje agresorskog rata ili rata kojim se krše međunarodni ugovori, sporazumi ili garancije, ili učestvovanje u nekom zajedničkom planu ili zaveri za izvršenje ma kog od navedenih dela; b) ratni zločini, to jest povrede ratnih zakona i ratnih običaja. Takve povrede obuhvataju, ali se na njih ne ograničavaju, ubistvo, zlostavljanje ili odvođenje na prinudni rad ili za koji drugi cilj civilnog stanovništva okupirane teritorije, ili u okupiranu teritoriju, ubistvo ili zlostavljanje ratnih zarobljenika, ili lica na moru, ubijanje talaca, pljačkanje javne ili privatne imovine, namerno razaranje gradova, varoši ili sela, ili pustošenje neopravdano vojnom potrebom; c) zločini protiv čovečnosti, to jest ubistva, istrebljenje, porobljavanje, deportacija i ostala nečovečna dela, izvršena protiv bilo kog civilnog stanovništva pre ili za vreme trajanja rata, ili proganjanje na političkoj, rasnoj ili verskoj osnovi u izvršenju ili u vezi bilo kojeg zločina koji spada u nadležnost Suda, bez obzira da li se time vrše ili ne vrše povrede zakona one zemlje gde su zločini izvršeni.”³²

Na Prvom zasedanju Generalne skupštine Ujedinjenih nacija u San Francisku 11. decembra 1946. godine Rezolucijom br. 96/I na predlog Kube, Indi-

²⁹ Milan Koljanin. *Holokaust u Jugoslaviji (1941–1944.)*, Beograd, 1996, Jugoslovenski istorijski časopis broj 1-2, str. 111–122; Valter Manošek: *Holokaust u Srbiji, vojna okupaciona politika i uništavanje Jevreja 1941–1942*, Beograd, 2007.

³⁰ Smilja Avramov: *Genocid u Jugoslaviji u svetlosti međunarodnog prava*, Beograd, 1992, str. 161.

³¹ Navodimo samo Jovan Mirković: *Objavljeni izvori i literatura o jasenovačkim logorima*, Banja Luka–Beograd, 2000, u stvari bibliografiju gde su navedeni i evidentirani svi radovi koji obrađuju sistem ustaških logora Jasenovac.

³² Zločini protiv čovečnosti i međunarodnog prava Nirnberška presuda i dokumenti o genocidu, Beograd, 1992, str. 39–40.

je i Paname genocid je proglašen za međunarodno krivično delo: "Potresa ljudsku savest, nanosi velike gubitke čovečanstvu, koje je usled toga lišeno kulturnih i drugih doprinosa ovih ljudskih grupa, i protiv se moralnim zakonima, kao i duhu i ciljevima Ujedinjenih nacija. I zbog toga se potvrđuje da je genocid zločin po međunarodnom pravu, koji civilizovani svet osuđuje."³³

Na ovaj način otpočela je jedna nova epoha u razvoju međunarodnog krivičnog prava. Rezolucije Ujedinjenih nacija koje se odnose na pravna pravila i međunarodne konvencije nemaju pravnu snagu, jer Generalna skupština nema zakonodavnu moć, nego samo moralnu. Praktično ove rezolucije su preporuke državama članica da u svoje zakonodavstvo unesu materiju rezolucije.³⁴

Značajno je i veoma važno za nauku međunarodnog krivičnog prava i krivičnog prava kada je i ko prvi put u sudskoj praksi upotrebio termin genocid kao krivično delo. To je urađeno pred Međunarodnim vojnim sudom u Nirnbergu od 26. do 30. jula 1946. godine, kada su u osnovnu optužnicu koju su podneli Međunarodnom vojnom sudu u Nirnbergu Glavni tužioci Sovjetskog Saveza, Sjedinjenih Američkih Država, Velike Britanije i Francuske, gde je pojam "genocida" unet kao zasebno krivično delo, i to u trećem odeljku optužnice, poglavlje VIII, stav A. stranica 12. originala. Pojam genocida je formulisan tačno onako kako je to formulisao Prof. Dr Rafael Lemkin.³⁵

U navedenoj optužnici Savezničkih tužilaca krivično delo genocida je formulisano na sledeći način:

"Oni (optuženi) izvršili su namerno i sistematski genocid – naime, istrebljenje rasnih i nacionalnih grupa-protiv civilnog stanovništva na okupiranim teritorijama sa ciljem da unište određene rase i klase, naroda i nacionalne, rasne i verske grupe, posebno Jevreje, Poljake, Rome i druge."³⁶

Ovom događaju predhodilo je da je jugoslovska delegacija pri Međunarodnom vojnom sudu u Nirnbergu zajedno sa poljskom i čehoslovačkom delegacijom 25. juna 1946. godine zajednički podnele Komitetu glavnih tužilaca zajednički predlog da se krivično delo "genocid" unese u osnovnu optužnicu i završni pledoaje glavnih tužilaca, a zatim i u samu presudu.

U završnim pledoajeima i u optužnici glavnih savezničkih tužilaca koji su održani od 26. do 30. jula 1946. godine upotrebljen je pojam i naziv genocida. U toku samog suđenja pojam i naziv genocida upotrebljen je nekoliko puta od strane tužilaca kao i od strane odbrane optuženih. Predlagači savezni tužioci su oče-

³³ Dr Milan Bartoš: Međunarodno javno pravo I. knjiga, Beograd, 1954, str. 387.

³⁴ Dr Smilja Avramov: Genocid u Jugoslaviji u svetlosti međunarodnog prava, Beograd, 1992, str. 69.

³⁵ Dr Albert Vajs: Izveštaj Delegacije FNRR kod Međunarodnog vojnog suda u Nirnbergu 30. jula 1946, Br. N/149. Arhiv Jugoslavije u Beogradu, Fond broj 110, Fascikla broj 809-214.

³⁶ Prof. dr Raphael Lemkin: The Crime of Genocide, American Scholar, Volume 15, No. 2. (April 1946.), p.p. 229.

kivali da će se pojam i termin genocid uneti i u presudu. Međunarodni vojni sud u Nirnbergu u svojoj presudi nije usvojio predlog savezničkog tužilaštva da se termin genocid unese u presudu, obrazlažući da za to nije imao dovoljno formalog pravnog osnova u Statutu Međunarodnog vojnog suda u Nirnbergu. Ipak, u obrazloženju presude Međunarodni vojni sud u Nirnbergu potvrdio je najveći broj relevantnih činjenica i razloga iz optužnice, naročito kada su u pitanju bili zločini protiv čovečnosti, zatim o ubijanju i zlostavljanju ratnih zarobljenika, ubijanju civilnog stanovništva, ranjenika i bolesnika.³⁷

Nesumnjivo je da je veliki uspeh tri delegacije Poljske, Čehoslovačke i Jugoslovenske da ubede četiri saveznička tužilaštva da termin i pojam genocida unesu u optužnicu, kao i u završne reči savezničkih tužilaca. Od tada je praktično krivičnopravni pojam genocida ušao na velika vrata međunarodnog krivičnog prava i krivičnog prava kao posebno krivično delo *sui generis*. Svakako da je velika zasluga i predstavnika Jugoslavije pri Međunarodnom vojnom sudu u Nirnbergu Dr Alberta Vajsa koji je učestvovao lično svojom inicijativom, velikom stručnošću, znanjem, praksom iz krivičnog prava i međunarodnog krivičnog prava i umešnošću u čitavom ovom istorijskom poduhvatu.³⁸

Pošto se radi o veoma važnom istorijskom dokumentu a koji nije našoj načnoj, stručnoj i najširoj javnosti poznat niti je kod nas publikovan, citiraćemo ga u njegovom originalnom tekstu na engleskom jeziku koji je podnesen Komitetu glavnih savezničkih tužilaca pri Međunarodnom vojnim sudu u Nirnbergu:

“To the Committee of Chief Prosecutors to the International Military Tribunal.

We, the representatives of the Republic of Czechoslovakia, Poland and Yougoslavia at the International Military Tribunal in Nuernberg have the honor to submit Committee of Chief Prosecutors the following suggestions.

Count III. chapter VIII. par. A of the Indictment (page 12) contains the following statement: “They conducted deliberate and systematic genocide viz the extermination of national and radical groups against the civilian populations of certain occupied territories in order to destroy particular races and classes of people and national, radical or religious groups, particular Jews, Poles and Gipsies and other”. The evidence already produced in the course of proceedings as well as the evidence which could be still produced not only confirms this charge of the indictment, but shows in particular that crime of genocide was practiced also against other peoples not specifically mentioned in the above charge of indictment, and namely against the peoples and particular classes of peoples (f. ex. intelligentsia, clergy) in Czechoslovakia and Yougoslavia, while we have the highest appreciation for the great work of the Prosecutors in presenting the cases of our countries be-

³⁷ Dr Albert Vajs: Izveštaj Delegacije FNRR kod Međunarodnog vojnog suda u Nirnbergu 30. jula 1946, Br. N/149. Arhiv Jugoslavije u Beogradu, Fond broj 110, Fascikla broj 809-214; dr Albert Vajs: Zločin genocida u međunarodnom krivičnom pravu, Beograd, 1949, Međunarodni problemi broj 1, str. 60–61; Nirnberška presuda, Beograd, 1948, str. 95–124.

³⁸ Dr Jelena Đ. Lopičić Jančić: Prof. dr Albert Vajs i Nirnberški proces, Beograd, 2011, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu broj 2, str. 390–391; dr Jelena Đ. Lopičić Jančić: Nirnberška presuda i Jugoslavija, Beograd, 2012, Od Nirnberga do Haga pouke istorije, str. 196–197.

fore the Tribunal, we would consider it as especially important for our and for the full historical truth that in the final proceedings and in the final statement of the Prosecution the complexity and international importance of the crime genocide would be brought into prominence, which it deserves in the light of evidence.

It is our earnest hope that the Tribunal will include the crime of genocide in the sentence for reasons of justice, and for considerations of international law as well for the purpose of securing legally a peaceful development of future generations.”

Nuernberg, 25. of June 1946.

For the Czechoslovak Delegation
signed: Gen. Dr. B. Ecer.
For the Polish Delegation
signed: Dr. St. Piotrovski.
For the Yugoslav Delegation
signed: Dr Albert Vajs³⁹

Prevod na srpski jezik:

“Komitetu glavnih tužilaca Međunarodnog vojnog suda.

Mi, predstavnici Republike Čehoslovačke, Poljske i Jugoslavije u Međunarodnom vojnom sudu u Nürnbergu imamo čast da podnesemo Komitetu glavnih tužilaca sledeće predloge.

Tačka III. poglavlje VIII. st. A Optužnice (strana 12) sadrži sledeću izjavu: “Oni su sproveli namerni i sistematski genocid sa istrebljenjem nacionalnih i radikalnih grupa protiv civilnog stanovništva određenih okupiranih teritorija kako bi se uništile određene rase i klase ljudi i nacionalne, ili radikalne religiozne grupe, posebno poljaci i jevreji, cigani i drugi.” Dokazi koji su već izvedeni u toku postupka, kao i dokazi koji bi mogli biti izvedeni ne samo da potvrđuje ovu optužbu optužnice, pokazuje posebno zločin genocida koji je izvršen i protiv drugih naroda koji nisu izričito navedeni u gornjoj tački optužnice, odnosno i protiv naroda i konkretne klase naroda (bivši inteligentsia, sveštenstvo) u Čehoslovačkoj i Jugoslaviji dok mi imamo najveću zahvalnost za veliki rad tužioca u prezentovanju slučajeva u vezi naših zemalja pred sudom, mi ćemo smatrati da je od posebne važnosti za nas i za celokupnu istorijsku istinu da u završnim postupcima i u završnim rečima tužilaštva se istakne složenost i međunarodni značaj zločina genocida gde će se istaći značaj koji zaslužuje u svetlu dokaza. To je naša iskrena nada da će sud obuhvatiti zločin genocida u delu u vezi razloga pravičnosti, i za razmatranja međunarodnog prava, kao i radi obezbeđivanja mirnog legalnog razvoja budućih generacija.”

Nürnberg 25. jun 1946. godine

Za čehoslovačku delegaciju
Potpisao: gen. dr. B. Ecer
Za poljsku delegaciju
Potpisao: Dr. St. Piotrovski
Za jugoslovensku delegaciju
Potpisao: Dr Albert Vajs

³⁹ Kopija zajedničkog predloga delegacija Čehoslovačke, Poljske i Jugoslavije nalazi se u zaostavštini Prof. dr Alberta Vajsa u Jevrejskom istorijskom muzeju u Beogradu, paket broj 9. Sam tekst zajedničkog predloga je doslovno prepisan iz prepisa dr Alberta Vajsa bez ikakvih ispravljavanja slovnih grešaka.

Predstavnik jugoslovenske delegacije pri Međunarodnom vojnom sudu u Nirnbergu bio je Dr Albert Vajs (1905-1964), koji je iz Nirnberga poslao Državnoj komisiji za utvrđivanje zločina okupatora i njihovih pomagača preko 220 izveštaja, komentara, prikaza i osvrta kao i veliku količinu dokumentacije i građe, koji su veoma značajni ne samo za nauku krivičnog prava nego i za nacionalnu istoriju. Dr Albert Vajs, diplomirani pravnik, advokat, doktor prava je bio naš veliki stručnjak za međunarodno krivično pravo i bio je jedan od inicijatora da se pojam i termin genocid unese u optužnicu i u završene reči Glavnih tužilaca.⁴⁰ Tek posle završetka Drugog svetskog rata 1945. godine i na suđenju pred Međunarodnim vojnim sudom u Nirnbergu 1945. godine međunarodna javnost je mogla da vidi koliki je masovni genocid izvršen od strane nacističke Nemačke i njihovih pomagača u okupiranim državama. Međunarodni Crveni krst iz Ženeve je bio sprečen od strane navedenih okupatora da poseti okupirane države i prikupi informacije i dokaze o zlostavljanju, mučenju i ubijanju civilnog stanovništva, ranjenika, ratnih zarobljenika i bolesnika.

Prof. dr Rafael Lemkin je napisao Nacrt međunarodne Konvencije za sprečavanje i kažnjavanje zločina genocida, koje je dostavio jednom broj država na razmatranje i podršku. Uz podršku SAD ovaj Nacrt međunarodne Konvencije za sprečavanje i kažnjavanje zločina genocida je prihvaćen od velikog broja država pa je iznet na usvajanje pred Generalnu skupštinu Ujedinjenih nacija. Generalna skupština Ujedinjenih nacija na svom trećem zasedanju u Parizu 9. decembra 1948. godine posle dvogodišnjih priprema i konsultacija sa svojim pomoćnim telima, donela je rezoluciju broj 260 A (III.) kojom usvaja "Konvenciju za sprečavanje i kažnjavanje zločina genocida", naslov originala "Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide".⁴¹ Ova rezolucija je donesena jednoglasno, sa 55 glasova za, nijedan glas nije bio protiv ili uzdržan, što je bila retkost prilikom glasanja u Ujedinjenim nacijama, i na taj način otvorena za potpis, ratifikaciju ili pristupanje državama članicama. Konvencija je stupila na snagu 12. januara 1951. godine.

Jugoslavija je ratifikovala ovu Konvenciju 29. avgusta 1950. godine, a stupila je na snagu 12. januara 1951. godine.⁴² Konvencija za sprečavanje i kažnjavanje

⁴⁰ Dr Jelena Đ. Lopičić Jančić: Učešće Prof. dr Alberta Vajsa na Nirnberškom procesu nacističkim ratnim zločincima 1946. godine, Ljubljana, 2013, Jevrejstvo, antisemitizam i holokaust, Zbornik radova, str. 382–399.

⁴¹ Nehemia Robinson: The Genocide Convention its Originis and Interpretation, New York, 1949; Nehemia Robinson: The Genocide Convention: A Commentary, New York, 1960; Konvencija za sprečavanje i kažnjavanje krivičnog dela genocida, Beograd, 1949, Arhiv za pravne i društvene nauke broj 1, str. 141; Prava čoveka, Zbornik dokumenata o pravima čoveka, Urednik dr Vladan Vasiljević, Beograd, 1991, str. 116–117; Prof. dr Smilja Avramov: Genocid u Jugoslaviji u svetlosti međunarodnog prava, Beograd, 1992, str. 69–87; Vladimir Todorović: Ratno pravo i bezbednost 69 multilateralnih međunarodnih konvencija i drugih akata, Beograd, 1999, str. 707–710.

⁴² Konvencija je objavljena u "Službenom vesniku" Prezidijuma Narodne skupštine FNRJ broj 2/1950.

zločina genocida je prva međunarodna konvencija koja je usvojena u Ujedinjenim nacijama, i predstavlja veoma važnu konvenciju od opšteg značaja za međunarodno krivično pravo, kao i za dalji razvoj teorije i prakse međunarodnog krivičnog prava.⁴³

“Konvenciju za sprečavanje i kažnjavanje zločina genocida” iz 1948. godine do 26. maja 2013. godine 142 države su potpisale, pristupile ili ratifikovale, što nesumnjivo predstavlja vrlo impresivan broj. Prva država koja je ratifikovala ovu Konvenciju bila je Etiopija 1. jula 1949. godine. Velike sile su potpisale ili ratifikovale ovu Konvenciju: SSSR 16. decembra 1949, ratifikovala 3. maja 1954, SAD su potpisale 11. decembra 1948, a ratifikovale 25. novembra 1988, Ujedinjeno Kraljevstvo pristupilo 30. Januara 1970, Francuska je potpisala 11. decembra 1948, a ratifikovala 14. oktobra 1950. i Kina je potpisala 20. jula 1949, a ratifikovala 18. aprila 1983. godine.⁴⁴

Na osnovu člana 5. ove Konvencije za sprečavanje i kažnjavanje zločina genocida strane ugovornice su obavezne da u svojim krivičnim zakonima a u skladu sa svojim važećim ustavima propišu kao krivično delo genocida, a da će naročito propisati efikasne krivične sankcije koje će biti primenjivane prema licima odgovornim za genocid ili neko od drugih dela navedenih u članu 3. Da li su sve 142 države koje su potpisnice ove konvencije predvidele u svojim krivičnim zakonima krivično delo genocid, nije nam poznato. To bi zahtevalo posebno istraživanje i bilo bi interesantno i za nauku međunarodnog krivičnog prava i krivičnog prava videti kakve su sve formulacije dale razne države u svojim krivičnim zakonima ili posebnim zakonima, zatim, kakva je bila njihova primena u sudskoj praksi, iz razloga što se zločni genocida i dalje vrše u raznim krajevima sveta.

Međunarodna Konvencija za sprečavanje i kažnjavanje zločina genocida iz 1948. godine predstavlja pravni osnov za određivanja krivičnog dela genocida u međunarodnog krivičnom pravu kao i u nacionalnim krivičnim zakonima, pa je prilika da se o ovoj veoma značajnoj Konvenciji u ovom radu makar i sumarno osvrnemo. Jer, činjenica je da se u ranijoj jugoslovenskoj pa i sadašnjoj srpskoj krivičnopravnoj nauci i literaturi veoma malo pisalo, razmatralo i komentarisalo.⁴⁵ Naime, ne postoji u našoj pravnoj literaturi ni jedna knjiga, monografija ili sistematski rad koji je obradio međunarodnu Konvenciju za sprečavanje i kažnjavanje zločina genocida iz 1948. godine. Uglavom, to su bili samo kraća su-

⁴³ Dr Albert Vajs: *Zločin genocida u međunarodnom krivičnom pravu*, Beograd, 1949, *Međunarodni problemi broj 1*, str. 55; dr Aleksandar Ignjatović: *Genocid u međunarodnom i nacionalnom krivičnom pravu*, Beograd, 1996, str. 66–67.

⁴⁴ Podaci uzeti iz *List of parties to the Genocide Convention-Wikipedia, the free encyclopedia*.

⁴⁵ U inostranoj literaturi prvi komentar Konvencije za sprečavanje i kažnjavanje zločina genocida iz 1948. godine napisao je Nehemiah Robinson: *The Genocide Convention Its Origins and Interpretation*, New York, 1949; U jugoslovenskoj odnosno srpskoj literaturi prvi je napisao veoma vredan i značajan rad dr Albert Vajs: *Zločin genocida u međunarodnom krivičnom pravu*, Beograd, 1949, *Međunarodni problemi broj 1*, str. 55.

marna ili duža izlaganja u udžbenicima međunarodnog javnog prava, udžbenicima krivičnog prava, komentarima krivičnih zakona kao i u pojedinim knjigama, monografijama ili sistematskim radovima koje obrađuju ratne zločine i genocid. Odmah da navedemo da ova Konvencija nije savršena, i da je još prilikom njenog donošenja bilo dosta oprečnih mišljenja i stavova u pogledu postojećeg nacrt-a Konvencije. Razume se da su u Konvenciji najvažniji članovi II. i III. u kojima se precizno formuliše i podrazumeva šta predstavlja krivično delo genocida.

Definicija Genocida dosta detaljna se navodi u članu II.: “U ovoj konvenciji pod genocidom se podrazumeva bilo koje od niže navedenih dela, počinjenih u nameri da se potpuno ili delimično uništi kao takva neka nacionalna, etička, rasna ili religiozna grupa: a) ubistvo članova grupe; b) teška povreda fizičkog ili mentalnog integriteta članova grupe, c) namerno podvrgavanje grupe takvim životnim uslovima koji treba da dovedu do njenog potpunog ili delimičnog fizičkog uništenja; d) mere usmerene ka sprečavanju rađanja u okviru grupe; e) prinudno premeštanje dece iz jedne grupe u drugu.”

U članu III. predviđeno je koja će se krivična dela kažnjavati kao genocidna, pa se navodi: “Biće kažnjiva sledeća dela: a) genocid; b) sporazum o izvršenju genocida; c) neposredno i javno podsticanje na izvršenje genocida; d) pokušaj genocida; e) sušesništvo u genocidu.”⁴⁶ To se nesumnjivo najteža krivična dela, kao i principi savremenog krivičnog prava uključujući pokušaj, saučesništvo, podstrekavanje kao i udruživanje u cilju izvršenja navedenih krivičnih dela.⁴⁷

Kao što smo napred naveli da je još prilikom donošenja Konvencije bilo je oprečnih stavova i mišljenja na Nacrt Konvencije i to između delegacija Sovjetskog Saveza i zapadnih država Velike Britanije, Francuske, Belgije i SAD. Tih godina je postojao tzv. hladni rat između zapadnih država koje su predvodile SAD i istočnih država sovjetskog bloka koje je predvodio Sovjetski Savez, tako da se taj hladni rat manifestovao i u međunarodnim organizacijama uključujući i Ujedinjene nacije.

Jugoslovenska delegacija koju je predvodio Glavni pravni savetnik Ministarstva inostranih poslova Jugoslavije prof. dr Milan Bartoš, zastupala je sledeće mišljenje: 1. Nedostatak je taj što je u Uvodu Konvencije trebalo navesti upadljivu uzročnu vezu između savremenog Genocida i fašizma i rasizma. Jer, u Uvodu se već navelo da je Genocid u svim periodima istorije nanosio velike gubitke čovečanstvu, da je razlog za donošenje ove Konvencije bio naci-fašizam, koji je Genocid usavršio i omasovio. Zatim, nedostatak je i to što se u Uvodu nije usvojilo gledište većine delegata koji su podvlačili da je Genocid zločin protiv čovečanstva. 2.

⁴⁶ Vladimir Todorović: *Ratno pravo i bezbednost* 69 multilateralnih međunarodnih konvencija i drugih akata, Beograd, 1999, str. 707–708.

⁴⁷ Nehemiah Robinson: *The Genocide Convention Its Origins and Interpretation*, New York, 1949, pp. 19–21; dr Albert Vajs: *Zločin genocida u međunarodnom krivičnom pravu*, Beograd, 1949, *Međunarodni problemi broj 1*, str. 70; dr Aleksandar Ignjatović: *Genocid u međunarodnom i nacionalnom krivičnom pravu*, Beograd, 1996, str. 68–69.

Jedna od najvećih mana ove Konvencije je i to što u Konvenciju nije unet i kulturni genocid, odnosno sve radnje koje su sračunate na uništenje kulturnih tekovina kulture, običaja ili religije jedne izvesne grupe, što je bilo predloženo od strane eksperata i branjeno od velikog broja delegata. 3. U članu III. Konvencije predviđeno je za koja će se dela kazniti u vezi sa Genocidom, ali je propust da se tu reguliše i zabrana rasne, nacionalne i verske mržnje, što neminovno pre i posle vodi ka pripremanju ili izvršenju Genocida. Neprihvatljiv je anglo-saksonski prigovor da bi zabrana takve propagande značila ograničenje slobode štampe i sputavanje slobodne misli. 4. U članu IV. Konvencije izostalo je načelo Nirnberškog suda da naredba predpostavljenog, pa čak i postojanje pravnog propisa na izazivanje izvršioca Genocida. 5. U članu VII. stav 1. Konvencije je predviđeno da Genocid i druga dela koja su pobrojana u članu III. neće se smatrati kao politički zločin u odnosu na pitanje ekstradicije. U stavu 2. člana VII. predviđeno je da strane ugovornice se obavezuju da u takvim slučajevima odobre ekstradiciju shodno svom zakonodavstvu i ugovorima koji su na snazi. Naš prigovor ovoj formulaciji je taj što je trebalo da piše da su sve države potpisnice dužne da izmene svoje zakonodavstvo ako ono na bilo koji način sprečava ekstradiciju izvršilaca genocidnih krivičnih dela. Ovako, ovaj član će biti slabost Konvencije i moći će da se u pogledu njegove primene različito tumaču u praksi. 6. U članu XII. Konvencije je predviđena takozvana kolonijalna klauzula, po kojoj kolonijalne sile mogu pristupiti Konvenciji samo za Metropolu a ne automatski i za teritorije koje su im poverene. Ovo je krupan nedostatak Konvencije jer je očigledno da se Genocid vrši u tim kolonijalnim posedima.

U zaključku naše delegacije se navodi da Konvencija efektivno osuđuje fizički i biološki genocid i zahteva od država potpisnica da se bore protiv njega. Glavni nedostaci su: ne zabranjuje se kulturni Genocid, ne sprečava se propaganda za Genocid i što oslobađa kolonijalne sile od obaveze da ovu Konvenciju prošire i na svoje posede.⁴⁸ Tadašnje kolonijalne države Velika Britanija, Francuska i Belgija protivili su se određenim predlozima od strane pojedinih država pre svega Sovjetskog Saveza da se u Konvenciju unesu rešenja koja su precizirala pojam Genocida. Tako ove kolonijalne države su se usprotivile predlogu da se u Konvenciju unese da postoji organska veza između naci-fašizma i drugih sličnih rasističkih teorija s jedne strane i Genocida s druge strane, obrazlažući svoj stav da se Konvencija ne donosi na prošlost nego samo na budućnost.

Zatim, u pogledu kulturnog Genocida koji je predlagan, kolonijalne države su se protivile navodeći kao razloge da kulturni Genocid nije Genocid u pravom smislu reči, već da objekti kulturnog genocida spadaju više u domen zaštite prava čoveka uopšte, i da je kao takav predmet zaštite osnovnih prava čoveka, ili da se donese posebna Konvencija o zaštiti manjina.

⁴⁸ Ministarstvo inostranih poslova Jugoslavije Beograd, 1950, Pravni savet, Pov. Br. 411449 od 8. juna 1950, Lična dokumentacija prof. dr Alberta Vajsa u Jevrejskom istorijskom muzeju u Beogradu.

Kolonijalne države su se usprotivile i predlogu da se raspuste organizacije koje imaju za cilj raspirivanje rasne, nacionalne i verske mržnje, i kao razlog navode da je to protivno principu slobode štampe, govora u udruživanja.

U pogledu jurisdikcije suda koji bi sudio za krivična dela genocida, kolonijalne države, kao i veliki deo ostalih država sa SAD na čelu, bile su protiv da se isključivo prizna jurisdikcija domaćeg suda. Naveli su razlog da je Genocid međunarodni zločin, i da za njegovo presuđivanje može biti nadležan i međunarodni krivični sud, jer kao zločin može biti izvršen samo uz saglasnost vlade. Ipak, pristali su na kompromisnu klauzulu, u članu VI. Konvencije, gde se predviđa i nadležnost nacionalnih sudova za one države na čijoj teritoriji je delo izvršeno ili pred međunarodni krivični sud koji će biti nadležan za one strane ugovornice koje po tome budu priznale njegovu nadležnost.

Tako, u članu IX. Konvencije je predviđeno u pogledu nadležnosti: "Sporovi između strana ugovornica, odnosno tumačenja, primene i izvršenja ove konvencije, podrazumevajući tu i sporove koji se odnose na odgovornost neke države po predmetu genocida ili bilo kojeg drugog dela pobrojanog u članu III, biće izneseni pred Međunarodni sud pravde, na traženje jedne od strana u sporu."⁴⁹ Pred Međunarodnim sudom pravde bila su svega dva slučaja. Pokrenut spor i to 1982. godine u slučaju Sabra i Šatila kada je izvršen genocid u Libanu od strane hrišćanskih falangističkih snaga i 1993. godine kada je Bosna i Hercegovina podnela tužbu protiv Savezne Republike Jugoslavije (Srbije i Crne Gore).⁵⁰

Kao što smo napred naveli, Jugoslavija je Konvenciju o sprečavanju u kažnjavanju zločina genocida ratifikovala 21. juna 1950. godine i u svom Krivičnom zakoniku koji je stupio na snagu 1. jula 1951. godine u Glavi jedanaestoj Krivična dela protiv čovečnosti i međunarodnog prava u članu 124. propisala krivično delo Genocid:

"Ko u nameri da potpuno ili delimično uništi neku nacionalnu, etničku, rasnu ili versku grupu vrši ubistva ili teške povrede tela ili vrši teško narušavanje fizičkog ili duševnog zdravlja članova grupe ili prisilno raseljavanje stanovništva, ili stavi grupu u takve životne uslove koji dovedu do potpunog ili delimičnog istrebljanja stanovništva, ili primeni mere kojima se sprečava rađanje između pripadnika grupe, ili vrši prisilno preseljenje dece u drugu grupu, kazniće se strogim zatvorom najmanje pet godina ili smrtnom kaznom."⁵¹

⁴⁹ Vladimir Todorović: *Ratno pravo i bezbednost* 69. multilateralnih međunarodnih konvencija i drugih akata, Beograd, 1999, str. 708; dr Albert Vajs: *Zločin genocida u međunarodnom krivičnom pravu*, Beograd, 1949, *Međunarodni problemi broj 1*, str. 75; Prof. dr Smilja Avramov, Prof. dr Milenko Kreča: *Međunarodno javno pravo*, dvadeset prvo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, 2008, str. 552; Nehemiah Robinson: *The Genocide Convention Its Origins and Interpretation*, New York, 1949, p. 40–45.

⁵⁰ Antonio Kaseze: *Međunarodno krivično pravo*, Beograd, 2005, str. 111; Radoslav Stojanović: *Moja odbrana pred Međunarodnim sudom pravde*, Beograd, 2011.

⁵¹ Krivični zakonik sa uvodnim zakonom i objašnjenjima, Beograd, 1951, str. 60; dr Janko Đ. Tahović: *Krivično pravo posebni deo*, Drugo izdanje, Beograd, 1955, str. 61; dr Savo Strugar: *Me-*

Pre donošenja Krivičnog zakonika Jugoslavije iz 1951. godine u Jugoslaviji je održano čitav niz suđenja nemačkim, italijanskim, mađarskim, bugarskim ratnim zločincima kao i njihovim pomagačima koji su izvršili masovne ratne zločine u okupiranoj Jugoslaviji.⁵² Pošto tada od 1945. do 1951. godine nije bio donet Krivični zakonik Jugoslavije sudilo se na osnovu Zakona o krivičnim delima protiv naroda i države koji je proglašen Ukazom Prezidijuma Narodne FNRJ od 16. jula 1946. godine.⁵³ Navedenim Zakonom o krivičnim delima protiv naroda i države u članu 3. stav 1. tačka 3. je bio propisan ratni zločin, koji je naveo samo najopštija dela ratnog zločina, i to u skladu sa Moskovskom, Krimskom i Postdamskoj deklaraciji, kao i u Sporazumu o Međunarodnom vojnom sudu i Statutu tog suda. Pošto nisu nabrojana sva krivična dela ratnih zločina na kraju teksta ovog člana dodato je "ili ko izvrši drugo delo koje predstavlja ratni zločin." Iako u navedenom Zakonu o krivičnim delima protiv naroda i države nije postojalo krivično delo genocida, činjenica je da je u mnogim presudama koje su nominalno izricane izvršiocima ratnih zločina faktički bilo krivično delo genocida.⁵⁴

Nacrt Krivičnog zakonika FNRJ iz 1951. godine koji je izradila Komisija sastavljena od pravnih stručnjaka (u kojoj je bio i dr Albert Vajs i drugi tadašnji vrhinski stručnjaci za krivično i međunarodno krivično pravo), obradila je i krivično delo Genocida. Iz obrazloženja navedenog predloga krivičnog dela Genocida vidi se da se Komisija rukovođila sa tadašnjim najsavremenijim međunarodnim dostignućima iz ove oblasti, počev od radova Prof. Rafaela Lemkina. Ovaj predlog Komisije je ušao u Krivični zakonik FNRJ iz 1951. godine.⁵⁵

Sadašnji i važeći Krivični zakonik Republike Srbije u Glavi trideset četvrtoj pod nazivom Krivična dela protiv čovečnosti i drugih dobara zaštićenih međunarodnim pravom u članu 370. sadrži krivično delo Genocid:

"Ko u nameri da potpuno ili delimično uništi neku nacionalnu, etničku, rasnu ili versku grupu kao takvu naredi da se vrše ubistva ili teške povrede tela ili teško narušavaju fizičkog ili duševnog zdravlja članova grupe ili da se grupa stavi u takve životne uslove koji dovode do potpunog ili delimičnog istrebljenja grupe ili da se primene mere kojima

dunarodna krivična dela u sistemu našeg krivičnog zakonika, Beograd, 1957, Jugoslovenska advokatura broj 3–4, str. 3; Aleksandar Levi: Krivična dela protiv čovečnosti i međunarodnog prava iz aspekta jugoslovenskog zakonodavstva, Beograd, 1965, Jevrejsko almanah 1963–1964, str. 123–124.

⁵² Vladimir Žugić: Ratni zločini okupatora i njihovih pomagača u Jugoslaviji 1941–1945. godine, Prijepolje, 1988.

⁵³ dr Jelena Đ. Lopičić-Jančić: Ratni zločini protiv ratnih zarobljenika sudska praksa, Beograd, 2005; dr Đorđe N. Lopičić: Nemački ratni zločini 1941–1945. presude jugoslovenskih vojnih sudova, Beograd, 2009; Mađarski ratni zločini 1941–1945. presude jugoslovenskih sudova, Priredio dr Đorđe N. Lopičić, Beograd, 2010; Ratni zločini nemačkih okupatora u Jugoslaviji 1941–1945. godine-Presude jugoslovenskih vojnih sudova, Priredila dr Jelena Đ. Lopičić-Jančić, Beograd, 2010.

⁵⁴ Zbirka krivičnih zakona sa objašnjenjima, treće izdanje, Beograd, 1946, str. 10–14.

⁵⁵ Objasnjenja uz Nacrt Krivičnog zakonika FNRJ-osnovna problematika, Drugo dopunjeno i izmenjeno izdanje, Beograd, 1951, str. 212–214.

se sprečava rađanje između pripadnika grupe ili da se vrši prinudno preseljavanje dece u drugu grupu ili ko u istoj nameri izvrši neko od navedenih dela,

kazniće se zatvorom najmanje pet godina ili zatvorom od trideset do četrdeset godina”⁵⁶

Sadašnji član 370 Krivičnog zakonika Srbije gde je predviđeno krivično delo genocida, uglavnom je po sadržini samog teksta skoro isti kao i u članu 124. Krivičnog zakonika FNRJ iz 1951. godine. Razlikuje se kazna jer je u članu 124 Krivičnog zakonika FNRJ bila predviđena smrtna kazna koja je u međuvremenu ukinuta tako da je sada predviđen zatvor u trajanju do četrdeset godina.⁵⁷

JELENA Đ. LOPIČIĆ-JANČIĆ, Ph.D.,

Associate Professor, Academy for Diplomacy and Security in Belgrade

CONCEPT OF GENOCIDE IN THE INTERNATINAL PUBLIC LAW

Summary

This paper deals with the concept of the crime of Genocide, from the earliest times, that is, Ancient times, the Middle Age and Modern times. Although the crime of Genocide existed from Ancient times, the term Genocide originates from the end of Second World War. The term Genocide was first devised and used by Prof. Raphael Lemkin, a Polish Jew from United States. At the First Session of the General Assembly of the United Nations on 11, December 1946 by the Resolution No. 96/ I. the term Genocide was declared as international criminal offense, and since then was widely accepted in the legislature throughout the world. The term Genocide includes the most serious international crime including crimes against humanity and international law. This paper deals with the international legal aspects of the concept of origin of genocide and the International Multilateral Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide from 1948.

⁵⁶ Krivični zakonik, objavljen u “Službenom glasniku RS”, br. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009 i 121/2012 .

⁵⁷ Prof. dr Zoran Stojanović: Komentar Krivičnog zakonika, Treće dopunjeno izdanje, Beograd, 2009, str. 784-788.

SRBIJA PRED EVROPSKIM SUDOM ZA LJUDSKA PRAVA U SLUČAJU “STARE DEVIZNE ŠTEDNJE”

U V O D

Malo je u proteklom periodu bilo slučajeva pred Evropskim sudom za ljudska prava koji su privukli toliko pažnje kao što je to bio slučaj povodom podneska Ališića i drugih protiv država naslednica SFRJ izuzimajući Crnu Goru.¹ Jedan od razloga je bio taj što nije uobičajeno da se tako veliki broj država nađe na tuženoj strani, drugi je velika kompleksnost pitanja koja su se pred Sudom postavila o čemu će dalje u radu biti razmatrano, dalje to su razlozi koji su vezani za donošenje prvostepene presede Suda koja ozbiljno pati, kako od procesno pravnih tako i od materijalno pravnih nedostataka, na kraju to je veliki značaj koji bi odluka Velikog veća mogla da ima po međusobne odnose država, njihovu ekonomiju, kao i dalju praksu Suda po sličnim pitanjima usled predoga da se usvoji “pilot presuda”.²

Dr Bojan Milisavljević, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Rad je nastao kao rezultat rada na projektu Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu Harmonizacija pravnog poretka Republike Srbije sa Evropskom Unijom.

¹ Ališić i drugi protiv BiH, Srbije, Hrvatske, Slovenije i Bivše Jugoslovenske Republike Makedonije, predstavka br 60642/08.

² Trenutno postoji više od 1650 registrovanih predmeta ovog tipa podnetih u ime 8000 podnosioca, prema podacima iz Zahteva Srbije za obraćanje Velikom veću prema članu 43. Konvencije, Beograd, 2013. godine, str. 2.

U radu će biti predstavljeno činjenično stanje koje je vezano za rad tuzlanske filijale Investbanke, događaji koji su predhodili postupku pred Evropskim sudom za ljudska prava, sam tok prvostepenog postupka, kao i tok postupka pred Velikim većem gde je izneta zanimljiva argumentacija zastupnika i timova tuženih strana. Članak je pokušaj da se ukaže na složenost pravnih pitanja koja su otvorena povodom stare devizne štednje privatnih lica u SFRJ i pokaže značaj rešavanja ovih pitanja na međudržavnom nivou po zaključenju i stupanju na snagu Sporazuma o sukcesiji.³

Osnovni podaci o slučaju stare devizne štednje

Predmet je formiran na osnovu predstavke podnete Sudu⁴, u skladu sa članom 34. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, od strane troje državljana Bosne i Hercegovine, Emine Ališić (koja poseduje i nemačko državljanstvo), Azisa Sadžaka i Sakiba Šahdanovića. Podnosiocje je zastupao advokat B. Mujčin, dok su Vlade tuženih država zastupali njihovi agenti. Pre raspada SFRJ, gospodin Šahdanović je uložio devizna sredstva kod tuzlanske filijale Investbanke.⁵

Sistem komercijalnih banaka u SFRJ sastojao se od osnovnih i udruženih banaka. Radilo se o jednom veoma specifičnom bankarskom pravnom sistemu koji je počivao na formalnim pretpostavkama u tom trenutku u SFRJ.⁶ Investbanke je sa nekoliko drugih osnovnih banaka formirala Beogradsku udruženu banku Beograd. Predstavka je obuhvatala i potraživanja povodom stare devizne štednje u Ljubljanskoj banci pod nazivom osnovna banka Sarajevo u Bosni i Hercegovini. Prema propisima koji su bili na snazi u pravnom poretku SFRJ za sva potraživanja u slučaju stečaja ili očigledne nemogućnosti naplate potraživanja u poslednjoj instanci bila je odgovorna SFRJ.⁷ Čitav bankarski sistem je već od sedamdesetih godina počivao na veoma komplikovanom principu redepozita.⁸ Tako postavljeni sistem je funkcionisao sve dok nije došlo do pojave hiperinflacije koja je dove-

³ Sporazum o pitanjima sukcesije posle raspada SFRJ potpisan je posle deset godina pregovora, 29.06.2001, a stupio na snagu 02.06.2004. godine.

⁴ Od 30. 07. 2005. godine.

⁵ Navodi se da je stanje na njegovom računu 63.880,44 DM, 73 USD i 4 austrijska šilinga.

⁶ Za detaljnu analizu pogledati: Expert Report of Factual Findings on the Depositing of Foreign – Currency Savings with the NBY, Prepared for: Republic of Slovenia, Deloitte, Ljubljana, 26. June 2013.

⁷ Banks and Other Financial Institutions Insolvency Act 1989 Official Gazette of SFRY No. 84/89, Article 18 (1).

⁸ Videti slučaj: Kovačić and Others v. Slovenia, Application 44574/98, Judgment of 6 November 2008, para 26.

la do velikih problema jer je stabilna valuta bila osnovna pretpostavka za njegovo funkcionisanje.⁹

U periodu od 1989-1990 godine, Invest banka je postala nezavisna banka s centralom u Srbiji i jednim brojem filijala u BiH, uključujući i tuzlansku filijalu. Zbog proglašenja konvertibilnosti dinara, došlo je do masovnog povlačenja deviza iz komercijalnih banaka, a kao posledica toga je Zakonom o deviznom poslovanju od 1985. godine, uvedeno od strane države ograničeno podizanje velikih iznosa deviznih uloga.¹⁰ Decembra 1990. godine, Zakon je dopunjen na taj način što su štediške još više ograničene u raspolaganju svojim deponovanim sredstvima, u tom smislu da ih mogu koristiti za plaćanje uvezene robe i usluga za svoje potrebe, ili potrebe bliskih rođaka, kupovinu obveznica, davanje testamentarnih poklona, u naučne i humanitarne svrhe, plaćanje životnog osiguranja kod lokalnih osiguravajućih društava. Ustavni sud SFRJ je proglasio neustavnim 1992. godine odluku NBJ od januara 1991. godine kojom se ograničava iznos koji su štediške mogle da povuku ili koriste za gore navedene svrhe na 500 DM iz jednog puta, a najviše 1000 DM mesečno. Ovo ograničenje nije važilo za građane SFRJ koji žive u inostranstvu, poput podnosioca predstavke Šahdanovića. Postavlja se pitanje šta je sprečavalo podnosiocima predstavke da blagovremeno dođu do svojih sredstava, dok su im to još omogućavala zakonska rešenja? Jedan od odgovora bi svakako morao biti da su oni imali legitimna očekivanja prema Bosni i Hercegovini¹¹ na čijoj teritoriji su i ulagali svoj novac i gde su sredstva pretežno i plasirana. Tek kada je postalo jasno da Bosna i Hercegovina ne namerava da isplati staru deviznu štednju podnosiocima predstavke, došlo je do pokretanja postupka pred Evropskim sudom za ljudska prava.

Posle raspada SFRJ u toku 1991. i 1992. godine, deponovana devizna štednja u svim državama sledbenicama, dobija naziv "stara" devizna štednja. Ekonomski gledano, ti ulozi su 1991. i 1992. godine prestali da postoje. Iako su bili svesni rizika ulagači su deponovali svoj novac u banke SFRJ, upravo zbog visokih kamatnih stopa. Vlada SFRJ je dala garancije da će ulozi biti isplaćeni sa ostvarenom kamatom. Upravo ovo znači da u trenutku raspada Jugoslavije više ne postoji garant. Samo od država sukcesora zavisi u kom obimu će preuzeti garanciju Vlade nepostojeće države. Prema odlukama Badinterove komisije sve obaveze i imovina SFRJ mora se ravnopravno podeliti između država sukcesora, ne vidi se po kom osnovu bi za garanciju SFRJ morala da odgovara samo Srbija u slučaju Investbanke. Sporazum o sukcesiji je na sličan način regulisao data pitanja a to je

⁹ Na to ukazuje i podnesak Slovenije, videti: Request for Referral to the Grand Chamber on Behalf of the Republic of Slovenia, 5. february 2013, str. 4 i dalje.

¹⁰ Ibidem, para 19 i dalje.

¹¹ Bosna i Hercegovina je prvenstveno prihvatila isplatu stare devizne štednje vezane za njevu teritoriju što se vidi iz niza propisa Act on the Dtermination and Fulfillment of Claims of Citizens in the Process of Privatization, Official Gazette of the Federation of Bosnia and Herzegovina, 27/97, 8/99, 45/00, 54/00, 32/01, 27/02, 57/03, 44/04.

potvrđeno i Konvencijom o sukcesiji imovine, arhive i dugovanja koja iako predviđa dispozitivna pravna pravila pokazuje kako se kreće *opinio iuris*.

Srbija se obavezala da će isplatiti staru deviznu štednju u lokalnim filijalama domaćih banaka, njenim građanima, i građanima svih država, sem građana drugih država pravnih sledbenica. Potraživanja građana ovih država kao i štednja u filijalama domaćih banaka u drugim državama pravnim sledbenicama, ostala je zamrznuta do rešenja pregovora o sukcesiji. Svi postupci u vezi sa starom deviznom štednjom prestali su prema Zakonu o staroj deviznoj štednji od 2002. god.

Tuzlanska filijala Investbanke je imala status filijale bez pravnog subjektiviteta. Zatvorena je početkom rata u BiH 1992. godine i nije nastavila nikad više sa radom. Stečaj banke je otvoren rešenjem nadležnog suda u Republici Srbiji 2002. godine.¹² Ovaj postupak je još u toku, jer se očekuje da se postigne međudržavni sporazum kako je to i predviđeno Sporazumom o sukcesiji bivše SFRJ.

Po otvaranju stečaja prodate su prostorije kako Tuzlanske, tako i drugih filijala te banke u BiH, i to 2006. godine tako što je redovni Sud BiH¹³ priznao odluku Srbije da se rasproda imovina Investbanke u BiH i tako je radnjom svoga organa ostavila bez mogućnosti isplate poverioce na svojoj teritoriji. To je oblik direktne odgovornosti,¹⁴ pa je čak i ovo neposredni doprinos vlasti BiH da poverioci ostanu bez mogućnosti da se namire iz te mase. Svi kasniji prigovori BiH da je Srbija bila obavezna da pokrene međunarodni stečaj zbog toga ostali su bez svakog pravnog osnova.¹⁵

Šahdanović je bio jedan od mnogih državljana BiH koji je svoja devizna sredstva uložio u Investbanku filijala Tuzla, prvenstveno jer su se na ovakva ulaganja dobijale visoke kamatne stope (godišnja kamatna stopa je bila od 10–12 %). Podnosioci predstavke su se pozvali na zaštitu koja je predviđena u članu 1 Protokola br. 1 uz Konvenciju o ljudskim pravima prema kojoj, "svako fizičko i pravno lice ima pravo na neometano uživanje svoje imovine. Niko ne može biti lišen svoje imovine, osim u javnom interesu i pod uslovima predviđenim zakonom i opštim načelima međunarodnog prava." Pored toga podnosioci predstavke su naveli i povredu člana Konvencije koji se odnosi na diskriminaciju,¹⁶ ali je Sud u prvom stepenu odlučio da nema osnova za utvrđivanje odgovornosti tuženih po tom osnovu.¹⁷

¹² Odluka Trgovinskog suda u Beogradu od 3. januara 2002. godine.

¹³ Odluka Kantonalnog suda u Sarajevu od 13.12.2006. godine.

¹⁴ Videti Nacrt pravila o odogovornosti država u međunarodnom pravu, Komisija za međunarodno pravo Ujedinjenih nacija, 2001.

¹⁵ Videti Izjašnjenje Bosne i Hercegovine o dopustivosti i meritumu, maj 2013. godine, para 85.

¹⁶ Član 14. Konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama.

¹⁷ Videti Presudu u slučaju Ališić.

Pitanja o pravnoj prirodi obaveze država

Pošto su podnosioci predstavke vremenom izgubili svaku nadu da će uspjeti da se namire kroz pravne poretke država naslednica bivše SFRJ odlučili su da pokušaju da ostvare svoja potraživanja preko Evropskog suda za ljudska prava. Države naslednice su pitanja koja se odnose na staru deviznu štednju pokušala da reše preko pregovora u skladu sa Sporazumom o sukcesiji gde su preduzele takvu obavezu.¹⁸

Pošto je Sud odlučio o prihvatljivosti predstavke¹⁹ i upustio se u meritum slučaja bilo je jasno da tužene države nemaju isti pristup pravnoj prirodi obaveza. To može da iznenadi jer su se obavezale da će staru deviznu štednju tretirati kao deo obaveza SFRJ za koji preduzimaju odgovornost.

Kao prvo, države sukcesori obavezale su se Sporazumom o sukcesiji, da je pitanje stare devizne štednje pitanje sukcesije, svrstavajući ga u Aneks C Sporazuma koji se bavi finansijskom imovinom i odgovornostima. Pitanja sukcesije, kako je poznato, reguliše običajno pravo²⁰ i dve konvencije o sukcesiji,²¹ ali je pravna priroda određaba ovih Konvencija dispozitivne prirode. U vezi sa ovim pravilima

¹⁸ Takva obaveza proizlazi nesumnjivo iz Agreement on Succession Issues, Article 2(3) Ostale finansijske obaveze SFRJ uključuje: a) garancije SFRJ i njene Narodne banke Jugoslavije za deviznu štednju u čvrstoj valuti deponovanu u komercijalnoj banci i bilo kojoj njoj filijali u nekoj državi pravnoj sledbenici pre datuma kada je ona proglasila nezavisnost...i Article 7 O garancijama SFRJ i njene Narodne banke Jugoslavije za deviznu štednju u čvrstoj valuti deponovanu u komercijalnoj banci i bilo kojoj njoj filijali u nekoj državi pravnoj sledbenici pre datuma kada je ona proglasila nezavisnost pregovara se bez odugovlačenja uzimajući posebno u obzir neophodnost da se zaštiti štednja u čvrstoj valuti pojedinaca. Ti pregovori vode se pod pokroviteljstvom Banke za međunarodna poravnanja.

¹⁹ Decision on Admissibility of 17 October 2011.

²⁰ Videti: Daniel P. O'Connell, *The Law of State Succession* (1956); Okon Udokang, *Succession of New States to International Treaties* (1972); Amos Shartle Hershey, *The Succession of States*, 5 *AJIL* (1911), 285; C. Wilfred Jenks, *State Succession in Respect of Law Making Treaties*, 29 *BYBIL* (1952), 105; Brigitte Stern, *La Succession d'États*, 262 *Recueil des cours* (2000), 9; Lung-Fong Chen, *State Succession Relating to Unequal Treaties* (1974). Martti Koskenniemi and Marja Lehto, *La Succession d'États dans l'ex-URSS, en ce qui concerne particulièrement les relations avec Finlande*, 38 *Annuaire français de droit international* (1993), Renata Szafarz, "Vienna Convention on Succession of States in Respect of Treaties: a General Analysis", *Polish Yearbook of International Law*, 10/1979-1980, 77-113, Stevan Đorđević, "Rad na kodifikaciji pravila o sukcesiji država i vlada", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 1-3/1972, 207-217; Milan Šahović, "Sukcesija država u odnosu na međunarodne ugovore", *Međunarodna politika*, 684/1978, 13-15; Momirka Marinković, "Konvencija o sukcesiji država u odnosu na međunarodne ugovore", *Godišnjak Instituta za međunarodnu politiku i privredu*, Beograd, 1978, 483-490; Kosta Obradović, "Pitanje sukcesije država u svetlosti rada Komisije UN za međunarodno pravo", *Jugoslovenska revija za međunarodno pravo*, 1-3/1979, 112-113; Duško Dimitrijević, "Sukcesija država u odnosu na međunarodne ugovore SFR Jugoslavije", *Strani pravni život*, 1-2/2005, 1-40.

²¹ Konvencija o sukcesiji međunarodnih ugovora iz 1978 i Konvencija o sukcesiji arhive, imovine i dugova iz 1983.

jasno je da se ovakva pitanja regulišu političkim pregovorima i konačno sporazumom između država, što je i u ovom slučaju jedino razumno rešenje. Pojedine tužene države, kao i Sud u prvostepenoj presudi na nekim mestima navodi da se pitanje stare devizne štednje može posmatrati i kao pitanje privatnog prava prema Aneksu G (privatna imovina i stečena prava).²²

Upuštajući se u utvrđivanje odgovornosti za obaveze koje spadaju po svojoj prirodi u pitanje sukcesije, Sud u prvostepenoj presudi izlazi iz okvira svoje nadležnosti.²³ Naime, struktura čitavog međunarodnog poretka i sistem međunarodnog prava počivaju na ustanovi državne suverenosti, u svetlu koje se država smatra nosiocem prava i dužnosti i međunarodnog subjektiviteta. Shodno tome, neprihvatljivo je jednostrano nametati državi obaveze van sporazuma koji je prema međunarodnom pravu jedini osnov konstituisanja takvih obaveza. Zbog toga se može primetiti da sve države naslednice SFRJ čine povredu svoje međunarodne obaveze kada tvrde da se radi o privatnopravnim obavezama.

Smernicama za priznavanje novih država u Istočnoj Evropi i Sovjetskom Savezu, donetoj od strane Ministarskog saveta Evropske zajednice 16. decembra 1991. godine. Smernice su predviđale da novonastale države treba da ispune određene obaveze da bi bile priznate. Jedna od tih obaveza jeste i rešavanje sporova putem sporazuma i, ako treba putem arbitraže, svih pitanja sukcesije država i regionalnih sporova. Još u trenutku konstituisanja novih država bilo je jasno da je sukcesija pitanje od suštinske važnosti i da o svim pitanjima iz ove oblasti treba postići sporazum. Dakle, posledice sukcesije su od interesa za sve države sukcesore i nije prihvatljivo da o tome odlučuje jedna država donošenjem unutrašnjih pravnih akata (kakav je Zakon BiH od 2004. godine kojim se isključuje odgovornost BiH za tuzlansku i sarajevsku filijalu), niti da o tome odlučuje Sud bez saglasnosti država. Slovenija i Srbija su u više navrata pokazale i argumentovale da su Bosna i Hercegovina i Hrvatska odbijale da pregovaraju o rešavanju pitanja stare devizne štednje.²⁴

I pored četiri kruga pregovora u vezi sa raspodelom granacija u toku 2001. i 2002. godine, države sukcesori nisu mogle da se dogovore.²⁵

U skladu sa članom 4. Sporazuma osnovan je Stalni zajednički komitet država sledbenica. Komitet se do sada sastao tri puta,²⁶ a četvrti sastanak je trebalo da se održi 2010. godine u Sarajevu, međutim do toga nije došlo, pri čemu Srbija tome ni u kom smislu nije doprinela.

²² Presuda Predmet Ališić i drugi protiv BiH, Hrvatske, Srbije, Slovenije i Bivše Jugoslovenske Republike Makedonije, 6. novembar, 2012. godine, European Court of Human Rights, para 43.

²³ Ibidem.

²⁴ Na primer podnesak Slovenije, videti: Request for Referral to the Grand Chamber on Behalf of the Republic of Slovenia, 5. february 2013, paras 31–34.

²⁵ Stoga je prekinuto angazovanje BIS-a.

²⁶ Prvi sastanak je bio u Skoplju 2005, drugi u Ljubljani 2007 i treći 2009. godine u Beogradu.

U vezi sa tim je obaveza koja proističe iz pactum de negotiando: da se pregovori vode radi zaljučenja sporazuma, da se moraju voditi u dobroj nameri, u skladu sa osnovnim principom pacta sunt servanda. Sporazum da se pregovara ne podrazumeva i obavezu postizanja sporazuma, već podrazumeva da se učine ozbiljni naponi da se oni završe. Ostaje se pri tom da je Vlada Srbije od samog početka pregovarala u dobroj veri, za razliku od Hrvatske koja se uključila u pregovore tek 2010. godine. Iako je država davala garancije za ovakva ulaganja, treba imati u vidu da je garancija mogla da bude aktivirana samo na zahtev banke, pri čemu u ovom slučaju nijedna banka nije podnela zahtev, a same štediške, takav zahtev nisu mogle samostalno podneti, kako je predviđeno Zakonom o deviznom poslovanju od 1985. i Zakonom o bankama i drugim finansijskim organizacijama od 1989. godine.

Garancija za depozite bila je naslovljena na SFRJ, nestankom države jedino je mogla biti aktivirana solidarna odgovornost svih država sukcesora. Ne vidi se prema kom pravnom osnovu bi garancija mogla biti aktivirana samo i automatski prema Srbiji. To nije ni u skladu sa dotadašnjom praksom Evropskog suda za ljudska prava koje je zauzeo u slučaju Kovačić koji se ticao stare devizne štednje u SFRJ gde je zaključio: “posebne okolnosti slučaja, koje su posledica raspada SFRJ i njenog bankarskog sistema, nesumnjivo utiču da se odgovornost za staru deviznu štednju mora rasporediti na sve države sukcesore.”²⁷

Jasno je da su države sukcesorke tretirale dug SFRJ kao javni dug.²⁸ U pogledu raspodele javnog duga *Konvencija o sukcesiji država u odnosu na državnu imovinu, arhivu i dugove* predviđa opšte pravilo da dug države prethodnice prelazi na sukcesora u pravičnoj srazmeri. Isto pravilo važi i u slučaju raspada države prethodnice. Dakle, ako država stiče teritoriju sa imovinom pravično je da preuzme dugove i obaveze države prethodnice. Naravno, postavlja se pitanje kako odrediti takav “*pravičan deo*”? Može se smatrati da se takva pravična raspodela u konkretnom slučaju, u kome nemamo precizan sporazum, može postići samo primenom teritorijalnog principa. Na to ukazuje i slovenački sudija Zupančič u svom izdvojenom mišljenju povodom prvostepene presude suda u ovom slučaju.²⁹

Pitanje sukcesije koje se rešava kroz sporazum je prethodno pitanje i od rešenja tog pitanja zavisi prema kojim štedišama će Srbija imati obavezu da preduzme zaštitu. Dakle, neprihvatljivo je smatrati Srbiju odgovornom za nepreduzimanje zaštite prema štedišama, jer ona nije mogla znati prema kojim štedišama će uopšte imati obavezu zaštite. Štaviše, prema propisima BIH do 2004. godine po-

²⁷ Kovačić and Others v. Slovenia, Application 44574/98, Judgment of 6 November 2008.

²⁸ Para. 87, Podnesak za Veliko veće.

²⁹ On tu navodi i stavove drugih autora kao na primer: Carsten Stahn, Agreement on Succession Issues of the Former Socialist Federal Republic of Yugoslavia, 96 American Journal of International Law, 2002, str. 379.

stojala je odgovornost BIH za predmetne filijale, imajući u vidu da ih je BIH tek zakonom od 2004. godine izričito isključila iz sopstvene odgovornosti. U svetlu činjenice da su ove štediša bile "pokrivene" zakonodavstvom druge države sukcesora, nejasno je zašto Sud smatra da je Srbija trebalo da zaštiti njihove interese.

Zbog gubitaka koje su banke pretrpele kao posledice amortizacije deviznog kursa dinara, u celoj zemlji je uvedena mogućnost da se devizna štednja građana prenese Narodnoj banci Jugoslavije. Komercijalne banke su zapravo izvršile transakcije hartijama, a ne transferom novca, jer je u NBJ preneto manje od 2 milijarde USD, a potraživanja od NBJ po tom osnovu bila su 12 milijardi USD. To znači da novac nije dospelo u sedište banke u Srbiji, već je veliki deo novca ostao u BiH. U vezi sa ovim, Investbanka sa sedištem u Srbiji je imala sporazum o planu ponovnog ulaganja sa NBJ. Banke su dobile zajmove u dinarima na ime vrednosti prenetih deviza. Tako dobijena sredstva su upotrebljavana za odobravanje kredita pod povoljnim uslovima (kamatna stopa ispod stope inflacije) na teritoriji gde su ove banke poslovale. Naime, odlučujući aspekt poslovanja banaka je plasiranje sopstvenih zajmova na određenoj teritoriji. Zbog toga je logički posmatrano, opravdano odnosnu teritoriju smatrati za glavni kriterijum za otplatu po osnovu državnih garancija, u slučaju da je banka u nemogućnosti da isplati svoje ulagače. Jedan od razloga da se odgovornost za staru deviznu štednju odredi prema teritorijalnom principu, jeste i taj što su u konkretnom slučaju, najviše koristi od poslovanja Investbanke filijala Tuzla imali građani i preduzeća sa teritorije BiH, s obzirom na to da su sredstva ostala na toj teritoriji. Koliku korist su ostvarili korisnici zajmova najbolje pokazuje primer da se usled inflacije za fondove odobrenih pozajmica u dinarima na dan 31. decembra 1981. godine moglo kupiti 3800 DM, a 31. decembra 1989, samo 1 DM. Dakle najveću korist su imali u stvari upravo građani BiH.

Vlada Federacije BiH je 2010. godine, stavila prostorije i arhive filijala svih banaka u Federaciji BiH pod svoju kontrolu, ali Investbanka konkretno, u tom trenutku nije imala nikakve prostorije ni arhivu u BiH. Na zahtev vlasti Federacije 2011. godine, srpske vlasti su pokrenule krivičnu istragu o načinu na koji je arhiv tuzlanske filijale prebačen na srpsku teritoriju 2008. godine. Iz svega proizilazi da u ovom trenutku nije jasno gde su završila sredstva Investbanke, niti postoje čvrsti dokazi da je kako se navodi u prvostepenoj Presudi³⁰, najveći deo fondova ove banke završio u Srbiji. Sud donosi odluku o odgovornosti Srbije ne vodeći racuna da se vode dva postupka vezana za imovinu banke, stečajni i krivični.

Dalje, Sud navdi da je konkretno samo Srbija od svih država sukcesora, trebalo da zaštiti štediša tuzlanske filijale i taj zaključak izvodi iz činjenice da je i "Hrvatska vlada otplatila veliki deo stare devizne štednje svojim građanima u zagrebačkoj filijali Ljubljanske banke".³¹ Očigledno je da ova premisa zapravo Srbiji

³⁰ Stav 27.

³¹ Para 73 Presude.

ide u korist. Naime, Hrvatska vlada je isplatila štednju svojim građanima, analogno tome i BiH je trebalo da isplati štednju svojim građanima (dakle, g. Šahdano-viću), a ne Srbija, kako Sud zaključuje. Zatim, Sud navodi da je "Vlada Makedonije isplatila staru deviznu štednju iz skopljske filijale te banke". Ova činjenica takođe ide u prilog Srbiji. Naime, vlada Makedonije je platila štedišama skopljske filijale. Analogno, i BiH je trebalo da zaštiti štediše "bosanske filijale", dakle tuzlanske filijale Investbanke.

Može se zaključiti da je i Savet Evrope prihvatio teritorijalni princip kao jedini ispravan način za rešenje problema stare devizne štednje i to preko odluke Parlamentarne skupštine u kojoj konstatuje potrebu da se formira poseban zajednički fond država sukcesora iz koga bi se prema teritorijalnom principu isplaćivale obaveze nastale prema starim deviznim štedišama.³²

Iz napred navedenog proizlazi da je i sam Sud u prvostepenoj presudi lutao između teritorijalnog principa i potrebe da se po svaku cenu izbegne jasna odgovornost Bosne i Hercegovine za isplatu štediša koji su ulagali na njenoj teritoriji. Bosna i Hercegovina je svojim unutrašnjim propisima prihvatile teritorijalni princip i to Zakonom o utvrđivanju i realizaciji potraživanja građana iz 1997 godine.³³ Odgovornost BiH se može utvrditi i dalje jer je 2004. godine i 2006. godine usvojila Zakone prema kojima je prihvatila obaveze isplate stare štednje u svim slučajevima osim u slučajevima Ljubljanske i Investbanke. Iznenada, 2004. godine BiH je donela zakon kojim je izričito isključila obavezu za štednju u filijalama Investbanke i Ljubljanske banke. Ovakav Zakon BiH nije u skladu sa njenom dotadašnjom praksom na koju su se druge države oslanjale i koju su evidentno poštovali. Smatramo da praksa država dovoljno govori u prilog zaključku da su države prihvatile teritorijalni princip odgovornosti, i da unilateralan akt BiH koji je suprotan dotadašnjoj praksi ne sme biti dovoljan razlog za utvrđivanje odgovornosti Srbije. Naime, navedeni akt BiH u suprotnosti je sa opštim pravnim načelom međunarodnog prava prema kome stranka koja je priznavala neko pravno stanje, ne može to stanje kasnije napadati ili osporavati. Dakle, BiH je prihvatila svoju odgovornost za sve filijale na svojoj teritoriji i prekludirana je od osporavanja odgovornosti koju je sama svojim jednostranim aktima stvorila.

Na taj način je diskriminirala sopstvene državljane prema mestu ulaganja deviza, a na ovaj način je ugasila i poslednja legitimna očekivanja tih lica koji su onda bili prinuđeni da se obrate za zaštitu Evropskom sudu za ljudska prava i podneli predstavku pre svih protiv Bosne i Hercegovine, a zatim i protiv ostalih država sukcesora da bi bolje obezbedili svoju poziciju i izgled u ishod spora.³⁴

³² Resolution 1410, The Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Text adopted by the Standing Committee 23. November 2004, Doc. 10135.

³³ Para 18 Presude.

³⁴ Para 19 i 20 Presude.

Zbog toga je i razumno očekivati da će Veliko veće u odluci koju će doneti potvrditi poštovanje teritorijalnog principa koji je nesumnjivo prihvaćen od strane velikog broja država Saveta Evrope.³⁵

Neki od osnovnih nedostataka prvostepene odluke Suda

Slučaj stare devizne štednje je, kao što je samo napomenuto na početku rada, bio specifičan i po nizu očiglednih propusta kako procesno – pravne, tako i materijalno – pravne prirode. Nedostaci koji su vezani za procesni deo su donekle opravdani specifičnošću samog slučaja u smislu broja tuženih strana. To je doprinelo da kompozicija veća koje je odlučivalo u meritumu, a koje po pravilima Suda broji sedam sudija, bude sastavljeno na poseban način. Budući da sve strane imaju pravo na ad hoc sudiju ta kompozicija je obuhvatala pet sudija tuženih država, a samo dvoje sudija izvan toga.³⁶ Ovakav sastav prvostepenog veća Suda je prilikom odlučivanja bitno uticao na donošenje odluke, jer su se zbog prirode spora ad hoc sudije opredeljivale uglavnom prema interesima sopstvenih država. Zbog toga je doneta odluka da su, za nešto što je nesumnjivo dug bivše države, oglašeni krivim samo dve federalne jedinice SFRJ, Slovenija i Srbija, ali sa veoma lošom argumentacijom.

Sud je zaključio³⁷ prvo da postoji obaveza na pregovore i postizanje sporazuma. Pošto je sporazum višestrani pravni akt onda nepostizanje njegovog zaključenja ne može biti stavljeno samo na teret jedne države sukcesora, a to je Srbija. Ako postoji obaveza na postizanje sporazuma onda to može biti ili stavljeno na teret svim državama sukcesorima ili niti jednoj od njih³⁸, uostalom tako je i bio postavljen zahtev iz predstavke.

Sud konstatuje³⁹ da je tek 2002 godine aktivirana garancija SFRJ koja je prestala da postoji 1991. i da onda ta garancija automatski prelazi samo na Srbiju. Državna garancija je takođe deo potencijalnog duga SFRJ i kao takva može ili izgubiti svako dejstvo nestankom države, što je i bio zaključak Badinterove komisije, ili preći na srazmerne delove na države sukcesore.

Neverovatno je da Sud oslobađa odgovornosti u prvostepenoj odluci upravo BiH:

³⁵ Francuska, Belgija, Holandija, Velika Britanija, Portugal i Švajcarska, videti Request for Referral to the Grand Chamber on Behalf of the Republic of Slovenia, 5. february 2013, para 70.

³⁶ Nicolas Bratza (United Kingdom) kao predsednik veća, i članovi Lech Garlicki (Poland), kao i nacionalne sudije Nina Vajić (Hrvatska), Boštjan Zupančič (Slovenija), Ljiljana Mijović (Bosna i Hercegovina), Dragoljub Popović (Srbija) i Marijana Lazarova Trajkovska (Makedonija).

³⁷ Videti tačka 50. Presude.

³⁸ To je u skladu sa opštim pravilima međunarodnog običajnog prava i Konvencijom o ugovornom pravu iz 1969. godine.

³⁹ Videti para. 70. Presude.

1. koja je prekršila osnovni princip, a to je teritorijalni princip;
2. koja nije isplatila svoje državljane koji su štedeli na njenoj teritoriji i gde su njihova sredstva bila davana na kredite drugim licima i preduzećima;
3. koja je uporno eskivirala svaki dogovor po pitanju sukcesije čime bi se jedino ovi problemi mogli rešiti, na šta je ujedno i bila obavezna.

Povodom stvaranja pretpostavke o neefikasnosti unutrašnjih pravnih lekova sud je pogrešno izvodio zaključak da, kada se nađe u sličnoj situaciji, jednom nije bilo efektivnog rešenja on je smatrao da je nužno tako isto i u svakom drugom slučaju.⁴⁰

Veće je u prvostepenoj presudi ignorisalo pravila međunarodnog prava o sukcesiji, o tumačenju ugovora, donelo je odluku na osnovu nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja, nije poštovala procedure u vezi iscrpljenja unutrašnjih pravnih sredstava, nije poštovala teritorijalni princip koji je opšteprihvaćen u MJP i od strane sledećih država: Francuske, Belgije, Holandije, Britanije, Portugala, Švajcarske.

ZAKLJUČAK

Pošto je na osnovu napred iznetog prilično jasno da je Evropski sud za ljudska prava prilikom usvajanja prvostepene presude doneo nekoliko neutemeljenih zaključaka, a posle održavanja usmene rasprave pred Velikim većem, opravdano je očekivati da konačna odluka bude drugačija. To se može pretpostaviti i na osnovu istupanja agenata tuženih država, gde je naša delegacija dala odgovore i dokaze za najvažnija pitanja u vezi ovog slučaja i ukazala na očigledne propuste prilikom usvajanja prvostepene presude. Dalje je to uzrokovalo pitanja sudija koja su uglavnom bila usmerena delegaciji Bosne i Hercegovine, a koja su se ticala njene odgovornosti za neisplaćivanje stare devizne štednje.

Treba očekivati i da će sudije posle detaljnog uvida u priložene dokaze tuženih strana, a na osnovu rasprave pred Velikim većem, moći da donesu valjanu odluku koja je u skladu sa pravilima međunarodnog prava, ali i praksom Suda. U ovom radu su izloženi neki osnovni stavovi koji su bili usmereni na ukazivanje u vezi nedostataka prvostepene odluke Suda koja je u dobroj meri nastala usled specifične kompozicije veća koje je takvu odluku donelo. I sama činjenica da je dopušten izlazak pred Veliko veće⁴¹ ukazuje na to da među sudijama postoji izvesna doza sumnje da je prilikom usvajanja prvostepene odluke ispravno postupljeno. Od posebnog značaja da prvostepena presuda suda u delu koji se tiče "pilot presude" ne bude potvrđena, jer bi to bilo u očiglednoj suprotnosti sa dosadaš-

⁴⁰ Bojan Milisavljević, Iscrpljenje unutrašnjih pravnih sredstava kao uslov za primenu diplomatske zaštite u međunarodnom pravu, *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu*, broj 1 iz 2012, str. 274–293.

⁴¹ Sud veoma retko u dosadašnjoj praksi dopušta izlazak pred Veliko veće.

njom praksom ovog suda koja se može naći u slučaju Jeličić protiv Bosne i Hercegovine.⁴²

BOJAN MILISAVLJEVIĆ, LL.D.,
Assistant Professor, Faculty of Law
University of Belgrade

SERBIA BEFORE THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS IN THE CASE “OLD FOREIGN CURRENCY SAVINGS”

Summary

This article deals with the actual case of old foreign currency savings before the European Court of Human Rights. This case is interesting because five successor states of the former Yugoslavia are on respondent side as a precedent in the jurisprudence of the European Court of Human Rights.

At first, article was presented some basic information about the case, then issues which are related to the nature of the legal obligations of States regarding foreign currency savings (whether this issue of succession or of private obligations). Later, this work is concerned with pointing out some of the basic shortcomings of the original decision of the Court and presented some major arguments that should be taken into account in the final decision of the Court.

In addition, and outlines a course of proceedings before the Grand Chamber of the court, as well as great expectations from future decisions. The paper points out the great importance of this decision which will have on the relationship between the successors states of former Yugoslavia, of economical situation of this states, good neighbourhood relations, and particularly if court would confirmed prior decision in part related to the pilot judgment.

⁴² Sud je ovde zaključio da su stare devizne štediše u veoma različitim situacijama međusobno, Application no.41183/02, Judgment of 31 October 2006, para 41.

BOJANA ČUČKOVIĆ

MEĐUNARODNO PRAVO I EVROPSKA KONVENCIJA ZA ZAŠTITU LJUDSKIH PRAVA I OSNOVNIH SLOBODA U PRAKSI USTAVNOG SUDA SRBIJE

POZICIJA MEĐUNARODNOG PRAVA U PRAVNOM PORETKU REPUBLIKE SRBIJE

Odnos između međunarodnog prava i unutrašnjeg prava Republike Srbije je regulisan je najvišim pravnim aktom – Ustavom Republike Srbije.¹ Odredbom člana 194(4) Ustava predviđeno je da ratifikovani međunarodni ugovori, samim tim i Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu Evropska konvencija),² predstavljaju deo nacionalnog pravnog poretka. U skladu sa članom 16 Ustava, potvrđeni međunarodni ugovori moraju biti u skladu sa Ustavom, dok, sa druge strane, međunarodni ugovori kojima je Srbija obavezana imaju jaču pravnu snagu od zakona, odnosno zakoni i drugi opšti pravni akti ne smeju biti u suprotnosti sa potvrđenim međunarodnim ugovorima i opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava (član 194(5) Ustava).

Cilj ovog rada je da analizira odluke Ustavnog suda Republike Srbije upravo sa aspekta primene i uticaja međunarodnog prava i prakse međunarodnih tela

Dr Bojana Čučković, asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Rad je nastao u okviru projekta *Razvoj pravnog sistema Republike Srbije i harmonizacija sa pravom Evropske unije* čiji je nosilac Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

¹ Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, broj 98/2006.

² Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, *Službeni list SCG – Međunarodni ugovori*, broj 9/2003.

i sudova, posebno Evropske konvencije i jurisprudencije Evropskog suda za ljudska prava (u daljem tekstu Evropski sud). U tom smislu je relevantan član 16, stav 2 Ustava koji nedvosmisleno propisuje da se opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava i potvrđeni međunarodni ugovori neposredno primenjuju.³ Osim toga, član 18 Ustava predviđa da se neposredno primenjuju ljudska prava zajemčena pravilima međunarodnog prava i potvrđenim međunarodnim ugovorima.⁴ Isti član u stavu 3 eksplicitno navodi da se odredbe o ljudskim i manjinskim pravima tumače “saglasno važećim međunarodnim standardima ljudskih i manjinskih prava, kao i praksi međunarodnih institucija koje nadziru njihovo sprovođenje”. Iz navedenih odredaba jasno proizlazi da sudski i drugi državni organi imaju ne samo mogućnost već i Ustavom propisanu obavezu da tumače odredbe srpskog zakonodavstva saglasno praksi Evropskog suda, ali i drugih tela koja vrše nadzor nad primenom međunarodnih ugovora koje je ratifikovala Republika Srbija (Komitet za ljudska prava, Komitet protiv mučenja, Komitet za prava osoba sa invaliditetom,...). U redovima koji slede predmet analize biće stepen inkorporisanosti međunarodnih standarda u domaći pravni poredak prilikom odlučivanja od strane Ustavnog suda Srbije u konkretnim slučajevima.

MEĐUNARODNO PRAVO U ODLUKAMA USTAVNOG SUDA

Odnos Ustavnog suda prema pravilima međunarodnog prava nije uvek bio isti. Istraživanja koja su obuhvatila praksu Ustavnog suda pre trenutka ratifikacije Evropske konvencije i usvajanja Ustava Republike Srbije, ukazala su na zaključak da je odnos Ustavnog suda prema normama međunarodnog prava značajno varirao, te da je Ustavni sud “slao različite signale u pogledu njegove spremnosti da se pozove na međunarodno pravo prilikom obrazlaganja sopstvenih odluka”.⁵

³ U stručnoj literaturi je ustavna terminologija koja se odnosi na međunarodne izvore prava ocenjena kao “nedosledna”, što se smatra “povodom za različite interpretacije ustavnih normi u praksi”. Pajvančić, M., *Komentar Ustava Republike Srbije*, Fondacije Konrad Adenauer, Beograd, 2009, str. 25.

⁴ Profesor Milojević smatra da su, s jezičke tačke gledišta, bolja rešenja bila predviđena ustavnim aktima iz 2003. godine u kojima se govorilo o primenjivanju odredaba o ljudskim pravima, a ne o primenjivanju ljudskih i manjinskih prava. U svakom slučaju, rešenje iz 2006. godine smatra naprednijim od rešenja iz 1992. godine jer je Ustav iz 2006. godine otišao korak dalje propisujući da se “ljudska i manjinska prava ... neposredno primenjuju”. To je omogućilo ne samo neposredno primenjivanje međunarodnih paktova o pravima čoveka, već i Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda. Milojević, M., “Primena međunarodnog prava u pravnom poretku Srbije”, *Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom EU*, priredio prof. dr Svetislav Taboroši, Beograd, 2012, str. 146. Detaljnije o primeni ustavnih odredaba o zaštiti ljudskih i manjinskih prava v. Pajvančić, M., “Kontroverze ustavnog okvira zaštite ljudskih prava”, *Zbornik Ustavne i međunarodnopravne garancije zaštite ljudskih prava*, Pravni fakultet Niš, 2008, str. 245-261.

⁵ Beširević, V., Marinković, T., “Serbia in a “Europe of Rights”: The Effects of the Constitutional Dialogue between the Serbian and European Judges”, *European Review of Public Law / Revue*

Tako je u Odluci IU-137/2003, razmatrajući inicijativu za utvrđivanje neustavnosti pojedinih odredaba Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju, Ustavni sud stao na stanovište da nije nadležan da odlučuje o "saglasnosti zakona sa ratifikovanim međunarodnim ugovorima i opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava".⁶ Za razliku od toga, bilo je i odluka u kojima se Ustavni sud pozivao ne samo na međunarodne akte sa obavezujućom snagom, već i na akte kojima Srbija nije obavezana ili pak međunarodne instrumente koji bi se mogli svrstati u takozvano meko pravo. Naime, kada je 2002. godine Ustavni sud odlučivao o ustavnosti Zakona o sudijama, on se pozvao na Evropsku povelju o zakonu za sudije od 1998. godine i Osnovna načela nezavisnosti sudstva koja su usvojena 1985. godine u okviru Ujedinjenih nacija.⁷ Ustavni sud je tom prilikom ocenio da je spornim odredbama Zakona o izmenama i dopunama Zakona o sudijama "nesumljivo umanjen već dostignuti nivo samostalnosti i nezavisnosti sudova i sudija koji je bio uspostavljen Zakonom o sudijama. Time je narušeno opšteprihvaćeno načelo međunarodnog prava proklamovano u Evropskoj povelji o zakonu za sudije." Sud je smatrao neophodnim da istakne da su pri usvajanju Povelje "uzeta u obzir i Osnovna načela Ujedinjenih nacija o nezavisnosti sudstva".⁸

Ako se sagledaju odluke koje je Ustavni sud doneo tokom poslednjih pet godina, uočava se napredak u odnosu koji Sud zauzima prema izvorima međunarodnog prava. U postupcima koji se tiču utvrđivanja saglasnosti određenih odredaba zakona sa potvrđenim međunarodnim ugovorima, sami predlagači se u svojim podnescima baziraju na međunarodnim ugovorima i praksi međunarodnih sudskih organa, insistirajući na članu 18, st. 3 Ustava u skladu sa kojim je praksa međunarodnih sudova obavezujuća prilikom tumačenja odredaba Ustava koje se odnose na zaštitu ljudskih prava.⁹ Stoga ne iznenađuje okolnost da Ustavni sud prilikom donošenja odluke uzima u obzir relevantne međunarodne ugovore i praksu međunarodnih institucija koje vrše nadzor nad primenom međunarodnih instrumenata za zaštitu ljudskih prava, i to ne samo ugovore i praksu na koje se u svojim podnescima pozivaju stranke, već i druge instrumente međunarodnog karaktera od značaja za donošenje konkretne odluke.

Primeru radi, Ustavni sud je, razmatrajući predlog za utvrđivanje neustavnosti i nesaglasnosti sa potvrđenim međunarodnim ugovorima odredbe člana 4, st. 1 Porodičnog zakona, zabranu diskriminacije istopolnih vanbračnih zajednica ocenio i sa stanovišta prakse Komiteta za ljudska prava Organizacije ujedinjenih nacija. Svoj konačni stav Ustavni sud je formirao ne samo na osnovu odluka Komiteta već i na Opštem komentaru broj 18 Komiteta za ljudska prava Organi-

Europeenne de Droit Public, vol. 24-1, 2012, pp. 401- 430.

⁶ Odluka Ustavnog suda Srbije IU-137/2003 od 27.05.2004. godine.

⁷ Odluka Ustavnog suda Srbije IU-122/2002 od 11.02.2003. godine.

⁸ Bilten Ustavnog suda Republike Srbije, broj 1/2003, Beograd, 2003, str. 12.

⁹ Videti Odluku Ustavnog suda Srbije, IU-347/2005 od 22.07.2010. godine.

zacije ujedinjenih nacija od 1989. godine. Naime, ocenjujući da li se osporenim odredbom člana 4, st. 1 Porodičnog zakona povređuje načelo zabrane diskriminacije iz člana 21 Ustava, Ustavni sud je konstatovao da Ustav ne sadrži definiciju diskriminacije, ali da smatra da "ovaj termin treba shvatiti na način na koji je definisan u stavu 7 Opšteg komentara broj 18 (37) Komiteta za ljudska prava Organizacije ujedinjenih nacija, usvojenom 1989. godine".¹⁰ Ustavni sud se pozvao i na konkretnu praksu Komiteta, tačnije odluku Komiteta za ljudska prava *Young protiv Austrije*, broj 941/2000, preuzimajući stav Komiteta da "nije svako različito postupanje i diskriminatorno u smislu člana 26 Pakta, dokle god je zasnovano na objektivnom i razumnom opravdanju".¹¹

Prilikom donošenja rešenja o obustavi postupka za ocenu ustavnosti pojedinih odredaba Zakona o radiodifuziji, Ustavni sud se čak pozvao na preporuke Komiteta ministara Saveta Evrope iz kojih sledi da ustanovljenje nacionalnim zakonodavstvom posebnog nezavisnog javnog radiodifuznog servisa, koji podrazumeva i njegovu finansijsku nezavisnost, predstavlja međunarodno prihvaćen standard u preduzimanju mera država članica kojima se doprinosi ostvarivanju zajemčenih sloboda u medijskoj sferi.¹² Primenjujući navedenu preporuku Komiteta ministara, Ustavni sud se pozvao na odredbu člana 18, st. 3 Ustava u skladu sa kojom se odredbe o ljudskim i manjinskim pravima tumače u korist unapređenja vrednosti demokratskog društva, saglasno važećim međunarodnim standardima ljudskih i manjinskih prava, kao i praksi međunarodnih institucija koje nadziru njihovo sprovođenje.

Međutim, Sud je zauzeo drugačiji odnos prema srodnoj vrsti međunarodnog instrumenta u Rešenju o odbacivanju inicijative za ocenu ustavnosti Zakona o lokalnoj samoupravi i Zakona o glavnom gradu.¹³ Na navode podnosioca inicijative za ocenu ustavnosti da se Rezolucijom 1636 (2008) i Preporukama 1848 (2008) Parlamentarne skupštine Saveta Evrope utvrđuju mehanizmi za obezbeđivanje uređivačke nezavisnosti javnih glasila, Ustavni sud je izneo mišljenje da "odredbe ovih međunarodnopravnih akata nemaju obavezujući karakter, već da predstavljaju smernice od značaja za slobode izražavanja, informisanja i medija u demokratskom društvu i za njihovu zaštitu od uticaja izvršnih državnih organa i političkih stranaka".¹⁴

Kada su u pitanju postupci po ustavnim žalbama, Ustavni sud se redovno poziva na odredbu člana 16, st. 2 Ustava iz koje proizlazi da su opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava i potvrđeni međunarodni ugovori sastavni deo

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ *Ibid.*

¹² Rešenje Ustavnog suda Srbije IU-176/2002 od 22.12.2009. godine.

¹³ Rešenje Ustavnog suda Srbije IUz-25/2011 od 18.04.2012. godine.

¹⁴ *Ibid.*

pravnog poretka Republike Srbije, kao i da se neposredno primenjuju. Na osnovu toga Ustavni sud zaključuje da konkretni međunarodni ugovori, od značaja za predmet postupka, čine sastavni deo pravnog poretka Republike Srbije. Tako je u svojoj odluci koja se ticala povrede prava deteta, Ustavni sud neposredno primenio odredbe Haške konvencije o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice dece i Konvencije o pravima deteta kada je zauzeo stav "da su svi državni organi dužni da tokom postupaka koji se odnose na prava deteta štite najbolji interes deteta" kao i da "načelo poštovanja najboljeg interesa deteta zavisi od različitih okolnosti, a ponajviše od godina deteta, nivoa razvoja, prisustva ili odsustva roditelja u životu deteta, iskustva koje je dete imalo, kao i obaveze državnih organa da interes deteta u svakom konkretnom slučaju cene u odnosu na sve okolnosti konkretnog slučaja, pa i u odnosu na zdravstveno stanje oca dece kojem su privremenom merom dodeljena na brigu i staranje".¹⁵

Međunarodni ugovori našli su neposrednu primenu i u postupku po ustavnoj žalbi koja se ticala prava na utočište iz člana 57 Ustava. Iako je bilo očekivano da Ustavni sud u ovom postupku primeni najznačajniji međunarodni instrument kojim se reguliše položaj izbeglica – Ženevsku konvenciju o statusu izbeglica od 1951. godine, Sud je naročiti značaj poverio i izveštajima i zaključcima Visokog komesarijata Ujedinjenih nacija za izbeglice. Ustavni sud je ocenio da "izveštaji te organizacije doprinose korigovanju postupanja nadležnih organa Republike Srbije u primeni Zakona o azilu, u tom smislu da se zahtev za azil neće odbaciti iako lice dolazi iz sigurne treće države koja je na listi Vlade, ukoliko ta država postupak azila primenjuje na način suprotan Konvenciji".¹⁶

Iz obrazloženja ove, ali i drugih odluka Ustavnog suda u kojima se Sud poziva na različita pravila međunarodnog prava i međunarodne instrumente za zaštitu ljudskih prava, moglo bi se zaključiti da se Ustavni sud pozvao na date akte upravo pod uticajem Evropskog suda za ljudska prava. Naime, Ustavni sud ima ustaljenu praksu pozivanja na jurisprudenciju Evropskog suda, a često inspiraciju za pozivanje na konkretne instrumente međunarodnog prava nalazi upravo u obrazloženjima presuda Evropskog suda na koje se poziva. Tako je i u pomenutoj odluci koja se ticala prava na utočište Ustavni sud primenio izveštaje Visokog komesarijata Ujedinjenih nacija za izbeglice upravo pod uticajem presude Evropskog suda u slučaju *M.S.S. protiv Belgije i Grčke*. Ustavni sud eksplicitno navodi da je Evropski sud u pomenutoj presudi "zaključio da su na osnovu brojnih izveštaja Visokog komesarijata za izbeglice i nedvosmislenog apela upućenog ministru nadležnom za poslove imigracije, belgijske vlasti znale ili su morale znati da nema garancija da će zahtev tražioca azila biti ozbiljno razmotren od strane grčkih vlasti".¹⁷

¹⁵ Odluka Ustavnog suda Srbije UŽ-4813/2010 od 17.11.2011. godine.

¹⁶ Odluka Ustavnog suda Srbije UŽ-1286/2012. od 29.03.2012. godine.

¹⁷ *Ibid.*

Do sličnog zaključka o posrednom uticaju prakse Evropskog suda na Ustavni sud Srbije kada je u pitanju primena instrumenata međunarodnog prava, može se doći i analizom Odluke Ustavnog suda u kojoj je razmatrao ustavnost pojedinih odredaba Zakona o lokalnim izborima. Naime, Ustavni sud se pozvao na mišljenje Venecijanske komisije o Ustavu Srbije, u delu koji se odnosi na odredbu člana 102, st. 2 Ustava. Sud je značaj koji je pridao mišljenju Venecijanske komisije obrazložio upravo pozivanjem na praksu Evropskog suda u kojoj Evropski sud dokumente Venecijanske komisije smatra izvorom prava.¹⁸ Doktrina je ovaj iskorak Ustavnog suda ocenila kao značajan, jer je time Ustavni sud pripisao normativnu vrednost aktima Venecijanske komisije i, po prvi put u svojoj istoriji, pokazao “znake sudijskog aktivizma, shvatajući Evropski sud i Venecijansku komisiju kao svoje partnere”.¹⁹

Iz do sada prikazanih odluka Ustavnog suda proizlazi nekoliko zaključaka o njegovom odnosu prema pravilima međunarodnog prava.

Prvo, postoji drastična razlika između uticaja pravila međunarodnog prava koja odlikuje univerzalna primena i međunarodnih akata regionalnog, tj. evropskog karaktera. Kada su u pitanju međunarodni instrumenti univerzalnog karaktera, njihova neposredna primena u praksi Ustavnog suda je izuzetno retka i svodi se na nekoliko napred iznetih primera. Ova konstatacija se, međutim, ne odnosi na Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima od 1966. godine na koji se Ustavni sud relativno učestalo poziva, i to obično čini istovremeno se pozivajući na odgovarajuće odredbe Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. S druge strane, kada se radi o primeni odredaba Evropske konvencije, Ustavni sud to čini redovno i zbog toga će analiza u drugom delu rada biti usmerena na primenu konkretnih odredaba Evropske konvencije u praksi Ustavnog suda Srbije.

Drugo, kada je u pitanju praksa međunarodnih tela i organa sudskog karaktera, Ustavni sud ne propušta da se u svojim odlukama pozove na odredbu člana 18, st. 3 Ustava u skladu sa kojom odredbe o ljudskim i manjinskim pravima treba tumačiti “saglasno važećim međunarodnim standardima ljudskih i manjinskih prava, kao i praksi međunarodnih institucija koje nadziru njihovo sprovođenje”. Ipak, i ovde se može uočiti izrazita razlika između uticaja koji na formiranje stava Suda imaju tela uspostavljena na univerzalnom nivou u odnosu na tela koja funkcionišu u regionalnim razmerama. Dok se Sud sasvim izuzetno pozivao na odluke i stavove tela poput Komiteta za prava čoveka Ujedinjenih nacija,²⁰ konsultovanje relevantne prakse Evropskog suda postalo je redovna faza u procesu donošenja odluka Ustavnog suda, i to ne samo presuda koje je Evropski sud do-

¹⁸ Odluka Ustavnog suda Srbije IUz-52/2008 od 21.04.2010. godine.

¹⁹ Beširević, V., Marinković, T., *op. cit.*, str. 401-430.

²⁰ Videti Odluku Ustavnog suda Srbije, IU-347/2005 od 22.07.2010. godine.

neo u postupcima protiv Republike Srbije već i presuda koje su donete u postupcima protiv drugih država.

Treće, analiza izabраниh odluka Ustavnog suda ukazuje na zaključak da do pozivanja na standarde ustanovljene univerzalnim aktima često dolazi posredstvom Evropskog suda, tačnije zahvaljujući činjenici da je u svojim presudama Evropski sud primenio međunarodne instrumente univerzalnog karaktera. Uticaj Evropskog suda je posebno vidljiv kada se radi o instrumentima međunarodnog prava koji bi se mogli kvalifikovati kao takozvano meko pravo, tj. aktima koji sa formalnog stanovišta ne poseduju obavezujuću snagu. Za razliku od odluke u kojoj je Ustavni sud odbacio mogućnost da primeni ovakve akte usled njihove neobavezujuće prirode,²¹ u poslednje vreme je vrlo eksplicitno navodio i instrumente mekog prava kako bi našao potporu za stav koji obrazlaže, ne libeći se pri tom da navede da se na isti ili sličan izvor pozvao i Evropski sud u svojoj presudi koja je od značaja za dati slučaj.²²

Konačno, Ustavnom sudu se može zameriti nedovoljno česta primena međunarodnog prava univerzalnog karaktera. Mada on ne propušta da se pozove na odgovarajuće odredbe Ustava kojima se reguliše pozicija međunarodnog prava u našem unutrašnjem pravnom poretku, to pozivanje ostaje obično slovo na papiru ukoliko nije praćeno navođenjem konkretnih međunarodnih ugovora ili odluka međunarodnih tela. Slučajevi neposredne primene određenih međunarodnih ugovora i dalje su izuzetak a ne pravilo. Uz jednu ogradu. Kada je u pitanju Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda kao i praksa Evropskog suda, Ustavni sud veoma često primenjuje odredbe Evropske konvencije i formira svoje stavove upravo sa osloncem na relevantnu praksu Evropskog suda.

EVROPSKA KONVENCIJA I PRAKSA EVROPSKOG SUDA U ODLUKAMA USTAVNOG SUDA SRBIJE

Evropsku konvenciju Ustavni sud tretira kao i svaki drugi potvrđeni međunarodni ugovor koji, u skladu sa odredbom člana 16, st. 2 Ustava, predstavlja sastavni deo pravnog poretka Republike Srbije i neposredno se primenjuje. Ipak, razlika postoji u tom smislu što, kada god su odredbe Evropske konvencije u suštini identične odgovarajućim odredbama Ustava Republike Srbije, Ustavni sud povredu prava ceni u odnosu na odredbu Ustava, a uzimajući u obzir praksu Evropskog suda.²³ Primera radi, Ustavni sud je povredu prava na ličnu slobodu i bezbednost cenio u odnosu na odredbu člana 27, st. 3 Ustava, a imajući u vidu činjenicu da je

²¹ Rešenje Ustavnog suda Srbije IUz-25/2011 od 18.04.2012. godine

²² Odluka Ustavnog suda Srbije UŽ-1286/2012. od 29.03.2012. godine, Odluka Ustavnog suda Srbije IUz-52/2008 od 21.04.2010. godine.

²³ Popović, D., *Evropsko pravo ljudskih prava*, Službeni glasnik, Beograd, 2012, str. 47.

odredba člana 5, st. 4 Evropske konvencije u suštini identična odredbi člana 27, st. 3 Ustava.²⁴ Ipak, uočeno je da Ustavni sud konsultuje praksu Evropskog suda i u pogledu prava koja nisu zajemčena Konvencijom, a nalaze se u katalogu ljudskih prava sadržanih u Ustavu.²⁵

S druge strane, od značaja je i stav Ustavnog suda u pogledu raspoloživosti, u domaćem pravnom poretku, pravnih sredstava za zaštitu ljudskih prava koja garantuju međunarodni ugovori. Ustavni sud je stao na stanovište da se ustavnom žalbom štite sva ljudska i manjinska prava i slobode zajemčena Ustavom “nezavisno od njihovog sistematskog mesta u Ustavu i nezavisno od toga da li su izričito ugrađena u Ustav ili su u ustavnopravni sistem implementirana potvrđenim međunarodnim ugovorima”.²⁶

Može se slobodno reći da se Ustavni sud sve češće u obrazloženjima svojih odluka oslanja na relevantnu praksu Evropskog suda.²⁷ U periodu od 16.09.2008. godine do 16.09.2013. godine, Ustavni sud se pozvao na praksu Evropskog suda u skoro šest stotina svojih odluka. Naime, od ukupno 8841 predmeta koji se nalaze u elektronskoj bazi sudske prakse koja je dostupna na zvaničnoj internet stranici Ustavnog suda, Ustavni sud se na praksu Evropskog suda pozvao u 574 predmeta, što predstavlja šest i po procenata od ukupnog broja predmeta. Iako na prvi pogled cifra od 6,5 procenata može delovati razočaravajuće, prava slika se dobija tek kada se, za svaku godinu tokom perioda od poslednjih pet godina, broj ukupno donetih odluka uporedi sa brojem odluka u kojima se Ustavni sud pozvao na praksu Evropskog suda. Analiza ukazuje na trend konstantnog porasta broja odluka u kojima Ustavni sud konsultuje praksu Evropskog suda, dok je tokom poslednjih godinu dana ovaj porast drastičan.²⁸

²⁴ Odluka Ustavnog suda Srbije UŽ-4754/2010 od 26.09.2012. godine, Odluka Ustavnog suda Srbije UŽ-4100/2010 od 18.01.2010. godine.

²⁵ Kao primer može da posluži pravo na utočište iz člana 57 Ustava. O pozivanju Ustavnog suda na relevantnu praksu Evropskog suda u materiji azila biće više reči u nastavku teksta.

²⁶ Stavovi Ustavnog suda u postupku ispitivanja i odlučivanja po ustavnoj žalbi, Ustavni sud Republike Srbije, Su broj I- 8/11/09 od 2. aprila 2009. godine.

²⁷ *Ljudska prava u Srbiji 2011 – Pravo, praksa i međunarodni standardi ljudskih prava*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2012, str. 29.

²⁸ U periodu od 16.09.2008. godine do 16.09.2009. godine, od ukupno 630 odluka, Ustavni sud se na praksu Evropskog suda pozvao u 14 odluka, što predstavlja svega 2,2 procenta. U periodu od 16.09.2009. godine do 16.09.2010. godine, od ukupno 2180 odluka, Ustavni sud se na praksu Evropskog suda pozvao u 83 svoje odluke, što čini 3,8 procenata. Trend rasta nastavljen je u periodu od 16.09.2010. godine do 16.09.2011. godine kada je broj odluka u kojima se Ustavni sud pozvao na praksu Evropskog suda (131 odluka) iznosio 5,17 procenata od ukupnog broja odluka donetih u ovom periodu (2533 odluke). Isto bi se moglo reći i za period od 16.09.2011. godine do 16.09.2012. godine kada je udeo odluka u kojima je konsultovana praksa Evropskog suda (135 odluka) iznosio 6,5 procenata od ukupnog broja odluka (2069 odluka). Međutim, tokom poslednjih godinu dana udeo je udvostručen te sada iznosi čak 14,2 procenata. Naime, od ukupno 1494 odluke donete u poslednjih godinu dana, praksa Evropskog suda konsultovana je u 213 odluka.

Analiza konkretnih odluka u kojima se Ustavni sud pozivao na praksu Evropskog suda ukazuje na dve stvari. S jedne strane, konsultovanje jurisprudencije Evropskog suda postalo je redovna faza prilikom obrade svakog predmeta budući da sudijski savetnici, takozvani obrađivači predmeta, imaju obavezu da razmotre presude Evropskog suda od značaja za donošenje odluke u datom predmetu. Ovo im u velikoj meri olakšava činjenica da Ustavni sud poseduje posebnu službu za praćenje međunarodne prakse, na prvom mestu prakse Evropskog suda. Ovakav pristup dao je dobre rezultate, što se može videti na primerima dobre prakse uticaja jurisprudencije Evropskog suda na odluke Ustavnog suda Srbije koji će biti prikazani u redovima koji slede.

S druge strane, Ustavnom sudu bi se moglo zameriti sve učestalije “šablonско” pozivanje na praksu Evropskog suda. Čak je uočeno da, prilikom pozivanja na presude Evropskog suda, Ustavni sud to čini uvek na isti način, tačnije ponavljajući iz odluke u odluku identične rečenice. Ubedljivo najčešće se Ustavni sud poziva na presude Evropskog suda u slučajevima *Kačapor i drugi protiv Srbije*,²⁹ *Vinčić i drugi protiv Srbije*,³⁰ *Vučković i drugi protiv Srbije*³¹ i *Vlahović i drugi protiv Srbije*³². Mada, sa stanovišta načina na koji se Ustavni sud poziva na praksu Evropskog suda, ponavljanje identičnih pasusa iz odluke u odluku ne predstavlja najbolje rešenje, učestalost pozivanja na upravo navedene presude Evropskog suda u slučajevima koji su vođeni protiv Republike Srbije dodatno ukazuje na činjenicu da su u datim oblastima prisutni problemi sistemskog karaktera u našem pravosuđu, čemu bi nadležni organi trebalo da posvete posebnu pažnju. Osim toga, što je još značajnije, iz primera koji će biti prikazani može se izvesti zaključak da sve češće pozivanje na praksu Evropskog suda ne znači da više nema mesta kritikovanju Ustavnog suda u pogledu njegovog odnosa prema presudama Evropskog suda. I dalje ima odluka u kojima Ustavni sud trpi kritike zbog propusta da prilikom donošenja svoje odluke konsultuje relevantnu praksu Evropskog suda. Međutim, od izuzetnog značaja je i to što Ustavni sud pokazuje da ima sluha za kritike koje su u pogledu konsultovanja prakse Evropskog suda upućene na njegov račun, uvažavajući ih i postupajući u skladu sa njima u svojim kasnijim odlukama.

Primeri odluka koje su bile predmet kritike

Stavovi pojedinih sudija izraženi kroz izdvojena mišljenja ukazuju na okolnost da, i pored čestog pozivanja na praksu Evropskog suda, ima i slučajeva u ko-

²⁹ Slučaj *Kačapor i drugi protiv Srbije*, predstavka br. 2269/06, presuda od 15.01.2008.

³⁰ Slučaj *Vinčić i drugi protiv Srbije*, predstavke br. 44698/06, 44700/06, 44722/06, 44725/06, 49388/06, 50034/06, 694/07, 757/07, 758/07, 3326/07, 3330/07, 5062/07, 8130/07, 9143/07, 9262/07, 9986/07, 11197/07, 11711/07, 13995/07, 14022/07, 20378/07, 20379/07, 20380/07, 20515/07, 23971/07, 50608/07, 50617/07, 4022/08, 4021/08, 29758/07 i 45249/07, presuda od 1.12.2009.

³¹ Slučaj *Vučković i drugi protiv Srbije*, predstavka br. 17153/11, presuda od 28.8.2012.

³² Slučaj *Vlahović i drugi protiv Srbije*, predstavka br. 42619/04, presuda od 16.12.2008.

jima Ustavni sud to propušta da učini. U svom izdvojenom mišljenju sudija je obrazložila negativan glas upravo kritikujući Ustavni sud da prilikom odlučivanja nije u obzir uzeo relevantnu praksu Evropskog suda: "Za žaljenje je, stoga, što je prilikom ocene ustavnosti osporene odredbe člana 18 Zakona, Ustavni sud propustio da ispita da li je nejednakost u tretmanu bila objektivno i razumno opravdana, oslanjajući se i na dobro ustanovljenu praksu Evropskog suda za ljudska prava".³³

Ustavni sud je bio kritikovan i zbog činjenice da u slučaju koji se ticao zabrane određenih organizacija nije konsultovao relevantnu praksu Evropskog suda.³⁴ Odluka je doneta na osnovu zahteva koji je Ustavnom sudu podneo Republički javni tužilac, a kojim je zahtevano od Ustavnog suda da zabrani rad nekolicini organizacija koje za cilj imaju nasilnu promenu ustavnog poretka, povrede ljudskih i manjinskih prava, kao i podsticanje rasne, nacionalne i verske mržnje. Prilikom razmatranja karaktera podgrupa koje su navodno postojale u okviru registrovanih udruženja navijača, Ustavni sud uopšte nije smatrao značajnim da se pozove na praksu Evropskog suda. Umesto toga, Ustavni sud je jednostavno zaključio da "praksa Evropskog suda upućuje na to da "udruženje" mora imati organizovan i institucionalizovan karakter da bi se moglo reći da mu neko pripada, ili da mora imati određen stepen kontinuiranosti po kome bi se razlikovalo od neformalnih društvenih entiteta i zajednica privremenog trajanja čija se zaštita obezbeđuje u okviru slobode mirnog okupljanja".³⁵ U navedenom Zaključku Ustavni sud ne samo što ne navodi konkretne presude Evropskog suda na kojima očigledno bazira svoj stav, već propušta da uoči da se pravo na neformalno udruživanje može izvesti iz prakse Evropskog suda. U slučaju *Larmela protiv Finske*, Komisija je stala na stanovište da "iako po domaćem pravu priznanje pravnog subjektiviteta nekog udruženja zavisi od njegove registracije, neregistrovano udruženje može biti slobodno formirano i angažovano u vršenju izvesnih aktivnosti, kao što može posedovati sredstva preko svojih članova".³⁶ Beširević i Marinković smatraju da bi, na osnovu ovoga, Ustavni sud trebalo da tretira podgrupe registrovanih navijača kao "udruženja" u smislu člana 11, koji imaju pravo na zaštitu po Konvenciji, pod uslovom da su njihove aktivnosti i ciljevi u skladu sa zakonom.³⁷ Iz toga izvode zaključak da je Ustavni sud trebalo da se upusti u da-

³³ Odluka Ustavnog suda Srbije IUz-564/2011 od 18.01.2012. godine. Predmet se ticao predloga za utvrđivanje neustavnosti i nesaglasnosti sa potvrđenim međunarodnim ugovorima odredbe člana 18 Zakona o izmenama i dopunama Zakona o državljanstvu Republike Srbije. Ustavni sud je odbio predlog ni jednom rečju se pri tom ne osvrćući na praksu Evropskog suda u vezi sa članom 14 Evropske konvencije.

³⁴ Zaključak Ustavnog suda Srbije VIIU-279/2009 od 17. marta 2011. godine.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ *Larmela protiv Finske*, predstava broj 26712/95, odluka Komisije od 28. maja 1997. god.

³⁷ Beširević, V., Marinković, T., *op. cit.*, str. 401-430.

lju analizu koja bi se ticala slobode govora, slobode udruživanja, slobode mirnog okupljanja i principa proporcionalnosti.³⁸

Kada je nakon nekoliko meseci Ustavni sud ponovo razmatrao zahtev za zabranu udruženja "Nacionalni stroj", on nije našao da činjenica da udruženje nije registrovano treba da predstavlja razlog za odbacivanje zahteva.³⁹ Ustavni sud je i u ovom predmetu kritikovan kako zbog činjenice da je "izmislio nadležnost" koja je "proizvela i izmišljenu odluku, tj. odluku koju važeće pravo, u trenutku njenog donošenja, nije poznavalo",⁴⁰ tako i zbog okolnosti da nije uzeo u obzir bogatu praksu Evropskog suda koja se tiče govora mržnje.⁴¹ Ako se pitanje nadležnosti Ustavnog suda ostavi po strani i pomenuta odluka posmatra sa stanovišta teme ovog rada, tj. uticaja prakse Evropskog suda, proizlazi da je pažnja bila usmerena na dokazivanje da je Nacionalni stroj tajna organizacija, na čemu je zabrana i zasnovana.⁴² Istina, u poslednjem delu Odluke navedene su relevantne ustavne odredbe o ljudskim pravima i slobodama i ukazano je na okolnost da su zabrana diskriminacije i podsticanje rasne i etničke mržnje obuhvaćene brojnim međunarodnim ugovorima ratifikovanim od strane Republike Srbije,⁴³ uključujući i Evropskom konvencijom. Međutim, obrazloženje Ustavnog suda deluje neuverljivo i površno. Ne samo što je propustio da uspostavi odgovarajuću vezu između konkretnih odredaba međunarodnih ugovora na koje se poziva i činjenica datog slučaja, već ne navodi ni relevantnu praksu Evropskog suda.

Primeri dobre prakse

Kritika upućena na račun Suda u pogledu njegovog propusta da konsultuje bogatu praksu Evropskog suda o govoru mržnje očigledno je urodila plodom.

³⁸ Drugaćijeg mišljenja je Petrov koji smatra da 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". Opširnije: Petrov, V., "Ustavni sud i zabrana udruženja: nadležnost koja mu ne pristaje", *Pravni život*, br. 12/2012, str. 800.

³⁹ Odluka Ustavnog suda Srbije VIIU-171/2008 od 8. jula 2011. godine. Ova odluka ocenjena je kao "izuzetno važna za praksu Ustavnog suda" jer bi stav da je Ustavni sud nadležan samo za zabranu registrovanih udruženja "ostavljao prostor za brojne zloupotrebe". *Ljudska prava u Srbiji 2011 – pravo, praksa i međunarodni standardi ljudskih prava*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2012, str. 35.

⁴⁰ U opsežnijoj analizi Petrov iznosi stav da je Ustavni sud i u ovom predmetu trebalo da donese zaključak o odbacivanju predloga i da se oglasi nenadležnim. Smatra da Ustavni sud nije prihvatio ispravno tumačenje člana 55, st. 4 Ustava, prema kojem su tajna udruženja zabranjena po sili Ustava, te da nije mogao da zabrani udruženje koje je po sili Ustava već zabranjeno. Petrov, V., *op. cit.*, str. 802. Ni sudije Ustavnog suda nisu bile jedinstvene u stavu koji je prevladao o čemu svedoči Izdvojeno mišljenje u predmetu VIIU-171/2008, *Službeni glasnik RS*, br. 50/11.

⁴¹ Beširević, V., Marinković, T., *op. cit.*, str. 401-430.

⁴² Ustav Republike Srbije u članu 55, st. 3 predviđa zabranu tajnih i paravojnih organizacija.

⁴³ U Odluci se pominje Konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije i Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima.

Naime, u odluci kojom je zabranio rad udruženja građana "Otačastveni pokret Obraz" zbog delovanja usmerenog na kršenje zajemčenih ljudskih i manjinskih prava i izazivanja nacionalne i verske mržnje, Ustavni sud je svoj stav obrazložio upravo oslanjajući se na praksu Evropskog suda.⁴⁴ Ova odluka Ustavnog suda je karakteristična i po tome što su izostale kritike koje su upućivane na račun njegove nadležnosti u ranijim predmetima koji su se ticali zabrane udruženja, iako to ne znači da je u potpunosti izostala svaka kritika u pogledu obrazloženja koje u Odluci daje Sud.⁴⁵ Kada je u pitanju praksa Evropskog suda i način na koji je Ustavni sud koristi, može se primetiti da Ustavni sud u ovoj odluci uspostavlja odgovarajuću vezu između relevantnih presuda Evropskog suda i sopstvenih stavova.

Tako, Ustavni sud smatra svojim zadatkom da se stara da određenim proklamovanim ciljevima i javnim nastupanjem pojedine organizacije ne prekorače dozvoljene granice, koje bi mogle da dovedu do samog ukidanja demokratije, koja služi očuvanju ljudskog dostojanstva i ostvarenju pune slobode i jednakosti svakog pojedinca. Štaviše, zadatak organa države ne ogleda se samo u tome da zaštiti pojedinca u slučaju da njeni organi, odnosno neki pripadnici njenih službi povrede prava pojedinca, već i u slučaju kada postoji povreda ili opasnost od kršenja prava koje bi pojedinci ili grupe u društvu naneli jedni drugima. Ustavni sud se, s tim u vezi, poziva na odluke Evropskog suda u predmetima *Marckx protiv Belgije*⁴⁶ i *Airey protiv Irske*⁴⁷ a na tome i zasniva svoj stav da ima nadležnost da odlučuje da li je neko udruženje svojim radnjama ili postupcima prekoračilo dozvoljene granice postupanja i time povredilo nečija ustavna prava i slobode, zbog čega mora trpeti određenu sankciju, koja se, u konkretnom slučaju, ogleda u zabrani rada takvog udruženja. S druge strane, kada je reč o materijalnopravnom aspektu ovog slučaja, Ustavni sud konstatuje da postoji veza između radnji članova Udruženja i delovanja i ciljeva Udruženja, kao i da je Udruženje ne samo tolerisalo već i podržalo sve radnje svojih članova u događajima u kojima je došlo do povrede Ustavom zajemčenih prava određenih društvenih grupa. Ovaj stav Ustavni sud zasniva neposredno na stavu Evropskog suda u predmetu *Refah Partisi i ostali protiv Turske*.⁴⁸

Naime, u navedenoj presudi Evropski sud je istakao da se politička stranka čiji lideri podstiču na nasilje ili se zalažu za politiku koja odbacuje demokrati-

⁴⁴ Odluka Ustavnog suda Srbije VIIU-249/2009 od 12.06.2012. godine.

⁴⁵ Doktrina smatra da je nadležnost Ustavnog suda u ovom predmetu bila nesporna ali da 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". Petrov, V., *op. cit.*, str. 808.

⁴⁶ Slučaj *Marckx protiv Belgije*, predstavka broj 6833/74, presuda od 13. juna 1979. godine.

⁴⁷ Slučaj *Airey protiv Irske*, predstavka broj 6289/73, presuda od 9. oktobra 1979. godine.

⁴⁸ Slučaj *Refah Partisi i ostali protiv Turske*, predstavke broj 41340/98, 41342/98, 41343/98 i 41344/98, presuda od 13. februara 2003. godine.

ju, ili je usmerena na njeno uništenje ili uništenje prava i sloboda priznatih u demokratskom društvu, ne može oslanjati na Evropsku konvenciju u nastojanju da se zaštiti od sankcija koje su joj zbog toga nametnute, kao i shvatanje da odbijanje ove stranke da momentalno sankcioniše govor mržnje i pretnju upotrebom nasilja pojedinih svojih članova predstavlja indikator da se ta stranka nije odričala tih svojih članova. Ustavni sud navodi i stav Evropskog suda koji je iznet u presudi u predmetu *Herri Batasuna i Batasuna protiv Španije*, a koji se ogleda u tome da se raspuštanje jedne organizacije može zasnovati i na odsustvu osude određenog čina, "budući da ponašanje političara uobičajeno obuhvata ne samo njihove radnje i govore, već i, u određenim okolnostima, njihove propuste ili ćutanja, koji mogu biti izjednačeni sa zauzimanjem stavova i biti isto toliko rečiti kao svaka radnja izričite podrške".⁴⁹ Konačno, Ustavni sud se poslužio praksom Evropskog suda i prilikom iznošenja mišljenja da se "stavovima koji su izraženi u navedenim dokumentima Udruženja vrši diskriminacija govorom mržnje".⁵⁰

U materiji azila, Ustavni sud je pokazao spremnost da primeni evropske standarde postavljene od strane Evropskog suda. Čak i u rešenju o odbacivanju ustavne žalbe usled nedostatka procesnih pretpostavki, Ustavni sud je imao sluha da konsultuje odgovarajuću praksu Evropskog suda, ne ograničavajući se pri tom na praksu u vezi sa pravilom o prethodnoj iscrpenosti domaćih pravnih sredstava, već razmatrajući i praksu Evropskog suda u pogledu konkretnih materijalnih normi. Imajući u vidu da se Ustavni sud u postupku odlučivanja o ustavnim žalbama pre predmetnog spora nije susretao sa istaknutom povredom člana 3 Evropske konvencije pre nego što su iskorišćena redovna pravna sredstva u postupku za dobijanje azila, a polazeći od toga da je predstavka Evropskom sudu, saglasno odredbi člana 35, st. 1 Evropske konvencije, kao i ustavna žalba, supsidijarnog karaktera, Ustavni sud je smatrao da je u konkretnom slučaju potrebno osvrnuti se na praksu Evropskog suda u materiji azila sa stanovišta primene pravila o prethodnoj iscrpenosti domaćih pravnih sredstava.⁵¹ Kako u pogledu pravila o iscrpljivanju domaćih pravnih lekova, tako i u pogledu konkretnih normi kojima se štite prava tražilaca azila, Ustavni sud se gotovo isključivo bazira na različitim odlukama Evropskog suda. Treba istaći da se Ustavni sud u datom rešenju osvrnuo i na okolnost koju je u svom podnesku izneo podnosilac ustavne žalbe, a koja se tiče činjenice da upravni sudovi, prilikom odlučivanja o predmetima koji se tiču azila, nemaju praksu pozivanja na odgovarajuće odluke Evropskog

⁴⁹ Slučaj *Herri Batasuna i Batasuna protiv Španije*, predstavke broj 25803/04 i 25817/04, presuda od 30. juna 2009. godine.

⁵⁰ Odluka Ustavnog suda Srbije VIIU-249/2009 od 12.06.2012. godine. Ustavni sud detaljno iznosi stavove koje je u vezi sa govorom mržnje Evropski sud zauzeo u presudama u predmetima *Feret protiv Belgije*, predstavka broj 15615/07, presuda od 16. jula 2009. godine i *Vejdeland i ostali protiv Švedske*, predstavka broj 1813/07, presuda od 9. februara 2012. godine.

⁵¹ Rešenje Ustavnog suda Srbije UŽ-5331/2012 od 24.12.2012. godine.

suda, konkretno na odluku u slučaju *M.S.S. protiv Belgije i Grčke*.⁵² Ustavni sud ističe sledeće: "Imajući u vidu da navedeno zapažanje UNHCR-a i presuda Evropskog suda u predmetu *M.S.S. protiv Belgije i Grčke* nisu bili upotrebljeni kao dokazi u postupcima azila okončanim priloženim presudama Upravnog suda, Ustavni sud je ocenio da dosadašnja praksa nadležnih upravnih organa i Upravnog suda, na koju se poziva podnosilac u ustavnoj žalbi, ne daje osnova za sumnju da prilikom odlučivanja o žalbi podnosioca u upravnom postupku, a potom eventualno i o tužbi u upravnom sporu, neće biti ozbiljno razmotreni dokazi na kojima podnosilac zasniva svoje uverenje da će udaljenjem u neku od označenih trećih država biti izložen stvarnom riziku od postupanja suprotnom principima Konvencije. Naprotiv, zauzeti stav Upravnog suda u dostavljenim presudama daje prostor podnosiocu ustavne žalbe da u tužbi, ukoliko to prethodno nije učinio u žalbi u upravnom postupku, istakne razloge i dostavi dokaze zbog kojih smatra da bi u konkretnom slučaju trebalo otkloniti primenu Odluke Vlade o listi sigurnih država porekla i sigurnih trećih država. Na taj način, podnosiocu se pružaju garancije da koncept sigurne treće države nema apsolutni karakter i da se neće primeniti sistematski, bez prethodnog ispitivanja njegovih navoda kojima ističe da bi udaljenjem u neku od označenih trećih država bio izložen povredi člana 3 Konvencije".

Na presudu Evropskog suda u slučaju *M.S.S. protiv Belgije i Grčke* Ustavni sud Srbije pozvao se u još jednom postupku po ustavnoj žalbi koja se ticala prava na utočište. Ovoga puta Ustavni sud se pozvao na navedenu presudu u odluci o odbijanju žalbe kao neosnovane. Naime, Evropski sud je zaključio da su na osnovu brojnih izveštaja Visokog komesarijata za izbeglice, belgijske vlasti znale ili su morale znati da nema garancija da će zahtev tražioca azila biti ozbiljno razmotren od strane grčkih vlasti. Budući da je u konkretnom slučaju reč o opštepoznatoj situaciji, tražilac azila nije trebalo da sam snosi sav teret dokazivanja, jer da su belgijske vlasti utvrdile na koji način se u Grčkoj primenjuju propisi o azilu, one bi morale zaključiti da su rizici sa kojima bi se mogao suočiti tražilac azila dovoljno realni i individualizovani. Ovaj stav Evropskog suda Ustavni sud je upotrebio prilikom tumačenja koncepta sigurne treće zemlje, tačnije Odluke Vlade Republike Srbije o utvrđivanju liste sigurnih trećih zemalja i sigurnih zemalja porekla, a u kontekstu sigurne treće zemlje kao razloga za odbacivanje zahteva za azil bez ulaženja u ispitivanje ispunjenosti uslova za dobijanje azila. Ustavni sud, naime, smatra da relevantne odredbe Zakona o azilu upućuju na zaključak da se lista sigurnih trećih država, između ostalog, formira i na osnovu izveštaja i zaklju-

⁵² Slučaj se ticao državljanina Avganistana koga su belgijske vlasti poslale nazad u Grčku. Sud je presudio da je Belgija povredila član 3 Konvencije zbog toga što je vratila podnosioca predstavke u Grčku, čime ga je izložila rizicima koji postoje usled neregularnosti proceduralnog karaktera u vezi sa sistemom azila u Grčkoj. Sud je takođe našao da su belgijske vlasti povredile član 13 Konvencije zato što podnosilac predstavke nije na raspolaganju imao efikasno pravno sredstvo protiv naloga za izručenje. Slučaj *M.S.S. protiv Belgije i Grčke*, predstavka broj 30696/09, presuda od 21. januara 2011. godine.

čaka Kancelarije Visokog komesarijata za izbeglice Ujedinjenih nacija. Upravo ovi izveštaji treba da doprinesu korigovanju prakse nadležnih organa Republike Srbije "u tom smislu da se zahtev za azil neće odbaciti iako lice dolazi iz sigurne treće države koja je na lsiti Vlade, ukoliko ta država postupak azila primenjuje na način suprotan Konvenciji".⁵³

Ustavni sud je retko imao priliku da razmatra povredu prava na dostojanstvo i slobodan razvoj ličnosti kao i prava na poštovanje privatnog života. Ipak, bazirajući se upravo na relevantnoj praksi Evropskog suda, Ustavni sud je usvojio ustavnu žalbu i utvrdio da je Opštinska uprava opštine Z., donošenjem zaključka o stvarnoj nenadležnosti, propustila da odluči o zahtevu podnosioca ustavne žalbe za promenu podataka o polu i time povredila njegovo pravo na dostojanstvo i slobodan razvoj ličnosti zajemčeno članom 23 Ustava Republike Srbije, kao i pravo na poštovanje privatnog života zajemčeno članom 8 Evropske konvencije. Iako Ustav izričito ne sadrži odredbu o poštovanju prava na privatni život, po oceni Ustavnog suda, ovo pravo predstavlja sastavni deo ustavnog prava na dostojanstvo i slobodan razvoj ličnosti.⁵⁴ S tim u vezi, Ustavni sud se oslanja na prasku Evropskog suda u pogledu tumačenja člana 8, st. 1 Evropske konvencije koja sadrži odredbu o pravu svakog lica na poštovanje privatnog života. Ustavni sud zaključuje da sfera privatnog života nekog lica nesumnjivo uključuje, pored ostalog, i njegovu polnu pripadnost, polnu orijentaciju i polni život, te da pravo na privatni život podrazumeva i pravo na određivanje pojedinosti ličnog identiteta i samoopredeljenje, te u tom smislu i pravo na prilagođavanje pola svom rodnom identitetu. Ustavni sud je u konkretnom slučaju utvrdio da se podnosilac ustavne žalbe, koji je u matične knjige po rođenju upisan kao žena, podvrgao operaciji prilagođavanja pola, te da danas u društvu živi kao muškarac, ali se u pravnom smislu i dalje tretira kao žena. Sud je našao da je nesumnjivo da postojeći nesklad između faktičkog i pravnog stanja stvari utiče na život podnosioca ustavne žalbe, naročito na njegovo ljudsko dostojanstvo i slobodan razvoj ličnosti, ali i na situacije kada je u pravnom smislu pol bitan, odnosno kada se u pogledu ostvarivanja nekih prava, pravi razlika između muškarca i žene (kao što su sklapanje braka i svi porodičnopравни odnosi, oblast zdravstvenog i penzijskog osiguranja, zatvorska pravila za smeštaj zatvorenika,...). Usvajajući ovaj stav Ustavni sud se rukovodio upravo praksom Evropskog suda koji je u predmetu *Goodwin protiv Ujedinjenog Kraljevstva*⁵⁵ istakao da "u 21. veku, pravo transseksualaca na lični razvoj i na

⁵³ Odluka Ustavnog suda Srbije UŽ-1286/2012 od 29.03.2012. godine. Odluka je doneta po žalbi državljanina Kube Joela Alberta Kamposa Isaisa, izjavljene protiv presude Upravnog suda U.3555/11 od 14. decembra 2011. godine.

⁵⁴ Odluka Ustavnog suda Srbije UŽ-3238/2011 od 08.03.2012. godine.

⁵⁵ Slučaj *Goodwin protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, predstavka broj 28957/95, presuda od 11.07.2002, st. 71, 72 i 77.

fizičku i moralnu sigurnost, koju u punom smislu reči uživaju svi drugi građani u društvu, ne može se više posmatrati kao stvar kontroverzi koje zahtevaju protok vremena kako bi u potpunosti bile razjašnjene. Najkraće rečeno, nezadovoljavajuća situacija u kojoj žive postoperativni transseksualci, u međuprostoru u kome ne pripadaju sasvim ni jednom ni drugom polu, ne može više biti prihvatljiva ... te da ... stres i otuđenje, proistekli iz nesklada između položaja u društvu koje zauzima transseksualac koji je putem operacije promenio pol i položaja koji mu nameće zakon koji odbija da prizna njegov promenjeni pol, ne može se smatrati manjom neprijatnošću nastalom zbog jedne formalnosti. Tu dolazi do sukoba između društvene realnosti i prava, što transseksualca stavlja u jedan neprirodan položaj koji kod njega može da izazove osećanja ranjivosti, poniženja i strepnje”.⁵⁶

Konačno, najnovija praksa Ustavnog suda dodatno ide u prilog zaključku da su stavovi Evropskog suda od sve većeg uticaja. Naime, na sednici održanoj 10. jula 2013. godine, Ustavni sud je po prvi put doneo odluku kojom je utvrdio da je podnosiocu ustavne žalbe povređeno pravo na nepovredivost fizičkog i psihičkog integriteta garantovano članom 25 Ustava Republike Srbije.⁵⁷ Ustavni sud je najpre zaključio da prava iz člana 25 i 28 Ustava i člana 3 Evropske konvencije sadrže jemstvo poštovanja materijalnog i procesnog aspekta zabrane mučenja, nečovečnog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja, da bi prilikom ocene osnovanosti navoda o povredi materijalnog aspekta zabrane mučenja i nečovečnog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja imao u vidu stavove i praksu Evropskog suda.⁵⁸

⁵⁶ O načinu na koji je odnos Evropskog suda prema članu 8 Evropske konvencije sazrevao u pogledu prava transseksualaca i o pohvali prve odluke Ustavnog suda o ustavnoj žalbi transseksualne osobe v. Draškić, M., “Evolucija u jurisprudenciji Evropskog suda za ljudska prava u pogledu transseksualnih osoba: Evolucija i u Srbiji”, *Perspektive implementacije evropskih standard u pravni sistem Srbije*, knjiga 2, priredio prof. dr Stevan Lilić, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2012, str. 57-76.

⁵⁷ Odluka Ustavnog suda Srbije UŽ-4100/2011 od 10. jula 2013. godine. Podnosilac ustavne žalbe je 2005. godine lišen slobode, a potom i pravnosnažno oglašen krivim u krivičnom postupku koji je protiv njega vođen. Ustavni sud je u navedenoj odluci utvrdio da je tokom trajanja pritvora i izdržavanja kazne zatvora podnosiocu ustavne žalbe povređeno pravo na nepovredivost fizičkog i psihičkog integriteta.

⁵⁸ Ustavni sud je detaljno izneo praksu Evropskog suda u pogledu dozvoljene ali prekomerne upotrebe sredstava prinude, minimalnog stepena težine zlostavljanja i nečovečnog postupanja, tvrdnji o zlostavljanju koje moraju biti dokazane van razumne sumnje, tereta dokazivanja navoda o zlostavljanju, obaveze nadležnih državnih organa da sprovedu delotvornu zvaničnu istragu u slučaju kada se lice nalazi u pritvoru ili na izdržavanju kazne zatvora. Na dan 23. septembra 2013. godine tekst Odluke nije još uvek dostupan u bazi sudske prakse Ustavnog suda, niti je Odluka objavljena u Službenom glasniku Republike Srbije. Usled nemogućnosti konsultovanja same Odluke, kao izvor za informacije koje su u vezi sa ovom Odlukom iznete u radu poslužilo je zvanično saopštenje Ustavnog suda pod naslovom “Prva odluka Ustavnog suda kojom je utvrđena povreda prava podnosioca ustavne žalbe na nepovredivost fizičkog i psihičkog integriteta”, <http://www.ustavni.sud.rs/>

ZAKLJUČAK

Iako se primena pravila i standarda međunarodnog prava univerzalnog karaktera od strane Ustavnog suda ne može smatrati zadovoljavajućom usled malog broja odluka u kojima je Ustavni sud svoje stavove zasnovao neposredno na ovoj vrsti međunarodnih instrumenata, situacija je bitno drugačija kada je u pitanju Evropska konvencija i praksa Evropskog suda. Analiza učestalosti pozivanja na jurisprudenciju Evropskog suda od strane Ustavnog suda Srbije ukazuje na još uvek mali procenat slučajeva u kojima je Ustavni sud potporu za svoj stav našao upravo u praksi Evropskog suda. Ipak, ohrabruje činjenica da je broj odluka u kojima Ustavni sud konsultuje praksu Evropskog suda u konstantnom porastu, te da je u poslednjih godinu dana ovaj broj udvostručen u odnosu na godinu koja je prethodila.

Ako se u obzir uzme pozicija Ustavnog suda u pravosudnom sistemu Republike Srbije, odnos koji on zauzima prema Evropskoj konvenciji i praksi Evropskog suda trebalo bi da bude od značaja i za praksu redovnih sudova. Slučajevi u kojima redovni sudovi u Republici Srbiji neposredno primenjuju pravila međunarodnog prava još uvek predstavljaju retkost. Ipak, ako se pođe od člana 166 Ustava koji predviđa da su odluke Ustavnog suda konačne, izvršne i opšteobavezujuće, kao i od činjenice da svaka odluka Ustavnog suda obavezuje *erga omnes* i u sadržinskom smislu se javlja kao obaveza postupanja za sve niže sudove, postaje jasna i uloga koju Ustavni sud ima u smislu daljeg uticaja na praksu redovnih sudova u pogledu primene međunarodnih i evropskih pravnih standarda. Iz samog normativnog okvira proizlazi da su svi niži sudovi u obavezi da poštuju odluke Ustavnog suda, kao i stavove koji predstavljaju sastavne delove obrazloženja. Upravo u tome treba videti kanal kojim bi međunarodni i evropski standardi konačno prodrli i u odluke redovnih sudova. Za redovne sudove odluke Ustavnog suda bi mogle predstavljati putokaz i podstrek u primeni pravila međunarodnog prava, i to na način sličan onom na koji Evropski sud utiče na sam Ustavni sud kada je u pitanju primena univerzalnih međunarodnih standarda.

page/view/0-101867/prva-odluka-ustavnog-suda-kojom-je-utvorena-povreda-prava-podnosioca-ustavne-zalbe-na-nepovredivost-fizickog-i-psihickog-integriteta?_qs=4100/2011, sajt posećen 23. septembra 2013. godine.

BOJANA ČUČKOVIĆ, LL.D.,
Assistant, Faculty of Law University of Belgrade

INTERNATIONAL LAW AND EUROPEAN CONVENTION FOR
THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND FUNDAMENTAL FREEDOMS
IN THE JURISPRUDENCE OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF SERBIA

Summary

The aim of this article is to analyze the jurisprudence of the Constitutional Court of Serbia from the perspective of implementation and application of international and European legal standards. Author starts by exploring the position of international law within the legal system of the Republic of Serbia. Application of relevant provisions of the Serbian Constitution, namely articles 16 and 18, is further analyzed through the selected decisions of the Constitutional Court. In that regard, the analysis is firstly focused on ratified international treaties and other international law instruments of universal character. It further explores the relevance attributed to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms and the jurisprudence of the European Court of Human Rights. Even though the Constitutional Court's attitude towards the judgments of the European Court may still be subject to criticism, it is important to note that there is a clear tendency to cite the judgments of the European Court of Human Rights more frequently as well as to acknowledge the critiques in subsequent decisions dealing with the similar subject matter.

BOŽIDAR JELIČIĆ

DOSTOJANSTVO – VREDNOSNA KATEGORIJA MEĐUNARODNOG PRAVA I SAVREMENIH MEĐUNARODNIH ODNOSA

U V O D

Kada se govori o dostojanstvu obično se misli na kvalitativnu odrednicu koja je neodvojivo vezana uz ličnost čoveka – pojedinca, čineći suštinu njegove sveukupne društvene, ekonomske, pravne i političke pozicioniranosti, te uz ljudska prava kao normativnog iskaza stanja u kome se pojedinac ostvaruje kao ljudsko i društveno biće. Naravno, ovakav pristup pitanju nije pogrešan, ali je najčešće opterećen neprepoznavanjem njegovog sadržajnog određenja. Gubljenjem iz vida njegovog sadržajnog izraza u mnogome može zamagliti sliku o dostojanstvu, vodeći nas u njegovo jednodimenzionalno vrednosno određenje. U tom smislu moramo se složiti sa tvrdnjom A. Kaufmana koji kaže da "...i ljudsko dostojanstvo se, ako se ispuni sadržajem, pokazuje da nije izuzeto od svake kontingencije i relativnosti. Samo kada se sa ljudskim dostojanstvom ne povezuje nikakav sadržaj, ono je apsolutno, ali je tada i prazno."¹ Ovaj svoj stav isti autor objašnjava na primeru jedne rasprave koja je svojevremeno vođena u Bundestagu o pravu na abortus. I protivnici i zagovornici abortusa su se tom prilikom pozivali na ljudsko dostojanstvo. Isti autor naglašava da argumentacija suprotstavljenih strana može

Dr Božidar Jeličić, docent Fakulteta za pravne i poslovne studije, Univerzitet "Union", Beograd.

¹ Kaufman A. (1998), *Pravo i razumevanje prava*, Gutenbergova galaksija, Beograd-Valjevo, 272.

imati istu važnost samo ukoliko se ljudsko dostojanstvo ne zamišlja sadržinski, u suprotnom je jedan od sudova pogrešan.²

Drugo otvoreno pitanje navedenog pristupa sadržano je u sagledavanju njegove “međunarodne” dimenzije. Kad to kažemo mislimo na međunarodne aspekte ovog pitanja u “užem” – međunarodnopravnom smislu i u “širem” smislu koji zadire u različite normativne i praktične aspekte međunarodnih odnosa. U tom pogledu dostojanstvo se istovremeno može posmatrati i analizirati iz najmanje dva ugla. Jedan ugao bi se odnosio na pitanja iz domena ljudskih prava, a drugi na različite elemente odnosa između država kao subjekata međunarodnog prava i međunarodnih odnosa. U tom smislu i predmet naše pažnje u ovom radu pokušaćemo da usmerimo na ove aspekte pitanja dostojanstva.

NEKI ASPEKTI POJMOVNOG ODREĐENJA

Već smo napomenuli da se rasprava o pitanju dostojanstva uglavnom vezuje za ličnost čoveka, za ljudska prava. U tom smislu se i njegovo razmatranje iz ugla međunarodnog prava i međunarodnih odnosa uglavnom odvija na identičan način. Stiče se utisak da dostojanstvo predstavlja “odrednicu” koja je imanentna čoveku, njegovoj ličnosti, te da se u nekom drugom kontekstu, kontekstu izvan čovekove ličnosti, ili teško uklapa ili se uopšte ne uklapa. Potvrdu ove teze nalazimo pre svega u samom pojmovnom određenju dostojanstva, te ćemo se na samom početku ovog razmatranja osvrnuti na pojam dostojanstva.

Šta se pod dostojanstvom podrazumeva? Odgovor na ovo pitanje, uključujući i sve kontroverze u vezi sa njim, autori uglavnom traže i pronalaze u ovirima kovanice – “ljudsko dostojanstvo”. Stiče se utisak da se stavlja znak jednakosti između izraza “dostojanstvo” i sintagme “ljudsko dostojanstvo”. Naravno, ukoliko se stvari ovako posmatraju otvaraju se brojne dileme vezane za njegovu upotrebu izvan navedenog konteksta. Kad ovo kažemo, mislimo na njegovu upotrebu u kvalitativnom određenju stanja i odnosa koji se tiču države, vlade, nekog drugog državnog organa, ili pak neke organizacije i njenih organa i dr. U svakom slučaju, vezivanje dostojanstva za ličnost čoveka ne isključuje mogućnost, pa i potrebu, da se ono s punim pravom koristi u definisanju i kvalifikovanju nekih drugih, gore pomenutih, stanja i situacija. U teoriji ne postoji jedinstveno određenje značenja koje bi se moglo pripisati izrazu “ljudsko dostojanstvo”. Pristupi ovom pitanju su različiti.³ Neki autori polaze od pretpostavke da se sadržaj ovog pojma podrazumeva i ne ulaze u njegovo određenje. Drugi autori naglašavaju njegovu složenost i iz toga izvlače zaključak o mogućnosti njegovog određenja. Treći da se pojmovno određenje suočava sa problemom nemogućnosti konkretizacije, što otvara opa-

² *Ibid.*, str. 272.

³ Vidi: Vodinić V. Pravo na ljudsko dostojanstvo, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, supplement broju 5-6, 1989, str. 721–729.

snost da se ustanovi određenje koje neće moći da obuhvati sve situacije, što ih navodi na zaključak o nepotrebnosti određenja ovog pojma. Naravno, ovim se ne iscrpljuje lista spornih pitanja koja otežavaju traženje odgovora na ovo pitanje. U te sporne aspekte neki autori ubrajaju i dileme da li se radi o principu ili pravu ili može biti tretireno i kao pravo i kao princip,⁴ zatim da li se radi o promenljivom ili nepromenljivom pojmu u prostoru i vremenu, na čemu se dostojanstvo zasniva, momenat kada se ono stiče, da li je reč o najvišoj pravnoj vrednosti, kada se može reći da je ljudsko dostojanstvo povređeno, šta čini njegov sadržaj i dr.⁵

Odgovori na sva ova pitanja i dileme, šire neophodna saznanja o ovoj složenoj tematici. Međutim, veliko je pitanje da li i u kojoj meri ova rasprava može biti od koristi u pokušajima da sadržaj pojma "dostojanstva" projektujemo na neke druge situacije koje smo ranije pomenuli. Dilema postaje izazovnije ukoliko se oslonimo na Kantovo određenje pojma dostojanstva odnosno ljudskog dostojanstva. Po njemu sama čovečnost predstavlja dostojanstvo. Međutim, u samom obrazloženju date teze kod Kanta srećemo mogućnost suštinskog projektovanja sadržaja pojma dostojanstva izvan čoveka i čovekove ličnosti. Naime, njegova tvrdnja da je suština dostojanstva sadržana u činjenici da je ono zasnovano na unutrašnjoj vrednosti, da je izdignuto iznad svake cene i da ne podleže zameni nekom drugom vrednošću, odnosno da nema odgovarajući ekvivalent, predstavlja dovoljnu osnovu da ga možemo potražiti i pronaći i izvan čoveka i njegove ličnosti.⁶ Drugim rečima, "nezamenljivih" kategorija vrednosti možemo sresti i kod tvorevina poput država i međunarodnih organizacija. Shodno tome i dostojanstvo kao kvalitativna odrednica stanja i odnosa mogla bi se i njima pripisati i to iz najmanje dva razloga. S jedne strane, pomenute tvorevine predstavljaju međunarodnopravne i međunarodne subjekte sa svojim osobinama zasnovanim na određenim kriterijumima⁷ i, kao takvima, dostojanstvo bi činilo njihovu osnovnu dimenziju, kao nešto što pripada ličnosti ili što se može smatrati kao sinonim ličnosti. S druge strane, dostojanstvo se nalazi u samom središtu odnosa između pomenutih subjekata i predstavlja izraz međusobnog uvažavanja i poštovanja. Naravno, ovome treba dodati i činjenicu da je ovde reč o ljudskim tvorevinama i da odnosi među njima u suštini predstavljaju odnose između ljudi, s tim što se oni u ovom slučaju nalaze u specifičnoj situaciji, situaciji reprezentovanja sopstvenih država ili organizacija.

⁴ Vidi: Alexy R. (2010), *Theory of Constitutional Right*, Oxford University Press, str. 63 i dalje; Tumačenje Povelje o osnovnim pravima unije formulisanih od strane Predsedništva Skupštine koja je pripremila Povelju. Prevod teksta videti u: Janjević M. (2007), *Reformski ugovor EU iz lisabona*, Službeni glasnik, Beograd, str. 23.

⁵ Vodinelić V., *op. cit.* str. 722–724.

⁶ Vidi: Kant I. (1967), *Metafizika čudoređa*, Sarajevo, 268, 269.

⁷ Vidi: Dimitrijević V. Stojanović R. (1977), *Osnovi teorije međunarodnih odnosa*, Sl. list SFRJ, Beograd, 141–146. Etinski R. (2010), *Međunarodno javno pravo*, Sl. glasnik, Beograd, 111–114.

Konačno, teoretska sporenja oko pojma dostojanstva, bilo u njegovom opštem značenju bilo u smislu ljudskog dostojanstva, očigledno nas dovode na teren koji je bliži zaključku da je reč o pojmu širokog pozitivnog obuhvata, koji u sadržajnom smislu podrazumeva vrednosnu celinu prava koja pripadaju ne samo čoveku kao subjektu, već brojnim njegovim tvorevinama, a koja se mogu projektovati na njegove konkretne izraze i konkretne odnose.

DOSTOJANSTVO – KATEGORIJA MEĐUNARODNOG PRAVA

Kao što smo već napomenuli pitanje dostojanstva predstavlja neodvojiv deo sveukupnog kompleksa ljudskih prava, njihovog normativnog uređenja i zaštite, bilo u smislu zasebne vrednosti imanentne ljudskoj ličnosti, bilo u smislu svojevrsnog sinonima za ugrožavanje/zaštitu ljudskih prava, odnosno zaštitu čovekove ličnosti od degradacije. Ovaj i ovakav konceptijski i tematski okvir predstavlja osnovnu, može se slobodno reći i jedinu pristupnu ravan ovom pitanju kada je reč o međunarodnom pravu. Pri tome, pristup međunarodnog prava ovom pitanju ne iscrpljuje se samo u normativnom uobličavanju civilizacijskog zahteva za zaštitom ljudskog dostojanstva kao zasebnog “subjektivnog prava”, već obuhvata i aspekte sadržajne ispunjenosti ovog pojma kao vrednosnog kompleksa pojavnih oblika ljudskih prava. Neki autori se trude da idetifikuju krug ljudskih prava, koja “raspolazu prioriteto” na pravnu ili svaku drugu “korespondenciju” sa suštinom dostojanstva, odnosno koja pretenduju na poziciju osnovnih ili glavnih atributa prava na dostojanstvo,⁸ međutim, mišljenja smo da ovo vodi u opasnost da se stvari pojednostavljuju te da se gubi iz vida celina koja podrazumeva da se na odnos prema dostojanstvu treba gledati kao na odnos prema ljudskim pravima u celini.

Kao osnovni element i pretpostavka ljudskih prava, dostojanstvo u međunarodnom pravu predstavlja deo opšteg koncepta njihovog normativnog definisanja i zaštite i to još od prvih koraka koji su činjeni u ovoj oblasti. Kada ovo kažemo mislimo ne samo na njegovo neposredno normativno uobličavanje, već i na teoretska razmatranja ovog pitanja u domenu filozofije, međunarodnog prava i drugih nauka.

Kada je reč o teoretskim pristupima, ovde se ne može govoriti o nekom izričitom uobličavanju odnosa prema pitanju dostojanstva, mada se sreću i takvi teoretski pristupi, poput Kantovog viđenja dostojanstva kao “apsolutne svrhe”⁹, već više o njegovim sadržajnim osnovama i iskazima. Praktično, prvi teoretski pristupi koji se vezuju za imena Huga Grocijusa, Tomasa Hobsa i posebno Džona Loka koji se smatra utemeljivačem savremenih shvatanja ljudskih prava, bili su

⁸ Vidi: Perović S. Pravo i dostojanstvo čoveka, *Spomenica akademika Rajka Kutzmanovića*, Spomenica, knjiga V, Banja Luka, 2006, 55 i dalje.

⁹ *Ibid*, str. 52.

usmereni na ljudska prava u celini.¹⁰ Prve ideje o ljudskim pravima i njihov kasniji teoretski razvoj nesumnjivo su doprinele određenim društvenim događajima od značaja za razvoj ljudskih prava, njihovom pravnom i sadržajnom osmišljavanju. Ukoliko se usmerimo na otkrivanje osnovnih težnji teoretskih pristupa ovom pitanju, nezavisno od pristupnih koncepcija, možemo doći do zaključka da su one bile sastavni deo sveopšteg civilizacijskog zahteva za njegovim prepoznavanjem kao neodvojivog dela ljudske ličnosti i normativnim uobličavanjem kao kategorije društvenih odnosa koja zaslužuje opštepravnu zaštitu. Ljudsko dostojanstvo očigledno, u ovim početnim naporima, nije uspelo da se izbori za predmetnu posebnost. Zbog toga možemo slobodno reći da su teoretski pristupi ovom pitanju nesumnjivo doprineli normativnom regulisanju prava na ljudsko dostojanstvo kako na unutrašnjem pravnom prostoru država, tako i u okviru međunarodnog prava, ali da se eksplicitniji odnos prema ovom pitanju ipak vezuje za nake kasnije teoretske koncepte.

Drugi pristupni aspekt u razmatranju ovog pitanja iz ugla međunarodnog prava ima normativno-regulativnu dimenziju. Pravo na dostojanstvo danas, kao neodvojivi deo ljudskih prava, predstavlja uobičajen deo kataloga međunarodnog prava. To je u ovim vremenskim okvirima nešto logično, jer se ovo pravo zasniva na temeljnim vrednostim ljudske ličnosti i predstavlja svojevrsni preduslov poštovanja ostalih ljudskih prava. Uostalom, veliko je pitanje da li se povreda bilo kog prava čoveka može odvojiti od istovremene povrede njegovog prava na dostojanstvo. Međutim, ukoliko potražimo vremensku lokaciju u kojoj možemo činjenično smestiti začetke normativnog regulisanja ovog pitanja u međunarodnim okvirima, videćemo da tu ne moramo zalaziti duboko u istoriju. Do izričitog normiranja ovog prava došlo je tek nakon Drugog svetskog rata. Ogromne strahote koje je sa sobom doneo Drugi svetski rat, delovale su otrežnjavajuće za sve svetske činioce i podstakao ih da se agresivnije pozabave pitanjem zaštite ljudskih prava i u tom kontekstu pravno verifikuju značaj zaštite ljudskog dostojanstva. Ovo pravo je našlo svoje mesto već u Povelji ujedinjenih nacija 1945. Godine (preambula), da bi par godina kasnije, 1948. godine, kao fundamentalno pravo bilo ugrađeno u Deklaraciju UN o ljudskim pravima (član 1), a 1966. godine i u Paktu o građanskim i političkim pravima (član 10). Značaj ovih dokumenata je nesumnjiv i to ne samo kao svojevrsan kodifikacijski zahvat u domenu ljudskih prava, već i kao podsticajna snaga i sadržajni uzor budućih međunarodnih akata, univerzalnog i regionalnog karaktera,¹¹ u odnosu na pitanje ljudskog dostojanstva kao

¹⁰ Vidi: Paunović M. Krivokapić B. Krstić I. (2007), *Osnovi međunarodnih ljudskih prava*, Megatrend univerzitet, Beograd, str. 18-19; Pejić I. *Konstitucionalizacija ljudskih prava: pravo čoveka na dostojanstvo, Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom prostoru*, Tematski zbornik radova, Knjiga prva, Niš, 2011, str. 253.

¹¹ Ovdje posebno treba pomenuti Povelju o osnovnim pravim Unije, koja pitanju dostojanstva posvećuje poseban – Naslov I (članovi 1–5). Prevod teksta Povelje može se videti u: Janjević M. (2007), *op. cit.*, str. 223–235.

zasebne kategorije ljudskih prava, te za njegovu konstitucionalizaciju u pravnom prostoru mnogih država.¹²

DOSTOJANSTVO KAO KATEGORIJA MEĐUNARODNIH ODNOSA

Dok dostojanstvo kao vrednosna kategorija u međunarodnom pravu ima uglavnom normativnu dimneziju, prevashodno vezanu za ljudska prava, u međunarodnim odnosima ona se pre svega iskazuje kao vrednosni izraz odnosa između država. Ne retko se u političkoj i stručnoj komunikaciji može čuti da je povređeno dostojanstvo države kao međunarodnog subjekta. Da li je reč o vokalarnoj poštapalici ili je reč o situacijama ispunjenim konkretnim sadržajem u odnosima između država kao međunarodnih subjekata (u daljem tekstu međunarodni subjekti), odnosno njihovih predstavnika? Odgovor na ovo pitanje je na prvi pogled jednostavan. Međutim, samo traženje odgovora na ovo pitanje ukazuje da se radi o dosta složenom zadatku. Za razliku od ljudskog dostojanstva koje je, kao što smo napred pokazali, dobilo svoj normativni izraz u sadržajnom smislu i u pogledu pravne zaštite, u slučaju dostojanstva međunarodnih subjekata očigledno to nije slučaj. Praktično, odgovor na ovo pitanje moramo tražiti ili u praksi odnosa između država – diplomatskim odnosima, ili u tumačenju međunarodnopravnih rešenja koja u nekim aspektima regulišu te odnose.

Subjektivna dimenzija vrednosnog konteksta dostojanstva međunarodnih subjekata

Jedno od osnovnih pitanja koje se na samom početku nameće odnosi se na sadržaj onoga što možemo pripisati dostojanstvu međunarodnih subjekata. Reč je o utvrđivanju vrednosti koje se mogu vezati za pitanje dostojanstva međunarodnih subjekata i kvalifikaciju konkretnih postupaka i situacija koje predstavljaju njegovu povredu i koje zahtevaju odgovarajuću reakciju. Konkretizaciju odgovora na postavljeno pitanje možemo bazirati na najmanje dve polazne teze. Prva, da je reč o dinamičnom sadržaju koji treba posmatrati u konkretnim vremenskim i prostornim uslovima. Drugo, zbog skromnih analitičkih saznanja, njegove konture treba graditi i nadograđivati u kontekstu onoga što čini ljudsko dostojanstvo, te na osnovu toga tražiti sličnosti ili vršiti identifikaciju situacija specifičnih za međunarodne subjekte. Naravno, ovde ne može biti reči o mehaničkom projektovanju prakse i saznanja vezana za ljudsko dostojanstvo, već o traženju eventualnih dodirnih tačaka između ove dve situacije.

Prethodne napomene nedvosmisleno nas, pre svega, upućuju na traženje vrednosnog okvira koji bi ispunjavao “prostor” koji pokriva domen dostojanstva

¹² Vidi: Pejić I., *op. cit.*, 255–258.

međunarodnih subjekata. Njegova identifikacija nas navodi na ono što bi mogli nazvati “zonom” u kojoj se zahteva odgovarajući odnos između međunarodnih subjekata – odnos međusobnog uvažavanja vrednosnih sistema. Međutim, logično pitanje koje se ovom prilikom nameće vezano je za “izvorišta” ovog vrednosnog sistema. Da li je reč o opšteusvojenim vrednostima ili vrednostima koje svaki međunarodni subjekt sam određuje ili ima slobodu da ih određuje ili modifikuje?

U traženju odgovora na ovo pitanje možemo se dotaći ustanove “međunarodnog javnog poretka”, pravne kategorije koju srećemo u međunarodnom privatnom pravu. Uvažavajuću svu njegovu specifičnost, mišljenja smo da on zaslužuje da bude predmet pažnje u okvirima pitanja koje razmatramo. U svom osnovnom određenju “međunarodni javni poredak” podrazumeva osnovna načela, temeljne vrednosti domaćeg poretka jedne države koje ona ne sme ni u kom slučaju žrtvovati niti od njih odstupati, već ih treba u svakom slučaju zaštititi.¹³ U svojoj suštini, ovaj institut međunarodnog privatnog prava ima vrednosnu i zaštinu funkciju. On određuje polje “nedodirljivih” vrednosti jedne države i pravo države na odbranu tih vrednosti. Primenom instituta “međunarodnog javnog poretka” države onemogućavaju povredu svojih temeljnih vrednosti, te na taj način štite i ono što u suštinskom smislu predstavlja element njihovog dostojanstva u domenu privatnopravnih odnosa sa elementom inostranosti. Međutim, samo određenje vrednosti koje moraju biti predmet zaštite stvar je konkretnih država. Pokušaji njihove univerzalizacije nisu do sada doneli bitnije rezultate.¹⁴ Praktično, ovde smo na individualnom terenu, na prostoru subjektivnih procena država koje mogu biti podložne opasnosti od političkog voluntarizma i revanšizma.

Drugi prostor za traženje odgovora na postavljeno pitanje nalazi se u sferi međunarodnih odnosa. Ukoliko se složimo sa razmišljanjima nekih teoretičara međunarodnih odnosa o podeli međunarodnih vrednosti,¹⁵ vrednosni sistem koji bi najneposrednije tangirao pitanje dostojanstva međunarodnih subjekata mogao bi se locirati u krugu zajedničkih i posebnih vrednosti ovih subjekata. Naravno njihova identifikacija se kreće isključivo u ravni teoretskih razmišljanja, što praktično znači da se ovde nalazimo u fluidnom teoretskom prostoru, daleko od “normativnih uopštavanja”, ali ne bez značaja za traženje odgovora na naše pitanje. Najopštije, pod zajedničkim vrednostima bi se podrazumevale vrednosti koje su zajedničke za sve države kao članica međunarodne zajednice, a pod posebne vrednosti – vrednosti specifične za svaku državu ponaosob.¹⁶ Konkretno, u kategoriju zajedničkih vrednosti spadale bi opstanak, teritorijalni integritet, nezavisnost i kvalitet života, a u kategoriju posebnih vrednosti kompleks “nacional-

¹³ Vidi: Varadi T. Knežević G. Bordaš B. Pavić V. *Međunarodno privatno pravo*, Beograd, str. 155.

¹⁴ *Ibid.*, str. 154–156.

¹⁵ Vidi: Dimitrijević V. Stojanović R., *op. cit.*, str. 212–248.

¹⁶ *Ibid.*, str. 213.

nih interesa”.¹⁷ I u jednom i u drugom slučaju reč je o vrednostima koje utvrđuju same države. Razlika između njih je u nekim elementima “zaštite” od strane međunarodne zajednice. Tako u slučaju zajedničkih vrednosti može se očekivati reakcija međunarodne zajednice u njihovoj zaštiti, dok je u slučaju posebnih vrednosti takva mogućnost skoro potpuno isključena.

*Dominantne kategorije vrednosti u sadržajnom određenju
dostojanstva međunarodnih subjekata*

Prethodne napomene ukazuju na činjenicu da vrednosni kontekst onoga što možemo nazvati dostojanstvo međunarodnih subjekata predstavlja nešto što se najčešće podrazumeva, nešto što nam je u svom određenju istovremeno i tako blisko ali tako daleko. Izraženo subjektivna dimenzija u praktično-pojavnom izrazu, u proceni i oceni šta bi činilo njegov sadržajni okvir, potpuno relativizuje napore u njegovom preciznijem određenju. Ako se ovome doda i činjenica da se ova materija kreće u zoni političke “dioptrije” čije parametre određuju spoljno-politički odlučioći, bilo stvarni bilo formalni, onda se cela postavka ovog pitanja uklapa u određene pojma “horizonta” – kao tačke u vidnom polju prema kojoj se krećemo ali je ne možemo dosegnuti. Imajući sve ovo u vidu, po našem mišljenju, ono što bi smo mogli bez velike rezerve uvrstiti u vrednosni sistem koji čini suštinu dostojanstva međunarodnih subjekata mogle bi da budu vrednosti koje čine suverenitet i vrednosti sistem osnovnih prava i dužnosti država.

Suverenitet. – Suverenitet predstavlja pojam koji je prepoznatljiv u stručnoj terminologiji i svakodnevnoj opštoj komunikaciji. Međutim, sam prelazak sa terena na kome se njegov sadržaj podrazumeva, na teren konkretizacije, suočava se sa određenim teškoćama čija je posledica, između ostalog, i činjenica da se on različito definiše. Sa aspekta našeg interesovanja, definisanje – određenje suvereniteta treba da nam ukaže na njegove dodirne tačke sa pitanjem dostojanstva međunarodnih subjekata – država.

Među šira određenja spadaju ona koja suverenitet određuju kao presudan dokaz državnosti u međunarodnopravnom smislu.¹⁸ Uža određenja su suočena sa većim izazovom, jer pokušavaju da traže oslonac u konkretizaciji sadržaja koji bi mogli da čine suštinu suvereniteta. Često se može sresti mišljenje po kome se suverenitet izjednačava sa nezavisnošću¹⁹ ili sa pravom države na nezavisnost od spoljnog mešanja u njene unutrašnje poslove.²⁰ Pri tome, kada se govori o nezavisnosti, misli se na nezavisnost od druge suverene vlasti, na nezavisnost u odno-

¹⁷ *Ibid.*, str. 213-219 i 232-247.

¹⁸ Etunski R., *op. cit.*, str. 115.

¹⁹ Vidi: Ninčić Đ. (1967), *Problem suverenosti u povelji i praksi Ujedinjenih nacija*, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd, str. 29.

²⁰ Vidi: Janković . B. Radivojević Z. (1995), *Međunarodno javno pravo*, SKC, Niš, str. 124.

su na svaku višu ili stranu silu. Svođenje suvereniteta na nezavisnost je logično, jer nezavisnost predstavlja suštinsku pretpostavku suvereniteta, odnosno ono bez čijeg se postojanja teško može govoriti o suverenitetu. Međutim, suverenitet očigledno predstavlja kompleksniji pojam. Na tu kompleksnost ukazuju određenja po kojima se suverenitet svodi na pravnu autonomnost u unutrašnjim odnosima i neposrednost u međunarodnim odnosima,²¹ ili na sveukupnost pravnih mogućnosti kojim raspolaže jedna država.²²

Ono što bi se moglo izvući kao zajednička crta različitih određenja moglo bi se svesti na konstataciju da se suverenitet sastoji iz više "elemenata". Prvo, to je vrednosni kompleks koji čini državu državom, u suštinskom i formalnom smislu, a manifestuje se kroz sistem nadležnosti koje pripadaju jednoj državi. Drugo, to je njegova ekskluzivnost jer pripada samo državama i isključuje mogućnost vršenja vlasti jedne države na teritoriji druge države. Treće, nezavisnost je pretpostavka njegovog postojanja. I konačno, složit ćemo se i sa mišljenjem da se suverenost "javlja kao činilac od najvećeg značaja u određivanju međusobnog odnosa država u procesu uobličavanja njihovog zajedničkog života".²³

Iz prethodnog se može zaključiti da sam suverenitet predstavlja kompleksnu vrednosnu celinu koju ispunjavaju vrednosti formalno zajedničke za sve države ali ispunjene vrednosnim sadržajem koji utvrđuju države zasebno i koji se ostvaruje i štiti u sistemu međusobnih odnosa između država. Kao okosnica državnosti on predstavlja centralnu kategoriju vrednosnog okvira dostojanstva jedne države kao subjekta međunarodnih odnosa. Njegovom povredom, narušavanjem ili osporavanjem narušava se, pre svega, dostojanstvo države. Naravno, kada se govori o narušavanju suvereniteta misli se na njegovo nasilno narušavanje, narušavanje protivno volji njegovog nosioca. Tu ne spadaju situacije njegovog dobrotoljnog ograničenja kao što je to slučaj sa pristupanjem međunarodnim organizacijama, situacija sa međunarodnim pravom i sl.

Osnovna prava i dužnosti država. – Oblast osnovnih prava i dužnosti država predstavlja drugu sferu međunarodnih odnosa u kojoj se mogu i trebaju tražiti vrednosni elementi na kojima se gradi dostojanstvo u međunarodnim odnosima. Među teoretičarima ne postoje suštinske razlike u njihovom određivanju i definisanju Reč je o skupu prava i obaveza kojima se uređuju najvažniji odnosi između država²⁴, odnosno o pravima koja države stiču od trenutka pojave u međunarodnoj zajednici i temelje se na činjenice koegzistencije država, sa dužnostima

²¹ Etinski R., *op. cit.*, str. 117.

²² *Ibid.*, str. 480.

²³ Ninčić Đ., *op. cit.*, str. 7.

²⁴ Etinski R. *Op. cit.*, str. 139.

kao njihovim korelatom.²⁵ Međutim, u teoriji se sreću brojne razlike u sačinjavane registra ovih prava. Po našem mišljenju dobru osnovu za razrešenje dilema oko ovog pitanja predstavlja Nacrt deklaracije o osnovnim pravima i dužnostima država koji je sačinila Komisija za međunarodno pravo UN 1949. godine. Prema ovom Nacrtu, listu osnovnih prava i dužnosti država činili bi: (član 1) pravo države na nezavisnost, pravo da bez ikakvog pritiska spolja vrši svoje nadležnosti, podrazumevajući tu i izbor oblika vladavine, (član 2) pravo države da vrši jurisdikciju na svojoj teritoriji, kao i nad svim licima i stvarima koja se tu nalaze, uz ograničenje u pogledu imuniteta garantovanog međunarodnim pravom, (član 3) dužnost države da se ne meša u unutrašnje i spoljne poslove druge države, (član 4) dužnost uzdržavanja od podsticanja na građanski rat na teritoriji druge države, uključujući sprečavanja delatnosti na svojoj državi koja je usmerena na njegovo podsticanje, (član 5) pravo na jednakost sa drugim državama, (član 6) dužnost država da obezbedi poštovanje osnovnih prava i sloboda čoveka, bez razlike u pogledu rase, pola, jezika i religije, svim licima koja se nalaze pod njenom jurisdikcijom, (član 7) obaveza država da paze da uslovi koji vladaju na njenoj teritoriji ne predstavljaju pretnju miru i međunarodnom poretku, (član 8) dužnost država da sporove rešavaju mirnim putem, (član 9) dužnost država da se uzdržavaju od pribegavanja ratu i pretnji ili upotrebi sile, bilo protiv teritorijalnog integriteta ili političke nezavisnosti druge države, bilo na koji drugi način nesaglasan sa međunarodnim pravom ili međunarodnim poretkom, (član 10) dužnost države da ne pruža pomoć državi koja krši član 9 ili protiv koje UN preduzimaju preventivnu ili prinudnu akciju, (član 11) dužnost države da ne prizna teritorijalno prisvajanje koje izvrši druga država kršeći član 9, (član 12) pravo države na individualnu i kolektivnu odbranu u slučaju oružanog napada, (član 13) dužnost države da savesno ispunjava svoje obaveze.

Kao što se može videti, navedena osnovna prava i obaveze država ne govore na neposredan način o pravu država na dostojanstvo. Odsustvo izričitog stava o ovom pravu država, međutim, ne znači da ovo pravo države ne mogu da očekuju u odnosima sa drugim međunarodnim subjektima. O tome govori i činjenica da ga pojedini autori, poput Bartoša,²⁶ izdvajaju kao moguće zasebno pravo država. Ovakav stav ima čvrsto utemeljenje u vrednosnom značaju osnovnih prava i dužnosti u ostvarivanju država kao međunarodnih subjekata. Dostojanstvo države kao međunarodnog subjekta svoje izvorište nalazi u navedenim pravima država, kao celine. Njihovo poštovanje znači poštovanje državnosti, a ostvarivanje državnosti je ono što čini suštinu dostojanstva jedne države. Drugim rečima, ono što bi čoveštvo značilo za ljudsko dostojanstvo, to bi državnost predstavljala za dostojanstvo države kao međunarodnog subjekta. Naravno, značaj svakog prava pona-

²⁵ Vidi: Avramov S. Kreća M. (2003), *Međunarodno javno pravo*, Savremena administracija, Beograd, str. 92.

²⁶ Vidi: Bartoš M. (1954), *Međunarodno javno pravo*, I, Beograd, str. 269.

osob u koncipiranju vrednosnog mozaika dostojanstva međunarodnih subjekata je različit. Međutim ono što je očigledno nesporno to je da se dostojanstvo, u ovom slučaju, iskazuje istovremeno kao projekcija poštovanja navedenih prava u celini i kao poštovanje pojedinih prava ponaosob. U interakciji između prava jedne države i njegove korelacije sa obavezom druge ili drugih država, nastaje stanje ne/poštovanja dostojanstva.

Budući da pravo na dostojanstvo nema jednostavna i jasna pravna utemeljenja, to se u "sivoj" zoni nalaze i mogućnosti - pravni instrumenti njegove zaštite. Međutim, može se reći da ovde nije reč o nečem krajnje neuobičajenom za sferu odnosa između međunarodnih subjekata – država. Uostalom, "horizontalna" postavka međunarodnog prava, njegova sporazumna dimenzija nastanka i realizacije, ostavlja otvoreno pitanje njegove primene i uopšte njegove obaveznosti za subjekte na koje se odnosi. Otvoreno je pitanje u kojoj meri i reciprocitet, kao opštedostupno sredstvo zaštite prava međunarodnih subjekata, može biti efikasan ili, pak, uopšte delotvoran u zaštiti prava na dostojanstvo.

*Neki aspekti mogućeg ugrožavanje dostojanstva države
kao subjekta međunarodnih odnosa*

Traženje odgovora na pitanje šta je to što bi se moglo podvući pod pojam dostojanstva međunarodnih subjekata – države, prosto je neodvojivo od aspekta njegovog ugrožavanja. Budući da se nalazimo pred dilemom brojnih sadržajnih nepoznanica kategorije dostojanstva međunarodnih subjekata, otvoreno je pitanje o kakvom ugrožavanju je ovde reč. Da li se ovde radi o ugrožavanju nekog zasebnog prava koje države uživaju i grade svoj odnos prema njemu ili je reč o kategoriji – posledici ugrožavanja nekog drugog prava? Ova se dilema ne otklanja čak i kada bismo dostojanstvo pojednostavljeno sveli na "čast", "ugled" i sl. Ono što je nesporno u gore navedenim dilemama sadržano je u činjenici da "ugrožavanje" predstavlja bitnu "odrednicu" dostojanstva međunarodnih subjekata. Drugim rečima, njegova specifičnost i eventualna posebnost sastoji se u tome što ono postaje prepoznatljivo skoro isključivo u činu njegovog ugrožavanja. Zbog toga, dominantan momenat ovog prava je u njegovom ne/narušavanju, koje se dešava aktom ne/narušavanja drugih prava. Imajući to u vidu, smatramo da je potrebno navesti neke bitnije aspekte mogućeg narušavanja ovog prava a koji čine sastavni deo radnji koje države preduzimaju radi ostvarivanja svojih spoljnopolitičkih ciljeva. Kad ovo kažemo mislimo na skup radnji koje se u međunarodnim odnosima određuju kao spoljnopolitička sredstva. Ona su usmerena na ostvarivanje konkretnih spoljnopolitičkih ciljeva, ali za posledicu mogu da imaju i imaju dovođenje u pitanje ili narušavanje dostojanstva međunarodnog subjekta protiv koga se primenjuju.

Sredstva koja države mogu preduzimati na međunarodnom planu su brojna i mogu se kombinovati²⁷ i ne sadrže u sebi obavezno opasnost ugrožavanja dostojanstva drugog ili drugih međunarodnih subjekata. Među spoljnopolitičkim sredstvima kojima se mogu izazvati posledice koje ugrožavaju dostojanstvo drugih međunarodnih subjekata posebno treba pomenuti pretnju, kaznu i prinudu, kao i neke spoljnopolitičke postupke iz komunikativne, ekonomske i sfere prinude poput međunarodne propagande, psihološkog rata, subverzije, zastrašivanja, terorističkih akata, oružane intervencije, ekonomskih pritisaka i dr.

Osnovno pitanje koje se ovde nameće vezano je za odnos navedenih radnji i postupaka i dostojanstva – prava na dostojanstvo države protiv koje se primenjuju. Očigledno je da se pomenute radnje i postupci ne primenjuju da bi se “isključivo” povredilo dostojanstvo druge države. Povreda dostojanstva, u ovim slučajevima, javlja se uglavnom kao “kolateralna” šteta u postizanju drugih ciljeva. Drugim rečima, njihov osnovni cilj nije sadržan u nameri da se povredi dostojanstvo druge država, ali se to očigledno ne može izbeći. Nećemo pogrešiti ako kažemo da je to možda i “najmanja” šteta koju država u statusu “žrtve” može pretrpeti. Često se čak ta posledica, zvana pravo na dostojanstvo, i “prihvata” od strane žrtve kako bi se izbegle druge “ozbiljnije” posledice. Neiscrpan je spisak konkretne međunarodne prakse koja to potvrđuje. Uzmimo npr. kaznu koja predstavlja “omiljeno” sredstvo velikih sila u disciplinovanju manjih država i održavanju svog međunarodnog autoriteta. SAD-e su ovo sredstvo obilato koristile i koriste u “zaštiti” svojih nacionalnih interesa prilikom glasanja u Generalnoj skupštini UN, primoravajući države da ne glasaju po sopstvenoj volji već u skladu sa interesima SAD-e, preteći im otvoreno uskraćivanjem ekonomske pomoći. Zatim, ultimatum kao najekstremiji oblik pretnje u međunarodnim odnosima predstavlja još bolji primer ataka na dostojanstvo jedne države i dr.

Navođenjem spoljnopolitičkih sredstava i postupaka, naravno, ne iscrpljuje se lista akata kojim se može dovesti u pitanje dostojanstvo neke države. Ta lista bi bila poduža i sadržala bi neke “bezazlenije”, od gore navedenih, radnji i postupaka, te akte nečinjenja i propusta drugih međunarodnih subjekata, poput npr. uvreda ili vređanja simbola druge države, njenih vrednosti, njenih predstavnika i sl. Ono što je u ovom drugom slučaju možda značajno naglasiti, sadržano je u tome da se ovde radi o činu koji neposredno – direktno atakuje na dostojanstvo države. To atakovanje može biti namerno ili nenamerno, ali u svakom slučaju dostojanstvo se javlja kao ciljna kategorija, bilo kao meta ili bilo kao sredstvo za izazivanje drugih posledica. Pri tome država uzročnik može da se nađe u ulozi neposrednog izazivača konkretne radnje ili u ulozi posrednog saučesnika, činom nečinjenja.

²⁷ Vidi: Dimitrijević V. Stojanović R., op. cit., str. 249–305.

ZAKLJUČAK

Dostojanstvo kao pravna kategorija u teoriji je uglavnom razmatrano kao pitanje čija je osnovna lokacijska pozicija vezana za ljudska prava. Namera ovog rada nije bila da to demantuje, ali se otvaranjem "međunarodne dimenzije" ovog pitanja došlo do saznanja da ovo pravo u međunarodnom kontekstu ima više ravni posmatranja. Na prvom mestu to je pravo na ljudsko dostojanstvo. Ono je predmet pažnje i zaštite međunarodnog prava. Subjekti međunarodnog prava se u ovom slučaju javljaju kao činioци sa kreativnom – pravno stvaralačkom ulogom i ulogom realizatora i nadzora nad njihovim sprovođenjem. Na drugom mestu to su aspekti dostojanstva međunarodnih subjekata, pre svega država. Pogrešićemo ako kažemo da je ovaj drugi aspekt "pravno siromašniji", iako to tako izgleda na prvi pogled. Njegova specičnost kao vrednosne kategorije, te specičnost prostora i odnosa u kome se ostvaruje, očigledno mu daje svojevrсну posebnost, čije zanemarivanje može dovesti do pogrešnih zaključaka.

Posmatranje datog pitanja iz ugla međunarodnog prava i međunarodnih odnosa omogućava, bez sumnje, da se pitanje prava na dostojanstvo sagleda u celokupnoj svojoj složenosti. Pri tome, ovde nije reč samo o kompleksnosti koja se iskazuje u činjenici da se pravo na dostojanstvo vezuje i za međunarodne subjekte – države, već i o tome da se država javlja kao ključni činioци ovog pitanja, bilo kao garant ostvarivanja ovog prava, bilo kao nosioци aktivnosti na njegovom pravnom osmišljavanju i definisanju.

BOŽIDAR JELIČIĆ, LL.D.,
Assistant Professor, Faculty of Law, University "Union"

DIGNITY OF THE VALUE CATEGORIES OF INTERNATIONAL LAW AND CONTEMPORARY INTERNATIONAL RELATIONS

Summary

Dignity is a category of value as well as of law, demanding a multidimensional approach. Examination of this issue in the light of human rights is very important, but not sufficient. Shifting the central approach from an individual to a government and perception of various aspects of dignity from the point of view of the international law and international relations makes room for new discoveries. Among these new discoveries are those which clarify the position that a government has when it comes to dignity in terms of value and law.

Namely, on the one hand, this approach confirms exceptionally important role the government has as a crucial vehicle of normative regulation and legal protection of dignity as a fundamental right in the domain of human rights, both at national and international levels.

The government realizes this role as a subject of international law, with an ability to create law, being the national, territorial, political community at whose territory are executed legal rules which regulate this matter. On the other hand, this approach creates perceptive assumptions to indicate and emphasize a completely different position of the government. This different position is reflected by the fact that the government – beside its role as the main bearer of the responsibility of respecting the right to human dignity – takes the position of both “pretender” and “consumer” of the very same right – the right to dignity.

RADOVAN D. VUKADINović

MEHANIZAM ZA REŠAVANJE SPOROVA U SPORAZUMIMA O STABILIZACIJI I PRIDRUŽIVANJU

U V O D

Bez obzira što originarni osnivači Evropske ekonomske zajednice (u daljem tekstu EEZ ili Zajednica), Rimskim ugovorom nisu predvideli posebna ovlašćenja da nastupa u spoljnim odnosima, Zajednica je u proteklih pola veka zaključile više stotina različitih sporazuma, od kojih su za ovo razmatranje od značaja sporazumi o slobodnoj trgovini (*Free Trade Agreements*). Sporazumi o slobodnoj trgovini obuhvataju veći broj sporazuma kojima se regulišu trgovinska pitanja (trgovinski sporazumi) ili ekonomska pitanja (sporazumi o saradnji i razne vrste sporazuma o pridruživanju). S obzirom na predmet regulisanja, sporazumi o slobodnoj trgovini moraju biti u skladu sa pravilima Opšteg sporazuma o carinama i trgovini (u daljem tekstu GATT), a nakon osnivanja Svetske trgovinske organizacije (u daljem tekstu STO) sa pravilima STO. Uticaj pravila GATT-a i STO se vidi ne samo u materijalnim odredbama kojima su regulisani uslovi međusobne trgovine između EZ/EU i treće države, već i u pogledu načina na koji su regulisana ostala ekonomska pitanja, kao i u pogledu mehanizama za rešavanje sporova. Pregled postojećih sporazuma pokazuje da je Zajednica koristila različite pristupe i mehanizme. U sporazumima o slobodnoj trgovini koji su zaključivani do 2000. godine ugovarani su klasični politički ili političko-diplomatski mehanizmi za nji-

Dr Radovan D. Vukadinović, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu. Rad je deo projekta Pravnog fakulteta u Kragujevcu pod naslovom "Usklađivanje pravnog sistema Srbije sa standardima Evropske unije."

hovo tumačenje i primenu, dok sporazume zaključene posle 2000. godine karakteriše kvazi raspravni ili raspravni model ili mehanizam rešavanja sporova.

Predmet rada je ograničen na analizu rešenja koja su predviđena u Sporazumu o stabilizaciji i pridruživanju koji su EZ i države članice zaključile sa Republikom Srbijom, koji je stupio na snagu prvog septembra 2013. godine. U analizi se polazi od teze da sporazumi o stabilizaciji i pridruživanju, prema ugovornim stranama, spadaju u kategoriju mešovitih (međunarodnih ugovora) ugovora, a prema sadržini i pravnoj prirodi u kategoriju sporazuma o pridruživanju.

Odabrana pitanja su analizirana u tri dela. Prvi deo je posvećen opštim pitanjima sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju, u kome su analizirana sledeća pitanja: stupanje na snagu Sporazuma, obaveza tumačenja i sprovođenja Sporazuma kao deo opšte obaveze usklađivanja domaćih propisa i pravni okvir za tumačenje Sporazuma. U drugom delu je opisan diplomatsko politički način rešavanja sporova, dok je u trećem delu analizirano pitanje arbitražnog načina rešavanja sporova koji se tiču tumačenja i primene Sporazuma.

Stupanje na snagu Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju

Evropska zajednica je u okviru sprovođenja procesa stabilizacije i pridruživanja, 14. aprila 2008. godine sa Republikom Srbijom zaključila Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju (u daljem tekstu SSP ili "Sporazum"). Sporazum je zaključen sa rokom implementacije od šest godina od dana stupanja na snagu. Sporazum je stupio na snagu prvog septembra 2013. godine, pet godina nakon potpisivanja i nakon što su ga ratifikovale sve države članice i EU. U međunarodnoj praksi je uobičajeno da međunarodni sporazumi obavezuju ugovorne strane na primenu tek od momenta stupanja na snagu, što je trebalo da znači nakon ratifikacije Sporazuma od obe ugovorne strane. Međutim, pošto proces ratifikacije može da traje dugo, kao što je pokazalo iskustvo ostalih država zapadnog Balkana koje su ovaj Sporazum zaključile pre Srbije, EZ je paralelno sa SSP zaključila i Prelazni trgovinski sporazum (u daljem tekstu PTS), koji je stupio na snagu po skraćenoj proceduri: nakon ratifikacije od strane Srbije i od Evropskog parlamenta, u ime Evropske zajednice. Stupanjem na snagu SSP, prelazni trgovinski sporazum je prestao da važi.

Sprovođenje SSP, tj. obaveza koje su u njemu preuzete, pretpostavlja da je Sporazum prethodno priznat u unutrašnjem pravu strana ugovornica: državama članicama EZ u vreme potpisivanja Sporazuma, EU i Republici Srbiji. Sporazum obavezuje i novoprimiteljnu članicu Hrvatsku po osnovu Ugovora o prijemu kojim je Hrvatska prihvatila obavezu da će poštovati ne samo celokupne postojeće, već i buduće komunitarne tekovine. Način unošenja ili priznavanja Sporazuma od strane pridruženih država zavisi od njihovih ustavnih rešenja čija je sadržina opredeljena prirodom samog Sporazuma. Srbija se, međutim, iz političkih razloga već od prvog februara 2009. godine jednostrano obavezala da će i pre nego što

SSP stupi na snagu izvršavati u njemu preuzete obaveze. Tako su rokovi za implementaciju Sporazuma počeli da teku već od prvog februara 2009. godine pa rok od šest godina za implementaciju ističe prvog februara 2015. godine. Za države članice EU ovaj rok je počeo da teče tek od prvog septembra 2013. godine.

Nakon stupanja na snagu, Sporazum je u pravu EU u skladu sa ustanovljenom sudskom praksom priznat kao deo komunitarnog prava i u hijerarhijskim smislu se nalazi između primarnih i sekundarnih izvora.¹ Međutim, kako se ne pominje u Ugovoru o osnivanju, Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju se u sudskoj praksi i u pravnoj teoriji tretira kao vrsta sporazuma o pridruživanju i kao takav deli njegove opšte karakteristike u pogledu tumačenja i primene.² S druge strane, kako sporazumi o pridruživanju predstavljaju i međunarodne ugovore, na primer u pogledu načina zaključivanja i stupanja na snagu, na tumačenje ovih pitanja se primenjuju i pravila međunarodnog prava.

Mesto SSP u pravima država članica i u pridruženoj državi je određeno njihovim unutrašnjim propisima. Tako je u pravnom sistemu Srbije mesto SSP određeno Ustavom Srbije. Ustav Srbije, međutim, ne poznaje pravo EZ/EU kao osobeni pravni sistem pa ni SSP kao posebnu vrstu izvora prava, već samo ratifikovane međunarodne ugovore. Prema odredbama člana 16. stav 2. Ustava opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava i potvrđeni međunarodni ugovori čine sastavni deo pravnog poretka Republike Srbije i neposredno se primenjuju. Budući da i SSP po načinu nastanka predstavlja vrstu međunarodnog ugovora, to se SSP kao potvrđeni međunarodni ugovor smatra *delom pravnog poretka Srbije*.

Obaveza tumačenja i sprovođenja Sporazuma kao deo obaveze usklađivanja domaćih propisa sa pravom EU

Srbija je obavezu usklađivanja unutrašnjih propisa sa pravnim tekovinama Evropskih zajednica preuzela već od dana potpisivanja Sporazuma o stabilizaciji

¹ Sud pravde je prvi put u predmetu *Haegeman Haegeman v. Belgium*, case 96/71 [1972] ECR 449, tač. 5. i 6, zauzeo stav da sporazumi o pridruživanju (u pitanju je bio sporazum između Grčke i EEZ, tzv. Atinski sporazum) čine sastavni deo komunitarnog prava. Vid. M. Mendez, *The Legal Effect of EU Agreements*, OUP, Oxford, 2013, str. 66.

² U predmetu C-12/86 *Demirel v. StadtSchwäbisch Gmünd* (1987) ECR 3719, tač. 7. Sud pravde je odredbama sporazuma o pridruživanju (u pitanju je bio sporazum o pridruživanju između EEZ i Turske) priznao direktno dejstvo pod istim uslovima koji važe u komunitarnom pravu. U predmetima C-192/89 *Sevince v. Staatssecretaris van Justitie* [1990] ECR I-3461; C-237/91 *Kus v. Landeshauptstadt Wiesbaden* [1992] ECR I-6781, C-355/93 *Eroglu v. Land Baden-Württemberg* [1994] ECR I-5113, C-63/99 *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Gloszczuk* [2001] ECR I-6319; C-257/99 *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Barkoci and Malik* [2001] ECR I-6557; C-235/99 *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Kondova* [2001] ECR I-6427; C-268/99 *Jany v. Staatssecretaris van Justitie* [2001] [2001] ECR I-8615, koji se tiču evropskih sporazuma između Poljske i EEZ, Bugarske i EEZ, Češke i EZ i Poljske i EZ, Sud pravde je kao deo komunitarnog prava priznao i odluke Saveta za pridruživanje.

ji i pridruživanju.³ Iako se pod usklađivanjem u užem smislu podrazumeva samo donošenje novih propisa ili izmena postojećih (tzv. legislativna harmonizacija), u širem smislu obavezu usklađivanja iz Sporazuma bi trebalo shvatiti tako da obuhvati i tumačenje i sprovođenje na usklađeni način tako usvojenih propisa (tzv. funkcionalna harmonizacija). Ovakvo tumačenje obaveze usklađivanja proizilazi iz formulacije odredbi člana 72. Sporazuma, prema kojima se Srbija obavezala da nastoji ne samo da obezbedi postepeno *usklađivanje* postojećih zakona i budućeg zakonodavstva sa pravnim tekovinama Zajednice, već i da *važće* i buduće zakonodavstvo bude pravilno *primenjeno* i *sprovedeno* (na engleskom jeziku “*properly implemented and enforced*”). U Sporazumu, međutim, nije napravljena razlika između “*primene*” i “*sprovođenja*.” U teorijskom smislu se između njih može napraviti razlika tako što bi se pod primenom razumeo proces koji se odvija pred sudovima i upravnim organima u kome se na osnovu pravnih pravila odlučuje o postojanju subjektivnih prava i obaveza. Pod implementiranjem ili sprovođenjem bi trebalo razumeti mere i radnje unošenja prava EU u unutrašnji pravni poređak. Ova obaveza leži na legislativnim i upravnim organima pridruženih država i sastoji se u donošenje novih usklađenih propisa ili izmenama postojećih propisa. Tako posmatrana, obaveza *pravilne* primene i sprovođenja se odnosi na sve grane javne vlasti (legislativnu, izvršnu i sudsku) da preduzmu sve mere kako bi se ostvarili ciljevi koji su ugovoreni u Sporazumu, kao i ostali ciljevi koji proizilaze iz komunitarnih tekovina (*acquis communautaire*). Primeni i sprovođenju Sporazuma i implementirajućih propisa po pravilu prethodi tumačenje koje ima za cilj da omogući ostvarivanje komunitarnih ciljeva. U državama članicama ovaj cilj se može postići ili priznanjem i primenom direktnog dejstva pojedinim odredbama Sporazuma, ili usklađenim tumačenjem implementirajućih propisa.

Usklađeno tumačenje se može posmatrati kao poseban način ili tehnika ili kao deo tehnike ciljnog tumačenja (*effet utile*). Ciljno tumačenje Sud pravde često koristi u postupcima odlučivanja o prethodnim pitanjima i kod odlučivanja o priznavanju direktnog dejstva prava EU. Priznavanjem direktnog dejstva pojedinim odredbama ili propisima prava EU (kao što su komunitarne uredbe i odluke), Sud pravde praktično ostavlja po strani (van snage) konfliktne unutrašnje propise i u tom slučaju nema potrebe za njihovim tumačenjem. Potreba za usklađenim tumačenjem u državama članicama postoji u slučajevima kada su doneti implementirajući (nacionalni) propisi koji sadrže odredbe koje se mogu tumačiti na različite načine. U takvim situacijama nacionalni sudovi su dužni da ih tumače na tzv. usklađeni način tako da se njihovom primenom ostvare komunitarni ciljevi.⁴

³ Iako je uobičajena praksa da međunarodni ugovori obavezuju ugovorne strane na njihovo ispunjavanje tek od dana stupanja na snagu, tj. od ratifikacije, Srbija se odredbama člana 72. st. 2. Sporazuma, obavezala da usklađivanje domaćih propisa počne već od dana potpisivanja SSP.

⁴ R. Vukadinović, *Stvaranje i ostvarivanje komunitarnih prava u Evropskoj uniji*, IES, Beograd, 1998, str. 116-131; R. Vukadinović, Indirektni načini zaštite subjektivnih komunitarnih prava u državama članicama EU, *Revija za evropsko pravo*, XII(2010)1, str. 5-23,

Osnov obaveze država članica na usklađeno tumačenje se nalazi u opštoj obavezi poštovanja načela lojalnosti iz člana 4(3) Ugovora o Evropskoj uniji.

Sudove u državama članicama, međutim, ne obavezuju stavovi Suda pravde u pogledu direktnog dejstva, niti mu se mogu obraćati sa zahtevima za odlučivanje o prethodnim pitanjima kako bi koordinirali svoju praksu sa praksom Suda pravde. Međutim, iako nisu u odnosu subordinacije prema Sudu pravde (danas Sudu EU), domaće sudove obavezuju ne samo unutrašnji zakoni i Ustav, već i opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava i potvrđeni međunarodni ugovori.⁵ S obzirom da Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju kao potvrđeni međunarodni ugovor sadrži posebna pravila o tumačenju i rešavanju sporova u daljem tekstu će biti reči o ovoj obavezi.

Pravni okvir tumačenja i primena SSP

Činjenica da međunarodni ugovori nastaju kao izraz političke saglasnosti pregovarača i da su sastavljeni ne samo na jeziku jedne, već i ostalih strana nameće dodatnu potrebu za njegovim tumačenjem i za stvaranjem ili uspostavljanjem posebnog mehanizma za rešavanje sporova koji mogu nastati u vezi tumačenja i primene. Ovo posebno važe za sporazume koji spadaju u mešovite, ne samo zbog velikog broja ugovornih strana, već i zbog složenih političkih i ekonomskih pitanja koja su njima regulisana.

Prema predmetu i sadržini, sporazumi o stabilizaciji i pridruživanju spadaju u grupu regionalnih trgovinskih sporazuma kojima se, između ostalih regulišu i pitanja kako će se odvijati trgovina između ugovornih strana: Srbije i država članica EU. Ove sporazume karakteriše i poseban mehanizam za tumačenje i rešavanje sporova koji je u njima predviđen. Pri tome se mogu razlikovati rešenja koja su ugovarana do osnivanja STO, i nakon toga, a posebno nakon što je 2000. godine EZ zaključila sporazum o slobodnoj trgovini sa Meksikom. S obzirom da je i EEZ osnovana kao oblik regionalne ekonomske integracije u skladu sa pravilima GATT-a, a kasnije STO, svi regionalni trgovinski sporazumi (u koje spada i SSP) su prijavljeni STO i moraju biti u skladu sa STO pravilima, pa se može postaviti i pitanje međusobnog uticaja i odnosa u njima predviđenih mehanizama za rešavanje sporova. Iz toga se može zaključiti da se na tumačenje i primenu sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju primenjuju pravila međunarodnog javnog prava, pravila STO, komunitarnog prava i prava pridružene države.

Kao najopštijim, pravilima međunarodnog javnog prava su regulisana pitanja koja samim Sporazumom nisu drugačije regulisana, ili za koja strane nisu dogovorile poseban način ili mehanizam regulisanja. Kad je reč o pravilima STO,

⁵ Čl. 1. st. 2. Zakona o uređenju sudova, Sl. gl. RS, 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011, 78/2011, 101/2011.

iako im u pravu EU nije priznato direktno dejstvo,⁶ niti je pojedincima dozvoljeno da osporavaju pravnu valjanost komunitarnih akata pozivanjem na pravila STO,⁷ strane se u tumačenju ili primeni pojedinih komunitarnih propisa, posebno kad je reč o mehanizmima za rešavanje sporova,⁸ mogu koristiti iskustvima GATT-a i STO.

Primena pravila komunitarnog prava na tumačenje i primenu Sporazuma se podrazumeva u svim ostalim situacijama. Sud pravde je u više slučajeva, počev od predmeta *Haegeman*,⁹ sporazume o pridruživanju prvo priznao kao deo komunitarnog prava, a nakon toga sa različitim obrazloženjima potvrdio i svoju nadležnost da raspravlja o valjanosti i tumačenju ne samo sporazuma o pridruživanju, već i ostalih sporazuma o slobodnoj trgovini.

Na kraju, u pridruženoj državi se na tumačenje i primenu Sporazuma primenjuju i pravila njenog unutrašnjeg prava na način kako je to određeno njenim ustavnim propisima.

MEHANIZMI ZA REŠAVANJE SPOROVA

U dosadašnjoj praksi su u raznim oblicima trgovinskih sporazuma (u koje pored klasičnih trgovinskih sporazuma, spadaju i sporazumi o pridruživanju, stabilizaciji i pridruživanju i partnerstvu i saradnji), korišćenirazličiti mehanizmi za rešavanje sporova koji se mogu podeliti u tri grupe: političke, pravne i mešovite.¹⁰ Političke ili političko-diplomatski orijentisane mehanizme karakteriše osnivanje

⁶ Vid. preambulu Odluke Saveta EU o zaključivanju Sporazuma o osnivanju STO (Council Decision 94/800/EC concerning the conclusion on behalf of the European Community as regards matters within its competence, of the agreements reached in the Uruguay Round multilateral negotiations (1986-1994).

⁷ Ovakav stav Suda je kasnije ublažio u predmetu C-69/89, *Nakajima v Council* [1991] ECR I-2069. u kome je kao izuzetak prihvati direktno dejstvo normi STO u komunitarnom pravu ako je komunitarni akt o čijoj se zakonitosti odlučuje donet u cilju implementiranja norme STO koja se koristi kao kriterijum za utvrđivanje njegove zakonitosti. Vid. P. Cvetković, *Uvod u pravo Svetske trgovinske organizacije*, Niš, 2010, str. 93-94.

⁸ J. Hillman, Conflicts between Dispute Settlement Mechanisms in Regional Trade Agreements and the WTO – What Should the WTO Do? (2009) 42(2) *Cornell International Law Journal* 193; K. Kwak and G. Marceau, Overlaps and Conflicts of Jurisdiction between the World Trade Organization and Regional Trade Agreements, u: L. Bartels and F. Ortino (eds.), *Regional Trade Agreements and the WTO Legal System*, Oxford University Press, 2006, str. 465-524; G. Marceau and J. Wyatt, Dispute Settlement Regimes Intermingled: Regional Trade Agreements and the WTO, *Journal of International Dispute Settlement* 1(1)(2010) 67; C. Henckels, Overcoming Jurisdictional Isolationism at the WTO-FTA Nexus: A Potential Approach for the WTO, *European Journal of International Law* 19(3) (2008) 571.

⁹ Vid. napomenu broj 2.

¹⁰ D. Morgan, Dispute Settlement under RTAs: Political or Legal? u: R. Buckley, V.I. Lai, and L. Boule (eds.), *Challenges to Multilateral Trade: The Impact of Bilateral, Preferential and Regional Agreements*, Kluwer Law International, 2008, 241-260.

političko predstavničkog organa ugovornih strana koji je ovlašćen da tumači sporazum primenom uglavnom političkih kriterijuma. Spor (ili nesaglasnost) se rešava diplomatskim pregovorima, a tako donete odluke se baziraju na političkim i diplomatskim razlozima (*power oriented approach*). Političko diplomatski način rešavanja sporova Evropska zajednica je favorizovala u svojim trgovinskim ugovorima sa trećim državama dok se primenjivao GATT sporazum iz 1947.¹¹ Model je počivao na opštoj obavezi država da sarađuju koja je obuhvatala i obavezu pregovaranja i mirenja. Međutim, nakon stupanja na snagu sporazuma o osnivanju STO, EZ uglavnom insistira na tzv. kvazi raspravnom modelu. Postepeno prihvatanje kvazi raspravnog modela rešavanja sporova se može pratiti u "evropskim sporazumima" i prvim sporazumima o stabilizaciji i pridruživanju. U svim "evropskim sporazumima" koje je EZ zaključila sa zemljama centralne Evrope za rešavanje sporova u vezi tumačenja i primene bili su zaduženi Saveti za pridruživanje. I u prvim sporazumima o stabilizaciji i pridruživanju koje je EZ zaključila sa Makedonijom, Hrvatskom, Albanijom i Crnom Gorom, Savet za stabilizaciju i pridruživanje je bio predviđen kao jedino telo ovlašćeno da vrši politički nadzor nad primenom Sporazuma i da rešava sporove u vezi tumačenja i primene. Tek je u SSP sa Srbijom pored Saveta predviđeno postojanje i arbitraže. Arbitražno rešavanje sporova je bilo predviđeno i u Sporazumu o jedinstvenom evropskom privrednom prostoru zaključenom između EZ i EFTE 1992. godine.

Paralelno postojanje političkog organa pred kojima se sprovodi diplomatski postupak mirenja i dogovaranja i stručnog profesionalnog organa – arbitraže, pred kojim se sprovodi poseban postupka koji karakteriše raspravno načelo, čini ovaj mehanizam mešovitim.

Treću vrstu karakteriše postojanje samo sudskih ili arbitražnih organa ili tela koji obavezujuće odluke donose primenom pravnih pravila (*rule oriented approach*).¹² Obaveznost njihovih odluka se temelji na primeni i poštovanju prava. Iako teorijski to mogu biti sudovi koje već postoje u stranama ugovornicama, ovaj model se retko koristi. Najčešće se osnivaju posebne arbitraže, kao nezavisni organi i od sudske i od izvršne vlasti ugovornih strana, čiji sastav na paritetnoj osnovi čine arbitri koje imenuju ugovorne strane. Ovaj mehanizam karakteriše primena pravnih pravila ne samo kod donošenja odluke, već i u toku vođenja celog postupka.

U Sporazumu o stabilizaciji i pridruživanju sa Srbijom, pravila o tumačenju i primeni Sporazuma su sadržana u Naslovu X Sporazuma i u posebnom Protokolu broj 7 o rešavanju sporova. S obzirom da protokoli čiji je tekst priložen uz

¹¹ Vid. Bacero, Garcia Bercero, Dispute Settlement in European Union Free Trade Agreements: Lesson Learned?, in Bartels and Ortino, (eds.), *Regional Trade Agreements and the WTO System*, OUP, Oxford, 2006), 383-405, 385. str. 29.

¹² Vid.M. Nellie, The Evolution of Dispute Settlement Provisions in Israel's PTAs: Is there Global Lesson? *Journal of World Trade* 44(2010)2, 385- 403, str. 393.

Sporazumčine sastavne delove Sporazuma, to obavezuju ugovorne strane na isti način kao i Sporazum.

Političko diplomatski način rešavanja sporova

Odredbama člana 119. SSP, kao politički organ nadležan da raspravlja o pitanjima tumačenja i primene sporazuma predviđen Savet za stabilizaciju i pridruživanje (u daljem tekstu Savet za stabilizaciju).

Sastav i način rada Saveta za stabilizaciju. Savet za stabilizaciju i pridruživanje se sastoji od članova Saveta Evropske unije i članova Evropske komisije, s jedne, i članova Vlade Srbije s druge strane. Savetom naizmenično predsedava predstavnik Evropske zajednice i predstavnik Srbije. U Sporazumu, međutim, nije preciziran broj niti odnos članova pa su moguća dva tumačenja.¹³ Oba tumačenja polaze od činjenice da je u pitanju mešoviti sporazum u kome jednu stranu predstavlja EZ/EU i države članice. Polazeći od te činjenice i jezičkog tumačenja moglo bi se zaključiti da je reč o predstavničkom telu sastavljenom od dve trećine članova iz EU i jedne trećine iz pridružene države. U prilog ovakvog tumačenja govori i činjenica jedna ugovorna strana treba da izrazi i zastupa dva interesa: interes država članica i interes Unije. Interese država članica zastupaju članovi Saveta, dok interese Unije artikuliše predstavnik Evropske Komisije.

Moguće je, međutim, i drugo tumačenje koje polazi od suštine Sporazuma o pridruživanju kao dvostranog ili bilateralnog sporazuma iz čega sledi i da ugovorne strane treba da budu zastupljene na paritetnoj osnovi sa jednakim brojem predstavnika. U generalnom smislu, pitanje odnosa članova je od značaja za ostvarivanje potrebne političke klime za raspravljanje i za obezbeđivanje ravnopravnosti u procesu donošenja odluka. Međutim, kako je pitanje načina donošenja odluka u Sporazumu regulisano na "osnovu postignute saglasnosti" ili "na osnovu dogovora postignutog među stranama,"¹⁴ odnos predstavnika ugovorenih strana u tom pogledu nije od značaja jer se, u svakom, slučaju zahteva jednoglasnost.

Pomoćna tela i organi. – Kao pomoćna tela i organi koji neposredno ili na posredan način učestvuju u tumačenju i primeni Sporazuma ili pomažu Savetu za stabilizaciju, predviđeni su Odbor za stabilizaciju i pridruživanje i Parlamentarni odbor za stabilizaciju i pridruživanje.

Odbor za stabilizaciju i pridruživanje je sastavljen od predstavnika Saveta Evropske unije i predstavnika Evropske komisije, s jedne strane, i predstavnika Vlade Srbije, s druge strane. Savet za stabilizaciju i pridruživanje može preneti bilo koje svoje ovlašćenje na Odbor za stabilizaciju i pridruživanje.

¹³ O pitanju predstavljanja i glasanja u mešovitim sporazumima vid P. Eeckhout, *External Relations of the European Union, Legal and Constitutional Foundations*, OUP, Oxford, 2005, str. 219.

¹⁴ Čl. 121. Sporazuma, poslednja rečenica.

Parlamentarni odbor za stabilizaciju i pridruživanje je zamišljen kao forum u kome će se poslanici Narodne skupštine Republike Srbije i Evropskog parlamenta sastajati i razmenjivati mišljenja, u vremenskim razmacima koje utvrdi sam Odbor. Odbor čine poslanici Evropskog parlamenta, s jedne strane, i poslanici Narodne skupštine Srbije s druge strane.

Nadležnost Saveta. – Savet za stabilizaciju i pridruživanje je nadležan da “nadzire primenu i sprovođenje Sporazuma,” da razmatra “sva važna pitanja iz okvira Sporazuma,” “sva druga bilateralna ili međunarodna pitanja od zajedničkog interesa”¹⁵ i da “rešava sve sporove koji se tiču primene ili tumačenja ovog Sporazuma.”¹⁶

Nadzor nad primenom bi trebalo razumeti kao ovlašćenje Saveta da prati *primenu* Sporazuma pred sudovima i upravnim organima i *sprovođenje* (*enforcement*) Sporazuma od strane organa sve tri grane vlasti i da u slučajevima kada je to potrebno donosi odluke kojima će obavezati ugovorne Strane *da preduzmu mere* koje su neophodne za njihovo sprovođenje. Iz ovakve formulacije bi se moglo zaključiti da nije reč o klasičnoj primeni propisa ili pravnih normi kojima se rešava o subjektivnim i pojedinačnim pravima, već o nadzoru nad radom drugih organa. Nadzor obuhvata kontrolu i ocenu činjenja ili nečinjenja drugih organa i predlaganje mera koje bi trebalo preduzeti da se ostvare dogovoreni ciljevi iz Sporazuma. Ako Savet oceni da Sporazum nije implementiran ili nije pravilno implementiran, obavezaće ugovorne strane da nešto učine ili da se uzdrže od činjenja. U tom smislu bi valjalo razumeti formulaciju da će obavezati strane da “preduzmu neophodne mere.” Pod drugim “bilateralnim ili međunarodnim pitanjima od zajedničkog interesa” treba razumeti pitanja koja se tiču odnosa između Srbije i država članica EU. S obzirom da SSP spada u kategoriju mešovitih sporazuma, podrazumeva se da su za njegovo sprovođenje odgovorne države članice i da će se efekti sprovođenja neposredno odražavati u državama članicama.

Međutim, dok je za prvu nadležnost predviđeno da se vrši donošenjem obavezujuće odluke ili davanjem odgovarajuće preporuke, u drugom slučaju to nije jasno. Iz formulacije da Savet samo “razmatra” sva važna pitanja moglo bi se zaključiti da o njima ne može doneti obavezujuću odluku, već jedino preporuke.

Nadležnost da rešava o sporovima koji se tiču tumačenja i primene Sporazuma

Razlika između tumačenja i primene. – Bez obzira što u pravnoj teoriji ne postoji jedinstveni stav da li između pojmova tumačenje i primena ugovora treba praviti razliku,¹⁷ čini se da su sastavljači Sporazuma razlikovali njihovu sadr-

¹⁵ Čl. 119. SSP.

¹⁶ Čl. 129(3) SSP.

¹⁷ P Merkouris, Interpretation is a Science, is an Art, is a Science, u: P Merkouris, M Fitzmaurice and O Elias (eds), *Treaty interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties* -

žinu. Tako bi pod “tumačenjem” trebalo razumeti misaoni proces ili intelektualni napor da se nađe pravo značenje konkretne odredbe ili norme. Rezultat takvog napora je određivanje ili definisanje sadržine konkretne norme. Tumačenje može, ali i ne mora pratiti primena tako određene sadržine. Pod primenom se može razumeti proces određivanja posledica koje, u skladu sa tekstualnim značenjem, nastaju u datoj situaciji.¹⁸ U slučajevima kada su norme ili odredbe jasno formulisane, primeni ne mora prethoditi, ili ne kao poseban i odvojen proces, postupak tumačenja.¹⁹ U ostalim situacijama primeni propisa prethodi njihovo prethodno tumačenje. Pojedini autori razliku vide u tome što je, prema njihovom mišljenju, tumačenje veština, dok primena predstavlja nauku.

S druge strane, tumačenje i primenu mogu vršiti različiti organi. Tako, na primer, autentično tumačenje daje organ koji je doneo normu ili propis, u ovom slučaju strane ugovornice preko zajedničkog organa, dok je njihova primena u nadležnosti sudova ili upravnih organa. Sporazumom je, međutim, predviđeno da tu nadležnost ima isti organ: Savet za stabilizaciju i pridruživanje. U tom smislu valja razumeti formulaciju člana 129 (3) prema kojoj je Savet za stabilizaciju i pridruživanje nadležan da rešava sporove koji se tiču *primene ili tumačenja* Sporazuma. Sporazum mogu da primenjuju samo države članice i EU kao jedna ugovorna strana i pridružena država preko sudskih i upravnih organa. Tek ako u takvoj primeni nastane spor, nezadovoljna strana može pokrenuti postupak pred Savetom. Međutim, pravo pokretanja postupka pred Savetom imaju samo strane ugovornice, ne i ostala pravna i fizička lica.

Nadležnost Saveta da raspravlja o implementirajućim merama. – Savet je nadležan da raspravlja i odlučuje o “merama” koje je preduzela druga strana ili o propustu druge strane da preduzme neku radnju kada to predstavlja povredu obaveza iz Sporazuma. U pitanju je nekoliko vrsta jednostranog postupanja država ugovornica koja su u Sporazumu nemušto označene kao “mere”, verovatno

30 Years on (Martinus Nijhoff, Leiden 2010) 1–14. R Jennings, *General Course on Public International Law* (1967) 121 *RCADI* 323, 544; P Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, Routledge, London 1997, 365; A Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, CUP, Cambridge 2000, 184; CF Amerasinghe, *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, CUP, Cambridge 2005, 33. U domaćoj literaturi S. Avramov i M. Kreća, *Međunarodno javno pravo*, Beograd, 2006, str. 476; R. Etinski i S. Đajić, *Međunarodno javno pravo*, Novi Sad, 2012, str. 80. Na potrebu da se napravi razlika između ova dva pojma prvi put je ukazano u komentaru Predloga konvencije o ugovornom pravu koji sačinila Harvardski Pravni Fakultet (Harvard Law school).str. 33. A. Gourgourinis, The Distinction between Interpretation and Application of Norms in International Adjudication, *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 2, No. 1 (2011), str. 31–57.

¹⁸ Vid. predmet *the Factory at Chorzow*, PCIJ Rep Series A No 9 (1927), 39.

¹⁹ G. Schwarzenberger smatra da “tumačenje ugovora ne zavisi od primene niti primena sledi tumačenje ugovora. Svaka primena ugovora, uključujući i izvršenje, pretpostavlja precizan postupak ili podpostupak tumačenje ugovora. G Schwarzenberger, *Myths and Realities of Treaty Interpretation: Articles 27–29 of the Vienna Draft Convention on the Law of Treaties*, (1970) 9 *VaJIL* 7–8; D French, *Treaty Interpretation and the Incorporation of Extraneous Legal Rules*, (2006) 55 *ICLQ* 281, 293.

pod uticajem terminologije iz Ugovora o osnivanju EU, odnosno UFEU. "Mere" se mogu sastojati u donošenju nekog zakonskog ili administrativnog propisa, ali i u promeni ponašanja, odnosno faktičkom ponašanju ili neponašanju.

U Naslovu X Sporazuma se pominje više vrsta mera: "mere neophodne za sprovođenje odluka Saveta za stabilizaciju" (čl. 121. Sporazuma), hitne i nužne mere iz člana 127, opšte i posebne mere za ispunjavanje obaveza iz Sporazuma (čl. 129), mere kao odgovor zbog propuštanja i u slučaju kada mera koju je preduzela druga strana ili propust druge strane da preduzme neku radnju predstavljaju povredu obaveza iz Sporazuma (čl. 130(2)).

U prvom slučaju su u pitanju "implementirajuće mere u užem smislu reči", tj. mere koje donose ugovorne strane radi sprovođenja odluka Saveta za stabilizaciju. Dejstvo ovih mera je ograničeno na "sprovođenje" konkretne odluke. Adresati ovih mera mogu biti samo državni organi: legislativni, upravni ili sudski. Mere iz člana 129. Sporazuma, spadaju u kategoriju opštih implementirajućih mera ili u implementirajuće mere u širem smislu reči. Njihov opšti karakter proizilazi iz cilja koji treba postići: ostvarenje "ciljeva utvrđenih ovim Sporazumom." Adresati ove obaveze su strane ugovornice. Po formulaciji, a delimično i prema sadržini, ove obaveze podsećaju na obaveze država članica koje proizilaze iz načela lojalnosti iz člana 4(3) Ugovora o funkcionisanju EU (u daljem tekstu UFEU). U slučaju neispunjenja obaveza predviđene su sankcije o kojima će kasnije biti reči.

Ako takvo činjenje ili propuštanje predstavlja povredu Sporazuma, Strana ugovornica može postupiti na dva načina: obavestiti Savet i zahtevati da se pred njim pokrene odgovarajući postupak (u skladu sa odredbama člana 130), ili, u posebnim hitnim slučajevima, sama doneti odgovarajuću meru. Strana koja donosi meru mora voditi računa o principu proporcionalnosti i delotvornosti koji su formulisani kao zahtev da se donetim merama "najmanje narušava primena ovog Sporazuma." (129(4)). Ako druga strana smatra da tako doneta mera predstavlja povredu Sporazuma može pokrenuti postupak pred Savetom. Slična rešenja poznaje i Ugovor o osnivanju EZ/EU u odnosu na države članice. Međutim, i pored sličnosti u Sporazumu se na izričit način ukazuje da "činjenica da je neka odredba identična po sadržini odredbi Ugovora o osnivanju Evropskih zajednica, neće biti odlučujuća prilikom tumačenja te odredbe."²⁰

ARBITRAŽNO REŠAVANJE SPOROVA

Nadležnost arbitraže i način njenog vršenja

Arbitražno rešavanje sporova je predviđeno Protokolom broj 7 u kome su regulisana pitanja nadležnosti, sastav i način rada arbitraže.

²⁰ L. 13. Protokola broj 7 o rešavanju sporova.

Prema odredbama člana 2. Protokola o rešavanju sporova, nadležnost arbitraže je ograničena na sporove koji se tiču tumačenja i primene sledećih odredbi iz Sporazuma:

1. Naslov IV. (Slobodno kretanje robe), osim članova 33, 40, 41 stavovi 1, 4 i 5. (u meri u kojoj se tiču mera usvojenih u skladu sa članom 41. stavom 1.) i člana 47;

2. Naslov V. (Kretanje radnika, poslovno nastanjivanje, pružanje usluga, kapital): – Poglavlje II Poslovno nastanjivanje (članovi od 52. do 56. i član 58): a. Poglavlje III Pružanje usluga (članovi 59, 60 i 61. stavovi 2 i 3); b. Poglavlje IV Tekuća plaćanja i kretanje kapitala (član 62 i član 63 osim druge rečenice stava 3); c. Poglavlje V Opšte odredbe (članovi 65-71).

3. Naslov VI. (Usklađivanje propisa, primena propisa i pravila konkurencije): a. Član 75. stav 2. (intelektualna, industrijska i komercijalna svojina) i član 76. stavovi 1, 2 (tačka 1) i od 3. do 6. (javne nabavke).

Reč o odredbama koje se tiču uspostavljanja i funkcionisanja četiri osnovne slobode i pravu konkurencije i dozvoljenim odstupanjima i izuzecima.

Osim prema predmetu, nadležnost arbitraže je ograničena i u tom smislu što i o navedenim pitanjima prvo odlučuje Saveta za stabilizaciju, pa ako strane nisu uspele da reše spor pred Savetom za stabilizaciju u roku od dva meseca od dana pokretanja postupka mogu pokrenuti postupak pred arbitražom.

Postupak se pokreće zahtevom koji tužilac (samo ugovorne strane) podnosi Odboru za stabilizaciju i pridruživanje (u daljem tekstu Odbor) i tuženoj strani. U svom zahtevu tužilac je dužan da navede predmet spora i, u zavisnosti od slučaja, meru koju je druga strana usvojila ili propuštanje da postupi, za koju smatra da predstavljaju povredu napred navedenih odredbi Sporazuma.

Sastav arbitraže. – Arbitraža radi preko arbitražnih veća sastavljenih od tri arbitra sa stalne liste arbitara. Listu od 15 arbitara utvrđuje Odbor za stabilizaciju najkasnije u roku od šest meseci od stupanja na snagu Protokola (od prvog. septembra 2013), tako što svaka strana može da izabere pet lica za vršenje funkcije arbitra. Strane će se, takođe, saglasiti i oko pet lica koja će vršiti funkciju predsestavajućih arbitražnih veća. Za arbitre se mogu postaviti lica koja poseduju posebna znanja i iskustva u oblasti prava, međunarodnog prava, prava Zajednice i/ili međunarodne trgovine. Od arbitara se očekuje da budu nezavisni i da deluju u svoje ime, ne smeju biti povezani niti primati uputstva od bilo koje organizacije ili vlade i moraju se ponašati u skladu sa posebnim Kodeksom ponašanja. Kodeks ponašanja, kao i Poslovnik o radu za vođenje postupka donosi Savet najkasnije šest meseci nakon stupanja na snagu Protokola.

Konstituisanje i rad arbitražnih veća. – Nakon što tužilac podnese pisani zahtev za obrazovanje arbitražnog veća, stranama je ostavljen rok od deset dana da se dogovore o sastavu arbitražnog veća. Ako se u tom roku ne dogovore, svaka strana može zahtevati od Odbora za stabilizaciju da izabere tri člana žrebom sa

liste arbitara. Kao datum konstituisanja arbitražnog veća smatra se dan kada je predsedavajući arbitražnog veća obavešten o imenovanju tri arbitra zajedničkim sporazumom strana ili od dana njihovog izbora od strane Odbora za stabilizaciju. Sastanci arbitražnih veća su otvoreni za javnost u skladu sa Poslovníkom o radu i ako arbitražno veće ne odluči drugačije, po svom nahodjenju ili na zahtev strana. U toku postupka, Veće može tražiti mišljenje veštaka, a zainteresovane strane su ovlašćene da podnesu priloge prijatelja suda/arbitraže (*amicus curiae*) arbitražnom veću u skladu sa Poslovníkom o radu. U primenjivanju i tumačenju Sporazuma arbitražna veća su dužna da se pridržavaju posebnih načela tumačenja koja su navedena u članu 13. Protokola. Odredbama navedenog člana arbitražna veća su obavezana da odredbe Sporazuma primenjuju i tumače u skladu sa običajnim pravilima tumačenja međunarodnog javnog prav, uključujući pravila Bečke konvencije o ugovornom pravu. Međutim, arbitraže nisu nadležne da tumače pravne tekovine Evropskih zajednica. Interesantna je i preventivna odredba da "činjenica da je neka odredba identična po sadržini odredbi Ugovora o osnivanju Evropskih zajednica neće biti odlučujuća prilikom tumačenja te odredbe." Navedena odredba odražava stavsudske prakse još od predmeta Polidor i u praktičnom smislu može dovesti do različitog tumačenja iste odredbe iz Ugovora o osnivanju i Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju.

Arbitražna odluka. – Postupak pred arbitražom se može okončati ili povlačenjem tužbe ili donošenjem meritorne odluke. Tužilac može u bilo koje vreme pre nego što je stranama i Odboru za stabilizaciju saopštena odluka o sporu, da povuče svoju tužbupisanim obaveštenjem upućenim predsedavajućem arbitražnog veća, Odboru za stabilizaciju i drugoj strani. Povlačenjem tužbe tužilac ne gubi pravo da kasnije podnese novu tužbu u vezi istog spora. U ostalim (redovnim) slučajevima arbitražno veće je dužno da donese i saopšti odluku stranama i Odboru za stabilizaciju u roku od 90 dana od dana obrazovanja. Ako proceni da neće moći da održi ovaj rok, predsedavajući veća mora o tome pisanim putem da obavesti Odbor i strane i da navede razloge kašnjenja. U tom slučaju odluka o sporu ne može biti doneta nakon proteka od 120 dana od dana obrazovanja veća. Sa druge strane, u hitnim slučajevima kada je u pitanju na primer kvarljiva roba, arbitražno veće je dužno da "uloži sve napore" da odluku donese u roku od 45 dana, a ni pod kojim uslovima ne kasnije od 100 dana. Arbitražno veće može da donese i prethodnu odluku o prethodnom pitanju o hitnosti slučaja u roku od 10 dana od dana obrazovanja veća.

Usaglašavanje sa odlukom arbitražnog veća. – Iako je u redovnoj praksi uobičajeno da se arbitražne odluke izvršavaju bilo dobrovoljnim, bilo prinudnim putem, u Protokolu je izbegnut klasičan pojava izvršavanja (eng. Enforcement) jer podrazumeva prinudu, pa se umesto njega koristi termin "usaglašavanje" (eng. Compliance). Ovo terminološko razlikovanje bi trebalo da uputi da se "izvršenje" odluka zapravo sastoji u "sprovođenju" Sporazuma donošenjem pre svega legislativnih i upravnih mera. U tom smislu je kao opšta, odredbama člana 6. Pro-

tokola propisana obaveza strana da preduzmu "mere neophodne za postupanje u skladu sa odlukom arbitražnog veća o sporu, a strane će nastojati da se saglasne oko razumnog roka koji je potreban za usaglašavanje sa odlukom." Bez obzira što ovako formulisana obaveza izgleda, na prvi pogled, kao obaveza sredstva, a ne cilja, pokazivanje samo napora neće biti dovoljno i u tom slučaju se sprovodi postupak "preispitivanja mera preduzetih u cilju usaglašavanja sa odlukom arbitražnog veća u sporu."²¹ Na kraju, u slučaju nepoštovanja odluke arbitražnog veća o sporu, tužiocu stoje na raspolaganju privremena sredstva iz člana 9. Protokola. Protokolom su kao privremene mere predviđene ponuda za privremenu kompenzaciju i suspenzija povlastica odobrenih Sporazumom. Prema odredbama člana 9(1) Protokola, ako tuženi propusti da saopšti mere preduzete radi usaglašavanja sa odlukom arbitražnog veća pre isteka razumnog roka ili ako arbitražno veće odluči da mere o kojima je tuženi obavestio drugu stranu u skladu sa članom 8. stavom 1. nisu u saglasnosti sa obavezama te strane predviđenim ovim Sporazumom, tužena strana će, ako tužilac to zahteva, predstaviti ponudu za privremenu kompenzaciju.

U slučaju da ne dođe do dogovora o privremenoj kompenzaciji u roku od 30 dana od protoka razumnog roka ili od odluke arbitražnog veća u skladu sa članom 8. da preduzeta mera nije u skladu sa ovim Sporazumom, tužilac ima pravo da, nakon obaveštavanja druge strane i Odbora za stabilizaciju i pridruživanje, suspenduje primenu povlastica odobrenih odredbama Sporazuma navedenih u članu 2. ovog Protokola, na nivou sa jednako nepovoljnim ekonomskim uticajem koji je prouzrokovan kršenjem. Tužilac može sprovesti suspenziju 10 dana nakon datuma učinjenog obaveštenja, osim ukoliko tuženi nije zatražio arbitražu u skladu sa stavom 3.

Ako tuženi smatra da intenzitet suspenzije nije jednak nepovoljnom ekonomskom uticaju prouzrokovanim kršenjem može, pre protoka roka od 10 dana predviđenog prethodnim stavom, podneti pisani zahtev predsedavajućem izvornog arbitražnog veća za ponovno sazivanje izvornog arbitražnog veća.

Suspenzija povlastica biće privremena i primenjena samo dok mera za koju je utvrđeno da krši Sporazum ne bude povučena ili izmenjena tako da bude usaglašena sa Sporazumom, ili dok strane sporazumno ne reše spor.

²¹ Čl. 8 Protokola.

RADOVAN D. VUKADINOVIĆ, Ph.D.,
University of Kragujevac

DISPUTE RESOLUTION MECHANISM IN THE STABILISATION AND ASSOCIATION AGREEMENTS

Summary

The European Community (EC) in the past half century have concluded hundreds of different agreements, of which for the this consideration is important so called Free Trade Agreements (FTAs). Free trade agreements include a number of agreements governing trade issues (trade agreements) and economic issues (cooperation agreements and various types of association agreements). Given the subject of regulation, free trade agreements must be in accordance with the rules of the GATT and the WTO rules after the establishment of the WTO. The influence rules of GATT and the WTO can be seen not only in the substantive provisions by which are regulated conditions of trade between the EC / EU and third countries, but also in the ways that are regulated other economic issues, especially dispute resolution mechanisms. Review existing agreements shows that EC used a variety of approaches and mechanisms. In the free trade agreements that have been concluded until 2000. were contracted the classical political or diplomatic political mechanisms for their interpretation and application. The agreements entered into after 2000. were characterized by a quasi-adjudicative and adjudicative model or mechanism for resolving disputes.

The paper is limited to the analysis of the solutions that are provided in the Stabilisation and Association Agreement between the EU and the its Member States with the Republic of Serbia, which came into force on the first September 2013. The analysis starts from the assumption that the Stabilization and Association Agreement, by contracting parties, fall into the category of mixed (international agreements) contracts, and by content and legal nature into the category of the association agreement.

Selected issues are analyzed in three parts. The first part is devoted to general aspects of the Stabilisation and Association Agreement, which analyzes issues: entry into force of the Agreement, the obligation of interpretation and implementation Agreement as part of a general obligation to harmonize national regulations with the EU law, and legal framework for the interpretation of the Agreement. The second part describes the diplomatic and political way of resolving the disputes, and in the third part analyzed the issue of arbitral dispute resolution concerning the interpretation and application of the Agreement.

SPOREDNI POSTUPCI PRED SUDOM PRAVDE EVROPSKE UNIJE

U V O D

Pravila o postupku pred Sudom pravde jednim delom su sadržana u Statutu, a delom u Poslovniku Suda. Statut Suda pravde, budući da je usvojen kao poseban Protokol (br. 3) uz Lisabonski ugovor¹, i sam predstavlja međunarodni ugovor za čiju je izmenu potrebna saglasnost strana koje su ga zaključile, dakle, država članica EU. Poslovník o radu² donosi sam Sud pravde, ali je potrebno odobrenje Saveta. Postupci pred Opštim sudom i Sudom za službenike načelno su uređeni Statutom Suda pravde. Detaljna pravila postupka sadrže posebni poslovnici koje su Opšti sud³ i Sud za službeničke sporove⁴ doneli u saglasnosti sa Sudom pravde i uz odo-

Dr Zoran Radivojević, profesor Pravnog fakulteta u Univerzitetu u Nišu. Rad je pripremljen u okviru projekta "Politički identitet Srbije u regionalnom i globalnom kontekstu", br. 179079 koji finansira Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije.

¹ Konsolidovana verzija Statuta objavljena je u OJ, C 115 od 9.5.2008; poslednja izmena izvršena je Regulativom Evropskog parlamenta i Saveta br. 411/2012 od 11.8.2012. i objavljena u OJ, L 228 od 23.8.2012.

² Poslovník je usvojen 25.9.2012. i objavljen u Official Journal of the European Union (dalje: OJ), L 265 od 29.9.2012

³ Poslovník je usvojen 2.5.1991. i objavljen u OJ, 1991, L.136; poslednja izmena objavljena u OJ, L 173 od 26.6.2013.

⁴ Članovi 33–119. Poslovník je usvojen 25.7.2007. i objavljen u OJ, 2007, L 225; poslednja izmena objavljena u OJ, L 162 od 22.6.2011.

brenje Saveta. Navedenim aktima najpotpunije je uređen postupak po direktnim tužbama koji se može smatrati osnovnim ili glavnim postupkom⁵, pošto se u njemu odlučuje o spornoj stvari u meritumu. Pored toga, postoje sporedni ili incidentni postupci koji služe za rešavanje nekih pitanja relevantnih za spor. U njima se ne odlučuje o meritumu, već o drugim značajnim pitanjima u vezi sa suštinom spora. Ovi postupci nisu detaljno regulisani, pa se u slučaju potrebe eventualne praznine popunjavaju odredbama koje važe u osnovnom postupku. Oni u principu traju kraće u odnosu na osnovni postupak i mogu da, pored obavezne pismene faze, obuhvate i usmeni deo, odnosno usmenu raspravu.⁶ Uz to, sporedni postupci mogu imati prioritet u odnosu na postupak po direktnim tužbama, a neki od njih i u odnosu na sve druge postupke pred Sudom pravde.

Sporedni postupci pred Sudom pravde Evropske unije uključuju postupke u vezi sa prethodnim prigovorima, privremenim merama i mešanjem treće strane. Postoji još jedan postupak koji se može smatrati posebnim oblikom sporednog postupka. Reč je o prigovoru nezakonitosti, koji je poznat i pod nazivom posredno osporavanje valjanosti pravnih akata organa EU ili akcesorna kontrola njihove zakonitosti. Isticanjem ovog prigovora inicira se sporedni postupak čiji je cilj da Sud pravde u okviru glavnog postupka incidentno utvrdi da je određen akt, koji sam ne predstavlja predmet spora, nezakonit, te da se u konkretnom slučaju ne može primeniti.

PRETHODNI PRIGOVORI

Prethodni prigovori su pravna sredstva koja stoje na raspolaganju tuženoj strani radi osporavanja dopuštenosti postupka pokrenutog direktnom tužbom. Njihova je svrha da se već u početnoj fazi i bez ulaženja u meritum okonča postupak⁷. Po svojoj prirodi oni su preliminarni jer se tiču ispunjenosti pretpostavki za pokretanje i vođenje postupka po direktnim tužbama. Prigovorima se, naime, ne osporava pravna i činjenična osnovanost tužbenog zahteva, već se samo dovodi u pitanje dopuštenost nastavka započetog postupka.

⁵ Ovaj se postupak u literaturi kvalifikuje kao normalan (T. Hartly, Osnovi prava Evropske zajednice - prevod, Beograd, 1998, str. 62); uobičajen (V. Knežević-Predić, Ogled o suverenosti: suverenost i Evropska unija, Beograd, 2001, str. 245); tipičan (N. Misita, Osnovi prava Evropske unije, Sarajevo, 2007, str. 878) ili redovan (J.M. Favre, Osnovi Evropske unije i komunitarnog prava – prevod, Beograd, 2004, str. 77).

⁶ Više o karakteristikama ovih postupaka: R. Etinski, Sporedni postupci pred Međunarodnim sudom pravde, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 1996, br. 1–3, str. 35–36.

⁷ Tuženi svoj odgovor na tužbu obično formuliše u dva dela. U prvom se razmatra dopuštenost tužbe tj. ispunjenje procesnih pretpostavki (npr. da li sud nadležan, da li je tužilac aktivno legitimisan, da li je tužba blagovremena i dopuštena), dok se u drugom daje odgovor na sam tužbeni zahtev. Tuženi može da se u svom podnesku ograniči samo na stavljanje prethodnog prigovora da tužba nije dopuštena. Videti: N.L. Brown, T. Kennedy, The Court of Justice of the European Communities, London, 2000, p. 276.

S druge strane, prethodni prigovori su sredstva procesnog karaktera čijim se isticanjem inicira posebna faza u okviru glavnog postupka. Tada Sud obustavlja postupak u meritumu i otvara proceduru ispitivanja osnovanosti podnetog prigovora. Kao procesni akti oni su sredstvo odbrane tužene strane od nedopuštenog postupka. Stavljanjem prigovora ova strana zapravo vrši svoje procesno pravo da odbije učešće u postupku ukoliko postoje smetnje ili zabrane koje onemogućavaju njegovo punovažno vođenje i okončanje⁸.

Razlozi za isticanje prethodnih prigovora tiču se uslova dopuštenosti za pokretanje i sprovođenje postupka po direktnim tužbama. Kao konkretni osnovi obično se navode nenadležnost Suda, nepostojanje procesne legitimacije na strani tužioca ili neblagovremenost tužbe. U prvom slučaju tužena strana stavljanjem prigovora ne želi da se izjašnjava o meritumu pred nenadležnim sudom, dok u preostala dva nastoji da se odbrani od tužbi koje su nedopuštene.

Prethodni prigovor tuženi može da uloži u roku od mesec dana koji je predviđen za odgovor na tužbu. Taj prigovor, kao u drugi zahtevi da se odluči o prethodnim pitanjima bez ulaženja u meritum, podnosi se u obliku posebnog podneska. U njemu se navodi činjenično i pravno stanje na kome se zahtev zasniva, kao i sam zahtev, a u prilogu se dostavljaju dokumenti i drugi dokazi.

Odmah po prijemu ovakvog prigovora Sud zastaje sa glavnim postupkom i sprovodi posebnu proceduru. Predsednik određuje rok u kome se suprotna strana može pismenim putem izjasniti o prigovoru. Pošto primi odgovor tužioca, Sud na administrativnoj sednici na predlog sudije izvestioca i posle saslušanja mišljenja opšteg pravobranioca donosi odluku da li će odmah odlučivati o prigovoru ili će njegovo rešavanje odložiti do donošenja konačne presude⁹.

Kada Sud odluči da rešava o prigovoru pristupa se usmenoj raspravi. Međutim, on nije u obavezi da zakaže raspravu, posebno ako je očigledno da nije nadležan ili da tužba nije dopuštena. U tom slučaju Sud nakon što sasluša opšteg pravobranioca može doneti obrazloženo rešenje kojim odbacuje tužbu¹⁰. Ukoliko je, pak, rasprava održana Sud donosi odluku o prigovoru u formi presude. Presudom se prigovor može usvojiti i u tom slučaju se postupak okončava. Ako Sud oceni da prethodni prigovor nije osnovan, može ga odbiti i nastaviti sa postup-

⁸ S. Đajić, *Prethodni prigovori u postupku pred Međunarodnim sudom pravde*, Zbornik Matice srpske za društvene nauke, 1999, br.106-107, str. 183-184.

⁹ Čl. 151, stavovi 1, 3 i 5 Poslovnika Suda pravde; čl. 114, stavovi 1, 2 i 4 Poslovnika Opšteg suda; čl. 78. stav 1-2 Poslovnika Tribunala za službeničke sporove

¹⁰ Videti stav Suda pravde i Prvostepenog suda u slučajevima: *Les Verts v. Commission and Council* (216/83, *European Court Reports*-dalje:ECR, 1984, p. 3325); *Les Verts v. European Parliament* (296/83, ECR, 1984, p. 3335); *les Verts v. Council* (297/83, ECR, 1984, p. 3339); *Italy v. Commission* (C-224/03, ECR, 2003, I, p.14751); *Tête and Others v. EIB* (T-460/93, ECR, 1993, II, p.1257); *Calvo Alonso-Cortés v. Commission* (T-29/93, ECR, 1993, II, p. 1389); *Branco v. Court of Auditors* (T-45/93. ECR-SC, 1994, II, p. 641, para. 21); *Ripadi Meana v. European Parliament* (C-360/02, ECR, 2004, I, p. 10339, para. 35).

kom od one tačke gde je bio prekinut. U ovom slučaju određuje se novi rok tužbom za dostavljanje odgovora na tužbu. Na isti način Sud će postupiti kada je odlučio da o prigovoru reši u okviru konačne presude¹¹.

Sud je dužan da u svakoj fazi postupka po službenoj dužnosti pazi da li postoji neka od apsolutnih zabrana da se nastavi sa postupkom i da li je tužba postala nesvršishodna, pa o njoj nema potrebe odlučivati¹². U tom slučaju Sud može po sopstvenoj inicijativi da donese odluku, ali prethodno mora saslušati mišljenje stranaka i opšteg pravobranioca¹³.

PRIVREMENE MERE

Pokretanje postupka pred Sudom pravde nema suspenzivno dejstvo na primenu akta koji se tužbom osporava. Podnošenje direktne tužbe ne odlaže izvršenje odluke niti obustavlja primenu akta koji je predmet takve tužbe¹⁴. Pošto od obraćanja Sudu do donošenja konačne odluke o osporenom aktu obično protekne dosta vremena, dovodi se u pitanje efikasnost sudske zaštite koja se pruža učesnicima u postupku. Ovakva sporost Suda, koja posebno pogađa individualne subjekte, delimično se otklanja kroz ustanovu privremenih mera. Svrha privremenih mera, koje određuje Sud kada se to pokaže potrebnim, jeste da se obezbedi puno dejstvo tužbe u slučaju rešenja spora u korist podnosioca zahteva¹⁵. Kao što je sam Sud istakao, pravila osnivačkih ugovora o sudskoj zaštiti ne smeju se usko tumačiti, posebno u odnosu na privremene mere, jer u suprotnom postoji opasnost da se stvori praznina u sudskoj zaštiti pojedinaca¹⁶.

Po svojoj prirodi privremene mere su akcesorne i provizorne. One su vezane za postupak o glavnoj stvari i akte koji su predmet direktne tužbe. Njihov akcesorni karakter jasno proizilazi iz odredaba osnivačkog ugovora koji ima u vidu samo obustavu primene akta koji je osporen i dozvoljava određivanje privreme-

¹¹ Čl. 151, stav 6 Poslovnika Suda pravde; čl. 114, stav 4 Poslovnika Opšteg suda; čl. 78, stav 3 Poslovnika Tribunala za službeničke sporove.

¹² Ovo pravilo se odnosi na situacije kada stranka nema aktivnu legitimaciju ili kada je tužba podneta protiv akta nacionalnog organa ili odluke institucije Unije koja nije pravno obavezujuća. Više o tome: M.C. Bergers, *Contentieux communautaire*, Paris, 1998, pp. 123–124.

¹³ Čl. 150 Poslovnika Suda pravde; čl. 113 Poslovnika Opšteg suda; čl. 77 Poslovnika Tribunala za službeničke sporove. Videti stav Suda pravde i Prvog stepenog suda u slučajevima: *Italy v. Commission* (C-298/00, ECR, 2004, I, p.4087, para. 35); *OPTUL v. Commission* (Joined Cases T-142/01 and T-283/01, ECR, 2004, II, p. 329).

¹⁴ Čl. 278 Ugovora o funkcionisanju EU (dalje: UFEU).

¹⁵ K. Lenaerts, D. Arts, I. Maselis, *Procedural Law of the European Union*, London, 2006, p. 419.

¹⁶ Videti stav predsednika Suda pravde u slučajevima: *Neue Maxhütte (Germany v. Commission)*, C-399/95R, ECR, 1996, I, p. 2441, para. 45–46; *Antonissen* (C-393/96PR, ECR, 1997, I, p. 431, para. 36).

nih mera jedino u slučaju koji je u toku pred Sudom¹⁷. U tom pogledu još je određeniji Poslovnik Suda u kome se kaže da je zahtev za obustavu mere dopušten samo ako je njegov podnosilac osporio ovu meru u glavnom postupku. Uz to, Poslovnikom je izričito propisano da je zahtev za izricanje privremene mere dopušten samo ako ga podnese strana u sporu pred Sudom i ako se odnosi na taj sporni slučaj¹⁸. Zbog ovakvog akcesornog karaktera zahtev za izdavanje naredbe o privremenim merama mora da se postavi istovremeno ili posle podnošenja tužbe kojom se pokreće postupak o glavnoj stvari. Zahtev podnet pre toga smatraće se nedopuštenim i biće odbačen.

Imajući u vidu akcesornu prirodu, Sud će kod odlučivanja o tome da li da prihvati zahtev za izricanje privremene mere morati da uzme u obzir i dopuštenost tužbe u glavnoj stvari. U ovoj fazi postupka on se ipak ograničava samo na površno ispitivanje tog pitanja sa ciljem da utvrdi da li je tužbeni zahtev na prvi pogled dopušten¹⁹. Ukoliko nađe da je tužba očigledno nedopuštena po bilo kom osnovu odbaciće kao nedopušten i zahtev za određivanje privremenih mera²⁰.

Provizorni karakter privremenih mera znači da je njihova važnost dvostruko ograničena. U vremenskom smislu one su na snazi samo za određeni period. Njihovo trajanje može precizno odrediti sam Sud u svom rešenju²¹. Ukoliko ovim rešenjem nije određen rok važenja privremene mere, ona u svakom slučaju prestaje danom donošenja konačne odluke o glavnoj stvari. Međutim, Sud može u svakom trenutku na zahtev strana ili proprio motu izrečenu meru izmeniti, proširiti ili ukinuti, vodeći računa o okolnostima slučaja²².

Sadržinski posmatrano, postojanje privremene mere ne prejudicira meritornu odluku u sporu u kojem je izdata. Rešenje o izricanju mere, dakle, ne sme ni na koji način da utiče na konačnu odluku Suda o glavnoj stvari²³. U njemu se ne može odlučivati o spornim pravnim i činjeničnim pitanjima niti unapred ne-

¹⁷ Čl.279 UFEU.

¹⁸ Čl.160, stavovi 1 i 2 Poslovnika Suda pravde; čl. 104, stav 1 Poslovnika Opšteg suda; čl. 102, stav 1 Poslovnika Tribunala za službeničke sporove.

¹⁹ H. Schermers, D.F. Waelbroeck, *Judicial Protection in the European Union*, The Hague, London, New York, 2001, p. 695.

²⁰ Videti stav Prvostepenog suda u slučaju Danielsson: T-219/95R, ECR, 1995, II, p. 3051.

²¹ Videti stav Suda pravde i Prvostepenog suda u slučajevima: *Gutman v. Commission* (18/65, ECR, 1966, p. 138); *Usinor v. Commission* (78/83, ECR, 1983, p. 2183, para. 9); *United Kingdom v. European Parliament* (23/86R, ECR, 1986, p.1085); *CCE de Vittel and Others v. Commission* (T-12/93R, ECR, 1993, II, p. 449, pera. 33); *Abbott Trust v. Cxoncil and Commission*, T-554/93, ECR, 1994, II, p. 1, para. 19).

²² Čl. 162, stav 3 i 163 Poslovnika Suda pravde; čl. 107, stav 3 i 108 Poslovnika Opšteg suda; čl. 105, stav 3 i 106 Poslovnika Tribunala za službeničke sporove.

²³ Čl. 162, stav 4 Poslovnika Suda pravde; čl. 107, stav 4 Poslovnika Opšteg suda; čl. 105, stav 4 Poslovnika Tribunala za službeničke sporove.

utralisati dejstvo kasnije donete presude o meritumu²⁴. Prilikom razmatranja zahteva Sud se ne upušta u ispitivanje činjeničnog i pravne strane spora, jer bi u suprotnom potpuno promenio odnos između privremenih mera i glavnog postupka²⁵. U isto vreme, on ne sme da odredi mere koje su neopozive i mogu da stvore nepovratnu situaciju²⁶ ili one koje bi tužbeni zahtev u glavnoj stvari učinile nesvrshodnim.

Privremene mere Sud može odrediti u bilo kom postupku koji se vodi pred njim. Najčešće se one traže u slučajevima kada je podneta tužba za poništaj nekog akta koji je donela institucija Evropske unije. Tada zahtev za izdavanje naredbe o privremenim merama obično podnose fizička i pravna lica koja tužbom osporavaju ovaj akt. Privremenu meru obustavljanja izvršenja mogu tražiti samo lica na koja se akt u pitanju neposredno i pojedinačno odnosi²⁷.

Mogućnosti za donošenje privremene mere mnogo su manje kod tužbe zbog propuštanja, budući da je njen predmet upravo usvajanje određenog akta od strane organa EU. Kad su u pitanju tužbe za naknadu štete, ostaje još uvek otvoreno pitanje da li se može podneti zahtev za obustavu primene akta koji je navodno prouzrokovao štetu²⁸. Nasuprot tome, Sud je prihvatio mogućnost da se kod tužbi zbog neuspunjenja obaveza od strane država članica mogu primenjivati privremene mere. U praksi su poznati slučajevi kada su privremene mere izrečene na zahtev Komisije u postupku protiv država članica. Ovim merama se tražilo od Suda da do donošenja presude naredi obustavu primene osporenih nacionalnih propisa ili mera²⁹. Okolnost da presuda kojom se utvrđuje neispunjenje obaveze od strane države ima deklarativni karakter Sud nije smatrao smetnjom za izricanje privremene mere.

Uslovi dopuštenosti zahteva za određivanje privremenih mera propisani su poslovnicima suda. Prema ovim aktima, od podnosioca zahteva najpre se traži da navede činjenice i pravne razloge koji na prvi pogled (*prima facie*) opravdavaju usvajanje mere. Podnosilac zahteva, pored toga, mora da dokaže hitnost preduzimanja tražene mere³⁰. Postoji još jedan uslov koji nije izričito predviđen poslov-

²⁴ K. Lenaerts, D. Arts, I. Maselis, op. cit., p. 425. Videti stav predsednika Suda pravde u slučajevima: *Arbed v. Commission* (20/81, ECR, 1981, p. 721, para. 13; *Alvarez v. European Parliament* (206/81, ECR, 1981, p. 2187, para. 6).

²⁵ Mišljenje opšteg pravobranioca F. Capotorti-a u združenim slučajevima *Commission v. France* (24 i 97/80, ECR, 1980, pp. 1338–1339).

²⁶ Videti stav Suda pravde u slučaju *Camera Care v. Commission* (792/79R, ECR, 1980, p. 119).

²⁷ R. Vukadinović, *Evropska ekonomska zajednica*, Beograd, 1991, str. 92.

²⁸ Videti stav Suda pravde u slučaju *Comos-Tank and Others v. Commission* (Joined Cases C-51 and C-59/90, ECR, 1990, I, p. 2165, para. 33).

²⁹ Videti slučajeve: *Commission v. Belgium* (293/85R, ECR, 1985, p. 3521); *Commission v. Austria* (C-320/03R, ECR, 2003, I, p. 11665).

³⁰ Čl. 160, stav 3 Poslovnika Suda pravde; čl. 104, stav 2 Poslovnika Opšteg suda; čl. 102, stav 2 Poslovnika Tribunala za službeničke sporove.

nicima, ali se u praksi redovno traži³¹. Potrebno je, naime, da se prilikom određivanja privremene mere uzme u obzir balans između interesa podnosioca zahteva i svih drugih interesa u konkretnom slučaju.

Prvi uslov za određivanje privremenih mera vezan je za prima facie osnovanost tužbenog zahteva u glavnoj stvari. Njegova je svrha da se, kao i u slučaju nedopuštenosti zahteva, spreči korišćenje privremenih mera kada je tužba očigledno neosnovana. Za usvajanje mere mora biti verovatno da će podnosilac zahteva dobiti spor. Prema tome, potrebno je da postoje razumni izgledi za uspeh tužbe u glavnom postupku (*fumus boni juris*)

Međutim, u novijoj sudskoj praksi ne insistira se uvek na proceni uspešnosti tužbenog zahteva u glavnom postupku prilikom izricanja privremenih mera. Umesto toga, smatra se dovoljnim uverenje Suda da je tužba razumna, te da nema razloga zbog kojih je ona očigledno bez osnova³². Po oceni nekih pisaca³³ ovakvim stavom kod određivanja privremenih mera *fumus boni juris* se polako ali sigurno pretvara u *fumus non mali juris*.

Hitnost preduzimanja mera kao drugi uslov ima u vidu prirodu štete i rizik od njenog nastupanja kao rezultat dužine trajanja glavnog postupka. Zahtev za donošenje mere smatra se hitnim ako postoji opasnost da će podnosilac do donošenja presude pretrpeti ozbiljnu i nenadoknadivu štetu. Sama šteta ne sme da bude hipotetička i potencijalna. Ona mora biti stvarna i izvesna, a rizik od njenog nastanka predvidiv sa dovoljnim stepenom verovatnoće³⁴.

Podnosilac zahteva treba da dokaže da će u slučaju odbijanja tražene mere za njega nastupiti ozbiljna šteta koja se ne bi mogla otkloniti čak ni kad bi u glavnom postupku bila doneta presuda u njegovu korist. Svrha izrečene mere, dakle, nije da se osigura naknada štete, već da se obezbedi puno dejstvo presude o meritumu³⁵. Tačnije rečeno, njen je cilj da se spreči nastanak štetnih posledice za podnosioca zahteva. U slučaju kada je šteta već nastupila zahtev za određivanje privremene mere postaje nesvrshodan, pa nema potrebe da se o njemu odlučuje. Sud, međutim, može izreći meru koja ima za cilj da spreči uvećanje već nastale štete ukoliko osporeni akt i posle podnošenja zahteva nastavlja da proizvodi štetne posledice³⁶.

³¹ A. Čavoški, A. Knežević-Bojović, D. Popović, *Evropski sud pravde*, Beograd, 2006, str. 125.

³² Videti stav predsednika Suda pravde i Prvostepenog suda u slučajevima: *Johnson and Firth Brown v. Commission* (3/75, ECR, 1975, p. 1); *Commission v. Italy* (C-272/91R; ECR, 1992, I, p. 457, para. 19–24); *Hänseler v. Commission* (T-83/00, ECR, 200, II, p. 3563, para. 32); *Harrison v. Commission* (T-13/91R, ECR, 1991, II, p. 179, para. 26).

³³ K. Lenaerts, D. Arts, I. Maselis, *op. cit.*, p. 435.

³⁴ Videti slučajeve: *TAA* (C-149/95PR, ECR, 1995, I, p. 2165, para. 38); *Banans* (C-280/93R, ECR, 1993, I, p. 3667, para. 32–34).

³⁵ Slučaj *Capgemini Nederland v. Commission*: T-447/04; ECR, II, 2005, p. 3561.

³⁶ Slučaj *Arzo Nobel and Others v. Commission*: T-125/01R and T-253/03R, ECR, 2003, II, p. 4771, para. 170–178.

Balans interesa kao potreban uslov za određivanje privremene meri stvoren je kroz sudsku praksu. Kako bi uspostavio taj balans Sud je sprovodio svojevrсни test mogućeg uticaja traženih mera kako na interese suprotne strane u postupku, tako i trećih strana ili javni interes. Zahtev za izdavanje privremenih mera prihvatao je samo u slučajevima kada oceni da interes podnosioca ima prevagu nad svim drugim interesima u postupku. Naprotiv, Sud nije bio sklon da usvoji tražene mere koje mogu da ozbiljno naruše prava treće strane ili šire interese, kao što su javno zdravlje, zaštita životne sredine ili poštovanje prava EU. Izuzetak predstavlja situacija kada bi neprihvatanje tražene mere ugrozilo samo postojanje podnosioca zahteva³⁷.

Za odlučivanje o privremenim merama nadležni su predsednici odgovarajućih sudova. Međutim, predsednik Suda pravde može zahtevati da odluku o privremenoj meri donese Sud u punom sastavu. Ova mogućnost se najčešće koristi kada konkretan predmet ima izuzetan značaj ili je posebno složen. Ako je to slučaj, odlučivanje o zahtevu za privremenom merom ima prednost nad svim drugim predmetima koji su u toku pred Sudom pravde. Tada opšti pravobranilac podnosi svoje obrazloženo mišljenje. Nasuprot tome, pravo ustupanja nije predviđeno za predsednika Opšteg suda i predsednike specijalizovanih sudova koji su isključivo nadležni da odlučuju o privremenim merama. Ukoliko su oni odsutni ili sprečeni da učestvuju u radu, posebno imenovani sudija ovlašćen je da rešava o privremenoj meri koja se traži.

Zahtev za određivanje privremene mere podnosi se u obliku posebnog podneska uz navođenje činjeničnog i pravnog stanja. Ukoliko je sadržan u tužbi biće odbačen kao nedopušten³⁸. Zahtev se dostavlja suprotnoj strani koja može da se usmeno ili pismeno izjasni u kratkom roku koji joj odredi predsednik. U cilju odlučivanja o zahtevu predsednik može naložiti sprovođenje prethodne istrage. Međutim, predsednik je ovlašćen da usvoji zahtev i pre nego što dobije mišljenje i odgovor suprotne strane. U tom slučaju odluka o privremenoj meri može se izmeniti ili ukinuti i bez zahteva bilo koje strane³⁹.

Odluka o privremenoj meri donosi se u obliku rešenja koje se odmah dostavlja strankama. Rešenje mora u svakom slučaju biti obrazloženo. Predsednik može odbaciti zahtev kao nedopušten, može ga odbiti ili usvojiti. Odluka predsednika Suda pravde je konačna i protiv nje nije dozvoljena žalba. Protiv odluke predsednika Opšteg suda o privremenoj meri ili odluke predsednika specijali-

³⁷ Videti slučajeve: *Société Commerciale des Potasses* (T-88/94R, ECR, 1995, II, p. 263); *Pfizer* (T-13/99R, ECR, 1999, II, p. 1961).

³⁸ Videti slučajeve: *Merlini* (108/63, ECR, 1965, p. 9); *Customs Duties on Silk* (32/64, ECR, 1965, p. 372); *Bernardi* (T-146/95, ECR, 1996, II, p. 769, para. 29–30); *Kik* (T-107/94, ECR, 1995, II, p. 1717, para. 38); *D’Orazio* (T-4/97, ECR, 1997, II, p. 1505, para. 14); *Alzettrta Mauro* (T-298/97, ECR, 2000, II, p. 2319, para. 3739).

³⁹ Čl. 160, stavovi 6 i 7 Poslovnika Suda pravde, čl. 105, stav 2 Poslovnika Opšteg suda; čl. 104, stavovi 2 i 3 Poslovnika Tribunala za službeničke sporove.

zovanog suda može se uložiti žalba Sudu pravde, odnosno Opštem sudu. Žalba se izjavljuje samo iz pravnih razloga. U žalbi se ne može dovoditi u pitanje ocena činjeničnog stanja od strane predsjednika Opšteg, tj, specijalizovanog suda.

Izvršenje rešenja o privremenoj meri može biti uslovljeno polaganjem određenog obezbeđenja u novcu ili naturi ako to zahtevaju okolnosti slučaja. U rešenju o izdavanju privremene mere određuje se rok njenog važenja. Ukoliko nije određeno trajanje mere, ona prestaje danom donošenja presude o meritumu. Zavisno od razvoja situacije i promenjenih okolnosti izrečena mera se na zahtev stranke može izmeniti ili ukinuti. S druge strane, odluka Suda o odbijanju tražene mere ne sprečava stranku da kasnije podnese zahtev za njeno određivanje na osnovu novih činjenica⁴⁰.

MEŠANJE

Ishod glavnog postupka pred Sudom pravde može da utiče na položaj trećih subjekata koji nisu strane u sporu. Statut Suda dozvoljava ovim subjektima da se umešaju u postupak tako što će se pridružiti jednoj od parničnih strana (čl. 40). Posredstvom ustanove mešanja Sudu je data mogućnost da uzme u obzir opravdane interese trećih prilikom donošenja meritorne odluke.

Po svom karakteru, mešanje je dobrovoljno i akcesorno u odnosu na glavni postupak. Za razliku od nacionalnih procesnih prava država članica, pravni sistem Evropske unije ne poznaje ustanovu obavezne intervencije trećeg u slučaju kada neka od parničnih strana ima za to poseban interes. Niko ne može prinuditi treće subjekte da se umešaju u spor koji se vodi pred Sudom pravde. To pravo nemaju ni stanke u sporu niti sam Sud⁴¹.

S druge strane, mešanje nije samostalno pravno sredstvo koje trećima omogućava da na mala vrata uđu u postupak u svojstvu parnične strane. Statut izričito propisuje da je mešanje ograničeno samo na podršku jednoj od strana u sporu. Po tome se mešanje razlikuje od domaćih procesnih prava u kojima je dozvoljena tužba glavnog mešanja. Pošto je vezano za pridruživanje jednoj od stranaka, mešanje gubi svrhu u slučajevima brisanja predmeta iz registra Suda, povlačenja tužbe, poravnanja između stranaka i proglašenja nedopuštenosti tužbe.

Umešači nemaju ista procesna prava kao i stranke u glavnom postupku. Oni moraju primiti postupak u onom stanju u kojem je bio u trenutku kada su se umešali. Stoga umešači mogu preduzimati samo procesne radnje koje imaju za

⁴⁰ Čl. 162, stav 2 i 164 Poslovnika Suda pravde; čl. 107, stav 2 i 109 Poslovnika Opšteg suda; čl. 105, stav 2 i 107 Poslovnika Tribunala za službeničke sporove.

⁴¹ Slučaj *Wonnerth* (12/69, ECR, 1969, p. 577). Više o tome videti: H.Schermers, D.F. Waelbroeck, op. cit., p. 723. Međutim, prema čl. 111 Poslovnika Tribunala za službeničke sporove predsednik može u svakoj fazi postupka, pošto sasluša stranke, pozvati države članice, institucije EU i svako fizičko i pravno lice koga se tiče ishod spora da ga u roku koji sam odredi obaveste da li žele da se umešaju u postupak.

cilj da se u potpunosti ili delimično podrže zaključci jedne od parničnih strana. Njihovi zahtevi ne smeju da izađu iz okvira tvrdnji navedenih u podnescima strane kojoj su se pridružili⁴². Umešač nema pravo da na bilo koji način menja predmet tužbe u glavnoj stvari. Kada se pridružio na strani tuženog, on ne može da istakne prigovor nedopuštenosti tužbe ako je sama tužena strana propustila da stavi takav prigovor⁴³. Međutim, umešaču je dopušteno da koristi sopstvene argumente koje strana u postupku nije navela, jer bi se u protivnom mešanje svelo na puko ponavljanje predloga strane kojoj se pridružio⁴⁴.

Procesno pravo EU poznaje dve kategorije umešača. U prvu spadaju države članice i institucije Unije. Ovo su, kako se obično kaže povlašćeni ili privilegovani umešači, koji mogu intervenisati u bilo kom postupku koji je pokrenut direktnom tužbom pred Sudom pravde. Oni ne moraju da dokazuju postojanje posebnog interesa za rešenje spora, pošto je za njih Statutom već ustanovljena pretpostavka da imaju odgovarajući interes za mešanje⁴⁵.

U drugoj kategoriji nalaze se ostali subjekti koji se ponekad nazivaju neprivilegovanim umešačima⁴⁶. Ovde spadaju fizička i pravna lica koja se mogu umešati u spor samo ako dokažu da imaju pravni interes za ishod spora koji rešava Sud. Ovim licima, međutim, nije dozvoljeno da budu umešači u postupcima koji se vode između država članica, između institucija Unije ili između država članica i institucija Unije. Kao umešači u svojstvu pravnog lica mogu se pojaviti i države nečlanice ako dokažu odgovarajući pravni interes za ishod spora. Posebno je predviđeno da države koje su potpisnice Sporazuma o Evropskom ekonomskom prostoru i Nadzorni organ EFTA mogu da budu umešači u sporovima pred Sudom koji se odnose na oblast primene ovog Sporazuma (čl.40 Statuta).

Interes za mešanje izražava se kroz uticaj presude Suda na pravne odnose onog subjekta koji interveniše. Taj interes postoji ukoliko dispozitiv odluke koju će doneti Sud u korist ili na štetu jedne od stranaka neposredno pogađa prav-

⁴² Videti slučajeve: *Commission v. Council* (C-155/91, ECR, 1993, I, p.939, para. 22–25); *Regione Autonoma della Sardegna* (T-171/01, ECR, 2005, II, p. 7452).

⁴³ U prvo vreme Sud je dozvoljavao tu mogućnost (slučaj SNUPAT, 42 and 49/59, ECR, 1961, p. 75), da bi kasnije u praksi zauzeo čvrst stav da umešač nema pravo na isticanje ovog prigovora (videti slučajeve: *CIRFS*, C-313/90, ECR, 1993, I, p. 1125; *Matra*, C-225/91, ECR, 1993, I, p. 3203; *Galec*, T-88/92, ECR, 1996, II, p. 1851; *EISA*, T-239/94, ECR, 1997, II, p. 1839; *Kaysersberg*, T-290/94, ECR, 1997, II, p. 2137).

⁴⁴ Videti slučajeve: *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg v. High Authority* (30/59, ECR, 1961, p. 18); *Alexopoulou v. Commission* (C-155/98, ECR, 1999, I, p. 4069); *France v. Monsanto and Commission* (C-248/99, ECR, 2002, I, p.1, para. 56); *Siemens v. Commission* (T-459/93, ECR, 1995, II, p.1675, para. 21–23); *Forges de Clabecq v. Commission* (T-37/97, ECR, 1999, II, p. 859, para. 93).

⁴⁵ Videti slučajeve: *Roquette Frères v. Council* (138/79, ECR, 1980, p. 3333, para. 77); *Maize-na v. Council* (139/79, ECR, 1980, p. 3393, para. 17–21).

⁴⁶ *K. Lenaerts, D. Arts, I. Maselis, op. cit., p. 570.*

ni položaj ili ekonomsko stanje umešača koji joj se pridružio. Sud, međutim, ne smatra dovoljnim osnovom za mešanje situaciju kada se interes ispoljava kroz posredni uticaj presude na pravne odnose umešača koji se nalazi u sličnom položaju kao jedna od strana u postupku⁴⁷. Interes na strani umešača postojaće onda kada on sam nije imao aktivnu legitimaciju da pokrene postupak. Međutim, strana koja propusti rok za podnošenje direktne tužbe može biti umešač na strani tužioca koji je blagovremeno podneo takvu tužbu⁴⁸.

U Službenom listu EU objavljuje se obaveštenje o svakoj podnetoj tužbi sa osnovnim podacima o tužbenom zahtevu (imena stranaka, predmet, zahtev i osnovni navodi stranaka). Svrha ovog obaveštenja je da se trećim subjektima pruži prilika da saznaju i eventualno se umešaju u postupak koji se vodi pred Sudom. Zahtev za mešanje mora se podneti u roku od šest nedelja od objavljivanja obaveštenja. Međutim u postupku pred Tribunalom za službeničke sporove rok je kraći i iznosi četiri nedelje. Sud može razmatrati zahtev umešača podnet po isteku ovog roka, ali pre nego što je doneta odluka o otvaranju usmenog dela postupka. Zahtev za mešanje treba da sadrži opis slučaja, opis stranaka, ime i stalnu adresu umešača, razloge mešanja i interes za ishod spora, argumente kojima se podržavaju ili osporavaju zaključci stranaka, navođenje dokaza i adresu umešača za potrebe Suda⁴⁹.

Obe stranke u postupku mogu se usmeno ili pismeno izjasniti o zahtevu umešača. Odluku o zahtevu za mešanje donosi predsednik odgovarajućeg Suda, ali on može odlučivanje o tom prepustiti Sudu. Konačna odluka o dopuštenosti mešanja donosi se u formi rešenja. Ukoliko je zahtev za mešanje odbijen ovo rešenje mora biti obrazloženo. Odluka kojom se dozvoljava mešanje ne sprečava Sud da ponovo razmotri dopuštenost zahteva za mešanje u svojoj konačnoj presudi i da ga tom prilikom u celosti ili delimično oglasi nedopuštenim⁵⁰.

Ako dozvoli mešanje, predsednik Suda umešaču određuje rok u kome može da podnese svoj podnesak. U tom podnesku treba da navede zaključke koje traži podržavajući u celosti ili delimično tvrdnje jedne od parničnih strana, obrazloženje i pravne razloge na kojima oni počivaju, kao i potrebne dokaze. Nakon toga, predsednik određuje rok u kome obe stranke mogu da odgovore na podnesak umešača.

⁴⁷ Videti slučajeve: *Ramondin and Others v. Commission* (C-186/02, ECR, 2003, I, p. 2415, para. 14–17); *Kruidvat v. Commission* (T-87/92, ECR, 1993, II, p. 1375, para. 12–13).

⁴⁸ Videti slučajeve: *Eurosport* (T-35/91, ECR, 1991, II, p. 1959); *Corp* (C-245/95R, ECR, 1996, I, p. 557). U ovom smislu: H. Schermers, D.F. Waelbroeck, op. cit., p. 720.

⁴⁹ Čl. 130, stavovi 1–2 Poslovnika Suda pravde; čl. 115, stavovi 1–2 Poslovnika Opšteg suda; čl. 109, stav 2 Poslovnika Tribunalu za službeničke sporove.

⁵⁰ Videti slučajeve: *Roquette* (138/79, ECR, 1980, p. 3333); *Hüls* (C-199/92P, ECR, 1999, I, p. 4287, para. 52–55); *Acciaierie di Balzano v. Commission* (T-158/96, ECR, 1999, II, p. 3927, para. 39).

U slučaju kada je mešanje dozvoljeno umešač dobija primerke svih spisa predmeta. Izuzetno, na zahtev svake strane u postupku, predsednik može odlučiti da izostavi poverljive ili tajne dokumente⁵¹.

PRIGOVOR NEZAKONITOSTI

Prigovor nezakonitosti ne predstavlja samostalno pravno sredstvo koje stoji na raspolaganju stranama u postupku. Ovde je reč o mogućnosti da se u okviru glavnog postupka koji se po nekom osnovu već vodi pred Sudom pravde ili Opštim sudom ospori zakonitost pravnog akta organa Unije koji sam nije predmet spora, ali je od značaja za ishod postupka. U ovom slučaju pitanje zakonitosti akta Unije sa postavlja samo onda kada odluka Suda o meritumu zavisi od njegovog prethodnog rešavanja. Tako se isticanjem prigovora nezakonitosti inicira posebna vrsta sporednog postupka pred Sudom⁵².

Razlozi za korišćenje prigovora nezakonitosti se uglavnom vezuju za potrebu otklanjanja nedostataka sistema neposrednog osporavanja valjanosti akata inastitucija EU putem tužbe za poništaj. Na jednoj strani rokovi za podnošenje ove tužbe su veoma kratki, pa je sasvim moguće da se u tom vremenskom periodu nezakonitost nekog akta ne uoči. Čak i kada je nezakonitost očigledna, države članice i organi EU kao privilegovani tužioci iz različitih razloga nekada ne žele da pokrenu postupak za poništaj.

S druge strane, pojedinci kao neprivilogovani tužioci nemaju pravo da traže poništaj nezakonitih akata institucija EU ako im nisu neposredno upućeni ili se na njih pojedinačno i direktno ne odnose. Tada postoji realna opasnost da se akt, koji se zbog isteka propisanog roka više ne može napadati, primeni na štetu pojedinaca iako oni zbog nedostatka procesne legitimacije nisu nikada imali priliku da ospore njegovu valjanost. Osnovna svrha prigovora nezakonitosti je da se upravo pojedincima omogući da naknadno u nekom drugom postupku zaštite svoje interese tako što će ishoditi sudsku odluku kojom se konstatuje da osporeni akt ne može proizvesti negativna dejstva u odnosu na njih, tj. kojom se odbija njegova primena⁵³.

⁵¹ Čl. 131 i 132 Poslovnika Suda pravde; čl. 116, stavovi 2 i 4 Poslovnika Opšteg suda; čl. 109 i 110 Poslovnika Tribunala za službeničke sporove.

⁵² K. Lenaerts, D. Arts, I. Maselis, op. cit., pp. 342–343; Z. Radivojević, V. Knežević-Predić, Institucije Evropske unije, Niš, 2008, str. 207–211. Ovaj vid kontrole preuzet je iz francuskog upravnog prava u kome je poznat kao *exception d'illégalité*. Radi se o slučajevima u kojima nadležni organ, najčešće sud, odbija da primeni niži pravni akt zbog toga što je u suprotnosti sa zakonom (prigovor nezakonitosti u užem smislu) ili sa ustavom (prigovor u širem smislu), pri čemu se to pitanje postavlja u postupku u kome je prethodno osporena pojedinačna mera zasnovana na tom pravnom aktu. Videti: N.L. Brown, T. Kennedy, op. cit., p. 162.

⁵³ Više o tome: P. Craig, G de Burca, *European Union Law, Text, Cases and Materials*, Oxford, 2003, p. 572; O. Račić, *Nadležnost Evropskog suda pravde, Evropsko zakonodavstvo*, 2002,

Prigovor nezakonitosti se podnosi u postupku koji je pokrenut direktnom tužbom pred Sudom pravde ili Opštim sudom. Najčešće se koristi u postupku koji se vodi po tužbi za poništaj određenog akta institucije Unije. Tom prilikom stranke koje traže njegovo poništenje uzgredno osporavaju i zakonitost nekog drugog pravnog akata na osnovu koga je on donet. Ovde, dakle, nije u pitanju nova tužba za poništaj, već pravno sredstvo koje stoji na raspolaganju strankama radi njihove odbrane. Prema stavu Suda pravde to je "izraz opšteg načela kojim se svakoj strani u postupku daje pravo da u cilju poništaja odluke koja je od neposrednog i pojedinačnog interesa za tu stranku, postavi pitanje zakonitosti akata institucija Zajednice koji predstavljaju pravni osnov osporene odluke, a koje stranka nije mogla da osporava ... jer nije bila ovlašćena da podnese direktnu tužbu"⁵⁴.

Pravo na isticanje prigovora nezakonitosti stranke imaju i u drugim postupcima po direktnim tužbama. Tako tužilac i tuženi mogu podneti ovaj prigovor u postupku koji se vodi po tužbi zbog propuštanja institucije EU da donese akt ili u slučaju podnošenja tužbe zbog neizvršenja obaveza od strane država članica. Pored toga, prigovor nezakonitosti moguć je u radnim sporovima između službenika i organa Unije pred Sudom za službenike.

Prema slovu osnivačkog ugovora, prigovorom se mogu osporavati zakonski akti, akti Saveta, Komisije i Evropske centralne banke i akti Evropskog parlamenta i Evropskog saveta koji proizvode pravna dejstva u odnosu na treća lica (čl.277 UFEU).

Međutim, Sud je ovu odredbu u praksi široko tumačio dopuštajući mogućnost osporavanja i drugih akata usvojenih od strane neke institucije, organa ili tela Unije. Od odlučujućeg značaja za korišćenje prigovora nezakonitosti nije, dakle, bila forma akta čija se zakonitost osporava. Stanovište je Suda da pravo stranka na isticanje prigovora postoji u odnosu na sve akte institucija koji po svojoj suštini imaju normativni karakter i slična dejstva, pa ih na osnovu toga individualni subjekti nisu mogli dovoditi u pitanje podnošenjem direktne tužbe zbog nedostatka procesne legitimacije⁵⁵.

Premet prigovora nezakonitosti praktično može da bude bilo koji pravni akt Unije opšte prirode. Nasuprot tome, odluke kao pojedinačni akti ne mogu se prigovorom osporavati. Sud je tim povodom zauzeo jasan stav da bi bilo suprotno načelu pravne sigurnosti dopustiti strankama da ističu prigovor nezakonitosti protiv odluka koje su im upućene ukoliko pre toga nisu u predviđenom roku podnele tužbu za poništaj te iste odluke. Izuzetak predstavljaju slučajevi ospora-

str. 83; H.Schermers, D.F. Waelbroeck, p. 486.

⁵⁴ Slučaj *Simmenthal v. Commission* (92/78, ECR, 1979, p. 777, para. 39).

⁵⁵ Videti stav Suda pravde i Prvostepenog suda u slučajevima: *Wohrman* (33/62, ECR, 1962, p. 965); *Simmenthal* (92/78, ECR, 1979, p. 777, para. 39–41); *First University of Hamburg* (216/82, ECR, 1983, p. 2787, para. 10); *Reinarz* (T-6/92 i T-52/92, ECR, 1993, II, p. 1072, para. 56); *Second PVC Case* (T-305/94, ECR, 1999, II, p. 931).

vanja odluke koja ima očigledne mane ili kada je kod stranaka postojala razumna sumnja u pogledu dopuštenosti tužbe za poništaj⁵⁶.

Iz osnivačkog ugovora proizilazi da prigovor nezakonitosti može da podnese "svaka strana" u postupku koji se pred Sudom vodi po nekom drugom osnovu. Pravo na prigovor prvenstveno imaju fizička i pravna lica. U pogledu prava država da se koriste ovim prigovorom mišljenja su podeljena u teoriji. Dok jedan deo doktrine smatra da prigovor nezakonitosti stoji na raspolaganju i državama članicama bez obzira što već imaju procesnu legitimaciju da traže poništaj svakog nezakonitog akta, druga grupa pisaca zastupa stav da one kao privilegovani tužioci nemaju takvo ovlašćenje posle isteka dvomesečnog roka predviđenog za podnošenje tužbe radi poništaja⁵⁷.

Praksa Suda pravde ne daje pouzdan odgovor na ovu nedoumicu. U jednom slučaju Sud je prećutno prihvatio mogućnost da država članica istakne prigovor nezakonitosti u postupku koji je pokrenula tužbom za poništaj direktive⁵⁸, dok je u drugom odlučio da država ne može koristiti ovaj prigovor, jer bi se time ugrozila stabilnost sistema i pravna sigurnost⁵⁹. Što se tiče prava institucija Unije da istaknu prigovor, iako u doktrini preovlađuje stav da njima takvu mogućnost ne treba dopustiti⁶⁰, Sud je u jednoj novijoj presudi prihvatio kao dopušten prigovor nezakonitosti koji je podnela Evropska centralna banka protiv regulative Evropskog parlamenta i Saveta⁶¹.

Za isticanje prigovora nezakonitosti nije propisan nikakav poseban rok. U svakom slučaju mora se podneti već u prvom podnesku tužioca ili odgovoru tuženog. Prigovor podnet po prvi put u replici tužioca ili duplici tuženoga smatraće se neprihvatljivim i biće odbačen⁶². Osnovi za osporavanje nezakonitosti isti su kao i kod tužbe za poništaj: nenadležnost organa koji je akt doneo, povrede pravi-

⁵⁶ Videti slučajeve: *Commission v. Belgium* (156/77, ECR, 1978, p. 1881, para. 20); *Commission v. Greece* (223/87, ECR, 1988, p. 3611, para. 16); *Schintgen v. Commission* (T-343/02, ECR, 2004, II, p. 605, para. 26).

⁵⁷ Za pregled stavova u doktrini: K. Lenaerts, D. Arts, I. Maselis, op. cit., p. 346, beleške 756–757.

⁵⁸ Slučaj *Group Exemption Regulation, Italy v. Commission and Council* (32/65, ECR, 1966, p. 389). Italija je u ovom slučaju istakla prigovor da bi dovela u pitanje valjanost ranije donetih regulativa koje su bile u vezi sa regulativom čiji je poništaj tužbom tražen.

⁵⁹ Slučaj *Commission v. Belgium* (156/77, ECR, 1978, p. 1881). Ovde je predmet prigovora bila pojedinačna odluka upućena državi članici čiji poništaj ona nije tražila tužbom u za to propisanim roku. U praksi Suda ostalo je otvoreno pitanje da li država članica može da podnese prigovor nezakonitosti protiv direktive kao trećeg tipa pravno obavezujućeg akta institucija Unije.

⁶⁰ M.C. Bergers, op. cit., pp. 312–313; A. Čavoški, A. Knežević-Bojović, D. Popović, op. cit., str. 82.

⁶¹ Slučaj *Commission v. European Central Bank* (C-11/00, ECR, 2003, I, p. 7147, para. 74–77). Više o tom slučaju i njegovom značaju: K. Lenaerts, D. Arts, I. Maselis, op. cit., pp. 347–348.

⁶² Videti stav Suda pravde i Prvostepenog suda u slučajevima: *Fiskano* (C-135/92, ECR, 1994, I, p. 2885, para. 33) i *Air Inter* (T-260/94, ECR, 1997, II, p. 997, para. 106).

la postupka prilikom odlučivanja, povrede osnivačkih ugovora EU i svakog drugog propisa koji se odnosi na njihovu primenu i zloupotreba ovlašćenja (čl. 263 UFEU).

Povodom prigovora nezakonitosti ne donosi se posebna sudska odluka. Ukoliko se on usvoji, Sud ne poništava osporeni akt, najčešće regulativu, već samo konstatuje da se ne može primeniti u konkretnom slučaju. Odluka koja je doneta na osnovu takve regulative postaje akt bez pravnog osnova i mora se poništiti⁶³. Međutim, sama regulativa ostaje na snazi, kao i sve druge odluke koje su na njoj zasnovane. Ona će važiti sve dok ne bude poništena u posebno propisanom sudskom postupku ili dok regulativu ne povuče institucija koja je donela⁶⁴.

ZORAN RADIVOJEVIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty of Law, University of Niš

INCIDENTAL PROCEEDINGS BEFORE THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION

Summary

The incidental proceedings before the Court of Justice of the European Union include proceedings related to preliminary objections, interim measures, third party interventions and objections of illegality, where the Court does not decide on the merits of the case but resolves some other case-related issues. Generally, these proceedings are shorter and may have priority over the direct action, which is considered as the main proceeding.

Preliminary objections are legal remedies available to the defendant and used for challenging the admissibility of proceedings commenced by the direct action. Their purpose is to end the process at the early stage of the proceeding, without going into the merits of the case. They are submitted to the Court for lack of jurisdiction, lack of procedural legitimacy as a plaintiff, or untimely claim.

In emergency cases, when there is a risk that the applicant will sustain serious and irreparable damage while pending judgment, the Court will order interim measures. The aim of the imposed interim measure is to prevent the occurrence of adverse consequences if there is a reasonable prospect that the applicant will win the case. The existence of an interim measure is not prejudicial

⁶³ Ph. Manin, *L'Union européenne: institutions – ordre juridique – contentieux*, Paris, 2005, p. 440; R. Vukadinović, *op. cit.*, str. 120.

⁶⁴ Videti stav Suda pravde u slučaju *Razzouk and Beydoun v. Commission* (75 i 117/82, ECR, 1984, p. 1509, para. 19).

to the decision on the merits of the case in which it has been ordered, and its validity in any case ceases by passing the judgment on the merits of the case.

Third party intervention allows the Court to take into account the legitimate interests of third persons or entities not party to the dispute. This institute is used if the outcome of the main proceeding and the judgment on merits rendered by the Court may have an adverse effect on the legal status of third parties. Thus, third parties are allowed to intervene in the process by joining one of the litigants and supporting its claims.

The objection of illegality is also known as the accessory control on the legality of EU legal acts or an indirect challenge to the validity of a particular EU legal act. When raised, this kind of objection initiates an incidental proceeding alongside the main proceeding which is already underway before the Court of Justice for the annulment of a specific legal act. In the course of this incidental proceeding, the Court has to establish the illegality of a particular act which is not the subject matter of dispute, and as such, cannot be applied in the main proceeding.

VLADIMIR MEDOVIĆ

MEĐUNARODNA SARADNJA SA TREĆIM DRŽAVAMA U SVETLU SPORAZUMA O STABILIZACIJI I PRIDRUŽIVANJU

U V O D

Stupanjem na snagu Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju (SSP) 1. septembra 2013. godine Srbija je ušla u novu, institucionalnu, fazu odnosa sa Evropskom unijom (EU).¹ Radi se o izuzetno kompleksnom sporazumu koji reguliše čitav niz pitanja: stvaranje zone slobodne trgovine sa ograničenom slobodom kretanja usluga, kapitala i ljudi, harmonizaciju prava i sveobuhvatnu saradnju između ugovornih strana, uključujući i političku saradnju. U pitanju je strateški dokument koji će u narednim godinama određivati političke i ekonomske odnose između Evropske unije i Srbije i imati veliku uticaj na oblikovanje srpskog pravnog sistema kroz proces harmonizacije propisa sa pravnim tekovinama EU. Od sposobnosti srpskih vlasti da pravilno i u punoj meri primene odredbe SSP-a zavisiće kojom brzinom će se Srbija kretati ka članstvu u EU.

Osim što reguliše odnose između ugovornih strana, SSP predviđa specifične obaveze za Srbiju u odnosima sa trećim državama, čiji je cilj da uvedu Srbiju u mrežu sporazuma EU sa državama iz regiona Zapadnog Balkana, kandidatima za

Dr Vladimir Medović, docent Fakulteta za ekonomiju i inženjerski menadžment u Novom Sadu.

¹ Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju je potpisan 29. aprila 2008. godine između Srbije i Evropske zajednice, Evropske zajednice za atomsku energiju i njihovih država članica. O odredbama Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju i njihovom pravnom dejstvu videti kod Medović V. *Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju*, Beograd, 2011.

članstvo u EU i trećim evropskim državama sa kojima EU ima zaključene ugovore o slobodnoj trgovini ili carinskoj uniji. Slične obaveze su preuzele i druge države koje se nalaze u Procesu stabilizacije i pridruživanju čime bi region Zapadnog Balkana trebalo postane deo složeoog sistema slobodne trgovine u Evropi. Takođe, SSP uvodi Srbiju, doduše u ograničenom obimu, u okvire Zajedničke trgovinske politike EU, namećiću joj određene obaveze u pogledu ekonomskih odnosa sa trećim državama. Upravo je taj, međunarodni, segment SSP-a predmet ovog rada. U daljem toku rada prikazaćemo koje obaveze je Srbija preuzela u odnosu na treće države, kakvo je međunarodno-pravno dejstvo tih obaveza, kao i kakav je njihov značaj u domaćem pravnom sistemu.

SARADNJA SA DRŽAVAMA IZ REGIONA

Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju posebnu pažnju posvećuje održavanju mira i stabilnosti u regionu Zapadnog Balkana, koji se još uvek oporavlja od posledica građanskih ratova iz devedesetih godina prošlog veka. S tim u vezi u preambuli SSP se ističe značaj tog sporazuma u okviru Procesu stabilizacije i pridruživanja sa državama Zapadnog Balkana za uspostavljanje i konsolidaciju stabilnog evropskog poretka u regionu, u kome bi EU bila glavni stub. U tom smislu se naglašava posvećenost ugovornih strana da doprinesu političkoj, privrednoj i institucionalnoj stabilizaciji u Srbiji i regionu. Dalje u preambuli se podseća na značaj zaključaka samita EU i država obuhvaćenih Procesom stabilizacije i pridruživanju održanog 24. novembra 2000. godine u Zagrebu o poboljšanju regionalne saradnje. Na kraju, preambula ukazuje na Sporazum o slobodnoj trgovini u centralnoj Evropi (CEFTA), potpisan u Bukureštu 2006. godine, kao sredstvo jačanja sposobnosti regiona da privuče ulaganja i mogućnosti njegove integracije u svetsku ekonomiju.

Regionalna saradnja je takođe predmet dispozitivnog dela SSP-a. U članu 1. stav 2, tačka ž, koji definiše ciljeve pridruživanja Srbije EU, izričito se navodi „podsticanje regionalne saradnje u svim oblastima obuhvaćenim Sporazumom“. U delu koji se odnosi na opšta načela Sporazuma, naglašava se da su međunarodni i regionalni mir i stabilnost, razvoj dobrosusedskih odnosa i poštovanje ljudskih i manjinskih prava od suštinskog značaja za Proces stabilizacije i pridruživanja.² S tim u vezi Srbija se obavezala da će nastaviti da podstiče saradnju i dobrosusedske odnose sa drugim državama iz regiona, uključujući i odgovarajući stepen međusobnih koncesija u pogledu kretanja lica, robe, kapitala i usluga, kao i razvoj projekata od opšteg interesa. Pomenuta obaveza treba da doprinese regionalnoj stabilnosti i, shodno tome, predstavlja ključni faktor u razvoju odnosa i saradnje između Srbije i EU.³

² Član 5. Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju.

³ Član 6. Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju.

Programske odredbe SSP-a su operacionalizovane u Naslovu III Sporazuma: Regionalna saradnja. Član 14. stav 1. SSP predviđa da će Srbija, u skladu sa svojom posvećenošću međunarodnom i regionalnom miru i stabilnosti i razvoju dobrosusedskih odnosa, aktivno unapređivati regionalnu saradnju. Predviđena je mogućnost da EU, u okviru svojih programa pomoći, može podržati projekte koji imaju regionalni ili prekogranični značaj. Iz formulacije ove odredbe proizilazi da će pružanje takve pomoći zavisiti od odluke organa EU, u skladu sa sopstvenim pravilima. Zanimljiva je odredba drugog stava člana 14. SSP koja propisuje da će Srbija, kada predvidi jačanje saradnje sa nekom od država iz regiona, o tome obavestiti i konsultovati se sa EU u okviru zajedničkih tela za sprovođenje Sporazuma. Svrha ove odredbe je da predupredi moguće komplikacije i sporove ukoliko bi Srbija dogovorila sa nekom državom iz regiona određena pravila u međusobnoj trgovini koja bi narušila ili mogla da ugroze postojeća pravila iz SSP-a, na primer ugovaranje posebnih pogodnosti koje bi diskriminisale poslovne subjekte iz EU ili ostalih država iz regiona. Treći stav člana 14. SSP propisuje i jednu sasvim određenu obavezu za Srbiju: da u potpunosti poštuje obaveze iz CEFTA ugovora.⁴

Član 15. SSP predviđa konkretne mere u pogledu unapređenja regionalne saradnje. Srbija se obavezala će odmah nakon potpisivanja sporazuma Srbija započeti pregovore sa državama koje su već potpisale sporazum o stabilizaciji i pridruživanju⁵ radi zaključivanja bilateralnih ugovora o regionalnoj saradnji čiji bi glavni elementi bili politički dijalog, uspostavljanje zone slobodne trgovine, odobrenje uzajamnih koncesija u pogledu kretanja radnika, prava na poslovno nastanjivanje, pružanja usluga, tekućih plaćanja i kretanja kapitala, kao i drugih politika koje se odnose na kretanje lica, na istom nivou koji je predviđen sporazumom između Srbije i EU, i odredbe o saradnji u drugim oblastima, posebno u oblasti pravosuđa i unutrašnjih poslova. Rok za zaključenje bilateralnih ugovora je dve godine od stupanja na snagu sporazuma. Spremnost Srbije da zaključi bilateralne ugovore sa državama iz regiona predstavlja uslov za dalji razvoj odnosa između Srbije i EU.

Sporazum sadrži posebnu odredbu koja se odnosi na obavezu pokretanja pregovora sa preostalim državama iz regiona koje u momentu potpisivanja SSP-a još nisu bile potpisale sporazum o stabilizaciji i pridruživanju sa EU. Članom 15. stav 5. SSP-a je predviđeno da će Srbija započeti pregovore o zaključivanju sličnih sporazuma sa tim državama odmah pošto one potpišu sporazume o stabilizaciji i pridruživanju sa EU. U trenutku pisanja ovog rada sve države Zapadnog Balkana su potpisale sporazum o stabilizaciji i pridruživanju sa EU. Kao problem

⁴ Član 14. Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju. Članice CEFTA su osim država Zapadnog Balkana (Albanija, Crna Gora, Makedonija, Bosna i Hercegovina, Srbija) Moldavija i UNMIK Kosovo.

⁵ Hrvatska, Makedonija, Albanija i Crna Gora. Bosna i Hercegovina je potpisala sporazum o stabilizaciji i pridruživanju sa EU 16. juna 2008. godine.

se može pojaviti nerešeno pitanje statusa Kosova koje se nakon Briselskog sporazuma između Beograda i Prištine od 20. aprila 2013. godine nalazi pred otvaranjem pregovora sa EU o zaključenju sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju. Naime, može se postaviti pitanje tumačenja odredbe člana 15. stav 5. SSP-a, tj. da li se ona odnosi samo na države ili i posebne međunarodne entitete. S obzirom da je za većinu država članica Kosovo nezavisna država, i pored načelne statusne neutralnosti EU, verovatnije je da će se od Srbije očekivati da u dobroj veri započne odgovarajuće pregovore sa Kosovom odmah nakon što ono potpiše sporazum o stabilizaciji i pridruživanju sa EU. Tim pre što je iz Evropske komisije već najavljeno da će pitanje odnosa Srbije i Kosova ostati otvoreno u okviru poglavlja 35 (ostala pitanja) kroz ceo proces pregovaranja o ulasku Srbije u članstvo EU.

Problem Kosova takođe može iskrsnuti u kontekstu člana 16. SSP kojim je predviđeno da će sa državama koje su obuhvaćene Procesom stabilizacije i pridruživanja, a nisu još potpisale sporazum o stabilizaciji i pridruživanju, Srbija učestvovati u regionalnoj saradnji u nekim ili svim oblastima saradnje obuhvaćenim sporazumom, a posebno onim od zajedničkog interesa. Ta saradnja mora biti u skladu sa načelima i ciljevima SSP-a. U ovom momentu primena odredbe člana 16. SSP-a dolazi u obzir samo u odnosu na Kosovo, sa svim teškoćama i izazovima koje to sa sobom nosi.

Izložene odredbe SSP o obavezi regionalne saradnje, poštovanju preuzetih ugovornih obaveza i zaključenju novih sporazuma predviđaju odgovarajuće pravne posledice u slučaju njihovog neispunjenja. Kao što je već pomenuto, međunarodni i regionalni mir i stabilnost, održavanje dobrosusedskih odnosa i spremnost na regionalnu saradnju predstavljaju samu suštinu Procesu stabilizacije i pridruživanju, a samim tim i bitan element SSP-a. S tim u vezi član 133. stav 3. SSP predviđa da svaka ugovorna strana može suspendovati primenu sporazuma sa trenutnim dejstvom ukoliko druga ugovorna strana ne poštuje neki od suštinskih elemenata sporazuma. Po logici stvari eventualna suspenzija sporazuma predstavljala bi krajnju meru u slučaju ozbiljnog i upornog kršenja obaveza iz SSP-a koje bi za posledicu moglo imati narušavanje mira i stabilnosti u regionu.

Kada je reč o konkretnim obavezama u vezi sa regionalnom saradnjom, SSP pravi razliku između pune primene CEFTA ugovora i obaveze pokretanja i zaključivanja bilateralnih ugovora sa državama obuhvaćenih Procesom stabilizacije i pridruživanja. Ugovorne strane vide obavezu poštovanja CEFTA ugovora kao bitan uslov regionalne saradnje. To porizilazi iz činjenice da se odredba o punoj primeni CEFTA ugovora nalazi u članu 14. SSP, zajedno sa odredbama o održavanju međunarodnog i regionalnog mira i stabilnosti, dobrosusedskih odnosa i unapređenju regionalne saradnje, kao suštinskim elementima Procesu stabilizacije i pridruživanja. Povreda te obaveze bi stoga mogla imati za posledicu suspenziju SSP-a. Ipak, to bi bila krajnja mera kojoj bi prethodio čitav niz drugih institucionalnih koraka. Naime, svedoci smo čestih sporova između država članica CEFTA u vezi sa funkcionisanjem zone slobodne trgovine. Od strana u sporu se

očekuje da te sporove rešavaju u okviru institucionalnih mehanizama predviđenih CEFTA ugovorom. Takođe se očekuje da u potpunosti primene odluke koje s tim u vezi budu donele institucije CEFTA. S obzirom da EU ima učešće u institucionalnoj strukturi CEFTA njeni organi mogu neposredno pratiti poštovanje ugovora od strane država članica ili se aktivno uključiti u rešavanje većih sporova. Nema sumnje da bi u slučaju ozbiljnog i trajnijeg nepoštovanja ugovora i odluka institucija CEFTA EU mogla razmotiti i mogućnost preduzimanja odgovarajućih mera prema dotičnoj državi zbog povrede obaveze iz sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju, uključujući i suspenziju sporazuma.

Kad je reč o obavezi pokretanja pregovora i zaključenja bilateralnih ugovora sa državama obuhvaćenih Procesom stabilizacije i pridruživanja tu je situacija bitno drugačija. Član 15. stav 4. SSP izričito predviđa da spremnost Srbije da zaključi bilateralne ugovore sa državama iz regiona predstavlja uslov za dalji razvoj odnosa između Srbije i EU. Istovetne obaveze su preuzele i druge države Zapadnog Balkana u svojim sporazumima o stabilizaciji i pridruživanju. Nema sumnje da će EU aktivno ohrabrivati države iz regiona da zaključe predviđene ugovore i ponuditi dobre usluge i pomoć u slučaju pojave većih problema. Ako i pored toga ne bi došlo do zaključivanja ugovora ostaje na EU da u svakom konkretnom slučaju procene da li su se strane u pregovorima ponašale u dobroj veri i utvrdi odgovornost svake od njih. Ukoliko do toga dođe posledice mogu biti veoma ozbiljne. To može predstavljati prepreku u za prelazak Srbije u sledeću fazu u procesu stabilizacije i pridruživanju, od čega zavisi primena ili proširenje nekih prava predviđenih sporazumom, ali i uticati na obim finansijske i druge pomoći EU Srbiji. U svakom slučaju takav propust bi usporio pregovore o članstvu Srbije EU.

SARADNJA SA DRŽAVAMA KANDIDATIMA ZA ČLANSTVO U EU

Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju sadrži odredbe o saradnji između Srbije i država kandidata za članstvo u EU. Svrha ove odredbe je postepeno usklađivanje odnosa sa onim državama koje se već nalaze u ekonomskoj orbiti EU i od kojih se očekuje da u bližoj ili daljoj budućnosti postanu članice EU. Srbija se obavezala da će podsticati saradnju i zaključiti konvencije o regionalnoj saradnji sa svakom državom kandidatom za članstvo u EU u bilo kojoj oblasti obuhvaćenoj Sporazumom o stabilizaciji i pridruživanju. Te konvencije treba da omogućće postepeno usklađivanje bilateralnih odnosa između Srbije i država kandidata sa odgovarajućim delom odnosa između EU i njenih država članica i država kandidata. U momentu potpisivanja SSP-a status kandidata za članstvo u EU su imali Hrvatska, Makedonija i Turska, dok su to kasnije postali Crna Gora i Island. U međuvremenu Hrvatska je 1. jula 2013. postala član EU, dok je Island je povukao zahtev za članstvo. U odnosu na Makedoniju i Crnu goru već postoji obaveza saradnje u okviru Procesu stabilizacije i pridruživanja i CEFTA ugovora. Turska predstavlja poseban slučaj zbog postojanja carinske unije između te države i

EU.⁶ Srbija je prihvatila obavezu da do isteka prelaznog perioda od 6 godina zaključi sporazum sa Turskom u cilju formiranja zone slobodne trgovine i liberalizacije poslovnog nastanjanja i pružanja usluga u istom obimu koji je predviđen sporazumom između Srbije i EU.⁷ Ispunjavajući tu obavezu Srbija je 1. juna 2009. potpisala Sporazum o slobodnoj trgovini sa Turskom, koji je stupio na snagu 1. septembra 2010. godine.

U slučaju da neka od država kandidata u toku važenja sporazuma uđe u članstvo EU SSP predviđa održavanje posebnih konsultacija kako bi se obezbedilo uzimanje u obzir međusobnih interesa EU i Srbije koji su predmet sporazuma.⁸

TRGOVINSKI SPORAZUMI IZMEĐU SRBIJE I TREĆIH DRŽAVA

Evropska unija i Srbija su ušle u Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju sa već ranije zaključenim sporazumima o slobodnoj trgovini ili carinskoj uniji sa trećim državama. Zbog toga je postojala potreba da SSP uzme u obzir prethodno preuzete obaveze prema trećim državama. Pravila koja se odnose na ovo pitanje nalaze se u Naslovu IV SSP-a: Slobodan promet robe.⁹ Ovim Naslovom uređuju se odnosi između Srbije i EU u pogledu funkcionisanja zone slobodne trgovine čije je uspostavljanje predviđeno u roku od 6 godina. Zanimljivo je da SSP sadrži samo dve odredbe koje se tiču trgovinskih odnosa ugovornih strana sa trećim državama, mada se radi o izuzetno važnom pitanju koje može imati značajne ekonomske, ali i spoljnopolitičke implikacije.

SSP ne isključuje očuvanje i uspostavljanje carinskih unija, zona slobodne trgovine ili dogovora o prekograničnom prometu sa trećim državama, u meri u kojoj se ne menjaju trgovinski dogovori predviđeni sporazumom.¹⁰ Iz formulacije ove odredbe proizilazi da ugovorne strane daju prioritet SSP-u u odnosu na odgovarajuće sporazume sa trećim državama, kako onim koji su već zaključeni, tako i onim koji će tek biti zaključeni u budućnosti. To znači da bi ugovorne strane trebalo da se uzdrže od zaključivanja novih sporazuma o slobodnoj trgovini, carinskoj uniji ili prekograničnoj trgovini koji bi bili suprotni SSP-u ili da sa njim usklade prethodno preuzete obaveze. Međusobno usklađivanje odnosa u vezi sa postojanjem carinskih unija ili zona slobodne trgovina može biti izvedeno i kroz zaključivanje odgovarajućih sporazuma, kao što je bio slučaj u odnosu na Tursku.

⁶ Od 1. jula 1996. godine između Turske i Evropske unije postoji carinska unija. Decision 1.95 of the E.C. – Turkey Association Council of December 22, 1995, OJ 1996, L 35/1.

⁷ Član 17. Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju.

⁸ Član 39. stav 3. Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju.

⁹ Član 39. Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju. Odredbe ovog člana su deo Prelaznog sporazuma o trgovini i trgovinskim pitanjima između Srbije i EU (član 24.) i stupile su na snagu 1. februara 2010. godine.

¹⁰ Član 39. stav 1. Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju.

S tim u vezi trebalo bi pomenuti da je Srbija 17. decembra 2009. godine potpisala Sporazum o slobodnoj trgovini sa državama članicama Evropske zone slobodne trgovine (EFTA), Norveškom, Švajcarskom, Islandom i Lihtenštajnom, sa kojima, uz izuzetak Švajcarske, Evropska unija ima zaključen sporazum o Evropskom ekonomskom prostoru.¹¹ Sporazum o slobodnoj trgovini sa državama EFTA je počeo da se primenjuje 1. oktobra 2010. godine.

SSP ne sadrži posebnu odredbu o odnosu tog sporazuma i ostalih trgovinskih sporazuma sa trećim državama. U skladu sa načelom međunarodnog običajnog ugovornog prava *pacta sunt servanda*, koje se primenjuje na SSP, jednom zaključeni međunarodni sporazum obavezuje ugovorne strane i one su dužne da ga ispune u dobroj veri.¹² Šta bi se dogodilo ako neka od ugovornih strana ipak zaključi sa trećom državom međunarodni trgovinski sporazum koji bi bio u suprotnosti sa odredbama SSP-a? Pravila međunarodnog običajnog prava u načelu ne sprečavaju ugovorne strane da povodom istog predmeta zaključe novi međunarodni sporazum sa trećim državama.¹³ U skladu sa načelima *pacta sunt servanda* i dobre vere, ugovorne strane ne smeju preduzimati nikakve akte koji bi sprečili ili mogli ugroziti izvršenje međunarodnih sporazuma. Preduzimanje takvih akata, uključujući i zaključivanje novih, suprotnih, međunarodnih sporazuma sa trećim državama, povlači za sobom međunarodnu odgovornost. U tom slučaju druga ugovorna strana iz ranijeg međunarodnog sporazuma može zahtevati ispunjenje tog sporazuma i stavljanje van snage novog ili suspendovati njegovu primenu i raskinuti ga, uz traženje odgovarajućeg zadovoljenja i naknade štete. Međunarodni sporazum može i sam predvideti određene posledice neispunjenja.¹⁴

Paralelna egzistencija dva neusklađena ili suprotna međunarodna sporazuma mogla bi izazvati komplikacije u unutrašnjim pravnim sistema strana ugovornica, posebno kada ti sporazumi predviđaju određene koncesije za drugu ugovornu stranu ili njena fizička i pravna lica. To pitanje bi rešavali nacionalni sudovi u skladu sa ustavnim pravilima svake od ugovornih strana. S obzirom da se radi o aktima iste pravne snage u Srbiji bi se taj sukob rešavao primenom pravila *lex posterior derogat tlegi priori* i *lex specialis derogat legi generali*. U Evropskoj uniji je moguća nešto drugačija situacija. Mada, koliko je ovom autoru poznati, u sudskoj praksi nije bilo sličnih predmeta, ne bi bilo iznenađenje da Sud pravde EU napravi razliku između međunarodnih sporazuma koje zaključuje Savet jednoglasnom odlukom uz saglasnost Evropskog parlamenta od ostalih međunarodnih sporazu-

¹¹ Sporazum o Evropskom ekonomskom prostoru je stupio na snagu 1. januara 1994. godine i predviđa postojanje jedinstvenog tržišta između strana ugovornica. OJ 1994, L1/1.

¹² Za primenu međunarodnog običajnog ugovornog prava na međunarodne sporazume EU videti predmet C-162/96, *Racke GmbH & Co. v. Hauptzollamt Mainz* (1998) ECR I-3655.

¹³ Bartoš M. *Međunarodno javno pravo - Ugovorno pravo*, Beograd 1986. str.124-133.

¹⁴ Videti Andrassy J. *Međunarodno pravo*, Zagreb 1990, str. 339-340, Bartoš M. *op. cit.*, str. 370-373.

ma koje zaključuje Savet kvalifikovanom većinom. U toj situaciji SSP bi imao primat nad drugim međunarodnim trgovinskim sporazumima EU koje zaključuje Savet.

Obaveza usklađivanja međunarodnih trgovinskih odnosa sa obavezama iz SSP-a je usmerena pre svega na Srbiju. U vreme pisanja ovog rada Srbija je kandidat za članstvo u EU i nalazi se pred otvaranjem pristupnih pregovora. To će nezostavno zahtevati od Srbije da ide i korak dalje i postepeno prilagođava svoje trgovinske odnose sa Zajedničkom trgovinskom politikom i spoljnim aktivnostima EU, što bi moglo da izazove probleme u primeni nekih postojećih trgovinskih aranžmana sa trećim državama. Tu prvenstveno mislimo na energetske sporazume između Rusije i Srbije.¹⁵ Pojedine odredbe tih sporazuma su, najblaže rečeno, sporno i veliko je pitanje da li su u skladu sa osnovnim načelima SSP-a. U pitanju su odredbe kojima se obezbeđuje privilegovan položaj na tržištu za Naftnu industriju Srbije (NIS), sada u većinskom vlasništvu Gasproma, zajednička preduzeća (opet u većinskom vlasništvu Gasproma) i ruskih preduzeća koje učestvuju u energetskim projektima u Srbiji. Primera radi, članom 11. Sporazuma između Vlade Republike Srbije i Vlade Ruske federacije o saradnji u oblasti naftne i gasne privrede iz 2008. godine (Sporazum) je predviđeno da će srpska strana za realizaciju predviđenih projekata obezbediti povoljniji poreski i carinski režim. Shodno tome, član 13. Sporazuma propisuje da će u slučaju unošenja u srpsko zakonodavstvo Srbije izmena koje dovode do pogoršanja uslova oporezivanja Kompanija (zajednička preduzeća, NIS-a, učesnika i izvođača u projektu), oporezivanje Kompanija će se do dostizanja platne isplativost datih projekata vršiti se u skladu sa zakonodavstvom Srbije koje je bilo na snazi na dan potpisivanja ovog sporazuma. Takođe se favorizuju ruske firme u postupcima javnih nabavki. Članom 10. stav 2. Sporazuma je predviđeno da će izbor izvođača, isporučilaca materijalno-tehničkih resursa, i organizacija koje pružaju usluge za realizaciju projekata vršiti NIS i zajedničke kompanije na osnovu tendera tako što će uz podjednake uslove davati prednost privrednim subjektima ugovornih strana (Rusije i Srbije). Dalje, NIS se izuzima od primene sankcija ukoliko zbog eksploatacije opreme, koja je postojala do datuma potpisivanja ugovora, dodje do kršenja srpskih propisa o zaštiti životne sredine. Sa stanovišta odredbi SSP-a o zabrani državne pomoći koja narušava ili pretili da naruši konkurenciju, sporna je odredba sporazu-

¹⁵ Sporazum između Vlade Republike Srbije i Vlade Ruske federacije o saradnji u oblasti naftne i gasne privrede potpisan 25. januara 2008. godine (Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori br. 83/2008), Protokol o osnovnim uslovima kupovine od strane OAD Gazprom neft akcija kompanije Naftna industrija Srbije od 25. januara 2008, Ugovor o prodaji i kupovini akcija Naftne industrije Srbije a.d. Novi Sad od 24. decembra 2008, Osnovni uslovi za osnovni sporazum o saradnji između OAO Gazprom i JP Srbijagas i Memorandum o razumevanju između OAO Gazprom i JP Srbijagas iz 2009. godine. O analizi navedenih sporazuma i njihovoj usklađenosti sa Ustavom i međunarodnim obavezama Srbije videti detaljnije: „Pravna analiza aranžmana između Srbije i Rusije u oblasti naftne i gasne privrede“ Advokatske kancelarije Nikolić, Kokanović, Otašević, 21. decembar 2009. godine. ISAC Fund.

ma prema kojoj je Vlada Srbije dužna da obezbedi da svi zahtevi državnih organa ili preduzeća u državnom vlasništvu prema NIS-u, veći od 10.000.000 evra, koji su ostali nerešeni do momenta transfera akcija, budu što je pre moguće povučeni ili na drugi način rešeni tako da iz tih zahteva ne proistekne odgovornost za NIS. U istom kontekstu je zanimljiva odredba člana 17.2. Osnivačkog akta NIS-a, koji predstavlja prilog 5 Ugovora o prodaji i kupovni akcija NIS-a iz decembra 2009. godine, kojom se predviđa da svi zakoni i propisi koji će biti doneti nakon stupanja na snagu Osnivačkog akta, ako su u suprotnosti sa Osnivačkim aktom ili stavljaju Gasprom u nepovoljniji položaj od onog predviđenog Osnivačkim aktom ili zakonom na snazi u vreme usvanjanja Osnivačkog akta, neće biti primenjivani, osim ako drugačije ne odluči Gasprom kao većinski vlasnik NIS-a. Navedenim sporazumima sa Rusijom se praktično institucionalizuje privilegovan status NIS-a na tržištu, na kome inače ima dominantan položaj, a samim tim se favorizuju Gasprom kao njegov većinski vlasnik.

Postavlja se pitanje u kojoj meri se obaveze iz energetskih sporazuma sa Rusijom mogu uskladiti sa obavezama iz SSP-a. SSP izričito zabranjuje bilo kakvu diskriminaciju privrednih društava iz druge ugovorne strane u pogledu prava osnivanja i poslovanja privrednih društava. Štaviše, SSP sadrži klauzulu najvećeg povlašćenja u pogledu poslovnog nastanjivanja. Propisano je da će na teritoriji druge ugovorne strane privredna društva EU i srpska privredna društva uživati položaj koji nije manje povoljan od položaja koji Srbija, odnosno države članice EU, daju svojim privrednim društvima ili bilo kojem društvu iz trećih država. Slična odredba postoji u odnosu na poslovanje društava kćeri ili ogranaka privrednih društava ugovornih strana koji su osnovani na teritoriji druge ugovorne strane. Ona će uživati položaj koji nije manje povoljan od položaja koje ugovorne strane priznaju svojim privrednim društvima i ogranacima ili bilo kojem društvu kćeri ili bilo kojem ogranaku privrednog društva iz treće države, koji god je bolji.¹⁶ Primena citiranih odredbi SSP-a bi značila da se sve povlastice koji energetski sporazumi predviđaju za ruske ili zajedničke firme automatski proširuju na privredna društva iz EU. Doduše član 16. Sporazuma sa Rusijom predviđa da odredbe tog sporazuma ne zadiru u prava i obaveze svake od strana po drugim međunarodnim sporazumima čije su potpisnice strane. Ta odredba bi se mogla tumačiti na način da omogućuje Srbiji da iste povlastice koje su predviđene za ruske firme proširi na firme iz EU. Međutim, velika je dilema da li bi tako nešto bilo prihvatljivo za rusku stranu, s obzirom da je privilegovan položaj ruskih firmi predstavlja jedan od ključnih elemenata pomenutih sporazuma. Sa druge strane postoje i jasna pravila predviđena SSP-om u pogledu obezbeđivanja uslova za slobodnu i fer konkurenciju za poslovanje ispod kojih se ne može ići. S tim u vezi odredbe SSP-a propisuju zabranu zloupotrebe dominantnog položaja i zabranu državne pomoći koja narušava ili preti da naruši konkurenciju davanjem pred-

¹⁶ Član 53. Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju.

nosti određenim preduzećima u meri u kojoj to može uticati na trgovinu između ugovornih strana.¹⁷ Srbija je prihvatila obavezu da u takvim slučajevima primenjuje pravila konkurencije u skladu sa kriterijumima koji se primenjuju u EU i instrumentima tumačenja koje su usvojile institucije EU.

Takođe se može postaviti pitanje usklađenosti energetske sporazuma između Srbije i Rusije sa obavezama Srbije iz Ugovora o osnivanju Energetske zajednice između Evropske zajednice i Albanije, Bugarske, Bosne i Hercegovine, Hrvatske, Makedonije, Crne Gore, Rumunije, Srbije i UNMIK Kosova koji je potpisan 25. oktobra 2005. godine u Atini. Ovim ugovorom je predviđeno stvaranje integrisanog tržišta za prirodni gas i električnu energiju. S tim u vezi Srbija se obavezala da će obezbediti uslove za slobodnu konkurenciju, zabranu zloupotrebe dominantnog položaja i sprečavanje favorizovanja određenih preduzeća ili određenih energetske resursam kao i da će svoje zakonodavstvo uskladiti sa odgovarajućim propisima EU u energetske sektoru.¹⁸

Mada nije u neposrednoj vezi sa ovim pitanjem, biće interesantno videti kako će se okončati postupak koji Evropska komisija vodi protiv Gasproma zbog navodne zloupotrebe dominantnog položaja na tržištu gasa u Centralnoj i Istočnoj Evropi nametanjem neodgovajućih cena gasa i njihovim povezivanjem sa cenom nafte, kao i sprečavanjem trgovine isporučenog gasa između država. Taj postupak se nalazi u završnoj fazi i već sada je jasno da će eventualna odluka o utvrđivanju odgovornosti Gasproma imati značajne posledice na ekonomske i političke odnose između EU i Rusije. Odluci takve odluke bi se osetili i u Srbiji, od koje bi se se očekivalo da primenjuje iste kriterijume u sličnim slučajevima.

Upravo da bi se predupredili mogući problemi u odnosima sa EU i trećim državama, SSP predviđa da će ugovorne strane u okviru Saveta za stabilizaciju i pridruživanje održavati konsultacije u vezi sa trgovinskim sporazumima sa trećim državama i, u slučaju potrebe, o drugim važnim pitanjima koja se odnose na njihove trgovinske odnose sa trećim državama.¹⁹ Sporazumom je takođe predviđen politički dijalog između Srbije i EU o svim međunarodnim pitanjima od značaja za ugovorne strane.²⁰ Ta pitanja mogu obuhvatiti ograničavanje ili prekid ekonomskih odnosa sa trećim državama u skladu sa odlukama donetim u okviru Zajedničke spoljne i bezbednosne politike EU. Usklađivanje spoljnih odnosa Srbije sa spoljnim aktivnostima i Zajedničkom spoljnom i bezbednosnom politikom biće predmet predstojećih pregovora o pristupanju Srbije EU (Poglavlje 30 i 31).

¹⁷ Član 73. Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju. Pravila o konkurenciji se primenjuju kao deo Prelaznog sporazuma o trgovini i trgovinskim pitanjima koji je stupio na snagu 1. februara 2010. godine.

¹⁸ Član 18. Ugovora o osnivanju Energetske zajednice. Pravna analiza aranžmana između Srbije i Rusije u oblasti nafte i gasne privrede, op. cit., str. 13-14.

¹⁹ Član 39. stav 3. Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju.

²⁰ Član 10. Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju.

U tom pogledu će se od Srbije očekivati da poštuje i primenjuje odluke donete od strane EU što će u nekim slučajevima zahtevati suspenziju ili raskid međunarodnih sporazuma sa trećim državama.

SSP sadrži posebnu odredbu koja se odnosi na preferencijalne aranžmane predviđene bilateralnim sporazumima koje Srbija zaključila radi unapređenja regionalne trgovine.²¹ Propisano je da SSP neće uticati na sprovođenje takvih sporazuma tokom prelaznog perioda od 6 godina za uspostavljanje zone slobodne trgovine između Srbije i EU. To bi značilo da će nakon isteka prelaznog perioda ti sporazumi morati da se revidiraju i prilagode uslovima iz SSP-a. Kao i u vezi sa trgovinskim odnosima sa trećim državama, predviđeno je da će ugovorne strane održavati konsultacije u okviru Saveta za pridruživanje o svim pitanjima vezanim za sprovođenje pomenutih preferencijalnih dogovora.

ZAKLJUČAK

Sporazumom o stabilizaciji i pridruživanju Evropska unija uvodi Srbiju u razgranatu mrežu međunarodnih sporazuma sa najbližim partnerima u Evropi sa kojima deli prostor slobodne trgovine ili se sa njima nalazi u carinskoj uniji. Time se ostvaruje jedan od glavnih ciljeva Procesu stabilizacije i pridruživanja : uključivanje Srbije u glavne ekonomske tokove u Evropi. Realizacija tog cilja podrazumeva uspostavljanje ugovornih odnosa i razvijanje široke saradnje sa tri grupe evropskih država. Prioritet se daje odnosima u regionu koji je donedavno bio potresan građanskim ratovima i etničkim sukobima. S tim u vezi se posebno insistira na ekonomskoj saradnji i punoj primeni CEFTA ugovora. Izuzev Moldavije i UNMIK Kosova, sve članice CEFTA su sa Evropskom unijom zaključile sporazume o stabilizaciji i pridruživanju kojima se predviđa stvaranje zone slobodne trgovine između ugovornih strana. Međusobno povezivanje ovih država i njihovo uključivanje u režim slobodne trgovine sa Evropskom unije treba da doprinese ekonomskoj i političkoj stabilizaciji regiona pre njegovog eventualnog ulaska u članstvo Unije. U drugu grupu država sa kojima je predviđeno uspostavljanje institucionalne saradnje spadaju države kandidati za članstvo u EU, sa specifikumom Turske koja se nalazi u carinskoj uniji sa EU. Obaveza saradnje i zaključivanje odgovarajućih međunarodnih sporazuma treba da omogući usaglašavanje odnosa Srbije i država koje se nalaze pred ulaskom u članstvo EU sa odnosima koji postoje između tih država i EU. Bliske ovoj grupi, ali ipak poseban slučaj, su države članice EFTA, koje nisu članice EU ali su, izuzev Švajcarske, deo jedinstvenog tržišta.

Kada je reč o ostalim državama, SSP ne isključuje očuvanje i uspostavljanje carinskih unija, zona slobodne trgovine ili dogovora o prekograničnom prometu,

²¹ Član 39. stav 2. Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju. Odnosi se na sporazume predviđene Naslovom III SSP: Regionalna saradnja.

u meri u kojoj se ne menjaju trgovinski dogovori previđeni sporazumom. Mada se to izričito ne navodi, isto pravilo bi trebalo da se primenjuje na ostale trgovinske sporazume sa trećim državama koji ne bi smeli biti u suprotnosti sa odredbama SSP-a. Izuzetak su bilateralni sporazumi sa državama iz regiona koji moraju da budu usklađeni sa SSP-om u toku prelaznog perioda od 6 godina za uspostavljanje zone slobodne trgovine.

Na kraju, proces stabilizacije i pridruživanja podrazumeva postepeno usklađivanje spoljnotrgovinskih odnosa Srbije sa Zajedničkom trgovinskom politikom i spoljnom politikom EU. Ovo pitanje će biti predmet predstojećih pregovora o članstvu između Srbije i EU (poglavlje 30. Spoljni odnosi i poglavlje 31. Spoljna, bezbednosna i odbrambena politika). U tom pogledu će se od Srbije očekivati da se pridruži primeni restriktivnih mera koje Evropska unija usvoji u okviru Zajedničke spoljne i bezbednosne politike usvoji prema trećim državama, firmama ili pojedincima.

VLADIMIR MEDOVIĆ, LL.D.,
Assistant Professor,

INTERNATIONAL AGREEMENTS WITH THIRD STATES IN THE CONTEXT OF THE RULES FROM STABILISATION AND ASSOCIATION

Summary

Article relates to the obligations which Serbia assumed by Stabilisation and Association Agreement relating to the respect of international law, development of cooperation and good neighboring relations with states from the region and conclusion of international agreements with third states which are in the different stages of association with European Union. In that respect author analyses applicable provisions of Stabilisation and Association Agreement in order to determine their true meaning and legal effect. Author also tries to determine relation between Stabilisation and Association Agreement and international trade agreements with third states in the context of the rules of international customary law. The resolution of that issue will be affected by the current international circumstances and the fact that Serbia awaits the opening of accession negotiations with EU. That will require from Serbia to adjust its international actions with foreign actions of European Union and give preference to the obligations which streams from Stabilisation and Association Agreement.

JELENA ČERANIĆ

INSTITUT EVROPSKOG GRAĐANSTVA

– Aktuelna pitanja i perspektive –

U V O D

Institut evropskog građanstva uveden je prvi put Ugovorom iz Maastrichta 1993. godine. U to vreme, devedesetih godina prošlog veka, proces evropskih integracija bio je na vrhuncu, a Evropska unija nizala pozitivne rezultate na svim poljima. U klimi opšteg zadovoljstva, pokrenute su određene politike i uspostavljeni pojedini instituti u pravcu jačanja demokratskog karaktera Unije prema modelu nacionalne države. Jedan od takvih instituta, svojstven nacionalnim državama, je evropsko građanstvo. Evropsko građanstvo dodaje se nacionalnom državljanstvu, ne zamenjuje ga. Značajna uloga za uspostavljanje instituta evropskog građanstva (građanstva Unije) pripada Sudu pravde EU. Ovaj Sud je najpre u mišljenju iz 1991. godine utvrdio da je “Zajednica postala pravni sistem čiji subjekti nisu samo države članice već i njihovi građani”¹, a zatim kroz brojne presude oblikovao institut građanstva Unije i definisao njegove domete.

Dvadeset godina nakon uvođenja evropskog građanstva, Odlukom Evropskog parlamenta i Saveta 2013. proglašena je za Evropsku godinu građana.² Međutim, atmosfera u vreme obeležavanja Evropske godine građana potpuno je dru-

Dr Jelena Čeranić, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjaluci; Institut za uporedno pravo u Beogradu.

¹ *Opinion 1/91, EEA (1991) ECR I-6079, para 1.*

² *Decision No 1093/2012/EU of the European Parliament and of the Council of 21 November 2012 on the European Year of Citizens (2013), Official Journal of the European Union, L 325, 23.11.2012.*

gačija od one koja je vladala početkom devedesetih godina prošlog veka kada je ovaj koncept uveden. U periodu od dvadeset godina, proces evropskih integracija preživeo je brojne lomove, od neuspeha Ugovora o Ustavu EU iz 2005, preko dugotrajnih i veoma komplikovanih pregovora u vezi sa Ugovorom iz Lisabona, pa do najvećeg problema sa kojim se Unija ikada suočila, a to je ekonomska kriza iz 2008. čije su posledice i dalje prisutne. Ekonomska kriza se širila i veoma brzo zahvatila i druge sfere života. S obzirom na to da je nastupila i velika politička kriza, došlo je do erozije ideje evropskih integracija uopšte.

Inače, još krajem osamdesetih godina prošlog veka, Evropske zajednice suočile su se sa demokratskim deficitom. Ova pojava označava osećaj građana da se proces integracija odvija bez njihovog učešća i mimo njihove kontrole. Problem demokratskog deficita vremenom je prerastao u opšte nezadovoljstvo građana EU koje je rezultiralo naglim porastom evroskepticizma u poslednjih par godina. Međutim, ukoliko se pogleda sam tekst Osnivačkih ugovora, uočava se da je sa svakom novom izmenom i dopunom Ugovora, sve više pažnje posvećivano pravima evropskih građana. Od Ugovora iz Mastrihta (1992), Ugovora iz Amsterdama (1997) i Ugovora iz Nice (2001), preko Ugovora o Ustavu EU (2005), pa do Ugovora iz Lisabona (potpisan 13. decembra 2007, a stupio na snagu 1. decembra 2009.) primetna je tendencija jačanja uloge evropskih građana u političkom životu EU. U okviru prvog dela rada ispitana je uloga evropskih građana u demokratskom životu EU na osnovu Ugovora iz Lisabona. U drugom delu razmotreno je stanje evropskog građanstva u vreme krize, dvadeset godina nakon uvođenja ovog instituta. Posebna pažnja posvećena je Odluci da se 2013. proglašuje Evropskom godinom građana.

ULOGA EVROPSKIH GRAĐANA U DEMOKRATSKOM ŽIVOTU EU NA OSNOVU UGOVORA IZ LISABONA

Ugovorom iz Lisabona predviđeno je da svaki građanin ima pravo da učestvuje u demokratskom životu Unije.³ Analizirajući mesto evropskih građana na političkoj sceni EU, posmatrano kroz prizmu odredbi Ugovora iz Lisabona, može se zaključiti da su oni uključeni u život Unije na dva načina : direktno (neposredno) i indirektno (posredno). Pored toga, građani Unije učestvuju u kreiranju politike EU i kao članovi civilnog društva kome je Ugovorom iz Lisabona i formalno priznata uloga u procesu odlučivanja na nivou Unije.

Direktno učešće evropskih građana u demokratskom životu EU

Ugovorima je ustanovljeno građanstvo Unije. Građanin Unije je svako lice koje ima državljanstvo jedne od država članica. Građanstvo Unije dodaje se naci-

³ Čl. 10, st. 3 Ugovora EU.

onalnom državljanstvu i ne zamenjuje ga.⁴ Dakle, kao derivativni ili “parazitski”⁵ status, evropsko građanstvo je povezano sa državljanstvom država članica, te je nemoguće postati građanin Unije bez državljanstva neke od država članica. Ipak, iako je zasnovano na državljanstvu država članica, evropsko građanstvo garantuje onima koji imaju takav status određeni broj prava koja proizilaze iz pravnog poretku EU i stoga su nezamisliva u okviru čisto nacionalne države.⁶

Građanstvo se u pravnoj literaturi najčešće predstavlja kao jedinstvo dva elementa. Prvi je građanstvo kao status, koje se zasniva na formalnopravnoj vezi koja postoji između bilo koje države ili drugog entiteta (u ovom slučaju EU) i njenih građana. Drugi je građanstvo kao pravo, viđeno kroz prizmu prava koja uživaju članovi zajednice.

Pojam građanstva je u pravnom smislu skup prava i obaveza. Sam Ugovor iz Lisabona nije uneo značajne novine u odnosu na prethodne verzije Ugovora. Prava i obaveze građana Unije grupisane su u četiri kategorije u okviru jednog člana,⁷ a zatim je svako od tih prava detaljno razrađeno u posebnim članovima.

Prvo je pravo građana da se slobodno kreću i borave na teritoriji država članica. Dakle, svaki građanin Unije ima pravo da se slobodno kreće i boravi na teritoriji država članica EU, uz poštovanje ograničenja i uslova koji su predviđeni Ugovorima i merama za njihovu primenu.⁸ Ukoliko se ovaj član tumači zajedno sa principom nediskriminacije na osnovu nacionalnosti, pravo slobode kretanja zapravo znači potpuni “kućni tretman”⁹ u bilo kojoj državi članici gde građanin ima prebivalište.

Ukoliko se ukaže potreba da Unija preduzme neku aktivnost za realizaciju ovog cilja, a Ugovorom joj nije obezbeđena potrebna nadležnost, Evropski parlament i Savet, odlučujući u skladu sa redovnim zakonodavnim postupkom, mogu usvajati odredbe u cilju lakšeg ostvarivanja ovog prava.¹⁰ Ovakvo ovlašćenje Evropskog parlamenta i Saveta ukazuje na to da pravo građana da se slobodno kreću i borave na teritoriji država članica ipak nije apsolutno. Može se čak okarakterisati kao “mlako”, pošto postoji mogućnost da bude ograničeno ili uslovljeno Ugovorima i merama koje se usvajaju u cilju njegovog lakšeg ostvarivanja. Inače, veoma je neuobičajeno, pa čak i nelogično, da mogućnost vršenja nekog prava

⁴ Čl. 20, st. 1 Ugovora FEU.

⁵ D. Korchenov, „*Ius Tracrum* of Many Faces: European Citizenship and the Difficult Relationship Between Status and Rights“, *The Colombia Journal of European Law*, V 15/no 2, str. 171.

⁶ *Ibid.*, str. 171–172.

⁷ Čl. 20, st 2 Ugovora FEU.

⁸ Čl. 21, st 1 Ugovora FEU.

⁹ D. Korchenov, str. 194.

¹⁰ Čl. 21, st. 2 Ugovora FEU.

koje je sadržano u primarnom zakonodavstvu zavisi od sekundarnog zakonodavstva čiji je cilj praktično ostvarenje ovog prava.¹¹

Drugo, predviđeno je pravo građana da biraju i da budu izabrani na izborima za Evropski parlament, kao i na opštinskim izborima, u državi članici u kojoj imaju prebivalište, pod istim uslovima kao i državljani te države. Ipak, Ugovorima je ostavljena mogućnost da Savet predvidi neke derogativne odredbe kada su opravdane specifičnim problemima neke države članice.¹²

Prilikom ocene dometa političkih prava evropskih građana, moraju se uzeti u obzir tri različita nivoa političkog predstavljanja – opštinski, nacionalni i evropski. Ugovorom su evropskim građanima zagantovana dva osnovna prava: nediskriminacija na osnovu nacionalnosti prilikom glasanja ili predstavljanja na opštinskim izborima i nediskriminacija na izborima za Evropski parlament u državi članici čiji oni nisu državljani. Međutim, kada je reč o nacionalnom nivou, tj. učesću evropskih građana u političkom životu države članice u kojoj imaju prebivalište, postoje samo određene pravne garancije koje će se primeniti protiv države članice u kojoj ima prebivalište. Budući da evropski građani nemaju ni aktivno ni pasivno biračko pravo na nacionalnom nivou u državi članici u kojoj imaju prebivalište, oni su onemogućeni da se u potpunosti integrišu u politički život tih zemalja.

Treće, predviđeno je pravo građana Unije da na teritoriji neke treće države u kojoj država čiji su oni državljani nije predstavljena, imaju pravo da koriste zaštitu diplomatskih i konzularnih organa svake države članice EU, pod istim uslovima kao državljani te države. Takođe je predviđeno da države članice međusobno utvrđuju posebna pravila i pokreću međunarodne pregovore u cilju obezbeđenja te zaštite.¹³ Ipak, pravo na diplomatsku i konzularnu zaštitu nije novo. Ono je uspostavljeno u evropskoj pravnoj doktrini mnogo godina pre nego što se ovo pravo pojavilo u Ugovorima i uglavnom se primenjivalo na evropske zvaničnike u onim oblastima koje su bile u nadležnosti Unije. Praktična strana ovog prava je, na primer, mogućnost da se dobiju putne isprave od konzularnog predstavništva druge države članice ukoliko ne postoji diplomatsko ili konzularno predstavništvo države čiji je građanin, koji je izgubio ili su mu ukradena dokumenta, državljanin.¹⁴

I četvrto, predviđeno je pravo građana da se peticijom obraćaju Evropskom parlamentu, da se obraćaju Evropskom zaštitniku građana, kao i pravo da se obraćaju institucijama i konsultativnim organima Unije ne jednom od Ugovorima utvrđenih jezika i da na istom jeziku primaju odgovore.

¹¹ D. Korchenov, str. 194.

¹² Čl. 22, st. 1 i 2 Ugovora FEU.

¹³ Čl. 33 Ugovora FEU.

¹⁴ D. Korchenov, str. 205.

Ipak, prilikom ocene dometa ovih prava, trebalo bi imati na umu da se sva ova prava, osim poslednjeg, nalaze na još jednom mestu u Ugovorima, tačnije predviđena su članovima 227 i 228 Ugovora o funkcionisanju EU. S tim u vezi, klasifikacija ovih prava kao prava evropskih građana može se okarakterisati kao sporna, pošto ova dva člana (članovi 227 i 228 Ugovora o funkcionisanju EU) ne dovode u vezu mogućnost uživanja pomenutih prava sa posedovanjem statusa evropskog građanina, već se primenjuju na svako lice koje ima prebivalište ili statutarno sedište u nekoj državi članici EU.¹⁵

Dakle, nakon uvida u prava i obaveze građana Unije predviđenih Ugovorima, dolazi se do zaključka da se teško može govoriti o pravima građanstva kao novim pravima (npr. zabrana diskriminacije po osnovu državljanstva je postojala i ranije). U tom smislu, reč je o pravima koja su postojala i ranije, a koja su samo modifikovana i kodifikovana Ugovorom iz Maastrichta. Štaviše, deo doktrine smatra da je građanstvo jedan od suštinski spornih pojmova. Njegovo značenje je daleko od jasnog, a njegovi neophodni elementi su nesigurni. U literaturi se čak nailazi na stanovište da može biti onoliko koncepata građanstva koliko ima različitih političkih zajednica, ili čak koliko ima različitih političkih tendencija u okviru ovih političkih zajednica.¹⁶

Indirektno učešće evropskih građana u demokratskom životu EU

Budući da svi politički sistemi danas, uključujući i specifičan oblik organizacije država kakva je Evropska unija, počivaju na modelu predstavničke demokratije, evropski građani ostvaruju svoja prava i indirektno, preko demokratski izabranih institucija.

Evropski parlament je svojevremeno lansirao doktrinu o dvostrukom legitimitetu EU. Evropska unija počiva na dva izvora legitimiteta: onoga koji potiče od naroda koji je predstavljen u Evropskom parlamentu i onoga koji potiče od samih država članica koje su predstavljene u Savetu ministara. Za analizu učešća evropskih građana u demokratskom životu EU, značajna je ova prva komponenta – legitimitet koji potiče od evropskog naroda. Ovaj aspekt teorije o dvostrukom legitimitetu EU može se sagledati kroz ulogu tri organa koji su uključeni u funkcionisanje EU. To su : Evropski parlament, nacionalni parlamenti i Komitet regiona. Izraz demokratski deficit prvi put je, u Evropskom parlamentu, upotrebio belgijski poslanik Mišel Tusan (*Michel Toussaint*) u svom izveštaju iz 1988, navodeći da parlamentarni sistem predstavlja najpoznatiji i najbolji način da se volja naro-

¹⁵ *Ibid*, str. 206.

¹⁶ *Ibid*, str. 175.

da preobradi u normativne odluke.¹⁷ U to vreme, zakonodavnu vlast u Evropskim zajednicama vršio je isključivo Savet ministara. Dakle, prema mišljenju M. Tusa-na demokratski deficit pojavio se zato što su nacionalni parlamenti preneli deo svojih ovlašćenja na komunitarni nivo, ali taj prenos nije adekvatno kompenzovan, u smislu da su ta ovlašćenja preneti na komunitarne parlamentarne institucije. Stoga je došlo do birokratizacije i udaljavanja postupka odlučivanja od samih građana Unije. Građani su smatrali da nemaju dovoljno uticaja na donošenje odluka na nivou Unije, drugim rečima odluke koje su se donosile na komunitarnom nivou njima su delovale strano i nepoznato. Kako bi se otklonio, ili bar ublažio, ovaj problem demokratskog deficita, još sedamdesetih godina prošlog veka predložen je postupak tzv. zajedničkog odlučivanja Parlamenta i Saveta. Ovaj predlog naišao je na delimičnu primenu tek tokom devedesetih godina, a doživeo je procvat sa stupanjem na snagu Ugovora iz Lisabona 2009.

Povećanje ovlašćenja Evropskog parlamenta je zapravo refleksija kretanja Evropskih zajednica putem političkih integracija. Od prvih direktnih izbora za Evropski parlament održanih 1979, uloga ove institucije kontinuirano je jačala. Ugovor iz Lisabona, po ugledu na Ugovor o Ustavu EU, predstavlja najznačajniji korak u pravcu povećanja ovlašćenja Evropskog parlamenta, kao predstavnika evropskog naroda. Na osnovu Ugovora iz Lisabona, Evropski parlament prerašao je u ravnopravnog odlučioca sa Svetom, a postupak saodlučivanja, tj. zajedničkog odlučivanja Evropskog parlamenta i Saveta postao je redovni zakonodavni postupak.

Što se tiče uloge nacionalnih parlamenata, sve do stupanja na snagu Ugovora iz Lisabona, nacionalni parlamenti kontrolisali su rad svojih vlada u vezi sa pitanjima koja se tiču aktivnosti Unije na osnovu ustavne prakse i unutrašnje organizacije svake države članice. Kako bi se povećalo učešće nacionalnih parlamenata u aktivnostima Unije, a u cilju donošenja odluka što je moguće bliže evropskim građanima, Ugovorom iz Lisabona je u okviru Naslova II o demokratskim principima Unije poseban član posvećen aktivnostima nacionalnih parlamenata. Osim toga, uz Ugovor su usvojena i dva protokola kojima se precizira uloga nacionalnih parlamenata u funkcionisanju EU. To su : Protokol (br. 1) o ulozi nacionalnih parlamenata u Evropskoj uniji i Protokol (br. 2) o primeni načela supsidijarnosti i proporcionalnosti.

Predviđeno je da nacionalni parlamenti aktivno doprinose dobrom funkcionisanju Unije tako što : dobijaju informacije od institucija Unije i primaju predloge zakonskih akata u skladu sa Protokolom o ulozi nacionalnih parlamenata; stajaju se da se poštuje princip supsidijarnosti u skladu sa postupcima predviđenim Protokolom o primeni principa supsidijarnosti i proporcionalnosti; učestvuju, u okviru Prostora slobode, bezbednosti i pravde, u mehanizmima za ocenu politika Unije u ovom prostoru, i pridružuju se političkoj kontroli Evropa i oceni aktiv-

¹⁷ *Rapport Toussaint fait au nom de la commission institutionnelle sur le déficit démocratique des Communautés européennes, Parlement européen, 1/2/1988, Document A 2-076/87.*

nosti Evrojusta; učestvuju u postupku revizije Ugovora; dobijaju obaveštenja o zahtevima za priključenje Uniji i učestvuju u međunarodnopravnoj saradnji koja se ostvaruje između nacionalnih parlamenata i sa Evropskim parlamentom.¹⁸

U skladu sa tendencijom da se odluke donose što je moguće bliže građanima Unije, Ugovorom iz Mاستrihta je, u organizacionu strukturu EU, uveden novi organ – Komitet regiona. Predviđeno je da Komitet regiona bude pomoćni i konsultativni organ EU. Tokom prvih godina postojanja i rada, ovaj organ nije imao značajnijih ovlašćenja. Ipak, kako su u Komitetu regiona predstavljeni sami regioni, a EU poslednjih godina sve više pažnje posvećuje regionalnoj politici, Ugovorom iz Lisabona povećana su ovlašćenja ovog organa.¹⁹ Prvi put je predviđeno da i Komitet regiona može da podnese tužbu Sudu pravde, pre svega, u slučaju nepostojanja principa supsidijarnosti.

Civilno društvo

Pored direktnog i indirektnog učešća evropskih građana kao pojedinaca na političkoj sceni EU, oni su uključeni u demokratski život Unije i kao članovi civilnog društva.

Tokom poslednje decenije prošlog veka, usled rastućeg problema demokratskog deficita, u Uniji je sve više pažnje počelo da se poklanja ulozi civilnog društva u postupku donošenja odluka. Vremenom je civilno društvo postalo jedna od ključnih reči u političkom žargonu EU, tako da nijedna bela knjiga, preporuka, mišljenje ili projekat Unije ne mogu više ignorisati ovog aktera. Uloga civilnog društva kao aktera na političkoj sceni Unije prvi put je priznata Ugovorom iz Lisabona (po ugledu na tekst Ustava EU) u okviru posebnog Naslova VII posvećenog odredbama o demokratskim principima Unije koji sadrži četiri člana. Svakim članom kodifikovan je po jedan demokratski princip, od kojih su pojedini prvi put našli svoje mesto u Ugovorima.

Prvi član ovog naslova VII odnosi se na demokratski princip jednakosti i proglašava jednakost svih evropskih građana. Reč je o političkom principu na osnovu koga su institucije dužne da uzmu u obzir građane nezavisno od veličine, ekonomske ili geografske situacije države članice čiji su oni državljani. Ovaj princip predviđen je i u Povelji o osnovnim pravima koja nije sastavni deo Ugovora, ali joj je priznata ista pravna snaga kao i Ugovorima.

Zatim, predviđeno je da je funkcionisanje Unije je zasnovano na demokratskom predstavljanju.²⁰ Dakle, Ugovorom je proklamovan princip predstavničke demokratije, zasnovan na učešću evropskih građana u javnom životu. Pored principa predstavničke demokratije, Ugovorom iz Lisabona uspostavljen je i princip

¹⁸ Čl. 12 Ugovora EU.

¹⁹ Čl. 305-307 Ugovora FEU.

²⁰ Čl. 10, st. 1 Ugovora EU.

participativne demokratije. Participativna demokratija podrazumeva učešće civilnog društva u procesu donošenja odluka. Ovaj član je značajan zato što je prvi put u istoriji evropskih integracija zvanično, primarnim zakonodavstvom EU, priznata uloga organizacija i udruženja civilnog društva. Dakle, predviđeno je da institucije Unije daju mogućnost građanima i predstavničkim udruženjima da, na pogodan način, javno iznose i razmenjuju mišljenja o svim oblastima aktivnosti Unije.²¹

Ipak, jedan deo doktrine smatra da ovaj član ne doprinosi demokratizaciji i približavanju Unije građanima, već da je reč o “zamci”²² zato što Ugovorima nisu ustanovljeni kriterijumi koji omogućavaju da se određeno udruženje deklarise kao “reprezentativno” na evropskom nivou. Često se kao ilustracija tvrdnje da je reč o zamci navode iskustva sa “otvaranja” rasprava u Evropskom parlamentu kada se ispostavilo da su veliki broj udruženja civilnog društva zapravo bila udruženja koja je finansira Komisija i koja su joj govorila ono što je ona želela da čuje. “To je Brisel koji govori Briselu.”²³

Zatim, Ugovorom iz Lisabona takođe je predviđena evropska građanska inicijativa.²⁴ Prvi put od osnivanja Evropskih zajednica građanima Unije omogućeno je da se neposredno obrate evropskim institucijama i da im upute neki zakonodavni predlog. Predviđeno je da najmanje milion građana Unije, iz većeg broja država članica, može pokrenuti inicijativu kojom pozivaju Evropsku komisiju da, u okviru svojih nadležnosti, utvrdi predlog o nekom pitanju za koje građani smatraju da ga je neophodno regulisati pravnim aktom Unije u cilju primene Ugovora.²⁵ Iako Komisija i dalje zadržava pravo da odluči da li će postupiti po inicijativi građana, sama činjenica da je jedno takvo pravo dodeljeno građanima predstavlja značajan korak ka demokratizaciji Unije, a praksa će pokazati da li će građani ovaj instrument koristiti. Ugovorom je takođe predviđeno da, odlučujući u skladu sa redovnim zakonodavnim postupkom, Evropski parlament i Savet usvajaju propise kojima utvrđuju postupke i uslove pod kojima građani mogu pokrenuti inicijativu, što uključuje i određivanje minimalnog broja država članica iz kojih moraju biti državljani koji pokreću tu inicijativu.²⁶

²¹ Čl. 11, st. 1 Ugovora EU.

²² G. Bertu, *L'Europe sans peuple*, François-Xavier de Guibert, Paris, 2005, str. 152.

²³ *Ibid.*

²⁴ Ovaj institut prvi put je predviđen Ugovorom o Ustavu EU. Predložio ga je predstavnik Nemačke u Konvenciji i odmah je naišao na odobrenje kako evropskih tako i nacionalnih poslanika. Komisija se prvobitno protivila bojeći se da će ta neposredna inicijativa građana ugroziti njen monopol inicijative. Ipak, na kraju ga je prihvatila. Budući da je Komisiji ostavljena mogućnost da odluči da li će ili ne predstaviti inicijativu ostalim institucijama na eventualno odobrenje, njena uloga nije oslabljena.

²⁵ Čl. 11, st. 4, tač. 1 Ugovora EU.

²⁶ Čl. 24, st. 1 Ugovora FEU.

Ugovorom iz Lisabona priznat je i značaj socijalnom dijalogu i ulozi predstavničkih udruženja na nivou Unije, uzimajući u obzir različitost nacionalnih sistema. Evropska unija će se angažovati da olakša dijalog među njima, poštujući njihovu autonomiju. Drugim rečima, institucije Unije daju mogućnost građanima i predstavničkim udruženjima da javno iznose i razmenjuju mišljenja o svim oblastima aktivnosti Unije.²⁷

Na posletku, naslovom posvećenim demokratskim principima Unije, predviđen je princip transparentnosti. Na osnovu Ugovora iz Lisabona institucije održavaju otvoren, transparentan i redovan dijalog sa predstavničkim udruženjima i civilnim društvom.²⁸ Osim toga predviđeno je da u cilju obezbeđenja koherentnosti i transparentnosti akcija Unije, Komisija obavlja konsultacije sa predstavničkim udruženjima i civilnim društvom.²⁹

STANJE EVROPSKOG GRAĐANSTVA U VREME KRIZE

Stanje evropskog građanstva danas je mnogo je drugačije od onoga što se od ovog instituta očekivalo pre dvadeset godina kada je uveden. Osim toga što je, uprkos bogatoj jurisprudenciji Suda pravde EU, odnos između građanstva Unije i državljanstva država članica i dalje nedorečen, čini se da je u vreme sveopšte krize koja je zahvatila EU zaboravljeno koja je uopšte uloga, misija evropskog građanstva.

Dvadeset godina nakon uvođenja instituta evropskog građanstva, Evropska komisija je donela odluku da se 2013. proglasi Evropskom godinom građana. Ovom odlukom predviđene su brojne mere kako bi se unapredilo stanje građana Unije u smislu da im se omogući da u potpunosti koriste svoja prava koja su im garantovana Ugovorima.

Uloga evropskih građana u procesu integracija

Evropske zajednice su pedesetih godina počele svoj razvoj kao ekonomske integracije. Osnovni cilj bio je uspostavljanje unutrašnjeg tržišta i u tom kontekstu ustanovljene su četiri slobode. Međutim, u decenijama koje su usledile preusmeren je tok razvoja evropskih integracija kao isključivo ekonomskih integracija, u smislu da su Evropske zajednice krenule putem političkih integracija. Devedesetih godina države članice, kao Gospodari Ugovora, rešile su da unesu jedan institut koji je svojstven nacionalnim državama, a to je građanstvo Unije.

Kako je samim Ugovorima predviđeno da se građanstvo Unije dodaje državljanstvu i da ga ne zamenjuje, moglo bi se zaključiti da evropsko građanstvo

²⁷ Čl. 11, st. 1, tač. 1 Ugovora EU.

²⁸ Čl. 11, st. 2, tač. 1 Ugovora EU.

²⁹ Čl. 11, st. 3, tač. 1 Ugovora EU.

nije autonomno, već zavisi od državljanstva. Međutim, odnos između građanstva Unije i državljanstva država članica predstavlja izuzetno složeno pitanje i predmet je brojnih rasprava i tema naučnih i stručnih radova. Mišljenja su veoma oprečna od onih koji smatraju da građanstvo Unije nije uopšte potrebno do onih koji u njemu vide klicu razvoja Unije put federalne države. S obzirom na kompleksnost, ovo pitanje nije moguće detaljno predstaviti na ograničenom prostoru, stoga su u radu izneti samo pojedini aspekti ove problematike, oni koji su interesantni posmatrano kroz prizmu uloge evropskih građana u procesu integracija.

“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 transformaciono dejstvo u odnosu na staturu građana država članica, kako u pogledu političkog značenja tih instituta, tako i u pogledu njihovih pravnih režima.”³⁰

Jedna od značajnih presuda koja je u poslednjih nekoliko godina doneta u vezi sa statusom građanstva Unije je presuda koju je Sud pravde EU u slučaju *Rottmann v. Freistaat Bayern*³¹ doneo po prethodnom pitanju. Zapravo ono što je posebno zanimljivo, u svetlu analize uloge evropskih građana u procesu integracija, je mišljenje koje je Pravobranilac Madura izneo u ovom slučaju, a u vezi sa odnosom statusa građanstva Unije i državljanstva država članica EU.

“To su dva pojma koji su ujedno neraskidivo povezani i nezavisni. Status građanina Unije pretpostavlja državljanstvo države članice ali je takođe pravni pojam nezavistan od tog državljanstva. Državljanstvo države članice...nas čini građanima Unije. Status građanina Evrope je više od skupa prava koja bi mogla biti priznata 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 (bu-

³⁰ M. Lukić, Presuda Rottmann (2010) – povratna veza od statusa građanina EU ka državljanstvu dave članice“, *Pravni život*, br. 12/2012, str. 538.

³¹ *Rottmann v. Freistaat Bayern (C’135/08), GC (2010) ECR-I-01449.*

dući da smo sada građani mimo i povrh svojih država) To legitimizuje i jača autonomiju i autoritet pravnog sistema Zajednice”³²

Pojedini autori čak idu tako daleko da pojam statusa građanina EU vide kao “potencijalni temelj za izgradnju u većoj meri federalne Evrope”³³

Međutim, čini se da su ovakva viđenja u današnje vreme, imajući na umu sveopštu krizu kroz koju EU prolazi poslednjih nekoliko godina, pomalo nerealna. Ono što je ipak izvesno jeste da su države članice i dalje te koje su gospodari građanstva. S jedne strane, Evropska nije savezna država, već savez država, a s druge strane, u EU ne postoji jedinstveni evropski narod, već evropski narodi koji su oblikovani i politički izraženi kroz državljanstvo.

Stoga se deo naučne misli se pita da li je evropsko građanstvo neophodno evropskim integracijama? Činjenica je da koncept demokratizacije, vladavine prava do sada nije uspeo da nađe svoje mesto u međunarodnim organizacijama. Evropska unija, iako predstavlja specifičan oblik organizacije država članica i nije klasična međunarodna organizacija, ipak jeste međunarodna organizacija. S tim u vezi, da li je potrebno da se na nju primenjuje nešto što je inherentno državi? Elitistička teorija integracija protivi se samom konceptu evropskog građanstva i uopšte demokratizaciji Unije prema modelu nacionalne države. U sedištu elitističke teorije je stanovište da je osnovna karakteristika svakog društva kao političke zajednice podela na one koji vladaju (elita) i one kojima se vlada (masa).³⁴ Jedan od pristalica elitističke teorije bio je i Maks Veber koji je smatrao da je demokratija cilj kome treba težiti, ali je bio svestan koliko je ona nepraktična i teško izvodljiva.³⁵ Dakle, elitistička teorija insistira na tome da se odgovor na ključna pitanja ne traži u bazi, nego na vrhu piramide. Kada se ova teorija dovede u vezu sa evropskim integracijama, nameće se pitanje da li je potrebno da se radi na jačanju demokratskog karaktera Unije i da je potrebno i svrsishodno da sami građani budu ti koji donose najvažnije odluke koje se odnose na budućnost Unije.

Ukoliko s ostave po strani ovakva ekstremna viđenja, mora se konstatovati da se vremenom, u vrtlogu dešavanja u EU, pa samim tim i u literaturi koja se bavila građanstvom Unije, zanemarilo ključno pitanje, a to je koju ulogu bi evropski građani trebalo da odigraju u procesu integracija u vreme ne samo ekonomske nego uopšte krize identiteta EU i da li su oni u stanju da ispune tu ulogu?

³² Opinion of the Advocate General Poirares Maduro, delivered on 30 September 2009, (C 135/08), *Janko Rottmann v. Freistaat Bayern* (navedeno prema M. Lukić, str. 543).

³³ M. Hailbronner, S. Igesias Sanchez, “The European Court of Justice and Citizenship of the Union: New Developments Towards a Truly Fundamental Status”, *Vienna Journal of International Constitutional Law*, Vol. 5, 4/2011, str. 532 (navedeno prema M. Lukić, str. 547).

³⁴ V. Pavlović, “Terorije elita u političkoj sociologiji – klasične i savremene koncepcije”, *Godišnjak Fakulteta političkih nauka u Beogradu*, Beograd, 2001, str. 9.

³⁵ M. Veber, *Priverda i društvo*, I I II tom, Prosveta Beograd, 1976 (navedeno prema: V. Pavlović, str. 71).

U godinama koje slede, misija evropskog građanstva trebalo bi da bude da postane vodeća snaga u daljem razvoju evropskih integracija. Ta integracija koja bi u budućnosti trebalo da dobije legitimitet i potreban nivo demokratije, morala bi zasnivati legitimitet ne samo na državljanstvu (jer će tada zavisiti od država članica), već i na sopstvenom građanstvu. Međutim, kako proklamovana prava građana ne zavise samo od političke volje, nego i od ekonomske pozadine koja je oslikana u unutrašnjem tržištu, stanje građanstva Unije promenljivog je karaktera. Shodno tome, da bi Unija mogla da se posveti stanju evropskog građanstva, mora najpre da reši ono što je ključno, a to je ekonomska situacija. Tek kada ona bude stabilizovana, Unije će moći efikasno da se bavi popunjavanjem sadržine instituta građanstva, ublažavanjem demokratskog deficita i daljom demokratizacijom EU.

Odluka 1093/2012 o Evropskoj godini građana (2013)

Odlukom Evropske komisije broj 1093/2012 predviđeno je da se 2013. proglasi Evropskom godinom građana.³⁶ Opšti cilj Evropske godine građana je da se pojača svest i znanje o pravima i odgovornostima evropskih građana, kako bi se građanima Unije omogućilo da u potpunosti koriste svoja prava da se slobodno kreću i nastanjuju na teritoriji država članica. U tom kontekstu, Evropska godina građana ima takođe za cilj da promovise i druga prava koja su vezana za građanstvo Unije.³⁷

Odlukom su definisani i specifični ciljevi Evropske godine građana. Prvo, da se podigne svest evropskih građana o njihovom pravu da se kreću i nastanjuju slobodno u okviru Unije, i u tom kontekstu, o svim drugim pravima zagarantovanim građanima Unije, bez diskriminacije, uključujući i njihovo pravo da glasaju na lokalnim izborima i izborima za Evropski parlament u bilo kojoj državi članici u kojoj imaju prebivalište. Drugo, da se među građanima Unije podigne svest, uključujući mlade ljude, o tome kako mogu da imaju koristi od prava Unije, kao i o politikama i programima koji postoje kako bi se podržalo vršenje ovih prava. I treće, da se stimuliše rasprava o uticaju i potencijalu prava slobode kretanja i nastanjanja, kao neodvojivog aspekta građanstva Unije, sa ciljem da se stimuliše i ojača aktivno građansko i demokratsko učešće građana Unije, posebno na građanskim forumima o politikama Unije i izborima za Evropski parlament, čime se jača socijalna kohezija, kulturni diverzitet, solidarnost, jednakost između muškaraca i žena, uzajamno poštovanje i osećaj zajedničkog evropskog identiteta među građanima Unije, zasnovan na osnovnim vrednostima Unije, kao što je propisa-

³⁶ *Decision No 1093/2012/EU of the European Parliament and of the Council of 21 November 2012 on the European Year of Citizens (2013)*, *Official Journal of the European Union*, L 325, 23.11.2012.

³⁷ Čl. 2, st. 1 Odluke 1093/2012.

no Ugovorom o EU i Ugovorom o funkcionisanju EU i Poveljom o osnovnim pravima EU.³⁸

Odlukom su takođe predviđene i mere koje treba preduzeti kako bi se postigli ovi ciljevi. Ove mere mogu da uključuju sledeće inicijative organizovane na nivo Unije, nacionalnom, regionalnom ili lokalnom nivou, a to su : iniciranje informacija, medijske pokrivenosti, obrazovanja i kampanja za podizanje svesti namenjenih javnosti, kao i određenim grupama; zatim razmena informacija podela iskustava među vlastima Unije, nacionalnim, regionalnim i lokalnim vlastima i drugim javnim organizacijama i organizacijama civilnog društva; organizovanje konferencija, rasprava, uključujući i one putem interneta, i drugih događaja kako bi se promovisala debata i podigla svest o značaju i koristima prava na slobodu kretanja i nastanjivanja, i uopšteno o konceptu građanstva Unije i prava koja su povezana sa njime; korišćenje postojećih višejezičkih sredstava da se stimuliše aktivno uključenje organizacija civilnog društva i građana u Evropsku godinu građana, uključujući takva direktna demokratska sredstva kao što su građanska inicijativa i javne konsultacije; jačanje uloge i dostupnosti postojećih sredstava za informisanje građana; jačanje uloge i dostupnosti sredstava za rešavanje problema kako bi se osposobili građani Unije da bolje koriste i brane svoja prava na osnovu prava Unije; informisanje građana Unije u vezi sa Odborom Evropskog parlamenta za peticije i Evropskim zaštitnikom građana kako bi se oni osposobili da bolje koriste i brane svoja prava koja imaju kao građani Unije; i promovisanje izveštaja o građanstvu EU, koji treba da se zasnivaju na debatama i aktivnom doprinosu građana i upravljača, i u kojima treba da se identifikuju dalje prepreke koje bi sprečile građane Unije od potpunog vršenja prava građanstva Unije i promovisali odgovarajuće strategije kako bi se otklonile te prepreke.

Predviđeno je takođe da Komisija i države članice mogu identifikovati druge aktivnosti koje bi mogle doprineti ciljevima Evropske godine građana.³⁹ Komisija će blisko saradivati sa državama članicama, Evropskim parlamentom, Ekonomskim i socijalnim komitetom i Komitetom regiona, kao i sa lokalnim i regionalnim vlastima i telima i asocijacijama koje predstavljaju lokalne i regionalne interese.⁴⁰

U skladu sa time, Evropska komisija je 8. maja 2013. donela Izveštaj o stanju evropskog građanstva u kojem je predviđeno dvanaest novih aktivnosti u šest oblasti kako bi se unapredila prava evropskih građana. To su : uklanjanja prepreka za radnike, studente i pripravnike u EU.; smanjenja birokratije u državama članicama; zaštita ranjivijih kategorija lica u EU; uklanjanje prepreka za kupovinu u EU; promovisanje dostupnosti ciljanih informacija o EU i jačanje učešća građana u demokratskom procesu.

³⁸ Čl. 2, st. 2 Odluke 1093/2012.

³⁹ Čl. 3, st. 3 Odluke 1093/2012.

⁴⁰ Čl. 4, st. 1 Odluke 1093/2012.

ZAKLJUČAK

Uprkos tome što je formalno, pre svega Ugovorom iz Lisabona, ali i drugim aktima Unije, unapređen status evropskih građana, mnogo više pažnje posvećeno demokratizaciji Unije i ublažavanju demokratskog deficita, a 2013. proglašena za Evropsku godinu građana, građani Unije su danas mnogo nezadovoljniji nego ranije. Onda kada nije postojalo građanstvo Unije, ni mogućnost da se obraćaju institucijama EU, čak ni direktni izbori za Evropski parlament, niti je on imao značajnu ulogu u procesu donošenja odluka, u to vreme građani su bili mnogo veći evroentuzijasti nego danas. Čini se da što više prava dobijaju na osnovu Ugovora, njihovo nezadovoljstvo raste. Shodno tome, može se uočiti disbalans, tj. neujednačenost, između forme i sadržine.

Ovakva situacija predstavlja svojevrsni paradoks i ukazuje na dve stvari. Prvo da je ekonomski momenat presudan za odnos građana prema procesu integracija. Naime, u vremenu kada je u EU vladalo blagostanje, a građani živeli u izobilju, uopšte im nije bilo važno da li su i u kojoj meri uključeni u politički život EU. Drugo, sveopšte nezadovoljstvo evropskih građana ukazuje na to da zakonske reforme, tj. izmene i dopune Osnivačkih ugovora nisu dovoljne za prevazilaženje ovako složenih problema sa kojima se Unija suočava poslednjih par godina, već je neophodan sveobuhvatan pristup.

Iako je u ovom trenutku teško predvideti kako će se odvijati evropski integracioni proces, sasvim je izvesno da će biti potrebno još mnogo napora na svim nivoima, prvenstveno na polju ekonomije, da se kod evropskih građana povрати vera u projekat zvani Evropska unija.

JELENA ČERANIĆ, Ph.D.,

Assistant professor, Faculty of Law, University of Banja Luka

Research associate at the Institute of Comparative Law in Belgrade

UNION CITIZENSHIP: CURRENT ISSUES AND PERSPECTIVES

Summary

The paper deals with the Union citizenship. The Treaty of Maastricht in 1993 introduced the concept of citizenship of the Union. The Treaty of Amsterdam in 1999 and the Treaty of Lisbon in 2009 further strengthened the rights associated with Union citizenship. The Treaty of Lisbon provides that every person holding the nationality of a Member State is a citizen of the Union. That citizenship of the Union is additional to, and does not replace, national citizenship of a Member State and the citizens of the Union enjoy the rights and are subject to the duties provided for in the Trea-

ties. After introductory notes with regard to the development of the concept of Union citizenship, in the first part of the paper the author examines participation of the Union citizens in democratic life of the European Union according to the Lisbon Treaty. The second part of the article is devoted to the state of the Union citizenship in the period of crises. In November 2012, the European Commission adopted a Decision designating 2013 as the “European Year of Citizens”. Hence, the special attention in the paper is paid to that Decision. The European Year of Citizens would provide a timely opportunity to raise the awareness of the general public about the rights and responsibilities attached to Union citizenship.

VLADIMIR ČOLOVIĆ

ODREĐIVANJE I PRIMENA MERODAVNOG PRAVA U STVARIMA NASLEĐIVANJA U PRAVU EVROPSKE UNIJE

REGULISANJE PREDMETA NASLEĐIVANJA SA PREKOGRANIČNIM
ELEMENTOM U PRAVU EU – Uredba 650/2012

Problemi vezani za nasleđivanje u državama EU

Pitanje nasleđivanja u EU je, danas, veoma aktuelno, obzirom da, trenutno, oko 12.300.000 državljana zemalja članica živi u nekim drugim zemljama EU, a ne u svojoj matičnoj zemlji – zemlji porekla. Oko 450.000 nepokretnosti u sebi sadrži element inostranosti, što predstavlja oko 10% ukupnih nepokretnosti u Evropi. Vrednost tih nepokretnosti je oko 123 milijardi evra. Kao što vidimo, veliki broj lica koji imaju državljanstvo jedne zemlje članice, žive u drugoj zemlji članici. Svi oni nemaju nepokretnosti u vlasništvu, a koje se nalaze u drugoj zemlji. Međutim, navedeni broj od 450.000 nepokretnosti, govori da bogatiji Evropljani imaju problema sa primenom različitih pravila u različitim državama. Upravo zbog toga, postavilo se pitanje ujedinjenog regulisanja pitanja nasleđivanja, koje bi dovelo do efikasnijeg rešavanja predmeta u ovoj oblasti, kao i do izbegavanja primene različitih pravila koja nisu u bliskoj vezi sa ostavioecem ili zaveštaocem¹.

Prof. dr Vladimir Čolović, naučni savetnik Instituta za uporedno pravo, Beograd.

¹ Lyon E., Why the EU Certificate of Succession is Good for Those Owning Property Abroad, <http://www.spearswms.com/asset-management/31940/why-the-eu-certificate-of-succession-is-good-for-those-owning-property-abroad.shtml> (pristup: 22.07.2013).

Uredba 650/2012

Zbog navedenih problema, u okviru EU je donesen akt koji bi trebao da doprinese bržem i pravičnijem rešavanju predmeta nasleđivanja. Uredba Evropskog parlamenta i Saveta br. 650/2012 o nadležnosti, merodavnom pravu, priznanju i izvršenju odluka i prihvatanju i sprovođenju autentičnih instrumenata u stvarima nasleđivanja i uvođenju Evropske potvrde o nasleđivanju (dalje: Uredba 650/2012)² je donesena 4. jula 2012. godine i ona se primenjuje na predmete nasleđivanja sa prekograničnim elementom. Znači, Uredba 650/2012 se primenjuje na nasleđivanje imovine umrlih lica. Ona se ne primenjuje na poreske, carinske i administrativne stvari³.

Donošenju Uredbe 650/2012 prethodilo je definisanje i usvajanje različitih dokumenata, koji su imali cilj da stvore osnov za donošenje akta koji će regulisati niz pitanja vezanih za nasleđivanje. Naime, Evropski Savet je na sastanku u Briselu 4. i 5. novembra 2004. godine usvojio program pod nazivom "Haški program: jačanje slobode, bezbednosti i pravde". U okviru tog programa, naglašena je potreba za usvajanjem pravila koja bi regulisala nasleđivanje, odnosno, sukob zakona, nadležnost, uzajamno priznanje i izvršenje odluka u oblasti nasleđivanja, kao i definisanje i uvođenje Evropske potvrde o nasleđivanju. Zatim, na sastanku, takođe, u Briselu 10. i 11. decembra 2009. godine, Evropski Savet je usvojio novi višegodišnji program koji se zove "Stokholmski program – otvorena i bezbedna Evropa služi i štiti građane". U tom programu Evropski Savet smatra da uzajamno priznanje odluka treba proširiti na oblasti koje nisu pokrivena, ali su još uvek od suštinskog značaja za svakodnevni život, na primer, na zakonsko i testamentalno nasleđivanje, uzimajući u obzir pravne sisteme zemalja članica, uključujući i javni poredak tih zemalja, kao i običaje i tradiciju tih zemalja⁴.

Kao što smo rekli, potreba za usvajanjem akta ove sadržine bila je velika, obzirom na niz pitanja i problema koji se ovde postavljaju, a vezani su za nasleđivanje i oblik nasleđivanja, status naslednika, status imovine, itd. Međutim, ti problemi su, najpre, vezani za posedovanje imovine u drugim državama i oni mogu biti veliki, imajući u vidu da svaka država primenjuje svoja pravila o nasleđivanju. No, kad su u pitanju članice EU, ti problemi će biti prevaziđeni Uredbom 650/2102, s obzirom da bi ovaj akt trebalo da pojednostavi pravila o nasleđivanju. Osnovno pravilo koje Uredba 650/2012 postavlja, jeste, da će se sva pitanja, vezana za imovinu ostavioca, raspraviti po zakonu zemlje u kojoj je ostavilac živeo, u momentu smrti.

² Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession (Official Journal of the European Communities, L 201, 27.7.2012, p. 107–134).

³ Član 1 Uredbe 650/2012.

⁴ Preambula Uredbe 650/2012.

Najvažnije karakteristike Uredbe 650/2012

Utvrđiti osnovne ili najvažnije karakteristike jednog ovakvog akta je dosta teško, imajući u vidu institute koje one reguliše. Ipak, izdvojicemo četiri najbitnije karakteristike: 1) omogućavanje da se pitanje nasleđivanja sa elementom inostranosti uredi po jednom pravu, odnosno, pred jednim sudom ili drugim ovlašćenim organom; 2) zatim, građani, državljani članica, mogu da biraju da li će se na nasleđivanje primeniti pravo njihovog državljanstva ili njihovog prebivališta; 3) izbegavanje konkurentnih postupaka i donošenja više sudskih odluka koje bi bile u sukobu; 4) obezbeđenje uzajamnog priznavanja odluka zemalja članica. Uredba 650/2012 nikako ne menja nacionalna pravila o nasleđivanju. Nacionalna pravila će i dalje uređivati sledeća pitanja: 1) nasleđivanje od strane dece i supružnika; 2) primena porodičnog i imovinskog prava države članice, 3) primena poreskih propisa na imovinu ostavioca⁵.

Uredba 650/2012 omogućava da lica, koja žive u inostranstvu, izaberu pravo njihove zemlje, koje bi se primenjivalo na celokupnu njihovu imovinu u slučaju njihove smrti. Ako ne izaberu to pravo, primenjivaće se pravo po uobičajenom mestu stanovanja ostavioca.

*
* * *

Mi ćemo posvetiti pažnju, pre svega, određivanju i primeni merodavnog prava. Kao što smo naveli, to je i najvažnije pitanje koje reguliše Uredba 650/2012. Ali, kao što se vidi iz naziva Uredbe 650/2012, uvodi se i jedan poseban dokument – Evropska potvrda o nasleđivanju koja će omogućiti licu da dokaže da je naslednik ili administrator (upravnik) imovine ostavioca širom EU, čime se izbegavaju dodatni komplikovani administrativni i pravni postupci. Kratko ćemo posvetiti pažnju i ovom aktu. Takođe, Uredba 650/2012 pojednostavljuje mnoga pravila. Jedan i jedinstveni kriterijum za određivanje nadležnosti i prava koje će se primenjivati na ova pitanja, omogućiće brži, jednostavniji i ekonomičniji postupak. Za sada, pravila država članica su toliko različita da bi, u svakom slučaju, morala da se traži pravna pomoć. To stvara i određenu nesigurnost.

ODREĐIVANJE MERODAVNOG PRAVA U UREDBI 650/2012

U Uredbi 650/2012, autonomija volje u određivanju merodavnog prava ima glavnu ulogu⁶. Ipak, univerzalno pravilo je da će se primenjivati svako pravo, bez

⁵ Successions and wills, http://ec.europa.eu/justice/civil/family-matters/successions/index_en.htm (pristup: 22.07.2013).

⁶ Requejo M., Regulation N° 650/2012: Some Open Issues, <http://conflictoflaws.net/2013/regulation-no-6502012-some-open-issues/> (pristup: 21.07.2013).

obzira da li je ono pravo zemlje članice ili ne⁷. No, opšte pravilo je da će se merodavno pravo za nasleđivanje odrediti po prebivalištu ostavioca u vreme smrti, osim ako Uredbom 650/2012 nije drugačije određeno. Međutim, ako je iz okolnosti slučaja jasno da je ostavilac bio bliže povezan sa nekom drugom zemljom, a ne sa onom u kojoj je imao prebivalište u vreme smrti, tada će se primeniti pravo te druge države. Ostavilac može izabrati pravo, koje će u celini rešiti pitanje nasleđivanja, po svom državljanstvu koje je imao u trenutku izbora prava ili u trenutku smrti. Lice koje ima više državljanstva, može izabrati bilo koje od njih, a koje poseduje u trenutku izbora prava ili u trenutku smrti. Valjanost akta, kojim je izabrano pravo, utvrdiće se po izabranom pravu. Svaka izmena ili opoziv izbora prava, mora ispunjavati uslove, u pogledu forme za izmenu ili opoziv raspolaganja imovinom nakon ostaviočeve smrti⁸.

Merodavno pravo određeno Uredbom 650/2012 se primenjuje na sva pitanja u vezi sa nasleđivanjem. Tim pravom se uređuje sledeće: a) razlog, vreme i mesto pokretanja postupka nasleđivanja; b) određivanje korisnika, njihovih prava i obaveza koje su im određene od strane ostavioca, kao i određivanje drugih prava, uključujući i prava preživelog supružnika ili partnera; c) sposobnost nasleđivanja; d) lišavanje nasledstva; e) pitanje transfera imovine naslednicima, kao i transfer legatarima, odricanje od nasleđa ili legata, f) ovlašćenja naslednika i izvršilaca testamenta i drugih lica koja upravljaju imovinom, pitanja u vezi sa prodajom imovine i isplate poverilaca; g) odgovornost za dugove; h) ograničenja raspolaganja imovinom, kao i potraživanja koja lica, koja su bliska ostaviocu, imaju prema imovini ili prema naslednicima; i) podela imovine; kao i druga pitanja⁹.

Raspolaganje imovinom za slučaj smrti i sporazum o nasleđivanju

Uredba 650/2012 uređuje, posebno, pojedine institute (koristićemo termine iz Uredbe 650/2012), kao što su raspolaganje imovinom za slučaj smrti i sporazum o nasleđivanju. Raspolaganje imovinom za slučaj smrti, uređuje se, u pogledu prihvatljivosti i materijalnog važenja, po pravu koje bi, po Uredbi 650/2012 bilo važeće za nasleđivanje lica koje je raspolagalo imovinom, ako je ono umrlo na dan, kada je sačinjeno navedeno raspolaganje. Izuzetno od navedenog, lice može izabrati pravo, po kome će raspolagati svojom imovinom za slučaj smrti, ako je ono prihvatljivo, a po članu 22 Uredbe 650/2012, što znači da može da iza-

⁷ Član 20 Uredbe 650/2012.

⁸ Članovi 21 i 22 Uredbe 650/2012; Frimston R., The European Union Succession Regulation (EU) No 650/2012, <http://www.lawskills.co.uk/articles/2012/10/the-european-union-succession-regulation-eu-no-6502012/> (pristup: 21.07.2013).

⁹ Član 23 Uredbe 650/2012; Coxall E., EU adopts new rules on inheritance law, <http://www.mayowynnebaxter.co.uk/blog/eu-adopts-new-rules-on-inheritance-law/> (pristup: 21.07.2013).

bere pravo po svom državljanstvu ili u trenutku izbora prava ili u trenutku smrti¹⁰.

Ukoliko se radi o sporazumu o nasleđivanju i ako se taj sporazum odnosi na nasleđivanje jednog lica, ono će biti regulisano, u pogledu prihvatljivosti, materijalnog važenja i obaveznog dejstva među ugovornim stranama, uključujući i uslove njegovog raskida, po pravu, koje se, po Uredbi 650/2012, primenjuje na nasleđivanje tog lica, ako je ono umrlo na dan zaključenja sporazuma. Ako se radi o sporazumu kod nasleđivanja više lica, on će biti prihvatljiv, samo ako je prihvatljiv po svim zakonima, koji bi uređivali nasleđivanja svih uključenih lica, ako su oni umrli na dan kada je sporazum zaključen¹¹.

Raspolaganje imovinom, za slučaj smrti, ako je zaključeno u pismenoj formi, važiće, ako je njegova forma u skladu sa sledećim pravima: a) pravo države u kojoj je izvršeno raspolaganje ili je zaključen sporazum o nasleđivanju; b) pravo države čije državljanstvo ima zaveštalac ili barem jedno od lica čije je nasleđivanje obuhvaćeno sporazumom o nasleđivanju, bilo u vreme kada je sačinjeno raspolaganje, odnosno, kada je sporazum zaključen, bilo u vreme smrti tih lica; c) pravo države u kojoj su zaveštalac ili barem jedno od lica čije je nasleđivanje obuhvaćeno sporazumom o nasleđivanju, imali prebivalište, bilo u vreme, kada je sačinjeno raspolaganje, odnosno, kada je sporazum zaključen, bilo u vreme smrti tih lica; d) pravo države u kojoj su zaveštalac ili barem jedno od lica čije je nasleđivanje obuhvaćeno sporazumom o nasleđivanju, imali uobičajeno boravište, bilo u vreme kada je sačinjeno raspolaganje, odnosno, kada je sporazum zaključen, bilo u vreme smrti tih lica; e) pravo države u kojoj se nalazi nepokretna imovina, ako se raspolaganje imovinom ili sporazum o nasleđivanju odnosi na te nepokretnosti. Navedena pravila će se primenjivati i u slučaju izmene ili opoziva ranijeg raspolaganja imovinom. Utvrđivanje činjenice da li zaveštalac ili bilo koje lice čije je nasleđivanje uređeno sporazumom o nasleđivanju, ima prebivalište u određenoj državi, reguliše se po pravu te države¹².

Teritorijalni i personalni sukob zakona

Uredba 650/2012 reguliše i teritorijalni i personalni sukob zakona. Kod država koje imaju više teritorijalnih jedinica, u svom sastavu, od kojih svaka ima svoja pravila u pogledu regulisanja nasleđivanja, unutrašnja pravila o rešavanju

¹⁰ Član 24, st. 1 i 2 Uredbe 650/2012.

¹¹ Član 25, st. 1 i 2 Uredbe 650/2012; Weiss K.M., Bigler M., EU Succession Regulation, <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=9b7ccffc-a79c-449d-91b4-aca1a877725c> (pristup: 21.07.2013).

¹² Član 27, st. 1 i 2 Uredbe 650/2012, Valverde S.M., Regulation (EU) No 650/2012 in matters of succession, [http://www.eyespain.com/blogs/servecosolicitors/8363/regulation-\(eu\)-no-6502012-in-matters-of-succession.aspx](http://www.eyespain.com/blogs/servecosolicitors/8363/regulation-(eu)-no-6502012-in-matters-of-succession.aspx) (pristup: 21.07.2013).

teritorijalnog sukoba zakona će odrediti primenu prava određene teritorijalne jedinice. Ukoliko ne postoje navedena pravila koja će rešiti unutrašnji sukob zakona, tada će se primeniti sledeća pravila: a) svako pozivanje na primenu zakona države koje je navedeno (po teritorijalnim jedinicama), a za potrebe utvrđivanja prava koje se primenjuje u skladu sa odredbama koje se odnose na redovno boravište umrlog lica, tumačiće se kao primena zakona teritorijalne jedinice u kojoj je umrlo lice imalo redovno boravište u vreme smrti, b) svako pozivanje na primenu zakona države koje je navedeno (po teritorijalnim jedinicama), a za potrebe utvrđivanja prava koje se primenjuje u skladu sa odredbama koje se odnose na državljanstvo umrlog lica, tumačiće se kao primena zakona teritorijalne jedinice sa kojom je umrlo lice imalo najbližu vezu; c) svako pozivanje na primenu zakona države koje je navedeno (po teritorijalnim jedinicama), a za potrebe utvrđivanja prava koje se primenjuje u skladu sa odredbama koje se odnose na druge elemente, kao povezujućih faktora, tumačiće se kao primena zakona teritorijalne jedinice, u kojoj se taj relevantni element nalazi¹³. Uredba 650/2012 rešava i interpersonalni sukob zakona. Ukoliko je u pitanju država koja ima dva ili više sistema prava ili skupa pravila koja se primenjuju na različite kategorije lica u vezi sa nasleđivanjem, svako pozivanje na zakon te države, tumačiće se kao pozivanje na primenu sistema prava ili skupa pravila, koja su određena zakonom koji je na snazi u toj državi. U odsustvu takvih pravila, primeniće se sistem zakona ili skup pravila sa kojima je umrlo lice imalo najbližu vezu¹⁴. Ako se radi o unutrašnjem sukobu zakona između samih teritorijalnih jedinica, u okviru jedne države, tada se ne moraju primeniti odredbe Uredbe 650/2012 koje se odnose na teritorijalni sukob zakona¹⁵.

*Određivanje merodavnog prava za druga pitanja
koja reguliše Uredba 650/2012*

Uredba 650/2012 uređuje i važnost izjave o prihvatanju ili odricanju od nasleđivanja. Naime, izjava o prihvatanju ili odricanju od nasleđa, odnosno, legata ili rezervisanog dela nasleđa, kao i izjava koja je sačinjena tako da ograničava odgovornost lica koje je dalo istu, biće važeća, ako ispunjava uslove po: a) pravu koje je merodavno za nasleđe, a koje je regulisano u članovima 21 i 22 Uredbe 650/2012, o kojima je bilo reči; ili b) po pravu države u kojoj lice, koje je dalo izjavu, ima redovno boravište¹⁶.

Uredba 650/2012 sadrži i određena ograničenja u primeni merodavnog prava po njenim odredbama. Naime, kada zakon države u kojoj se nalazi određena

¹³ Član 36 Uredbe 650/2012, Coxall E., EU adopts new rules on inheritance law, op. cit.

¹⁴ Član 37 Uredbe 650/2012.

¹⁵ Član 38 Uredbe 650/2012.

¹⁶ Član 28 Uredbe 650/2012.

nepokretnost ili određen privredni subjekt, preduzeće ili drugi oblik, kao i druge kategorije imovine koja čini naslednu masu, sadrži posebna pravila, za ekonomska, porodična i socijalna pitanja, nameće određena ograničenja koja se odnose ili utiču na nasleđivanje navedene imovine, tada će se ta pravila primenjivati u meri, u kojoj se, prema zakonu te države, primenjuju, bez obzira na zakon koji se primenjuje na nasleđivanje¹⁷.

Ako imovina, kojom je zaveštalac raspolagao za slučaj smrti, nema naslednika ili legataru, kao i, ako nema fizičkog lica kao zakonskog naslednika, ne isključuje se pravo država članica ili entiteta, ako su ti entiteti ovlašćeni u ovakvim situacijama od strane država članica, da prisvoje tu imovinu koja se sastoji od nepokretnosti na njihovim teritorijama, ali, pod uslovom, da se poveriocima omogućiti da mogu namiriti svoja potraživanja iz te imovine u celini. Naravno, to mora biti u skladu sa merodavnim pravom koje se primenjuje na nasleđivanje, a u vezi sa primenom Uredbe 650/2012¹⁸.

Uredba 650/2012 uređuje i pitanje komorijenata. Naime, kada dva ili više lica, kod kojih se primenjuju različita prava po pitanju nasledstva, umre u okolnostima u kojima je neizvestan momenat njihove smrti, a gde ta prava imaju različite odredbe za takve situacije ili uopšte ne sadrže odredbe o tome, tada ni jedno od preminulih lica neće imati nikakva prava na nasleđivanje drugog ili drugih lica¹⁹.

Primena zakona bilo koje treće države koja je određena Uredbom 650/2012, podrazumeva primenu pravila zakona koji je na snazi u toj državi, uključujući i pravila Međunarodnog privatnog prava. To se odnosi na zakon države članice i na zakon treće države koja će primeniti svoje pravo. Znači da je prihvaćen institut *renvoi*. Međutim, Uredba 650/2012 isključuje primenu *renvoi* u određenim situacijama²⁰. Naime, ovaj institut se neće primenjivati, kada je u pitanju primena opštih pravila o određivanju merodavnog prava, tj. kod primene članova 21 i 22 Uredbe 650/2012. Zatim, *renvoi* se neće primenjivati ni u slučaju izmene ili opoziva ranijeg raspolaganja imovinom²¹, kao ni kada je u pitanju primena odredbe koja reguliše važnost izjave o prihvatanju ili odricanju nasleđa ili legata²², a ni u slučaju kada se primenjuje odredba koja se odnosi na određena ograničenja u primeni merodavnog prava²³.

¹⁷ Član 30 Uredbe 650/2012.

¹⁸ Član 33 Uredbe 650/2012.

¹⁹ Član 32 Uredbe 650/2012.

²⁰ Član 34 Uredbe 650/2012, Frimston R., The European Union Succession Regulation (EU) No 650/2012, op. cit.

²¹ Član 27, st.2 Uredbe 650/2012.

²² Član 28 Uredbe 650/2012.

²³ Član 30 Uredbe 650/2012.

DRUGA PITANJA OD VAŽNOSTI ZA PRIMENU
UREDBE 650/2012

Uredba 650/2012 definiše određene institute koji se regulišu u njenim odredbama, a o nekima smo govorili u ovom radu. Mi ćemo se osvrnuti na tri instituta. Naime, Uredba 650/2012 pod nasleđivanjem podrazumeva nasleđivanje imovine umrlog lica, koje podrazumeva sve oblike prenosa sredstava, prava i obaveza u slučaju smrti, bilo putem dobrovoljnog prenosa, odnosno, raspolaganjem imovinom za slučaj smrti, bilo putem prenosa imovine sa ostavioca na naslednika²⁴. Sporazum o nasleđivanju je ugovor koji je rezultat zajedničke volje, kojom se, sa ili bez naknade, stvara, menja ili prekida pravo na buduću imovinu ili imovinu jednog ili više lica koje su ugovorne strane u tom sporazumu²⁵. Pod raspolaganjem za slučaj smrti, Uredba 650/2012 podrazumeva volju i zajedničku volju²⁶.

Stupanje na snagu

Uredba 650/2012 je stupila na snagu dvadesetog dana od dana objavljivanja u Službenim novinama EU, odnosno, 16. avgusta 2012. godine. No, ona će se primenjivati na predmete nasleđivanja lica koja će umreti nakon 17. avgusta 2015., što znači, tri godine nakon stupanja na snagu. Ako je ostavilac izabrao merodavno pravo za života, koje će se primenjivati na nasleđivanje, odnosno, kako to Uredba 650/2012 navodi, pre 17. avgusta 2015, to pravo će se primenjivati, ako je u skladu sa odredbama ovog akta, odnosno, ako je u skladu sa pravilima Međunarodnog privatnog prava, koja su bila na snazi, u vreme kada je ostavilac izabrao pravo, bilo u državi u kojoj je imao prebivalište, bilo u državi čije je državljanstvo imao. Slična pravila se primenjuju i ako je u pitanju raspolaganje imovinom, koje je određeno od strane ostavioca za života, odnosno, pre 17. avgusta 2015. godine²⁷.

Odnos Uredbe 650/2012 i drugih međunarodnih izvora

Uredba 650/2012 ne utiče na primenu međunarodnih ugovora kojima su države članice bile obavezane u momentu usvajanja te Uredbe, a koji regulišu ista pitanja kao i Uredba 650/2012. Ali, države članice koje su potpisale Hašku konvenciju o sukobu zakona u pogledu oblika testamentarnih raspolaganja od 5. oktobra 1961. godine, nastaviće i dalje da primenjuju odredbe te Konvencije,

²⁴ Član 3, st. 1(a) Uredbe 650/2012.

²⁵ Član 3, st. 1(b) Uredbe 650/2012.

²⁶ Član 3, st. 1(d) Uredbe 650/2012.

²⁷ Članovi 83 i 84 Uredbe 650/2012, Valverde S.M., Regulation (EU) No 650/2012 in matters of succession, op. cit.

osim člana 27, koji se odnosi na formalnu punovažnost testamenta. Ipak, Uredba 650/2012 će imati u prednost u primeni, kada su u pitanju države članice koje su potpisnice i drugih međunarodnih izvora u ovoj oblasti²⁸. Isto tako, Uredba 650/2012 neće uticati na primenu Uredbe br. 1346/2000 o postupcima insolventnosti od 29. maja 2000. godine²⁹.

EVROPSKA POTVRDA O NASLEĐIVANJU

Napred smo rekli da Uredba 650/2012 uvodi dokument kojim se postupak nasleđivanja u prekograničnim stvarima pojednostavljuje i čini efikasnijim. Ovde ćemo izložiti samo osnovne karakteristike ovog dokumenta, imajući u vidu da je neophodno spomenuti ovaj akt, kada se govori o Uredbi 650/2012, kao i da se kod izdavanja potvrde primenjuju interesantna pravila koja se odnose na činjenicu da autonomija volje kako ostavioca, tako i stranaka, dovodi do određivanja nadležnosti. Opšta nadležnost suda za izdavanje Potvrde se određuje po mestu u kome je pokojnik (ostavilac) imao prebivalište u momentu smrti. Taj sud ima nadležnost da odlučuje u stvari nasleđivanja u celini³⁰. Ako je ostavilac izabrao mero-davno pravo za rešavanje pitanja nasleđivanja u vezi njegove imovine i ako je to pravo zemlje članice, stranke se mogu sporazumeti da sud te zemlje ima isključivu nadležnost da rešava u toj stvari. Svaka komunikacija elektronskim putem koja obezbeđuje trajan zapis sporazuma smatraće se ekvivalentom pismene forme³¹.

Uredba 650/2012 određuje da Potvrda neće zauzimati mesto sličnim internim dokumentima koje se koriste u zemljama članicama u slične svrhe. Ali, kada se Potvrda izda za upotrebu u drugoj članici, ona će proizvoditi efekte koje određuje Uredba 650/2012³². Potvrda se izdaje za upotrebu od strane naslednika, legataru, izvršilaca testamenta, upravnika imovinom ostavioca koja se nalazi u drugoj članici, kako bi definisali svoj status i svoja prava. Potvrda se upotrebljava za: a) dokazivanje statusa i prava svakog naslednika, kao i svakog legataru koji se pominje u Potvrdi, a u vezi sa imovinom ili delovima na toj imovini, b) pripisivanje nasledniku određenog dela imovine, kao i legataru koji se pominje u Potvrdi, c) definisanje ovlašćenja lica koja se pominju u Potvrdi, a u vezi izvršenja testamentu ili upravljanja imovinom³³.

²⁸ Član 75, st.1 i 2 Uredbe 650/2012.

²⁹ Council regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on insolvency proceedings (*Official Journal L 160*, 30/06/2000 P. 0001 – 0018).

³⁰ Član 4 Uredbe 650/2012.

³¹ Član 5 Uredbe 650/2012.

³² Član 62, t. 3 Uredbe 650/2012.

³³ Član 63 Uredbe 650/2012.

Potvrda će proizvoditi dejstva u svim zemljama članicama, bez sprovođenja posebnog postupka. Za Potvrdu se određuje pretpostavka tačnosti, za sve elemente koji su sadržani u njoj. Smatra se da lice koje se pominje u Potvrdi, a koje može imati status naslednika, legatara, izvršioca testamenta ili upravnika imovinom ostavioca, ima taj status, koji je naveden u Potvrdi, bez ikakvih ograničenja, osim onih koji su navedeni u Potvrdi. Za svako lice, koje vrši potrebne radnje na osnovu podataka iz Potvrde, može vršiti plaćanja ili prenositi imovinu na lice koje je određeno u Potvrdi, kao ovlašćeno da prihvati isplatu ili imovnu. Smatra se da to lice ima ovlašćenje da prihvati isplatu ili imovinu, osim, ako ono zna da tih ovlašćenja nema, odnosno, da su podaci u Potvrdi lažni, odnosno, ako nije svesno netačnosti tih podataka zbog nemara. Na osnovu Potvrde, moći će da se upiše imovina ostavioca u odgovarajuće registre zemlje članice³⁴.

DVA PRINCIPA UREDBE 650/2012

Uredba 650/2012 promovira dva važna principa bitna za nasleđivanje sa elementom inostranosti. Prvo, ako neko lice umre u državi članici, koja nije njegova matična zemlja, tada će se primeniti pravo po mestu gde je to lice poslednji put imalo svoje redovno boravište. To pravo će primeniti sudovi i drugi organi u državi članici. Ovaj princip doprinosi izbegavanju sukoba nadležnosti koji bi mogli da nastanu, ako se sudovi u više zemalja oglase nadležnim. Inače, Uredba 650/2012 koristi termin „habitual residence“ kao redovno boravište. Izuzetak od navedenog se odnosi na situaciju kada se zasniva nadležnost po mestu nalaženja imovine pokojnika. Takva nadležnost se može zasnovati, ako je to neophodno za prenos imovine i registraciju iste u zemljišnim knjigama.

Regulisanje pitanja imovine pokojnika zavisi od toga kakve je vrste ta imovina i od čega se sastoji. Pravila Međunarodnog privatnog prava većine evropskih država različito regulišu pitanja vezana za nepokretnu i za pokretnu imovinu. Pravo države u kojoj se nalazi nepokretnost će se primenjivati, ako je ta imovina uključena u masu. Ali, računi u bankama, investicije, akcije i dr., će se regulisati po pravi prebivalištu pokojnika. Problem može nastati, kada se smatra da jedna osoba ima stalni boravak u dve zemlje, što se može odraziti na regulisanje ovog pitanja.

Drugi princip se odnosi na mogućnost da se testament pokojnika otvara po pravu zemlje njegovog porekla. To će svim državljanima EU dati novo pravo, odnosno, to pravo predstavlja veliki napredak u regulisanju ove materije, jer će time svako ko živi u drugoj zemlji unutar EU, moći da zadrži bliske veze sa zemljom porekla, kao i da osigura primenu posebnih odredaba nacionalnog zakonodavstva, koje se odnose na poklone koje je to lice učinilo za života. Uredba 650/2012 će omogućiti da lica mogu izabrati da njihov testament bude regulisan po pravu

³⁴ Član 69 Uredbe 650/2012.

države njihovog porekla, koje će se primenjivati na njihovu celu imovinu. Ali, izbor zakona se, sam po sebi, ne podrazumeva. To mora biti izričito navedeno u aktu poslednje volje. No, za građane nekih država EU, navedeno neće biti dobra varijanta.

Naime, za Fince će navedeno biti ograničavajuće u izboru prava, obzirom da Uredba 650/2012 predviđa znatno manje prava po ovom pitanju, nego što to predviđa zakon o nasleđivanju Finske iz 1965. godine (sa amandmanima iz 2001.)³⁵.

REGULISANJE NASLEĐIVANJA SA ELEMENTOM INOSTRANOSTI U REPUBLICI SRBIJI

Kad je u pitanju Republika Srbija, pomenućemo pravila koja se primenjuju na nasleđivanje sa elementom inostranosti koje definiše Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja (dalje: Zakon o MPP)³⁶, a pomenućemo i odredbe, koje u ovoj oblasti, određuje Nacrt Zakona o međunarodnom privatnom pravu (dalje: Nacrt)³⁷. Osnovna tačka vezivanja za određivanje merodavnog prava za zakonsko nasleđivanje je *lex nationalis*, odnosno, državljanstvo ostavioca u vreme njegove smrti. Inače, ovo pravilo se primenjuje i kod testamentalnog nasleđivanja. Obim primene merodavnog prava zavisi od vrste postupka koji se vodi i ograničen je na ostaviočevu imovinu za koju se sud domaće zemlje oglasio nadležnim. To znači da se domaći sud može oglasiti nadležnim i za imovinu u stranoj državi, na zahtev naslednika. Ali, njegova nadležnost će zavisiti od pravila strane zemlje u kojoj se nalazi imovina za koju se oglasio nadležnim.

Merodavno pravo za testamentalnu sposobnost određuje se po državljanstvu (*lex nationalis*) zaveštaoca u vreme sastavljanja testamenta. Prema tom merodavnom pravu utvrđuju se manje volje, sposobnost za rasuđivanje, elemeti koji su bitni za slobodnu i razumnu poslednju volju.

Merodavno pravo za sadržinu testamenta se određuje po državljanstvu ostavioca u vreme smrti. Testament mora da ispuni određenu formu, odnosno, njegov oblik mora da bude punovažan. U ovoj oblasti vlada princip *in favorem negotii*, koji se ovde naziva i *in favorem testamenti*, što znači da je tendencija da se primeni merodavno pravo po kojoj je testament punovažan. Zbog toga je predviđen niz tačaka vezivanja, koje su preuzete iz Haške konvencije o sukobu zakona u pogledu oblika testamentalnih odredaba iz 1961. godine. Iz tog izvora preuzeta su

³⁵ Norrback-Ilvessalo J., Juusela J., Legal alert Regulation (EU) No. 650/2012 on successions, <http://www.borenus.com/InEnglish/News/Legalalerts/Article/tabid/10572/ArticleId/1422/Default.aspx?Return=10520> (pristup: 14.07.2013).

³⁶ Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja (Sl. list SFRJ br. 43/82, 72/82, Sl. list SRJ, br. 46/96).

³⁷ Nacrt Zakona o međunarodnom privatnom pravu, <http://arhiva.mpravde.gov.rs/cr/news/vesti/zakon-o-medjunarodnom-privatnom-pravu-radna-verzija.html> (pristup: 22.07.2013).

pravila čijom alternativnom primenom dolazimo do rešenja, odnosno, do punovažnosti testamenta, koji bi, inače, bio nepunovažan, kada bi se primenjivala manje elastična rešenja³⁸.

Što se tiče Nacrta, pomenućemo da se veći broj odredaba posvećuje nasleđivanju sa elementom inostranosti. Uređuju se nadležnost, mere za obezbeđenje i zaštitu prava prema zaostavštini, izbor merodavnog prava, merodavno pravo u odsustvu izbora, zatim za sadržinu zaveštavanja, za zaveštajnu sposobnost, za formu zaveštavanja, raspolaganje pravnim poslovima imovinom za života ostavioca, posebni naslednopravni režimi, obim merodavnog prava i zaostavština bez naslednika. Nacrt je regulisao i uobičajeno boravište. Međutim, u mišljenju o Nacrtu koje je dato od strane eksperata imenovanih od strane Saveta Evrope, dat je predlog da se taj član izbriše.

Naime, u Uredbi 650/2012 nema odredbe koja definiše boravište, iako se daju neke naznake za tumačenje boravišta u pitanjima nasleđivanja. Objašnjenje je da lista okolnosti koje treba uzeti u obzir kad je u pitanju definisanje uobičajenog boravišta, može, u određenim situacijama da se pokaže korisnom, u drugim ne. Navodi se da bi bilo bolje imati opštu definiciju boravišta, koja bi se primenjivala i na pitanja nasleđivanja³⁹.

Kao što vidimo, uzimaju se u obzir odredbe Uredbe 650/2012 i kad je u pitanju Nacrt. Složenost u ovim odnosima stvara element inostranosti. Zbog toga je i neophodna Potvrda, obzirom da se postavljaju mnoga pitanja vezana za položaj stranog ostavioca u domaćoj zemlji, kao i za položaj ostavioca domaćeg državljanstva u stranoj zemlji. Isto tako, problem može prouzrokovati i činjenica da sve zemlje ne tretiraju jednako ostaviočevu imovinu. Tako, postoje zemlje koje prihvataju princip podeljene zaostavštine, kao i zemlje koje prihvataju princip jedinstvene zaostavštine. Ono što predstavlja problem kod podeljene zaostavštine jeste regulisanje različitih delova imovine različitim pravima.

Važno pitanje, koje se često postavlja, u ovoj oblasti, jeste status zaostavštine bez naslednika. Osnovno je pravilo da takvu zaostavštinu nasleđuje država, ali pitanje je, po kom pravu će se raspraviti ovakva situacija. To, pre svega, zavisi od vrste stvari koja predstavlja ostaviočevu imovinu⁴⁰.

ZAKLJUČAK

Postoje mnoga pitanja koja će se morati razjasniti kad Uredba 650/2012 stupi na snagu. To se, pre svega, odnosi, na imovinski režim, koji je različit u zemlja-

³⁸ Članovi 30 i 31 Zakona o MPP; Pak M., Međunarodno privatno pravo, Beograd 1991, str. 345.

³⁹ Mišljenje o Nacrtu Zakona o međunarodnom privatnom pravu Republike Srbije, Savet Evrope <http://arhiva.mpravde.gov.rs/cr/news/vesti/zakon-o-medunarodnom-privatnom-pravuradna-verzija.html> (pristup: 22.07.2013).

⁴⁰ Čolović V., Međunarodno privatno pravo, Banja Luka, str. 167.

ma članicama. Za građane EU bitno je da sudska praksa, pre svega, objasni odnos između primene prava EU i nacionalnog javnog poretka. Ali, postojaće problem, pre svega, za notare, kao i lica koja vode registre, a to se odnosi na rad sa dokumentima iz drugih zemalja članica. To može dovesti i do potrebe za promenom nacionalnog zakonodavstva⁴¹.

No, kad je u pitanju određivanje i primena merodavnog prava, tu se mora izdvojiti sledeće. Naime, sa jedne strane Uredba 650/2012 određuje mogućnost izbora prava putem autonomije volje, dok sa druge strana, ova Uredba ima jedinstven pristup u uređivanju ove materije. To stvara mogućnost više različitih sukoba. To se, pre svega, odnosi na sukob između prava koje se primenjuje na nasleđivanje (*lex successionis*) i prava koje se primenjuje na imovinu u svakoj državi članici (*lex rei sitae*). Po mišljenju autora iz EU, postoji bitan razlog za korišćenje autonomije volje prilikom određivanja merodavnog prava od strane građani na EU, a što se odnosi na režim podele imovine.

Naime, lice koje živi u drugoj zemlji članici, a ne zemlji svog državljanstva, iskoristiće pravo da izabere pravo po svom državljanstvu, zato što se time može postići režim obavezne podele imovine. No, u vezi sa tim, postoji problem sa ovim pravilima. *Lex successionis* može da bude u suprotnosti sa javnim poretkom zemlje članice. Uredba 650/2012 omogućava da zemlje članice, putem kompromisa odbiju primenu njenih pravila, ako su ona „očigledno nespojiva“ sa javnim poretkom zemlje članice. Dalje, problemi mogu postojati u slučaju da su neki od oblika imovine ili imovinskih prava nepoznati u pojedinim zemljama članicama⁴².

Napred smo već pominjali neke od najvažnijih karakteristika i principa Uredbe 650/2012. Međutim, na kraju izdvajamo tri najvažnija cilja donošenja ovog akta. Prvi se odnosi na nastojanje Uredbe 650/2012 da stvori jedinstven sistem za rešavanje prekograničnih slučajeva u stvarima nasleđivanja. Drugi cilj je pojednostavljenje procedure za rešavanje predmeta nasleđivanja sa prekograničnim elementom. No, treći cilj, a, ujedno, najveći doprinos Uredbe 650/2012 je rešavanje predmeta nasleđivanja sa prekograničnim elementom po jednom pravu, kao i lakše dokazivanje prava naslednika, legatarata, upravnika imovine ostavioca i izvršioca testamenta u drugoj državi članici, u kojoj se nalazi imovina, pomoću Potvrde⁴³. Međutim, najvažniji cilj i svrha donošenja Uredbe 650/2012 se sastoji u tome, da obuhvati sve građanskopravne aspekte nasleđivanja imovine umrlog lica, a što se odnosi na sve oblike prenosa imovine i regulisanja prava i obaveza nakon smrti ostavioca.

⁴¹ Akkermans B., *EU Succession Regulation Creates Problems*, <http://www.mepli.eu/2012/06/eu-succession-regulation/>, (pristup: 22.07.2013).

⁴² Akkermans B., *EU Succession Regulation Creates Problems*, op. cit.

⁴³ *New EU rules simplify cross-border succession cases*, <http://eu2012.dk/en/NewsList/Marts/Uge-11/cross-border-succession> (pristup: 21.07.2013).

VLADIMIR ČOLOVIĆ, Ph.D.,
Principal Research Fellow, Institute of
Comparative Law, Belgrade

DETERMINATION AND APPLICATION OF APPLICABLE LAW
IN CASES OF INHERITANCE (SUCCESSION) IN THE EU LAW

Summary

The Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession will be applied to cases of inheritance with a cross-border element. The main objective of this act is regulation of property of the decedent, after his death, by the one law. Unless otherwise provided for in this Regulation, the law applicable to the succession as a whole shall be the law of the State in which the deceased had his habitual residence at the time of death. Also, the Regulation define the possibility of determining applicable law by the choice of law.

The Regulation (EU) No 650/2012 define the applicable law for an agreement as to succession, and for a disposition of property upon death. This Regulation, also, creates a European certificate of succession as a document that will allow a certain person to prove that he is the heir, legatee, executor of will, or the person who manages the assets of the decedent across the EU. The main objective of this Regulation is to create a unified system in this area. This Regulation shall apply from 17 August 2015.

FILIP TURČINOVIĆ

MEĐUNARODNOPRAVNA ZAŠTITA ŽIVOTNE SREDINE I EKOLOŠKO PRAVO EU

U V O D

Brojne države su naročito u drugoj polovini dvadesetog vijeka imale bogatu proliferaciju raznovrsnih pravnih dokumenta donijetih radi onemogućavanja nastanka šteta u čovjekovoj sredini. Ove mjere su dale određene rezultate koji bi uslovno mogli uporediti sa dostignućima Štokolmske konferencije 1972. godine. Kao što je poznato na samoj konferenciji prenebregnute su mnoge okolnosti različitog karaktera koje uzrokuju nastanak šteta. Stvorilo se uvjerenje da će one biti obuhvaćene nekom budućom legislacijom ili pak makar deklarativno biti spomenute. Slično tome države su pratile taj tok i ponašale se u skladu sa načelom suverenog odlučivanja o pitanjima koji se tiču teritorije pod njihovom vlašću. Takve prilike su mogle potrajati do trenutka kada su počele da se pojavljuju polucije i štete nastale usljed njih koje su počele ugrožavati teritorije drugih država i nanositi im nerijetko vrlo velike štete.

Pri kraju dvadesetog vijeka pojedine države su počele da donose zakone sa svrhom da zaustave manje ili više prisutna oštećenja čovjekove sredine unutar svojih granica što je u najvećem broju slučajeva zavisilo od političkih prilika u njima. Takav stav se najčešće ispoljavao u pojačanoj pažnji pa i pojačanoj aktivnosti dok je striktna odgovornost bila rezervisana za djelatnosti sa ultra rizicima. Razvoj se ipak kretao u smjeru utvrđivanja nesporne direktne odgovornosti nezavisno od toga da li su države postupale sa pojačanom pažnjom i savjesno za vrijeme

Dr Filip Turčinović, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjoj Luci.

preduzimanja takvih aktivnosti. Pojedine konvencije u tom pravcu imaju jasno primijenjene standarde striktnosti za određene aktivnosti.¹

Međutim, vrlo brzo je postalo jasno da makoliko bila stroga legislativa bilo koje pojedinačne države da ona svoju djelatnost u zaštiti od ekoloških šteta ne može sprovesti ukoliko one potiču od manje odgovornih država. U tome objektivnom okviru treba tražiti osnove pojačane aktivnosti u međunarodnoj zajednici da se uspostave principi i nacrti konvencija i deklaracija u ekološkoj sferi.

Od velikog značaja su dokumenti donijeti na Štokholmskoj Konferenciji UN o čovjekovoj sredini održanoj 1972. godine. Deklaracija donijeta na toj Konferenciji sadrži brojne principe.²

Po našoj ocjeni se posebno je značajan princip 2 u kome stoji:

“Prirodni resursi na Zemlji, uključujući vazduh, vodu, zemljište, floru, faunu i specijalne reprezentativne primjerke prirodnih ekosistema moraju biti očuvani za dobro sadašnjih i budućih generacija kroz pažljivo planiranje i cjelishodan menadžment.”

Ovakvi principi su ustvari tzv. “meko pravo” koje ne proizvodi neposredno obavezna pravna pravila. Ono više predstavlja preporuku i smjernicu kojom međunarodna zajednica nastoji da pojedinu normu odnosno pravno pravilo podvrgne legislaciji time što bi im države postepeno davale veći značaj kao specifičnoj ili bolje rečeno netipičnoj međunarodnopravnoj normi.

Nakon Stokholmske konferencije iz 1972. godine formiran je UNEP. U okviru ove nevelike specijalizovane agencije UN pokrenut je značajan i vrlo uticajan rad na pripremanju nacrtu za pojedine ugovore koji su nakon usvajanja bili široko prihvaćeni i ratifikovani od velikog broja država.

Tako je npr. Konvencija o biološkom diverzitetu dobila više od 180 ratifikacija.³ Veći broj je dobila Okvirna konvencija o klimatskim promjenama.⁴ Postepeno su se razvijali legislativne djelatnosti u brojnim oblastima zaštite čovjekove sredine. Nacrti konvencija i deklaracija gotovo da su obuhvatile sve značajne probleme ekološke sfere.

Pored aktivnosti nastalih na osnovu afilijacione mreže UN u poslu produkcije nacrtu pravnih dokumenata veoma značajnu pa i bogatu produkciju imale su nevladine organizacije.

¹ Vidi tekst Konvencije o međunarodnoj odgovornosti za štete nastale od kosmičkih objekata, UNTS 187 koja je potpisana 29. marta 1972. godine, a stupila na snagu 1. septembra 1972. godine.

² Štokholmska Deklaracija UN od 16 juna 1972. godine objavljena je u UN. Doc. A/CONF. 48/14/Rev. 13 1972.

³ Vidi tekst Konvencije UN Doc. UNEP-Bio. Div-N7-INC 5-4 potpisana 5. juna 1992. godine, a stupila na snagu 29. decembra 1993. godine.

⁴ Vidi tekst Konvencije 1771 UNTS 107 potpisane 9. maja 1992. godine a stupila na snagu 29 decembra 1993 godine.

Međutim, vidan uspjeh u konstituisanju univerzalne dimenzije ekološkog prava nije postignut. Države usporevaju, zbog brojnih interesa, nastajanje striktnijeg režima obaveza u zaštiti čovjekove okoline, jer bi on proizveo dodatne troškove za privredne subjekte. Nacionalne države nastoje da olakšaju poslovanje svojih kompanija nerijetko zanemarujući štetnost njihove djelatnosti po čovjekovu sredinu.

Na drugoj strani postoje nevladine organizacije kao npr. Greenpeace International koje snažno suprotstavljaju takvim tendencijama. U novije vrijeme ipak se pojavljuju brojni pravni dokumenti među kojima dominiraju pojedini ugovori. Rukovodeći se materijom koju regulišu mogli bi reći da se u toj oblasti stvara poželjan legislativni okvir.

Bazelska konvencija o kontroli prekograničnih kretanja opasnih otpada i njihovog odlaganja donosi njegovu opisnu definiciju, uspostavlja modele kontrole i ograničenja transfera toga otpada između ugovornih partnera.⁵ U tom pravcu značajna je i Bamako konvencija koja je istina regionalnog karaktera ali zabranjuje uvoz opasnog otpada u Afriku kao i kontrolu i upravljanje tokom prekograničnog transporta unutar Afrike.⁶

Kad je riječ o atmosferi, ozonskom omotaču i klimatskim promjenama najprije imamo Konvenciju o prekograničnom zagađivanju vazduha na velikim udaljenostima iz 1979 godine.⁷ U ovoj konvenciji pozivaju se sve strane ugovornice da smanje polucije koje se mogu prenijeti na velikim udaljenostima. S obzirom da je riječ o specijalnim zagađenjima na velikim visinama predlaže se postepeno reduciranje kako bi se postigao veći uspjeh.

Pitanjima zaštite ozonskog omotača bavila se Bečka konvencija o zaštiti ozonskog omotača. U njoj je predviđeno kao sustinska stvar razmjena relevantnih informacija i naučna istraživanja.⁸ Izvjestan napredak u regulisanju naprijed navedenih pitanja donio je Monterealski protokol o supstancama koje oštećuju ozonski omotač. Navedene su štetne supstance i njihov dozvoljeni nivo koji može biti prisutan u atmosferi. Riječ je hlorofluorocarbonu (CFC). Pored toga predviđene su naučno opravdane procedure o postupcima utroška i zaleđavanja halona. Na ovaj Protokol donijeti su amandmani u Londonu 1990. i u Kopenhagenu 1992. godine. Pored ova dva amandmana donijeta je i Helsinška deklaracija o za-

⁵ Konvencija je potpisana 22. marta 1989. godine, stupila je na snagu 5. maja 1992. Objavljena je u 1673 UNTS 57.

⁶ Bamako konvencija je potpisana 29. januara 1991. godine. Objavljena je u 30 ILM 773 1991. godine.

⁷ Konvencija je potpisana 13 novembra 1979. godine, a stupila na snagu 16. marta 1983. godine.

⁸ Bečka Konvencija o zaštiti ozonskog omotača potpisana je 22. marta 1985. godine, a stupila na snagu 22. septembra 1988. godine. Objavljena je u 1513 UNTS 293.

štiti ozonskog omotača u kojoj je predviđeno fazno ukljanjanje iz atmosfere hlorofluorocarbona (CFC)a do 2000. godine.

Pitanja zaštite Prirode uopšte, flore i faune pa i drugih resursa djelimično smo spomenuli u prethodnom tekstu.⁹ Ono što se čini posebno važnim je zaštita svjetskih šuma, upravljanje tim opštečovječanskim dobrom, njihovom konzerviranju i održivom razvoju. Pojašan interes međunarodne zajednice našao je izraza u dokumentu UN pod nazivom "Principi o Globalnom konsensusu o menadžmentu, konzervaciji i održivom razvoju svih tipova šuma".¹⁰

Konvencija o zaštiti kulturnog i prirodnog nasljeđa iz 1972. godine propisuje obavezu stranama ugovornicama da obezbijede: identifikaciju, zaštitu, konzervaciju, prezentaciju i transfer budućim generacijama kulturnog i prirodnog nasljeđa. (član 4).¹¹ Mogućnosti oštećenja nuklearnih postrojenja i štete koje mogu nastati na toj osnovi zaokupljali su pažnju poslenika u UN, naučnih krugova pa i svjetske javnosti.

Generalna Skupština Ujedinjenih Nacija donijela je 1961 godine Deklaraciju o zabrani upotrebe nuklearnog i termo nuklearnog oružja sa obrazloženjem da je upotreba takvog oružja u dubokoj suprotnosti sa slovom i duhom Povelje UN i suprotna je ciljevima koji su postavljeni kao svrha djelatnosti te univerzalne međunarodne organizacije.¹²

S obzirom na pravnu prirodu pa i opšti politički karakter ove Deklaracije smatralo se nedugo poslije njenog donošenja da je neophodno donijeti obavezujući pravni dokument kojim će se zabraniti potpuno testiranje nuklearnih oružja u atmosferi, kosmosu i pod vodom.

U okviru Ujedinjenih nacija potpisan je i stupio na snagu 1963. godine Ugovor o zabrani nuklearnih proba u atmosferi, kosmosu i pod vodom. O tome kako je naprijed istaknuto veoma brzo je postignuta saglasnost i pomalo je kuriozitet što je u istoj godini ugovor stupio na snagu.¹³

Vidljivo je u radu na legislaciji u drugim oblastima izvjesna sporost uslovljena različitošću interesa država članica. Rad na ovim problemima nastavljen je u UN. Poznate su brojne diskusije i zalaganja da se potpuno zabrane nuklearne probe. U tom pravcu je 1991. godine Generalna skupština zaključila sa nadmoćnom većinom da je potrebno zabraniti u potpunosti sve vrste nuklearnih proba.

⁹ Vidi fusnote pod 3 i 4. t

¹⁰ Izjava o o ovim pricipima potpisana je 13 juna 1992 godine. Objavljena je UN . Doc. A/ CONF. Rev. 1 1992.

¹¹ vidi potpunije o tome Turčinović E. Konvencije UNESCOa o kulturnom i prirodnom nasljeđu, ARS Cetinje br. 29 iz 1989 godine.

¹² Tekst Deklaracije vidjeti u dokumentu G:A. Res. 46/29, UN GAOR 16 Sess, UN. Doc A/ RES/1653 1961.

¹³ Ugovor je objavljen u 480 UNTS 43.

Nasuprot takvim nastojanjima kako smo istakli pojedine velike sile nastavile su sa probama. Prema nekim relevantnim procjena postojale su indikacije da će Francuska obaviti nuklearne probe u atmosferi 1973. godine ili nešto kasnije u Južnom Pacifiku.

Novi Zeland i Australija iznijeli su slučaj pred Međunarodni sud pravde zahtijevajući da Sud okvalifikuje takve djelatnosti kao protivne međunarodnom javnom pravu odnosno da ono predviđa potpunu zabranu takve vrste proba.¹⁴

Francuska je odbila te navode ističući da će test biti kasnije. Usljed toga Sud je odbio podnijete tužbe. Pri tome se rukovodio činjenicom da hipotetično postavljena mogućnost testiranja bez obzira što je Francuska objavila da će takav test izvršiti kasnije ne može biti osnova za meritorno odlučivanje bez obzira na okolnost najave budućeg testiranja koje je protivno međunarodnom javnom pravu. Nakon toga Francuska je izvela u Južnom Pacifiku veći broj podzemnih nuklearnih proba što je širom svijeta izazvalo masovne proteste.

Usljed toga, Novi Zeland je protestovao protiv presude Međunarodnog suda pravde iz 1974. godine navodeći da je taj Sud propustio da utvrdi da je Francuska protivno međunarodnim pravnim pravilima (usvojenim međunarodno-pravnim standardima) propustila da prije obavljanja probe podnese Procjenu rizika za čovjekovu sredinu. U vezi ovih pitanja razvila se jedna čitava mala književnost. Pojavila su se različita pravna, etička, bezbjedonosna shvatanja.

Međunarodni sud pravde otežao je da da mišljenje rukovodeći se činjenicom da podzemne nuklearne probe nijesu zabranjene. To uprkos faktu da je od 1996. godine Ugovor o potpunoj zabrani nuklearnih proba bio otvoren za potpisivanje i da su ga Rusija, Velika Britanija i Francuska potpisale zajedno sa velikim brojem drugih članica UN. U njemu se predviđa da nijedna država potpisnica ugovora neće izvoditi niti jednu probu nuklearnog oružja.¹⁵

Vrlo ilustrativan je slučaj eksplozije u Černobilu koji se dogodio 1986. godine. Ogromna havarija u nuklearnoj elektrani je izazvala ogromnu emisiju radioaktivnih supstanci. SSSR je propustio na početku da objelodani ogromnu katastrofu koja nastupila. Potreba je bila solidarnost čitavog čovječanstva da bi sanirala katastrofa. tek kada su pojedine države primijetile povećan nivo radioaktivnosti nadležni u SSSR su nevoljno priznali da se desio katastrofalni akcident.

Odredbama Konvencije o ranoj notifikaciji nuklearnih akcidenata predviđeno je država odmah nakon dešavanja nuklearnog akcidenta na njenom teritoriji neposredno notifikuje tu stvar svim državama koje su u fizičkom kontaktu sa

¹⁴ Vidi, Nuclear Test Cases (Australia v. France)1974 ICJ 253;(New Zealand v. France)1974 ICJ 457.

¹⁵ Vidi: UN Doc. A/50/1027 od 26. avgusta 1996. godine. Rusija, Velika Britanija i Francuska su ga ratifikovale.

radioaktivnim zračenjem ili se pretpostavlja da bi u budućnosti mogle biti.¹⁶ Ta notifikacija se može predati i posredno preko Međunarodne agencije za atomsku energiju.

Konvencija o saradnji u slučaju nuklearnih incidenata ili radiološke nužnosti predviđa saradnju između strana ugovornica kako bi se umanjile njegove posljedice, zaštitio život ljudi, imovina i čovjekova sredina.¹⁷

Svi ugovori o pitanjima nuklearnih oštećenja čovjekove sredine moglo bi se reći ustvari reprezentuju pristup navedenoj zaštiti u doba mira. U njima se nuklearno oružje gotovo i ne pominje. Smatralo se da spominjanje nuklearnog oružja i njegove upotrebe u ratne svrhe opteretilo inače dobru atmosferu i povoljne pregovore između država i drugih subjekta koji su učestvovali u njihovom stvaranju.

Postoje brojni međunarodnopravni dokumenti koji se bave zaštitom vodnih resursa na zemlji. Među njima po svom pravnom značaju ističe Konvencija o pravu mora.¹⁸ Neki veoma priznati profesori međunarodnog javnog prava nazivaju je ustavom okeana zbog njenog značaja za razvoj pomorstva i svjetske privrede u cjelini. U njoj su sadržani ekološki standardi i propisi koji štite pomorsku životnu sredinu od svih vrsta zagađenja.

Pitanjima zaštite voda i vodnih puteva bave se Konvencija o plovnim putevima međunarodnog značaja iz 1921. godine, takođe su od značaja Helsinška pravila o upotrebi voda međunarodnih rijeka iz 1966. godine, i Konvencija o zaštiti i korišćenju prekograničnih vodenih puteva na međunarodnim jezerima.¹⁹

Međunarodni sud pravde je u svojim odlukama stao na stanovište da je čovjekova sredina ugožena i da se nalazi u stanju svakodnevne opasnosti. Takođe je decidno izraženo mišljenje da bi nuklearno oružje nanijelo katastrofalnu nepopravljivu štetu. Sud je takođe izrazio stav da životna sredina nije neka apstrakcija već je riječ o životnom prostoru na kome je moguće obezbijediti kvilitetan život i zdravlje ljudima i generacijama koje dolaze.

Sud smatra da je tačna činjenica da postoji opšta obaveza za antropološku cjelinu da posredstvom uslove koji će obezbijedi kontrolu i respekt životne sredine drugih država i regija izvan svoje nacionalne nadležnosti sve u smislu poštovanja međunarodnopravnih obaveza iz oblasti zaštite čovjekove sredine.

¹⁶ Vidi tekst Konvencije u 1439 UNTS 275 koja je potpisana 26 septembra 1986 godine. Stupila je na snagu 27 oktobra 1986 godine.

¹⁷ Vidi tekst Konvencije 1457 UNTS 133 koja je potpisana 26. septembra 1986. Stupila je na snagu 26. februara 1987. godine.

¹⁸ Vidi tekst Konvencije u 1833 UNTS koja je potpisana 10. decembra 1982. godine. Stupila je na snagu 16. novembra 1994. godine.

¹⁹ Vidi u Doc ENVWAR-r 51 Tekst Konvencije koja je potpisana 17. marta 1992. godine. Stupila je na snagu 6. oktobra 1996. godine.

Očigledno da međunarodno pravo zaštite čovjekove sredine napreduje i obogaćuje svoj nažalost u osnovi nesistematizovani korpus. Brojni ugovori popunjavaju makar u normativnom smislu praznine koje su vrlo često zasnovane samo na dobroj vjeri država u međunarodnoj zajednici. Čini se da nedostaje kreativna mogućnost inspekcije ili bolje rečeno kontrole preuzetih obaveza. U nekim ugovorima ima autonoman sisteminspekcije i verifikacije. Osim toga egzistiraju i agencije koje podnose izvještaje o monitoringu i preduzetim aktivnostima. Riječ je o Konvenciji o blagovremenoj notifikaciji nuklearnih incidenata u dijelu koji se odnosi na Agenciju za atomsku energiju.

Sve u svemu, kada se razmatra univerzani okvir međunarodnopravne zaštite čovjekove sredine mora se istaći njegova nedovoljna koherentnost, neizgrađen sistem pravne strukture, tematska raznosvrtnost i isuviše prisutni uticaj političkog faktora. Primjena dvostrukih standarda je sveprisutna.

To je vidljivo na primjeru ekološke politike EU gdje su se u dugom vremenskom periodu u ovoj oblasti primjenjivali dvostruki standardi.

Pojedini elementi ekološkog prava EU kroz prizmu odnosa sa međunarodnim pravom

Ekološka politika EU nije na početku imala autonomnu strukturu već je bila dio drugih njenih politika. Po svoj prilici to je uslovilo primjenu dvostrukih standarda. Međutim objektivno postojeća opasnost po životnu sredinu ishodila je snažnim nastojanjem velikog broja odlučilaca u međunarodnoj zajednici da se prema takvoj objektivnoj situaciji mora odrediti na drugačiji i kvalitativno perfektniji način. Uprkos činjenici da u potonje vrijeme donijeto mnoštvo multilateralnih međunarodnih sporazuma u ovoj sferi vidljivo je na primjeru ekološkog prava EU da je sve to bilo potrebno detaljnije regulisati. Usljed toga se za paža proliferacija brojnih dokumenta ekološkog karaktera naročito u oblasti tzv. sekundarnog zakonodavstva EU. Pri tome, valja imati na umu da u EU važi načelo primata međunarodnog prava u odnosu na Pravo EU. Za slučaj sukoba normi međunarodnog i Prava EU prednost ima međunarodno pravo.

Većina multilateralnih sporazuma u svojim odredbama predviđa formiranje organa koji mogu donositi obavezujuće odluke. Po pravilu ti organi nemaju stalno sjedište i povremeno se sastaju. Pravila iz važećih međunarodnih sporazuma kojima je pristupila EU se primjenjuju na cijeloj njenoj teritoriji.

U osnivačke ugovore EU ugrađene su norme opšteg karaktera sa visokom stepenom apstraktnosti. One imaju ustavni karakter. Sekundarno zakonodavstvo ne smije biti u sukobu sa tim normama.²⁰

Lisabonskim ugovorom u Naslovu XX pod nazivom "Životna sredina" kao ciljevi te politike EU označavaju se: očuvanje zaštita i poboljšanje kvaliteta životne

²⁰ Vidi JanjevićM. Konsolidovani ugovor o Evropskoj uniji 2009.

sredine; zaštita ljudskog zdravlja; mudro i racionalno korišćenje prirodnih resursa; unapređenje, na međunarodnom planu, mjera za suočavanje sa regionalnim ili planetarnim problemima životne sredine i posebno borba protiv klimatskih promjena.²¹

Pregleda radi opredjeljujemo se za sljedeću uslovnu klasifikacija legislative EU u oblasti zaštite čovjekove sredine i to: 1. Opšte odredbe i programi; 2. Zagađenje i ekološki incidenti; a) nuklearna bezbjednost i radioaktivni otpad; b) zaštita i upravljanje vodama; c) monitoring atmosferskog zagađenja; d) prevencija buke; e) hemikalije, industrijski rizici i biotehnologije; 3. Prostor, životna sredina i prirodni resursi; a) upravljanje i efikasno korišćenje prostora; b) očuvanje divlje flore i faune, c) upravljanje otpadom i čiste tehnologije; 4. Međunarodna saradnja.

Pojedine odredbe Rimskog ugovora, (1957. god.) smatraju se pretečom evropskog ekološkog prava. Tokom 1986. godine usvojen je Jedinstveni evropski akt. Nakon toga formirana je Evropska Unija ugovorom iz Maastrichta 1992. Riječ o osnivačkim ugovorima koji su uopšteno tretirali ekološke probleme.

Ekološki programi

Od 1973. godine, u EZ/EU se započelo sa donošenjem petogodišnjih akcionih programa u oblasti zaštite životne sredine. Ovi programi su bili usmjereni prije svega na zaštitu od različitih vrsta zagađivanja, da bi kasnije bilo uključeno primjenjivanje preventivnih mjera protiv nastanka svih vrsta ekoloških šteta. Takve aktivnosti su doprinijele integrisanju napora o značaju jedinstvene ekološke politike u čitavoj EU. Programi i planovi su uključivali obezbjeđivanje potpune informisanosti i javnosti podataka o stanju životne sredine što je uz naprijed navedenu, prevenciju od zagađivanja, bilo glavni cilj svih ovih programa.

Ekološko zakonodavstvo u EU je dio zajedničkih pravnih tekovina. Najčešće je riječ o aktima institucija EU, a to su: uredbe, direktive, odluke prepruke i mišljenja.

Uredbe su pravne norme koje se primenjuju direktno u zemljama članicama i imaju prednost nad njihovim nacionalnim zakonodavstvom.

Direktive nisu nužno direktno primjenjive. Ostavlja se članicama izvjestan prostor da prilagođeno svojim uslovima odrede neko objektivno potrebno vrijeme za početak primjene. Obavezujuće su za zemlje članice. Okvirne direktive definiu institucionalni okvir, nadležnosti, procedure, rokove, itd.

Direktive-sestre definišu specifičnije i kratkoročnije parametre regulatornog sistema - na primjer, granične vrijednosti ili spiskove relevantnih supstanci. Odluke se odnose specifična pitanja i obavezujuće su za one članice na koje su naslovljene. Preporuke i mišljenja pravno su neobavezujući akti koji najčešće slu-

²¹ Vidi Ugovor o funkcionisanju Evropske unije OJEU C 115 od 09. 05. 2008. godine.

že kao smjernice za zemlje članice EU.²² Igraju veoma veliku ulogu u nastajanju pravnih pravila načešće zbog značajnog stručnog autoriteta njihovih tvoraca.

Neki modeli legislacije zaštite od nuklearnih incidenata

Države članice su implemntirale Direktivu broj 96/29/ koja donosi osnovne standarde za zaštitu zdravlja radnika i propise za zaštitu posredstvom obezbjeđivanja opšte javne bezbjednosti od štetnih djestva iz postrojenja koji imaju jonizujuća zračenja i druga radioaktivna djestva. Tom direktivom je stavljena van snage ranija direktiva EUROATOMa.²³ Veći broj direktiva regulisao je pitanje rizika od nastanka šteta od vještačkih izvora, raznovrsnih procesa fisije i prirodnih emitenata.

Kada je riječ o uvođenju novih postupaka za koje postoji sumnja da mogu imati jonizujuća zračenja i radijaciju najprije je obavezno da se procijeni potencijalna mogućnost i veličina štete koja bi mogla nastati.²⁴ Osim toga precizno se definišu dozvoljene doze radioaktivnosti i nuklearnog zračenja pitanje zaštite od kontaminacije poljoprivrednih proizvoda nakon havarije u Černobilju bilo je predmetom zaštite u dvjema uredbama i to Uredba broj 3955/87 gdje se stvlaj akcenat na zaštitu od uvoza kontaminiranih proizvoda iz trećih zemalaj i druga kooja donosi dozvoljene mjere radioaktivnosti u tim proizvodima.²⁵

U slučaju nuklearnog incidenta članice EU obavještavaju IAEA o svojim raspoloživim stručnjacima, opremi, i drugim materijalima za pružanje pomoći. Ukoliko se podnese zahtjev za pomoć svaka članica odlučuje da li može da pruži traženu pomoć i kakav su njen obim i objektivni uslovi.

Zemlje u razvoju i zemlje koje nemaju nuklearna postrojenja mogu da zahtijevaju pomoć, jerse pri tom od njih ne očekuje da same snose troškove .

Prava građana na zdravu životnu sredinu

Građani EU imaju pravo na zdravu životnu sredinu i pristup informacijama. Donošenjem "Deklaracije o životnoj sredini" 1990. godine, prvi put je u nekom dokumentu EU navedeno pravo gradjana na "adekvatnu i čistu životnu sredinu". Gradjani EU imaju mogućnost da preko Evropskog Parlamenta utiču na sam proces kreiranja politike Unije u oblasti životne sredine. U ukupnom političkom ambijentu EU postoji veći broj partija sa jasnim"ekološkim planom".

²² Vidi Craig –de Burca, EU Law 2011 p. 112-116.

²³ Vidi potpunije u OJEU L 151/1 i OJEU 1980 L246/I.

²⁴ Vidi potpunije u Direktivi 89/618 o potrebi potpune informisanosti javnosti o nuklearnim incidentima.

²⁵ Vidi potpunije u OJEU 1987 L371/14.

Parlament donosi odluke, daje saglasnosti i mišljenja i razmatra podnijete inicijative. Bilo koje pravno ili fizičko lice može da zahtijeva informaciju pri čemu ne mora dokazivati svoj interes. Nadležne vlasti moraju dati traženu informaciju u roku od dva mjeseca. Ako javne vlasti odbiju da daju informaciju, lice može tražiti sudskim putem da se ta odluka preinači.

Osim gore navedenog prava, postoji i pravo na ekološko obilježavanje proizvoda. Eko obilježavanjem je omogućeno relativno lako identifikovanje, zelenih proizvoda.

Zaštita vodnih resursa

Prva direktiva o vodama donijeta 1975. godine.²⁶ Savjet je u 1976. godini donio više direktiva koje su se bavile zaštitom voda od polucija koje donose brojne toksične stvari štetne za javno zdravlje i ljude ovih poznate su i direktive koje se bave pitanjima urbanog otpada i nitratnih jedinjenja.²⁷ Mjerama koje su primijenjene ostvareno je smanjenje fosfornih emisija 40 do 60%. Tri ključna cilja u ovoj oblasti su: prevencija prevelike eksploatacije vode za piće i industrijske vode pa i one koja se upotrebljava u druge svrhe. Osim toga poklanja se dužna pažnja prevenciji zagađenja podzemnih voda obzirom da se njima obezbjeđuje oko 65% vode za piće u EU.²⁸ Brojnim mjerama se poboljšava ekološki kvalitet površinskih i morskih voda.²⁹ Postoji veliki broj pravnih dokumenta koji posredno regulišu pitanje zaštite voda. U tom pravcu ukazujemo na direktiv o emisijama gasova iz industrijskih postrojenja i habitualnih zagađenja.

Uputstvo o vodi za piće predstavlja jedan od najvažnijih dokumenata u oblasti zaštite voda obzirom na njen značaj za ljudsko zdravlje. Ustanovljavljene su striktni standardi kvaliteta vode za ljudsku upotrebu. Brojnim direktivama regulisani su i standardi vode za ljuskare; vode pogodne za ribe; vode za kupanje; tretman urbanih otpadnih voda; integralno sprečavanje zagađenja i kontrole voda, itd.³⁰

Atmosfersko zagađivanje

Najvažnija pitanja vezana za atmosfersko zagađenje su problem kvaliteta vazduha; klimatske promjene; oštećenje ozonskog omotača i zakiseljavanje. Najznačajniji izvori zagađenja vazduha u EU su: motorna vozila, hemijska industrija, industrija prerade, proizvodnja energije, procesi sagorijevanja goriva, po-

²⁶ Riječ o direktivi koja reguliše zaštitu pijaćih voda. Direktiva 75/440 OJEU 1975 L194/26

²⁷ Vidi ove direktive u OJEU 91/271L135/40 i OJ 1991 L375/I.

²⁸ Vidi direktivu 80 /68 OJEU 1980 L20/43.

²⁹ Vidi Direktivu Okvirnu u OJEU 2000 L237/1. Predviđen je detaljan plan.

³⁰ Vidi potpunije, Lilić S., Ekološko pravo 2012.

ljoprivreda, itd. U EU su uvedene MDK (Maksimalno dozvoljene koncentracije) zagađujućih materija u vazduhu. U direktivama su navedene maksimalne koncentracije sumpor dioksida i suspendovanih čestica u vazduhu, sadržaju olova i benzola u benzinu, sadržaja sumpora u tečnim gorivima, emisija gasova iz automobila kao i uputstva o borbi protiv zagađivanja vazduha iz industrijskih postrojenja i zaštiti šuma od atmosferskog zagađivanja.³¹ Poseban značaj ima Okvirna direktiva 2008/50/EC u kojoj se daju parametri zaštite ambijenta i kvaliteta čistog vazduha u Evropi.

Nizom pravnih dokumenata tzv. sekundarnog zakonodavstva predviđeni su standardi i regulative za upravljanje otpadom i čiste tehnologije, očuvanje faune i flore, upravljanje i efikasno korišćenje prostora, životne sredine i prirodnih resursa, hemikalija, industrijskih rizika biotehnologije, buke, kao i uspostavljanje međunarodne saradnje EU u oblasti životne sredine.³² Procjena uticaja na životnu sredinu vrši se kroz identifikaciju, opis dještava na čovjeka, floru, faunu, zemljište, vodu vazduh, klimu, pejzaž i interakciju između svih ovih faktora.

Skup propisa o zagađenjima i raznovrsnim ekcesima u životnoj sredini odnosi se uglavnom na nuklearni otpad, zaštitu i upravljanje vodama, monitoring atmosferskog zagađenja, buku hemikalije, industrijske odnose i biotehnologije. Vidljivo je da produkcija brojnih dokumenata sekundarnog zakonodavstva. U okviru ovoga rada nije moguće prikazati njen čak niti sumarni pregled stoga smo se odlučili samo za neke koje po našoj ocjeni imaju veliki značaj.

ZAKLJUČAK

Rast ekološke svijeti u savremenom dobu uslovio je pored ostalog fakat da međunarodno pravo zaštite životne sredine postane oblast veoma dinamičnog razvoja. To je naročito vidljivo u ovom milenijumu.

Ukoliko se osvrnemo unatrag u doba prije savremene tehnološke revolucije jasno je da države i njihovi privredni subjekti nijesu imali kapacitete da čovjekovoj sredini nanesu štete koje bi mogle imati globalni karakter. Situacija se mijenja rastom industrijskih kapaciteta do neslućenih razmjera kada i čovjekova djelatnost postaje uzrokom direktnih i u novije vrijeme globalnih neporavljivih ekoloških šteta. Usljed toga, u međunarodnoj zajednici sve više se osjeća aktivnost usmjerena ka stvaranju cjelishodnih pravnih pravila i standarda koji bi izričito zabranjivali štetne djelatnosti i propisivali kazne odgovornim učiniocima.

Univerzalni međunarodnopravni okvir čini se nedovoljno razvijenim stoga pokušavamo na primjeru njegovog poređenja sa pojedinim elementima ekološkog prava EU ukažemo na moguće pravce razvoja.

³¹ Vidi Direktivu 2008/50/EC.

³² Čavoški A., Ekološko pravo i evropski standardi, 2011.

Neophodno je da države i drugi subjekti međunarodnog prava sarađuju radi usvajanja djelatne politike koja će dati rezultate u smislu održivog korišćenja prirodnih resursa. Oslanjanje samo na nacionalnu sferu nije dalo dobre rezultate. Usljed toga su se uvidjele dobre strane subregionalne, regionalne i globalne saradnje.

Međunarodnopravna pravila univerzalnog karaktera uslovia su nastanak strategija razvoja identičnog tipa. Nijesu izostale niti slične nacionalne, subregionalne i regionalne strategije i pravna pravila. U tom pravcu, kada je riječ o regionalnoj saradnji, čini se da je EU postigla najznačajnije rezultate. Prema osnovnim ugovorima EU u potpunosti prihvata međunarodna pravna pravila, jer međunarodno pravo ima primat. Dakle za slučaj sukoba normi prava EU i međunarodnog javnog prava ovo drugo ima prednost. Pri tom valja imati na umu da su zajedničke pravne tekovine EU i u ovoj oblasti veoma razvijene. Jednim dijelom to je plod promišljene ekološke startegije.

Očigledno da međunarodno pravo zaštite čovjekove sredine napreduje i obogaćuje svoj nažalost u osnovi nesistematizovani korpus. Brojni ugovori popunjavaju makar u normativnom smislu praznine koje su vrlo često samo prazno slovo na papiru, jer se zasnivaju samo na dobroj volji država u međunarodnoj zajednici. Čini se da nedostaje kreativna mogućnost inspekcije ili bolje rečeno kontrole preuzetih obaveza.

U nekim ugovorima ima autonoman sistem inspekcije i verifikacije. Osim toga, egzistiraju i agencije koje podnose izvještaje o monitoringu i preduzetim aktivnostima. Primjera radi navodimo Konvenciju o blagovremenoj notifikaciji nuklearnih incidenata u dijelu koji se odnosi na Agenciju za atomsku energiju.

Sve u svemu, kada se razmatra univerzani okvir međunarodnopravne zaštite čovjekove sredine mora se istaći njegova nedovoljna koherentnost, neizgrađen sistem pravne strukture, tematska raznosvrtnost i suviše prisutni uticaj političkog faktora. Na drugoj strani, u EU se osjeća izrazita konkretizacija i transparentnost obaveza u ekološkoj sferi koja bi u bliskoj budućnosti mogla dovesti do veoma poželjne aktivne zaštite čovjekove sredine.³³

³³ Vidi u knjizi Turčinović F, Međunaroni pravni dokumenti kulturnog i prirodnog nasljeđa 1994.

FILIP TURČINOVIĆ, LL. D. ,
Professor, Faculty of Law, University of Banja Luka

INTERNATIONAL PUBLIC LAW AND SOME ASPECTS OF EU ENVIRONMENTAL LAW

Summary

The rise of modern World ecological conciseness has caused, among the other things, the fact that international law on environmental protection has become a very fast developing area, as a fact being especially obvious in the present millennium. Should we take a look backwards, at the times preceding the contemporary technological revolution, it will prove clear that at the time both states and their economic entities were not able to make environmental damages serious enough to get a global character. The situation changed with an enormous growth of industrial capacities, making human activities a cause of direct, recently global and irreparable environmental damages.

This makes the international community more and more active in the area of introducing suitable regulation and standards putting under a distinct ban all harmful activities and sanctioning all responsible entities.

The universal international law framework seems insufficiently developed, and therefore we have tried to point, by comparing it to the specific EU environmental law elements, at possible directions its development can take.

It is necessary for both states and the other international law entities to co-operate in order to get accepted an operational policy able to result in sustainable usage of natural resources. Relying only on national sphere did not make any good results. That is how benefits of sub-regional, regional and global co-operation became obvious. The universal international regulation caused development strategies of the same type to emerge. National, sub-regional and regional strategies and regulation of the identical type were made as well. It seems, having that direction of activities in the area of regional co-operation in mind, that EU has made the most important results.

According to the basic contracts, EU fully accepts international regulation, as the international law in the primary one. Therefore, in the case of collision of EU and international public law regulations the later is the primary. In spite of that all, one should have in mind that the common legal EU heritage is very developed in the area as well. It is partly a result of a skillful ecological protection strategy.

SLOBODNA KONKURENCIJA U ZEMLJAMA MALIH EKONOMIJA

Veći deo pravne i ekonomske literature fokusira se na tzv. velike ekonomije, kao što su ekonomije SAD-a i EU. To uopšte i nije neobično ako se ima u vidu da kod njih sprovođenje politike o slobodnoj konkurenciji predstavlja vrlo važno sredstvo postizanju ekonomskih i ostalih socijalnih ciljeva. Nezavisno, ekonomske paradigme na kojima se baziraju pravila o konkurenciji ne moraju biti primenljivi i u malim tržišnim ekonomijama. U ovom radu naglašava se odnos između veličina ekonomija i izbora kompozita od pravila o zaštiti konkurencije. U tom kontekstu, posebnu pažnju posvetićemo okolnostima koji utiču ili trebalo bi da utiču prilikom izbora odgovarajućih pravila o zaštiti konkurencije u tzv. malim ekonomijama, ekonomijama u tranziciji, a naročitu pažnju posvetićemo Republici Makedoniji. A to je zato što je Republika Makedonija potpisnica Ugovora o stabilizaciji i asocijaciji sa Evropskim zajednicama i sa zemljama članica u njoj,¹ a od toga proizlazi obaveza da se zakonodavstvo usaglasi i u delu zaštite slobodne konkurencije.

Iz tih razloga, naš cilj, prvenstveno, biće da se utvrdi šta predstavlja mala ekonomija i koje faktore treba uzeti u vidu prilikom kreiranja sistema o zaštiti konkurencije u takvim ekonomijama. Dalje, podjednako važno, biće ispitana potreba o postojanju i sprovođenju politike o slobodnoj konkurenciji u malim tržišnim ekonomijama, kao što je, ustvari, i ekonomija Republike Makedonije.

Dr Goce Galev, docent FON Univerziteta u Skoplju.

¹ Sporazum o stabilizaciji i asocijaciji između Evropskih zajednica i zemalja članica u njoj i Republike Makedonije, Službeni vesnik, br. 28, 2001. godina.

Ekonomska obeležja slobodne konkurencije u zemljama malih ekonomija

Mala ekonomija definiše se kao nezavisna suverena ekonomija koje može podupreti samo mali broj konkurenata kod većeg broja industrija koje se ponašaju jedinstveno na sceni domaće potražnje. Ova definicija obuhvata neke od ekonomskih posledica koje su rezultat veličine ekonomije i koje utiču na formulisanju politike o slobodnoj konkurenciji. Na veličini tržišta utiču tri bitna faktora: brojnost stanovništva, disperziranost stanovništva na tržištu i otvorenost tržišta. Tako, tržište koje obuhvata veliki broj stanovništva povećava potražnju i broj preduzeća koja efikasno opslužuju tržište. S druge strane, disperziranost stanovništva na određene delove tržišta, može stvoriti tržišnu regionalizaciju stvarajući manja lokalna tržišta u okviru veće geografske tržišne celine. Tržišna veličina je, isto tako, pod uticajem ekonomskih, geografskih, tehnoloških, pravnih i političkih faktora koji iscrtavaju tržišne granice i ograničavaju ulaz potencijalnih konkurenata na tržištu. Prvenstveno, postojanje tržišnih granica i njihova relevantnost za ekonomsku analizu zavisi od međunarodnog okruženja, uključujući ovde i trgovačke ugovore i ostale aranžmane sa drugim ekonomijama. Tako, na primer, u slučaju EU, uvođenje politika o stvaranju zajedničkog tržišta podrazumeva ukidanje tržišnih granica, čime je de facto postojanje različitih tržišnih jurisdikcija ne-relevantno za ekonomsku analizu.

Međutim, u većini slučajeva instrumenti trgovinske politike ne mogu otклонiti sve trgovinske smetnje između različitih ekonomskih tržišta. Trgovinske smetnje, isto tako, mogu biti rezultat geografskih prilika, kao što su morska prostranstva i planinski venci, koji doprinose visokim troškovima transporta. Političke okolnosti, isto tako mogu uticati na određivanju tržnih granica jedne ekonomije. Tako, na primer, Izrael, iako broji šest miliona stanovnika, može se smatrati malom ekonomijom zato jer je to tržište zatvoreno za države iz okruženja s kojima nema nikakvu trgovinsku razmenu.

Ipak, većina načela i doktrina koji se primenjavaju u tz. velikim ekonomijama su jednako primenljive i u malim. Ciljevi politike o slobodnoj konkurenciji usmereni su ka stvaranju i održavanju uslova za poslovnu konkurenciju, da bi se maksimiziralo društveno blagostanje, a glavno sredstvo i idealni izbor – tržišna ekonomija te politike su slični i u malim i u velikim ekonomijama.

U daljem toku rasprave posvetićemo se ekonomskim karakteristikama malih tržišnih ekonomija. To je zato jer smatramo da će analiza ovih karakteristika poslužiti da bi se odgovorilo na dva bitna pitanja. Naime, prvo se odnosi na tome koji tržišni uslovi i trgovinske prakse su karakteristika malih ekonomija i koliko se često dešavaju ovi ekonomski fenomeni. Drugo pitanje se odnosi na veličinu tekovina i negativnosti od tih pazarnih fenomena. Smatramo da će odgovori na ova pitanja biti osnova za odgovor konačnog pitanja: kako stvoriti i primenjivati pravo o konkurenciji u malim ekonomijama.

Ekonomске karakteristike malih tržišnih ekonomija

Konkurencija između preduzeća, da li će je biti, zavisi od tržišnih uslova u kojima deluje, a uslovi zavise od veličine tržišta. Ekonomsko istraživanje pokazuje da postoje tri bitne karakteristike malih ekonomija: *visoki nivo industrijskih koncentracija, visoke ulaze smetnje na tržištu i suboptimalna nivoa proizvodnje.*² Ove karakteristike su rezultat osnovne slabosti malih ekonomija – visok prag minimalnog obema za efikasnu proizvodnju (minimum efficient scales of production, [MOER]) u odnosu na potražnju. Ili drugim rečima, osnovna slabost proizlazi iz potrebe da se proizvodi u obimu koji zadovoljava veći deo tržišta da bi se postigli minimalni troškovi proizvodnje. Ovakva potreba stvara ulazne smetnje na tržištu. Tako, ukoliko bi određeno preduzeće da uđe na određenom tržištu s manjim obimom proizvodnje od MOER-a, onda će se suočiti s troškovnim nedostacima vizavi preduzeća koji su ostvarili MOER. Ukoliko je MOER velik u odnosu potražnje i ukoliko su troškovi za tržišno delovanje ispod nivoa MOER-a suštinski, onda bi preduzeće koje bi da uđe na tržište moralo da uradi to u toliko velikom obimu da kombinovana proizvodnja svih ostalih preduzeća koja deluju na tom tržištu može biti prodana s bitno smanjenim cenama – možda i ispod prosečnih celosnih troškova, osim ukoliko neko drugo preduzeće napusti to tržište.

Ekonomije od obima, isto tako, mogu bitno uticati na izbor tehnologije koju koriste preduzeća. Tako, kod efikasnijih tehnologija koje se isplate samo prilikom velike proizvodnje u odnosu potražnje, za preduzeća bi možda bilo isplativije instaliranje različitih tehnologija, koje, iako manje efikasno, omogućava niže troškove proizvodnje različitih proizvoda koji zadovoljavaju potražnju.³

Uticaj i posledice od veličina ekonomija na institucionalne i tehnološke promene, je predmet debate. Kuznec smatra da prilikom formulisanja politike o konkurenciji, male ekonomije mogu brže i efikasnije odgovoriti na promene, a to je rezultat visokog stepena socijalne kohezije i identiteta. Veća homogenost i bliske unutrašnje veze olakšavaju socijalna prilagođivanja koja su potrebna za iskorišćavanje moderne tehnologije i ekonomskog rasta.⁴ Edwards, s druge strane, smatra da mala dimenzionalnost može pridoneti usporavanju tehnoloških promena. On smatra da velike ekonomije, veliki prostor i raznolikost ekonomskih grana utiče na ljudski faktor za stvaranje novih i boljih proizvoda, kao i to da ima više resur-

² F.M. Scherer and Ros, “*Industrial Market Structure and Economic Performance*” (Boston: Houghton Mifflin Company, 3rd ed., 1990) str. 102

³ G. Marcy, “*How Far can Foreign Trade and Customs Agreements Confer Upon Small Nations the Advantages of Large Nations?*” in E. A.G. Robinson (ed.), *Economic Consequences of the Size of Nations* (London: MacMillan & Co. Ltd., 1960), str. 277-288.

⁴ S. Kuznets, “*Economic Growth of Small Nations*”, in E. A.G. Robinson (ed.), *Economic Consequences of the Size of Nations* (London: MacMillan & Co. Ltd., 1960), str. 32.

sa koji se mogu investirati u istraživanju.⁵ Ipak, smatramo da je ovaj argument ograničen, zato što ubrzanim razvojem tehnologije, prenosom novih tehnoloških inovacija s jedne u drugu zemlju, usavršen je i jedinstven. S druge strane, što se tiče prihvatanja novih proizvoda sa strane potrošača, proizvođači u malim ekonomijama suočavaju se sa većim rizikom nego u velikim zbog različitog stepena potencijalne potražnje.

Visoki nivo industrijskih koncentracija

Relativno visok prag MOER-a, upoređeno sa potražnjom u mnogim industrijskim sektorima malih ekonomija, stvara visoki nivo industrijskih koncentracija. Industrijske koncentracije zavise od broja i veličine preduzeća koja deluju u okvirima određene industrijske grane. Tako, ukoliko pretpostavimo da određeno preduzeće treba proizvesti 100 proizvodnih jedinica da bi postiglo najmanje troškove, a domaća potražnja je 200 proizvodnih jedinica, to znači da to tržište može podupreti dva efikasna preduzeća. Međutim, ukoliko je potražnja 110 tržišnih jedinica, onda tržište može podržati samo jedno efikasno preduzeće: stanje koje se naziva prirodni monopol. Od toga sledi da, kada je potražnja niska, manje efikasnija preduzeća mogu delovati na tom tržištu, stvarajući visoki nivo industrijskih konkurencija. U ekstremnim slučajevima, kada je MOER veći od tržišnog kapaciteta, onda to tržište može podržati samo jedno preduzeće ili, opet, ne može podržati niti jedno. Ipak, u veći broj industrijskih grana, male ekonomije podržavaju samo nekoliko efikasna preduzeća.

Nezavisno, visoki nivo industrijskih koncentracija kod malih ekonomija pojavljuje se samo u određenim segmentima privrede. Tako, kod određenih industrijskih grana, ekonomije od obima su relativno niske i od toga proizlazi da mogu podržati veći broj privrednih subjekata. Takvi su maloprodaja i tržišta ličnih usluga, koji se karakterišu nižim stepenom ekonomija od obima i neznčajnim ulaznim smetnjama na tržištu.

Ulazne smetnje na tržištu

Većeg broja indistrijskih sektora u malim ekonomijama karakterišu ulazne smetnje, tj. faktori koji sprečavaju povećavanje postojećih kapaciteta ili ulaz novih preduzeća u tim sektorima. Kao što je bilo pre rečeno, glavne ulazne smetnje nastaju zbog nametnutog imperativa za što veću proizvodnju u odnosu potražnje, ciljem da se postignu minimalni troškovi.⁶ Dodatne ulazne smetnje nastaju

⁵ C.D. Edwards, "Size of Markets, Scale of Firms and the Character of Competition", in E. A.G. Robinson (ed.), *Economic Consequences of the Size of Nations* (London: MacMillan & Co. Ltd., 1960), str. 127-130.

⁶ *Supra* note 348.

zbog nabavnih ograničenja proizvodnih faktora. Mali broj stanovništva često puta ograničava raspoložljivost ljudskog kapitala, naročito stručnog ljudskog kapitala. Dalje, većina malih ekonomija je takođe i geografski mala, a to često rezultira ograničenom i manje raznovrsne nabave prirodnih i nepovratnih resursa, svojstvena za neke ekonomske sektore gde male ekonomije imaju tržišnu superiornost na svetskim tržištima (na primer, nafteni proizvodi u Kuvajtu i riba u Norveškoj itd.) – iako toliko neophodne za prevazilaženje slabosti koja proizlazi iz veličine – naglašava da preostaje veoma malo čovečkih resursa za ostale ekonomske aktivnosti koje se odvijaju na tržištima malih ekonomija.

Kod ovih ekonomija nastaju dopunske ulazne smetnje ukoliko postojeći konkurenti kontrolišu vertikalno povezana tržišta. Tako, postojanje visokog praga MEOR-a na jednom tržištu može stvoriti velike ulazne smetnje na vertikalno povezanom tržištu ukoliko je neophodno da nova preduzeća prodru na više tržišta u lancu proizvodnje i distribucije ili, opet, ako to značajno uvećava troškove u odnosu postojećih rivala.⁷

Suboptimalni nivo proizvodnje

Problemi s visokim nivoom koncentracija i visokim ulaznim smetnjama dodatno se naglašavaju i proširavaju suboptimalnim (manje od optimalnog ili podoptimalno) nivoom proizvodnje kod malih ekonomija. Istraživanja malih ekonomija pokazuju da se značajno veliki deo proizvodnje proizvodi u suboptimalnim količinama u suboptimalnim pogonima za proizvodnju, znatno niži od minimalnog obima za efikasnu proizvodnju.⁸ Tako, na primer, ukoliko je potražnja 100 proizvodnih jedinica, a minimalni obim za efikasnu proizvodnju je 50 proizvodnih jedinica, dva preduzeća s proizvodnjom od 40 jedinica mogu delovati na tržištu. Ovakva proizvodnja malog obima može imati bitno uticati na efikasnost i na međunarodu konkurentnost domaćih preduzeća ukoliko je veličina proizvedenih jedinica ispod MOEP-a i ukoliko su zato konsekvencije značajne. Zbog niske dimenzioniranosti proizvodnih pogona ili proizvodnje raznovrsnijih linija proizvoda iz sličnih po veličini pogona u velikim ekonomijama, preduzeća koriste manje specijalizovanu opremu i tehnologiju, i funkcioniraju manji broj ekonomija od obima zbog ograničene mogućnosti radnika da uvećavaju produktivnost preko stalno ponavljanje jedne te iste radnje (“learning by doing”).⁹ Određeni ekonomisti smatraju da je ovo jedan od najvažnijih razloga za neefikasnost

⁷ Vidi, H. Armstrong, G. Jones, J. Jones, & A. MacBean, “The Role of Transport Costs As a Determinant of Price Levels Differentials Between the Isle Of Man and the United Kingdom”, 1989, 21 World Dev. 311 (1993).

⁸ H.C. Eastman & S. Stykolt, “The Tariff and Competition in Canada”, 13(1967).

⁹ O ovome vidi, R.Caves, “Diversification, Foreign Investment and Scale in North American Manufacturing Industries” (Ottawa: Information Canada, 1975), str. 34-46.

malih ekonomija.¹⁰ Upoređeno, znatni deo uspešnosti mnoga preduzeća velikih tržišta je rezultat njihovim založbama za inovacije i proizvodnju tesnospecijalizovanih proizvoda.

Postoje mnogi razlozi za opstanak malih i raznolikih proizvodnih pogona u malim ekonomijama. Između ostalih, ekonomska teorija identifikuje tri faktora koji imaju znatni uticaj na suboptimalnim proizvodnim nivoima: transportni troškovi, potreba za raznovidnost i proizvodna diferencijacija.¹¹

Efikasnost i konkurencija malih ekonomija

Gorenavedene ekonomske karakteristike malih ekonomija stvaraju konflikt između efikasnosti i konkurentske okolnosti na tržištu. Naime, ukoliko određeni broj preduzeća mogu delovati efikasno, ostvarivanje produktivne efikasnosti obavezuje da se tržište sastoji samo od tog datog broja preduzeća koja deluju na efikasno produktivnim nivoima.¹²

Istovremeno, imperativ ostvarivanja produktivne efikasnosti u malim ekonomijama često puta doprinosi stvaranju industrijskih koncentracija, koje su dovoljno velike da stvore monopolističke ili oligopolističke strukture. Negativni efekti monopolskog stanja, kao što je elaborirano, između ostalog su: utvrđivanje viših cena i ostvarivanje manje proizvodnje nego kada bi postojali konkurentni uslovi na tržištu. S druge strane, kod oligopolističkih struktura postoji međuzavisnost u pogledu ponašanja konkurenata, što može dovesti do implicitnog ili eksplicitnog dogovaranja između njih, a to, opet, dalje može uticati na produktivnost i *alokaciju resursa*.¹³ Ovede se pre svega misli na mogućnošću ulaska nefikasnih malih konkurenata na tržištu zbog prethodno fiksiranih cena, otvaranje proizvodnih kapaciteta na pogrešnoj lokaciji i ostali oblici necenovne konkurencije, a to negativno utiče na iskorišćavanje postojećih resursa.¹⁴

Konačno, veličina ekonomije utiče i na *dinamičku efikasnost*. Naime, preduzeća na tržištima visokom koncentracijom odvajaju veoma malo sredstva za istraživanja i razvoj zbog činjenice da njih karakteriše postojanje monopolističkih i

¹⁰ Supra note 354.

¹¹ O ovome vidi, F.M. Scherer et al., "The Economics of Multiplant Operation: An International Comparison Study" (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1975), str. 24.

¹² Produktivna efikasnost pojavljuje se kada su ulazna sredstva iskorišćena na takav način da dati obem proizvodnje proizvodi se manjim troškom.

¹³ Alokativna efikasnost pojavljuje se kada se ograničeni resursi preduzeća raspoređuje saglasno želja potrošača

¹⁴ O ovome vidi, Richard E. Caves, "Scale, Openess and Productivity in Manufacturing Industries", in The Australian Economy, (Richard E. Caves & Lawrence B. Krause eds., 1984), str. 323.

oligopolističkih struktura u kojima postoji ograničena mogućnost za ulaz novih preduzeća koja bi ugrozili njihovu poziciju i komociju.

Implikacije prava o slobodnoj konkurenciji koje proizlaze iz ekonomskih karakteristika malih ekonomija

Politika o slobodnoj konkurenciji određuje pravila prema kojim se odvija konkurencija date ekonomije. Svrha slobodne konkurencije je poboljšanje ekonomske efikasnosti stvaranjem okruženja gde će preduzeća moći poboljšati njihova ekonomska postignuća i gde će potrošači imati koristi od toga. Iz razloga što se pravo o slobodnoj konkurenciji primenjuje u određenom specifičnom ekonomskom kontekstu, to treba biti pažljivo stvarano, kako bi se uzele u obzir specifične karakteristike tržišta na kome se primenjuje, a to u našem slučaju su male tržišne ekonomije.

U daljem tekstu razmotrićemo ovo bitno pitanje. Naime, kako uraditi odgovarajući izbor pravila koja bi bila sastavni deo prava o slobodnoj konkurenciji malih ekonomija, a odavde i pravnog sistema Republike Makedonije.

Ekonomska efikasnost kao primarni cilj

Pravo o konkurenciji i uopšte sprovođenje politike o slobodnoj konkurenciji, primarno, stvara se da bi se zaštitio i promovisao konkurentski proces. Konkurencija, sama po sebi, ne predstavlja cilj, već sredstvo ostvarivanja određenih ciljeva. Pridaje joj se značenje i ceni se zbog svoju efikasnost kao dinamičko sredstvo za kontrolisanje i alokaciju društvenih resursa, kao i za primenu tržišne discipline. Istovremeno, konkurencija dobija na značenju zbog socijalnih i političkih razloga. Tako, doprinosi raspoređivanju ostvarenih prihoda, društvenog bogatstva i poslovnih mogućnosti, kao i zbog činjenice da može uticati na ograničavanju veličina određenih poslovnih subjekata. Fokus ovih ciljeva su vrednosti iz tz. distributivne pravde osiguravajući da neće dozvoliti da samo jedno preduzeće uživa korist zbog opsluživanja tržišta i da sva preduzeća na tržištu imaju jednake mogućnosti da deluju na njemu i da konkurišu jedni drugima.¹⁵

Ipak, prema našem mišljenju, male ekonomije, preko procesa konkurencije, trebalo bi da nastoje, prvenstveno i po mogućnosti jedino da promovišu ekonomsku efikasnost, zbog toga što one nisu u mogućnosti kao velike ekonomije žrtvovati ekonomsko efikasno poslovanje za ostvarivanje drugih ciljeva. S drugim rečima, redistribucija ostvarenih prihoda i zaštite malih preduzeća, na račun ostvarivanja ekonomske efikasnosti, imala bi dugoročne posledice za ekonom-

¹⁵ Vidi, P.E. Areeda&H. Hovenkamp, "Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and their Application", str. 100, (Aspen, 2d ed. 2000).

skim tekovima, između drugog i zbog činjenice što malim i neefikasnim preduzećima omogućava dalji opstanak na tržištu.

Davanje prednosti, tokom vođenja politike o slobodnoj konkurenciji na tržištu, ekonomskoj efikasnosti iznad ostvivanja ostalih socijalnih ciljeva, je poznata praksa kod određenih malih ekonomija. Tako, Australija i Novi Zeland u velikoj meri, u toku sprovođenja ove ekonomije, primarno i jedinstveno mesto ustupaju ostvarivanju ekonomske efikasnosti.¹⁶

Isto važi i za Republiku Makedoniju, gde član 2. Zakona o zaštiti konkurencije propisuje da je cilj zakona obezbeđivanje slobodne konkurencije na domaćem tržištu da bi se podstakla *ekonomska efikasnost* i blagostanje potrošača.¹⁷

Republika Makedonija, donošenjem Zakona o zaštiti konkurencije,¹⁸ u najvećem delu se je rukovala zakonskim rešenjima Unije. Ovaj zakonski akt, u pogledu njegovog sadržaja, proizlazi kao obaveza iz Sporazuma o stabilizaciji i asocijaciji, koja je bila potpisana 2001. godine¹⁹, ratifikovana 2004. godine, ili bolje rečeno od napora o harmonizaciji našeg zakonodavstva s evropskim, kao jedan od uslova za dobijanje statusa punopravnog člana. Praksa Komisije o zaštiti konkurencije pokazuje da u Republici Makedoniji ne postoji apriori negativni pristup ka spajanju preduzeća.²⁰ Naprotiv, pristup Komisije pokazuje da spajanja, uopšte, predstavljaju pozitivni ekonomski fenomen javnog interesa.

Monopoli malih ekonomija uključujući i makedonsku

Jedna od najbitnijih debata u odnosu monopolizovanih tržišta odnosi se na pravno uređivanje tz. per se monopola, tj. monopoli o kojima ne postoji potreba za dokazivanje da postoji antikonkurentna namera ili takvo poslovno ponašanje.

¹⁶ Sudski slučaj, *Gen. Newspaper Pty Ltd. v. Telstra Corp.* (1993) 117 A.L.R. 629 (Fed. Ct. Austl., Gen. Div.).

¹⁷ Vidi, Zakon o zaštiti konkurencije, Sl. vesnik RM, 2004.

¹⁸ Vidi, Zakon o zaštiti konkurencije, Sl. vesnik RM, br. 04/05, 2004.

¹⁹ Sporazum o stabilizaciji i asocijaciji između evropskih zajednica i zemalja članica u njoj i Republika Makedonija, 2004.

²⁰ O ovome detaljno vidi: www.kzk.gov.mk. Tako, u člani 16. Zakona o zaštiti konkurencije ističe se da prilikom procene koncentracija, Komisija, kao nezavisno telo izabrano sa strane Skupštine Republike Makedonije, uzeće u obzir naročito: 1. strukturu tržišta, postojećih i mogućih budućih konkurenata na tržištu, snabdevanje i mogućnosti snabdevanja tržišta, troškove, rizike, tehnološke, ekonomske i pravne uslove u ulaz i izlaz na tržištu, moguće posledice koncentracije na tržištu; 2. tržišni udeo i pozicija, ekonomska i finansijska moć, dejstvojavne preduzeća na tržištu, unutrašnje i spoljašnje prednosti učesnika u odnosu na konkurente, kao i moguće promene u delovanju učesnika nakon izvršene koncentracije; 3. posledice od koncentracije na ostala preduzeća, a naročito s obzirom na povoljnost za potrošače, kao što su: sniženje cene robe i usluga, efikasnija distribucija, smanjenje troškova za prevoz, distribuciju i ostale troškove, specijalizacija proizvodnje, kao i ostale povoljnosti koji proizlaze iz koncentracije.

Posledice pravnog regulisanja monopola razlikuju se u malim i velikim ekonomijama. Prvo i najvažnije, treba pomenuti da autonomnost tržišta, tj. samoregulisanje tržišta je naglašenije mnogo više kod velikih ekonomija nego kod malih. S drugim rečima, kod malih ekonomija, tržišni uslovi su takvi da doprinose samoregulisanim snagama ili faktorima tržišta da imaju znatno ograničeniji efekat.

Tako, u uslovima postojanja monopolskog stanja, smetnje za ulaz na tržištu u mnogim privrednim granama su velike i njihove autonomne snage ne mnogo doprineti prevazilaženju tog tržišnog stanja (pojava drugih tržišnih subjekta i smanjivanje tržišnog udela monopola). Drugo, posledice iz monopolskog stanja određenog jedinstvenog preduzeća kod malih ekonomija su naglašenije nego kod velikih. Tačnije, uzimajući u vidu ekonomske parametre izražene u brojkama, velike ekonomije su podložnije negativnom ekonomskom uticaju i efektima monopola, a taj uticaj potiče iz tržišnog opsega jednog jedinstvenog poslovnog subjekta. Međutim pojava monopolskog stanja u većini privrednih grana malih ekonomija, zbog nemanja mogućnosti da tržišne snage utiču autonomno na smanjivanje ili suzbijanje tih stanja, rezultira daleko značajnijim uticajem na monopolske poslovne subjekte.

Imajući ovo u vidu, može se zaključiti da kod malih ekonomija, uključujući i Republiku Makedoniju, neophodna je ozbiljnija i obuhvatnija analiza predloga o razrešavanju problema koji proizlaze iz postojanja monopola. Ovakva pitanja ne smeju biti ostavljena po strani pod pretpostavkom da će se tržišne snage tekom vremena razrešiti. Stoga, prema našem mišljenju, neophodna je direktna državna intervencija za ublažavanje posledica monopolskog stanja.

Komparativna istraživanja govore da, pored pravnog regulisanja monopolskog ponašanja (conduct regulation), kao što smo se već osvrnuli, postoje još dve metode spravljanja sa problemima koji proizlaze od postojanja monopola. Naime, druga metoda koja se primenjuje u SAD i u Kanadi, jednostavno podrazumeva uzdržavanje od regulisanja samog postojanja monopolskog stanja.²¹ Treća metoda, *strukturna metoda*, ovlašćava sudove i ostale nadležne organe da razbijaju monopole ili da ih regulišu u slučaju kada tržišna struktura ili ponašanje monopolskog preduzeća indicira da postoje preduslovi, o čemu nije potrebno da se dokazuje postojanje antikonurentskog ponašanja ili, opet, takva namera sa strane monopoliste.

²¹ Snaga o kojoj se pretpostavlja da proizlazi iz autonomnosti tržišta i mogućnostima o njihovoj samoregulaciji i uopšte teškoća i kompleksnost uređivanja ovih odnosa su faktori na kojima su u velikoj meri uticali zakonodavci i sudstvo Sjedinjenih Američkih Država, da se uzdrže zabrne ili regulisanja postojanja monopolskog stanja. Isključak su slučajevi tzv. osnovnog kapaciteta (*essential facilities*). Postojanje dominantnog stanja u SAD, kako je elaborisano, ne smatra se antikonurentskom pojavom, uključujući i monopolsko određivanje cena. Sudsko tumačenje drugog stava Šermanovog zakona, fokusira se povrede koje nastaju kao rezultat tzv. monopolizacije – tj. postojanje ili odsustvo isključujuće prakse (*exclusionary practices*) ili nepošteno utvrđivanje cena (*predatory pricing*) u procesu sticanja ili održavanja monopolske moći. o ovome vidi sudski slučaj: *Standard Oil v. United States* 221 U.S. 1. (1911).

Prva metoda, tj. pravno regulisanje monopolskog ponašanja u Republici Makedoniji najbolje se odslikava u određivanju cena toplotne energije proizvedene i distribirane sa strane *A.D. Toplifikacija*, koja predstavlja de fakto monopol. Utvrđivanje cena monopolskog tržišta koristi se i u energetsom sektoru (benzin, dizel, jestivo ulje) sa strane specijalizovane agencije za energetiku.²² U sferi tzv. pravnih monopola, tj. monopoli koji mogu izvršavati određenu ekonomsku delatnost, pravno regulisanje ponašanja, tj. određivanje cena koristilo se do nedavno u poštenskom sektoru.²³

S druge strane, treća metoda, strukturna metoda, uređivanja monopola, čini se imala se u vidu u jednom sasvim drugačijem procesu, koji je, ipak, imao relativni uticaj na potencijalnoj konkurenciji na tržištu usluga električne energije. Naime, privatizacijom, elektroenergetski sistem Republike Makedonije podelio se na nekoliko manjih kompatibilnih delova, i time se otvorila mogućnost postojanja konkurencije na tržištu.

ODREĐENE EKONOMSKE PRAKSE KOJE IMAJU POSEBNI UTICAJ KOD MALIH EKONOMIJA

Cenovna i necenovna diskriminacija

Cenovna i necenovna diskriminacija, što znači utvrđivanje cena sa strane monopoliste tako da se na dva ili više potrošača naplaćuje različita cena za iste proizvode/usluge ili, opet, primenjuju se različite trgovačke prakse koje nisu u direktnoj vezi s troškovima dostave za iste proizvode/usluge različitim potrošačima.

Ipak, kod malih ekonomija, što je ranije elaborirano, koje su bile okarakterizirane kao takve, gde u velikoj meri postoji oligopolistička tržišna struktura, cenovna diskriminacija može biti i deo pro-potrošačkog scenarija, u kojme su ranije stabilne oligopolističke cenovne strukture poljuljane i smanjivanje cena ide u prilog potrošača. To iz razloga što treba imati u vidu da često oligopolisti jedni drugima ne konkurišu direktno na osnovu cena proizvoda/usluga, već na drugi način, najčešće na osnovu rabata i popusta, a to diskriminiše različite potrošače. Toliko više da bi trebalo da se ovakvi popusti dešavaju češće, jer bi njihova zabrana doprinela smanjivanju efiksnosti i, uopšte, sporijem prilagođavanju promenjenom tržišnom ponašanju.

Oдавde se može rezimirati da cenovna ili necenovna diskriminacija malih ekonomija nužno traži duboku analizu o realnim tržišnim efektima koje izaziva, a

²² Oвde se misli na *A.D. OKTA* kao najveći proizvođač ovih energensa i *A.D. Makpetrol* kao najveći distributer istih.

²³ Oвde se misli na *JP Pošta*, koje je do nedavno bilo jedino preduzeće u poštanskom saobraćaju u Republici Makedoniji, ukoliko se izuzmu preduzeća koja se bave samo poštanskim uslugama iz tzv. brze pošte.

to s druge strane podrazumeva sakupljanje ogromnog broja podataka, kao i tačne mikroekonomske pretpostavke.²⁴

Predatorske cene

Mala dimenzioniranost ekonomije može uticati na pojavi i analizi predatorskih cena. Iako ne postoji uniformno prihvaćena definicija predatorskih cena, Posner ih definiše dosta široko kao: *utvrđivanje cenovnog nivoa, ciljem da se izbaci s tržišta konkurent koji je jednako efikasan ili efikasniji konkurent.*²⁵ S druge strane, utvrđivanje cenovnog nivoa, prilikom čega se s tržišta isključuju manje efikasni konkurentni je, svakako, ono što treba realizovati preko procesa konkurencije. Teorija o predatorskim cenama bazira se na pretpostavci da će predator u prvo vreme, utvrđivanjem cenovnog nivoa (najčešće niže cene koje ne mogu, na primer, pokriti proizvodne troškove) imati gubitke s nadom da će ih tokom vremena vratiti i da će ostvarivati ekstra dobitke nakon što ostali konkurenti napuste tržište, i postaće monopol.²⁶

Imajući ovo u vidu, treba naglasiti da veličina malih tržišta doprinosi da ova tržišna strategija bude privlačna za primenu. Ovo, ukoliko se ima u vidu da, prvo, ulazne smetnje na tržištima malih ekonomija su vrlo visoke. Drugo, kod malih ekonomija je relativno lako zadovoljiti potražnju i pritom istisnuti postojeće konkurente. Treće, ograničeni tržišni kapital može doprineti da ranim isključenjem konkurenata sa tržišta bude profitabilniji za predatora. Tako, ukoliko preduzeće koje je neposredno ušlo na tržište i odmah se suočava sa predatorskim cenama, pre postizanja efikasnog nivoa proizvodnje, onda možda neće imati dovoljno resursa da izdrži cenovnu strategiju nametnutu sa strane predatora.

Ugovori o ekskluzivnosti kao osnova zloupotrebe kod malih ekonomija

Ugovori o ekskluzivnoj prodaji ili distribuciji, kada monopolista uslovljava prodaju svojih proizvoda ugovorom sa distributerom ili dobavljačem koji imaju obavezu da ne saraduju s njegovim konkurentima, predstavlja jednu od najbitnijih zloupotreba malih ekonomija. Iako su, kod velikih ekonomija, efekti strateškog ponašanja za ograničenje tržišnog pristupa potencijalnim konkurentima prouzrokovani ekskluzivnim ugovorima, u najmanju ruku diskutabilni, koncen-

²⁴ O ovome detaljno kod, M.S. Gal, "Competition Policy for Small Market Economies: Market Conditions Under Magnifying Glass" Graduate Department of the Law School, University of Toronto, str. 271, 2000.

²⁵ R.A. Posner, "The Robinson-Patman Act: Federal Regulation of Price Differences" (Washington D.C.: American Enterprise Institute, 1976).

²⁶ K. Viscusi, "Economics of Regulation and Antitrust" (Lexington, Mass: D.C. Heath and Co., 1992), str. 272.

triranost tržišta kod malih ekonomija, koja su, istovremeno, opterećena velikim tržišnim smetnjama, doprinose da se ekskluzivnim ugovorima da znatno više značenja. Tako, imajući u vidu da su tržišta u distributivnim lancima daleko više koncentriraniji kod malih ekonomija, mnogo lakše je da dominantna preduzeća iskoriste svoju moć da bi obavezali distributere i snabdevače na ekskluzivni ugovor, ako se pritom ima u vidu da postoje ekonomije od obima u distribuciji ili snabdevanju. Posmatrano komparativno, dok kod velikih ekonomija ekskluzivna prodaja ili distribucija sa strane jednog ili dva vodeća preduzeća može ostaviti prostor konkurentima za zadovoljavajući broj neobavezanih distributera, kod malih ekonomija to može rezultirati celosnim pokrićem tržišta s tim proizvodima ili uslugama i zatvaranje mogućnosti postojanja drugog distributivnog kanala.²⁷

Pravni lekovi

Prvne mere za zaštitu konkurencije mogu se fokusirati na jednog od tri ciljeva: *odvraćanje, kompenzacija i obnova* konkurencije. S drugim rečima, sistem zaštite konkurencije podrazumeva i ima preventivnu, reparatornu i restauratorsku funkciju. Cilj sistema primene pravila o zaštiti konkurencije baziran na osnovu odvraćanja, je idnetifikovanje mogućih povreda konkurencije i kažnjavanje ekonomskih subjekata koji bi učinili povredu. Cilj sistema baziran na osnovu kompenzacije je obnova stanja koje je nastalo povredom pravila o zaštiti konkurencije ili, opet, povratak prethodnom stanju, kao da se povreda uopšte i nije desila. Iako je ovde usmerena pažnja na strane koje su pretrpele određene štete od povrede, ovakav pravni lek ima preventivni efekat: što je veća kazna za onog ko je prouzrokovao povredu prava, to je veći efekat pravnog leka za potencijalnih uzročnika povrede prava. Pravne mere za obnovu konkurencije fokusiraju se na stvaranje tržišnih uslova koji su neophodni za obnovu konkurencije u određenim tržišnim okolnostima u kojima je prvobitno prouzrokovana šteta od povrede konkurencije. Iako u mnogim tržišnim ekonomijama prilikom povrede konkurencije nastoji se da se ostvare svi ovi ciljevi, ipak u većini pravnih sistema nastoji se da se zaštita konkurencije ostvaruje preko obnove tržišne konkurencije. Odatle i naša pažnja biće usmerena ka restauratorskoj funkciji mera o zaštiti konkurencije, ukoliko se ima u vidu da obnova konkurencije predstavlja naročito značajno i interesantno pitanje o malim ekonomijama. Obnova tržišnih uslova ili povratak uslova u stanje u kome su bili, kao da se antikonkurentsko ponašanje uopšte i nije desilo, neophodno zahteva od sudova i nadležnih tela o zaštiti konkurencije da preuzmu aktivnosti koje idu u ovom smeru, neograničavajući se samo radnjama o sprečavanju *tz. plodouživanja od zloupotrebe dominantnih preduzeća*. Ovo odatle što zloupotreba dominantnog položaja menja tržišnu ravnotežu, a pri

²⁷ M. Schefer, "Guidelines for Legislation on Monopolies and Restrictive Practices in Small Economies", (1970), Antitrust Bulletin, 781, str. 793.

tome su tržišni uslovi različiti od onog što bi bili kada se zloupotreba uopšte i ne bi desila. Iz tih razloga nadležna tela i sudovi mogu koristiti ekstremnije mere kao što su novčane kompenzacije konkurenata, smanjivanje ulaznih smetnji koje su se stvorile antikonkurentskim ponašanjem ili razbivanjem dominantnog preduzeća. I pored svega, preuzimanje strukturnih mera u procesu zaštite konkurencije kod malih ekonomija ima ograničenu primenu iz razloga što se to kosi s idejom za održavanje ili podizanje nivoa produktivne efikasnosti. S drugim rečima, postojanje ekonomija od obima, kao preduslov podizanju nivoa produktivne efikasnosti bilo bi nemoguće postići razbivanjem dominantnih preduzeća, kao jedna od strukturnih mera. Toliko više da mala i neefikasna preduzeća, koja su rezultat rasturanja dominantnih preduzeća, ne bi mogli opstojati na tržištu, gde je, kao što smo rekli, potrebno ostvarivanje ekonomija od obima za efikasnu proizvodnju. Koncentriranost na tržištu, tj. opstanak i delovanje malog broja ekonomskih entiteta, isto tako nosi dodatne probleme, koji nisu svojstveni velikim ekonomijama. Naime, sudovi i nadležna tela za zaštitu konkurencije prilikom primene pravnih mera za obnovu konkurencije, tj. ostavljajući restauratorsku funkciju, trebaju imati u vidu efekat koji prouzrokuavaju ove mere tržišne ravnoteže.²⁸ Tako, na primer, sudovi i nadležna tela, ciljem da obnove tržišnu konkurenciju i eliminišu posledice antikonkurentskog ponašanja, mogu doprineti stvaranju stanja koje je, ustvari, kontraproduktivno za konkurenciju. O takvom kontraproduktivnom efektu mera kod malih ekonomija mogli bi pričati kada ona doprinosi napuštanju tržišta jednog od preduzeća. Tako, kada bi uzeli kao primer, tržišnu situaciju u kojoj relevantno tržište može podržati funkcionisanje samo dva preduzeća, a nadležno telo ne posveti dovoljno pažnje toj činjenici i donese odluku s kojom preduzeće koje je učinilo povredu slobodne konkurencije mora napustiti tržište. To otvara mogućnosti stvaranja monopolskog stanja, imajući u vidu da će se i novi potencijalni konkurenti suočiti sa visokim ulaznim smetnjama, o čemu smo elaborirali da su karakteristika malih ekonomija, i, konačno, ova promena tržišne strukture može uticati na cenovno ponašanje preduzeća koje je ostalo na tržištu i steklo monopolski položaj.

Bilo kako bilo, može se rezimirati da su povrede odredaba o konkurenciji i zloupotreba dominantnog položaja vrlo bitni malim ekonomijama, u kojima tržišne ulazne smetnje i ekonomije od obima stvaraju preduslove tržišne dominacije mnogo češće nego u tz. velikim ekonomijama. Odavde, imajući u vidu i specifičnosti malih ekonomija, mislimo da sistemi zaštite konkurencije trebaju imati sledeće karakteristike: Prvo, monopole treba tolerisati do trenutka koji je potreban za postizanje produktivne efikasnosti. Istovremeno, monopolsko ponašanje treba biti uređeno na način koji minimizira stvaranje smetnji razvoju slobodne konkurencije. Drugo, odredbe o zloupotrebi dominantnog položaja trebaju biti dovoljno sveobuhvatne za sve vrste zloupotrebe sa strane dominantnih preduze-

²⁸ Vidi, M.S.Gal, "Reformation of Anti-Competitive Contracts: A Case for Economic Balancing", American Law and Economics Association Conference, May, 1999.

ća. Treće, potrebna je ekonomska analiza zloupotrebe dominantnog položaja, prilikom čega će u rešavanju određenih slučajeva biti uzete u obzir i pozitivni i negativni efekti i biće stavljani jedni nasprem drugima. Četvrto, male ekonomije treba da posebnu pažnju posveduju primeni tzv. strukturnih mera, kako bi se izbeglo stvaranje koncentriranije tržišne strukture.

GOCE GALEV, LL.D.,
Assistant Professor, FON University in Skopje

COMPETITION IN THE COUNTRIES WITH SMALL MARKET ECONOMIES

Summary

The vast majority of the economic and legal studies in the field of competition law puts emphasis on the so called big economies, such as USA and European Union. Yet, this approach is not peculiar, if we consider the fact that enforcement of competition rules is conceived as significant instrument for accomplishment of different economic and social goals. Nonetheless, economic paradigmes upon which competition rules are based might not be applicable in the small market economies. This article emphasizes the connection among the size of the economy and selection of rules that governs the competition of the economic enterprises. In this context, special consideration is given to the circumstances that shape or should shape the choice of the corresponding rules for protection of competition within the so called small economies, transitional economies, and henceforth the economy of Republic of Macedonia. One of the reason for the latter is the signing of the Stabilization and Association Agreement between Republic of Macedonia and European Communities and the Member States, that prescribes clear requirement for harmonization of the competition rules with European Union law.

Therefore, this article primarily is focused to determine the nature of the small economy and consequently to explore the factors that should be taken into consideration for creation of system for protection of the competition in those economies. Further and equally important, the article explores the overall necessity for existence and application of the policy for protection of the competition within the small market economies, such as the economy of Republic of Macedonia.

MAJA KAMBOVSKA

ODNOS IZMEĐU PRAVA KONKURENCIJE I PRAVA INTELEKTUALNE SVOJINE EU

ANALIZA REGULATIVE 772/2004 O GRUPNOM IZUZEĆU
UGOVORA O TRANSFERU TEHNOLOGIJE IZ PRIMENE ČLANA 101
UGOVORA O EU

Na prvi pogled, čini se da pravo intelektualne svojine i pravo konkurencije imaju različite ciljeve. Pravo intelektualne svojine daje vremenski ograničeni monopol pomoću isključivih prava. Pravo konkurencije Evropske Unije predstavlja instrument koji omogućuje slobodu delovanja i učešće svih tržišnih subjekata. Ono sprečava, između ostalog, sprovođenje monopolske moći i nezakonito isključivanje konkurenata sa tržišta. Međutim, detaljnijom analizom se može zaključiti da se ciljevi prava intelektualne svojine i prava konkurencije poklapaju u tački promoviranja stvaralaštva, inovacija i investicije u korist javnosti. Pravo intelektualne svojine je instrument koji generalno postiže cilj potsticanja stvaralaštva.¹

Ipak, monopolska priroda i isključivost materijalnih prava mogu ih dovesti u sukob sa postulatima prava slobodne konkurencije, uprkos njihove vremenske limitiranosti, zato što daju komparativnu prednost nosiocima prava, što omo-

Dr Maja Kambovska, docent Pravnog fakulteta, FON Univerzitet u Skoplju, Makedonija.

¹ Maurits Dolmans, Robert O'Donoghue, Paul-John Loewenthal, "Are Article 82 EC and Intellectual Property Interoperable? The State of the Law Pending the Judgment in Microsoft v. Commission". (2007) Competition Policy International, Vol. 3, No. 1. Dostupno na SSRN: <http://ssrn.com/abstract=987331>, strp. 111.

gućava njihovo svrstavanje u anti-konkurentska ponašanja.² U takvim slučajima pravo konkurencije je korisan alat za postizanje balansa.³ Relacija između prava intelektualne svojine i prava konkurencije je od osobite važnosti obzirom na ključnu ulogu politike konkurencije u kreiranju zajedničkog tržišta. Jedna od tački gde se ova područja susreću jesu ugovori o licenciranju tehnologije zaštitene pravima intelektualne svojine, koji uobičajeno sadrže određene restriktivne klauzule.

Pravila konkurencije primenjiva na ugovore o transferu tehnologije

Pravni okvir Evropskog prava konkurencije je sardžan u Članovima 101-106 Ugovora o funkcionisanju Evropske Unije. Najrevelantniji članovi koji se odnose na konkurenciju u privatnom sektoru su Član 101 koji se odnosi na anti-konkurentsko ponašanje kao i Član 102 koji se odnosi na zloupotrebe dominantnog položaja. Ugovori o transferu tehnologije naročito mogu potpasti pod primenom Člana 101. Nije isključena niti primena Člana 102 kod ovih ugovora u određenim situacijama, ali to bi zahtevalo jednu opširniju analizu.⁴

Član 101 zabranjuje kao nekompatibilne sa unutrašnjim tržištem ugovore između preduzeća, odluke asocijacije preduzeća i usaglašenu praksu, koji mogu uticati na trgovanje između država članica i čiji je cilj ili posledica sprečavanje, ograničavanje ili narušavanje konkurencije na unutrašnjem tržištu. Kao primeri su dati oni ugovori koji: a. neposredno ili posredno fiksiraju kupovne ili prodajne cene ili drugi uslovi trgovanja; b. ograničavaju ili kontrolišu proizvodnju, tržište, tehnički razvoj ili investicije; c. dele tržišta ili izvore snabdevanja; d. primenjuju nejednake uslove za iste pravne poslove sa drugim poslovnim partnerima, čime ih stavljaju u nepovoljniji konkurentski položaj; i e. uslovljavaju zaključenje ugovora prihvatanjem dodatnih obaveza, koje po svojoj prirodi ili saglasno trgovačkim običajima nisu u vezi sa predmetom ugovora.

² Steven Anderman, "EC competition law and intellectual property rights in the new economy", (2002) 47 Antitrust Bull. 295.

³ Tako, za kritiku oko interakcije između prava konkurencije i autorskog prava vidi kod Valerie Laure Benabou, "European competition law and copyright: where do we stand? where do we go?" u Estelle Derclaye (ed), *Research Handbook on the Future of EU Copyright*, Edward Elgar, 2009, strana 543-567.

⁴ Kod slučajeva kao *Volvo/Veng*, *Renault*, *Magill*, *Ladbroke*, i, u ponovije vreme, *IMS i Microsoft*, Komisija i sudovi crpe inspiraciju za primenu Člana 102 iz doktrine "suštinskih elemenata" (essential facilities), koja u isključivim slučajevima nalaže dominantnim kompanijama da naprave dostupnim, pod razumnim uslovima, "suštinske elemente" koje ne mogu biti duplicirane od strane konkurenata. O suštinskim elementima vidi J. Temple Lang, "Defining Legitimate Competition: Companies' Duties to Supply Competitors, and Access to Essential Facilities", (1994) 18 *FORDHAM INT'L L.J.* 437; vidi opšto Richard Whish, *Competition Law*, 5th ed., Oxford University Press, 2003

Stav dva Člana 101 utvrđuje da su zabranjeni ugovori i odluke po svojoj pravnoj prirodi i sudbini ništavne. Stav tri dozvoljava državama da predvide izuzimanja iz zabrane za određene ugovore, odluke asocijacija preduzeća, i usaglašene prakse koje doprinose unapređenju proizvodnje ili distribucije robe ili promovisanju tehničkog ili ekonomskog razvoja, pod uslovom da od toga imaju srazmernu korist i potrošači. Pri tom, takvi ugovori moraju ispuniti još dva negativno postavljena uslova – ne smeju nametati zasegnutim preduzećima ograničenja koja nisu neophodna za postizanje tih ciljeva i ne smeju omogućiti tim preduzećima eliminiranje konkurencije u značajnom obimu za zasegnute proizvode.

Ugovori o licenciranju prava intelektualne svojine

Ugovori o licenciranju su glavni instrument kojim se prava intelektualne svojine ustupaju na korištenje drugim subjektima. Ugovori o transferu tehnologije sastoje se od ustupljanja licence od strane nosioca prava intelektualne svojine trećoj strani – sticaoca licence, kojim ovlašćuje sticaoca da koristi ustupljeno pravo kroz proizvodnju, plasman i prodaju robe ili usluge na kojih se pravo odnosi.

Osnovne karakteristike ovih ugovora su sledeće:

– Odnose se na licenciranje (ustupljanje) prava intelektualne svojine, za šta nosilac prava dobija naknadu, a sticalac licence dobija pravo da proizvodi robu ili da na neki drugi način koristi tehnologiju. Prema tome, nosilac prava ima izvesnu meru kontrole nad sticaocem, sa ciljem da zaštiti svoja prava.

– Radi se o ugovoru gde se ustupa određeno pravo, za razliku od cesije (prenosa) prava gde se pravo kompletno prenosi drugoj strani.

– Često ovi ugovori dovode do usavršavanja i razvoja novih ideja, tako što sticalac prava kroz korišćenje tehnologije može je dodatno razviti. Ovo može imati kao pravnu posledicu naknadno obostrano licenciranje prava intelektualne svojine.

U principu, u kontekstu anti-konkurentskog ponašanja obuhvaćenog Članom 101, problemi kod ovih ugovora proizlaze u relaciji sa ekskluzivnim teritorijalnim licencama. Ovi ugovori često sadrže restriktivne klauzule koje mogu biti suprotne Članu 101(1), u kom slučaju mogu opstati jedino ako su opravdani u skladu kriterijuma postavljenim Članom 101(3).

Glavni razlog zbog kojeg ovi ugovori mogu biti izuzeti iz primene Člana 101(1) je ukoliko njihovi efekti potstiču konkurenciju i podobravaju ekonomsku efikasnost, preko pojačavanja potsticaja za inicijalno istraživanje i razvoj, potsticanja inovacija, olakšanja diseminacije tehnologija i generisanja konkurencije na proizvodnom tržištu.⁵

⁵ http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/l26108_en.htm

PRAVNI OKVIR USPOSTAVLJEN REGULATIVOM 772/2004

Da bi se olakšao proces procene dali pojedini ugovori zadovoljavaju kriterijume Člana 101(3) da bi bili izuzeti iz primene Člana 101(1), institucije Evropske Unije su usvojile nekoliko Regulativa kojima se grupno izuzimaju određene grupe ugovora iz zabrane restriktivnih ugovora.⁶ Ukoliko ugovor zadovoljava kriterijume propisane Regulativom o grupnom izuzimanju, automatski je validan i ne smatra se anti-konkurentnim.

Regulativa o grupnom izuzeću ugovora o transferu tehnologije uspostavlja osnovna pravila o isključivanju određenih ugovora o licenciranju tehnologija iz zabrane sadržane u Članu 101(1).⁷ Osim Regulative, Komisija je usvojila i Uputstva, čiji je cilj da obezbede dodatne vodilje oko primene Regulative, i oko primene Člana 101 kod ugovora koji su van primene Regulative.⁸ Predmet Regulative obuhvata tehnologije koje se odnose na licenciranje patenta, know-how, i softversko autorsko pravo. Prema tome, Regulativa ne obuhvata licenciranje trgovačkih marki, autorskog prava i drugih prava intelektualne svojine, osim kada je to vezano za licenciranje tehnologije koja je obuhvaćena grupnim isključkom. Regulativa sadrži određene kriterijume koji omogućuju "bezbednu luku", odnosno "pribežište" ("safe harbor") tim ugovorima. Regulativa je ušla u snagu 1.05.2004 godine, a njena važnost ističe 30.04.2014 godine, zbog čega Komisija radi na pripremi nove Regulative.

Ugovori koji ispunjavaju kriterijume sadržane u članu 101(1) mogu prouzrokovati probleme sa aspekta prava konkurencije. Dakle, to bi bio slučaj ukoliko je ugovor sključen između dva ili više nezavisna preduzeća, ukoliko ima kapacitet da utiče na trgovanje između zemalja članica u znatnoj meri, i ukoliko sprečava, ograničava ili narušava konkurenciju u znatnoj meri na relevantnom tržištu.

Neke vrste ugovora, kao što je utvrdio Sud Pravde, ne potpadaju pod primenom Člana 101(1) i prema tome nisu zabranjeni. Takvi su ugovori 'otvorenih' isključivih licenci prava, naročito kada se odnose na uvođenje i zaštitu nove tehnologije na teritoriji obuhvaćenoj licencom.⁹ Ovaj je princip prisutan i u Uputstvima Komisije, gde Komisija ukazuje na to da ekskluzivno licenciranje između nekonkurentima je van primene Člana 101(1), ili je obuhvaćeno isključkom Člana 101(3). Određeni ugovori o licenciranju tehnologije su pokriveni Obaveštenjem

⁶ Ovakve Regulative, osim kod transfera tehnologije, su usvojene i, recimo, kod vertikalnih ugovora, ugovora o istraživanje i razvoj, ugovora o specijalizaciji, ugovora o distribuciji auta.

⁷ Commission Regulation (EC) No 772/2004 of 27 April 2004 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of technology transfer agreements (Text with EEA relevance), (OJ 2004 L123/11, 27.04.2004), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004R0772:EN:NOT>.

⁸ Commission Notice – Guidelines on the application of Article 81 of the EC Treaty to technology transfer agreements (OJ C 101 of 27.04.2004).

⁹ Maize Seed/Nungesser (1982) ECR 2015.

Komisije iz 2001 godine o ugovorima malog značaja – to su ugovori između malim i srednim preduzećima, ili kod većih kompanije gde zajednički tržišni udeo na relevantnim tržištima ne prekoračuje određene pragove, i pritom takav ugovor ne sme da sadrži “tvrda” ograničenja (hardcore restrictions) kao što su fiksiranje cena ili podela tržišta.¹⁰

“Pribežište” koje pruža Regulativa i test od 3 koraka

Kao i kod drugih regulativa o grupnim izuzetcima, i kod ove Regulative je usvojen pristup baziran na analizi ekonomskih efekata ugovora, umesto na pravnu formu.¹¹ Uglavno, zabranjena su “tvrda” ograničenja kao što su fiksiranje cena, proizvodne količine, ili ograničenja prodaje i podela tržišta. Svako ograničenje koje nije izričito zabranjeno Regulativom je dozvoljeno, ukoliko ugovor u celini zadovoljava kriterijume da bi bio obuhvaćen “pribežištem”, što nalaže analizu konkurentskog položaja strana i tehnologije na relevantnim tržištima.

Regulativa se primenjuje jedino kod ugovora između dve strane. Tri su kriterijuma predviđena prilikom procene dali ugovor potpada pod primenom Regulative: a. Dali su strane ugovora konkurenti ili ne-konkurenti; b. Kakvi su tržišni udeli svake strane, i c. Dali ugovor sadrži problematične klauzule (tvrda ili isključena ograničenja).

a. *Kriterijum dali su strane konkurenti ili ne-konkurenti.* – Procena dali su strane konkurenti odvija se sa aspekta relevantnog tržišta tehnologije kao i relevantnog tržišta proizvoda (kao i geografskog tržišta). Konkurencija na relevantnom tržištu tehnologije procenjuje se prema faktičkoj konkurenciji, i u svetskom okviru. Strane se ne smatraju konkurentima ukoliko obe imaju prava intelektualne svojine na zamenjivu tehnologiju, pod uslovom da nijedna strana ne licencira svoju tehnologiju trećim stranama. Konkurencija na relevantnom tržištu proizvoda procenjuje se prema faktičkoj i potencijalnoj konkurenciji na relevantnim geografskim tržištima. Faktička konkurencija postoji kada su strane aktivne na istom geografskom tržištu za zamenjive proizvode. Potencijalnim konkurentima se smatraju ukoliko bi jedna od strana verovatno preuzela investiciju potrebnu za ulaz na relevantno tržište proizvoda ili geografsko tržište, u kratkom periodu vremena (jedna do dve godine), kao odgovor malom ali značajnom povećanju cene. Pritom, status konkurenata se procenjuje u vreme zaključenja ugovora.¹²

b. *Tržišni udeli.* – U slučaju ugovora između konkurenata, kombinovani tržišni udeli strana ne smeju preći 20%. U slučaju ugovora između ne-konkurenata, ni jedna od strana ne sme imati udeo veći od 30% na tržištu tehnologije i proi-

¹⁰ Commission “De minimis” Notice (OJ 2001 C368/07, 22.12.01).

¹¹ Regulation 2790/1999 (OJ 1999 L336/21, 29.12.99), Regulation 2658/2000 (OJ 2000 L304/3, 05.12.00), Regulation 2659/2000 (OJ 2000 L304/7, 05.12.00).

¹² Član 1(j) Regulative.

zvoda. U slučaju većeg tržišnog udela, ne znači da je ugovor automatski suprotan Članu 101 (1), već je potrebna individualna procena.¹³

c. Problematične klauzule.

– Tvrda ograničenja

Postoje dve liste ograničenja - za ugovore između konkurenata u Članu 4(1), i za ugovore između ne-konkurenata u Članu 4(2). Ugovori koji sadrže bilo koje od ovih ograničenja ne mogu potpasti pod “pribežištem” Regulative i u većini slučajeva ne mogu zadovoljiti kriterijume za izuzeće saglasno Članu 101(3).

Tvrda ograničenja kod ugovora između konkurenata su sledeća:

a. Fiksiranje cena ili druga ograničenja mogućnosti da strana utvrdi svoje cene prodaje trećim stranama. Ovo se može pokušati na dva načina:

– neposredno – kada ugovor sadrži fiksirane, minimum, maksimum ili preporučene cene, ili

– posredno – kada ugovor sadrži destimulirajuće klauzule za jednu od strana u slučaju devijacije od određenog nivoa cena, kao što je povećanje iznosa tražene naknade ukoliko se cene proizvoda spuste ispod određenog nivoa;

b. Ograničenje količine koju strana može da proizvodi ili prodaje, osim ograničenja nametnuta sticaocu licence kod ne-recipročnog ugovora ili nametnuta samo jednom sticaocu licence kod recipročnog ugovora;

c. Alokacija tržišta ili potrošača, osim:

– obaveza sticaoca licence da koristi licenciranu tehnologiju u samo jednom ili više tehničkih područja;

– ekskluzivna dodela licence, ili dodela licence u konkretnom području korištenja kog ne-recipročnih ugovora. Samo je solo licenca izuzeta ako je ugovor recipročan;

– zabrana aktivne i pasivne prodaje od strane nosioca ili sticaoca licence na ekskluzivnoj teritoriji druge strane (kod ne-recipročnih ugovora);

– zabrana aktivne (ali ne i pasivne) prodaje od strane sticaoca licence na ekskluzivnoj teritoriji drugog sticaoca licence (kod ne-recipročnih ugovora), pod uslovom da zaštićeni sticalac licence nije bio konkurent nosioca licence u trenutku kada je njegov ugovor zaključen;

– obaveza sticaoca licence da proizvodi jedino za svoje potrebe (pod uslovom da nije obavezan da proizvode prodaje kao rezervne delove), ili

– obaveza sticaoca da proizvodi samo za određenog klijenta (kod ne-recipročnih ugovora);

d. Ograničenja u odnosu na korišćenje tehnologije, uključujući ograničenja mogućnosti sticaoca licence da koristi svoju sopstvenu tehnologiju ili ograničenja mogućnosti bilo koje strane da sprovodi aktivnosti istraživanja i razvo-

¹³ Član 3 Regulative.

ja (osim kada su ograničenja neophodna da bi poprečili otkrivanje licenciranog know-how).

Tvrda ograničenja kod ugovora između ne-konkurenata su sledeća:

a. Fiksiranje cena (osim nalaženje maksimum cene ili preporučene malo-prodajne cene);

b. Alokacija tržišta u čijem okviru, ili alokacija klijenata kojima sticalac licence, može pasivno prodavati, osim:

– ograničenja pasivne prodaje na ekskluzivnoj teritoriji/grupi potrošača rezerviranih za nosioca licence;

– ograničenja pasivne prodaje na ekskluzivnoj teritoriji/grupi potrošača rezervirane za drugog sticaoca licence za period od dve godine od datuma kada zaštićeni sticalac licence za prvi put ponudi licencirane proizvode na svoju ekskluzivnu teritoriju;

– obaveza sticaoca licence da proizvodi licencirane proizvode samo za sopstvene potrebe (pod uslovom da nije ograničen u prodaji licenciranih proizvoda kao rezervne delove za svoje proizvode);

– obaveza da proizvodi samo za određenog klijenta;

– ograničenja prodaje krajnim korisnicima od strane sticaoca licence koji deluje na velikoprodajnom nivou;

– ograničenja prodaje neovlasćenim distributerima od strane članova selektivnog distributivnog sistema; ili

– ograničenja aktivne ili pasivne prodaje krajnim korisnicima od strane sticalaca licence koji su članovi selektivnog distributivnog sistema koji deluje na maloprodajnom nivou snabdevanja.

– Isključena ograničenja

Konačno, potrebno je ispitati dali ugovor sadrži neka isključena ograničenja u smislu Člana 5. Ovo su klauzule koje generalno nisu štetne za konkurenciju, ali koje nalažu individualnu procenu. Ove se klauzule mogu odstraniti iz ugovora bez uticaj na važnost ugovora. U ova ograničenja spadaju:

– ekskluzivne povratne dodele licenci od strane sticaoca licence – odnosi se na uslov da sticalac licence prenese ili ekskluzivno licencira neko od svojih usavršenja ili novih primena tehnologije;

– klauzule o nemogućnosti osporavanja – odnosi se na obavezu sticaoca licence da ne osporava validnost prava intelektualne svojine nosioca licence (sa druge strane, dozvoljene su odredbe koje omogućuju nosiocu licence da raskine ugovor zbog osporavanja); i

– ograničenja korišćenja tehnologije – ovo je tvrdo ograničenje kod ugovora između konkurenata, ali je isključeno ograničenje kod ugovora između ne-konkurenata. Odnosi se na ograničenja mogućnosti sticaoca licence da koristi svoju sopstveni tehnologiju ili ograničenja bilo koje strane da preduzima istraži-

vanje i razvoj (osim kada je to neophodno da bi se sprečilo objavljivanje licenciranog know-how trećim stranama).

Povlačenje i neprimena Regulative

Primena Regulative može biti povučena od strane Komisije ili države članice u određenim okolnostima. Član 6 navodi tri slučajeve kada Regulative može biti povučena iz primene:

– kada je pristup tehnologija trećim stranama na tržištu ograničen, kao što je slučaj kod kumulativnog efekta paralelnih mreža sličnih restriktivnih ugovora koji zabranjuju sticaocima licence da koriste tehnologije trećih strana,

– kada je pristup potencijalnih sticaoca licence tržištu ograničen, kao što je kod kumulativnog efekta paralelnih mreža sličnih restriktivnih ugovora koji sprečavaju nosioca licence da nudi licencu drugim stranama, ili

– kada se strane uzdržavaju od upotrebe licencirane tehnologije bez ikakvog objektivnog validnog razloga - kod konkurenata to može indicirati da je ugovor o licenci prikriveni kartel.

Procena ugovora van Regulative

Ukoliko je ugovor o transfer tehnologija van pribežišta Regulative, potrebna je individualna procena o tome dali je taj ugovor kompatibilan sa Članom 101. Većina ekskluzivnih ugovora između nekonkurenata biće van primene Člana 101(1) ili će zadovoljiti kriterijume za izuzetke saglasno Članu 101(3). Izuzetne slučajeve kada bi takvi ugovori mogli potpasti pod primenom Člana 101 su okolnosti kada jedna od strana uživa značajni nivo tržišne moći. Ugovori između konkurenata je verovatnije da mogu potpasti pod primenu Člana 101 i za njih je potrebna pažljiva analiza, imajući u vidu principe sadržane u Uputstvima.¹⁴ Pri toj proceni, sledeći faktori su naročito relevantni – priroda ugovora, tržišni položaj strana i konkurenata, kao i položaj kupca licenciranih proizvoda, barijere za ulaz na tržište, zrelost tržišta i drugi faktori (kao što je vremetrojanje ugovora i postojanje sličnih ugovora na tržištu).

Uputstva isto tako sadrže pregled onih vidova ograničenja koja su tipično prisutna u licencnim ugovorima, uključujući naknadu i obaveze o nekonkuriranju, ekskluzivno licenciranje i ograničenja prodaje, restrikcije autputa, restrikcije područja korišćenja, restrikcije količine proizvoda samo za potrebe sticaoca licence (captive use), vezivanje i grupiranje, koji mogu izaći van primene Regulative u posebnim okolnostima navedenim u Uputstvima.¹⁵

¹⁴ Uputstva, stav 165.

¹⁵ Uputstva, stav 156-203.

PREDLOZI O IZMENI REGULATIVE

Kao i ostale Regulative o grupnim izuzetcima, i ova Regulativa važi određeni broj godina nakon čega je potrebna njena revizija. Trenutna Regulativa, kao i Uputstva, važe do 30.04.2014. godina. Komisija već radi na izmenama Regulative, i u tom kontekstu održala je nekoliko javnih konsultacija (poslednja je konsultacija trajala do 17.05.2013).¹⁶ Prethodno uspostavljeni režim Regulative je bio predmet kritike zbog toga što ne nudi dovoljno široke mogućnosti zaštite davaocima prava. Takođe, procena da li neki ugovor potpada pod primenom Regulative može biti zahtevna za preduzeća zbog kompleksnosti i potrebe za temeljnijom ekonomskom i tržišnom analizom.

Čini se da predložene promene neće promeniti ovakvo stanje. Naprotiv, izmenama se dodatno zaoštrava režim i smanjuje manevar davaocima licenci. Izmene se odnose na sledeće aspekte Regulative:

a. Oспорavanje validnosti. Komisija predlaže da se trenutno rešenje koje dozvoljava raskid ugovora od strane nosioca licence u slučaju osporavanja sa strane sticaoca licence kompletno preobrati.¹⁷ Čak što više, nova Uputstva navode da se Regulativa može ne primeniti ukoliko postoji sumnja oko validnosti patenta ili ako nosilac licence plati naknadu sticaocu licence. Ovo će dovesti do promene balansa sile između nosioca i sticaoca licence, na štetu nosioca.

b. Odredbe oko povratnog licenciranja (grant-back). Nova regulativa ne sadrži odredbe koje bi se odnosile na povratno licenciranje, koje omogućuju nosiocima licence da traže od sticaoca povratno ekskluzivno licenciranje novih izuma do koje su došli kroz korišćenja licenciranje tehnologije, a koje se ne mogu primeniti bez povrede originalne licencirane tehnologije. I ovo rešenje dovodi do promene balansa sile u korist sticaoca licenci.

c. Naknada za prolongiranje (Pay-for-delay). Nova Uputstva upozoravaju da bi ugovori o sporazumu (settlement agreements) između konkurenata koji sadrže klauzulu o isplati naknade od strane nosioca licence sticaocu, najverovatno bili suprotni Članu 101. Ovaj stav Komisije je formiran pod uticajem istrage ugovora u farmaceutskom sektoru u zadnjih godina, zbog prakse kompanija koja imaju patente da plaćaju konkurentskim kompanijama koji proizvode generičke lekove da prolongiraju njihovo plasiranje na tržištu.¹⁸ Ovo rešenje dodaje veći teret ugovornim stranama zbog potencijalne mogućnosti da ugovor bude suprotan pravilima konkurencije.

¹⁶ Predlog Regulativa i Uputstva su dostupne na http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_technology_transfer/regulation_en.pdf i http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_technology_transfer/guidelines_en.pdf.

¹⁷ Član 5(1)(b) Nove Regulative, i dodatno objašnjenje u stavu 125 Novih Uputstva.

¹⁸ http://www.taylorwessing.com/synapse/ti_paydelay.html.

d. Mogućnost pasivne prodaje (Passive sales window). Trenutno je dozvoljeno da se ekskluzivnim sticaocu licence na jednoj teritoriji zabrane pasivna prodaja na teritoriji drugog ekskluzivnog sticaoca u periodu od prve dve godine nakon lansiranja proizvoda na zaštićenu teritoriju. Nova Regulativa bi eliminisala trenutni dvogodišnji grejs period zabrane pasivnih prodaja. Ova je promena štetna za one sticaoce licenci koji kasnije skluče ugovor, kao i za sticaoce licence u države gde se proizvodi plasiraju po skupljoj ceni, jer su potrošači prebirljivi oko preko-granične kupovine jeftinijih proizvoda.

ZAKLJUČAK

Regulativa o grupnim izuzećem ugovora o transfer tehnologije je instrument koji omogućava izuzimanje tih ugovora iz primene Člana 101 iz Ugovora o funkcionisanju Evropske Unije. To su ugovori kojima se licenciraju tehnologije koje se odnose na prava patenta, softverskog autorskog prava ili know-how. Ovi ugovori uobičajeno sadrže restriktivne klauzule, zbog koje bi mogli biti svrstani kao anti-konkurentski, u smislu Člana 101(1). Ipak, smatra se da oni generalno, u širem kontekstu ciljeva prava intelektualne svojine, imaju pro-kompetitivne koristi zbog njihovih efekata diseminacije tehnologija i potsticanja daljih inovacija. Regulativa 772/2004 daje zaštitu ovim ugovorima ukoliko su ispunjena tri kriterijuma koja se odnose na odnos ugovornih strana (dali su konkurenti ili ne), njihovi tržišni udeli i restrikcije sadržane u ugovorima.

Povodom prestanka važnosti ove Regulative u aprilu 2014. godine, Komisija je pristupila izradnji nove predlog – Regulative. Predložene izmene se odnose na nekoliko aspekta ugovora (kao što su povratno licenciranje, raskid ugovora zbog osporavanja prava intelektualne svojine i dr.), i uglavnom dovode do smanjivanja broja ugovora koji bi mogli uživati zaštitu Regulative. Ukoliko predlozi budu prihvaćeni u finalnoj verziji nove Regulative, neće dovesti do pojednostavljanja režima, već do njenog komplikovanja, naročito za davaoca licence.

MAJA KAMBOVSKA, LL.D.,
Assistant Professor, FON University in Skopje, Macedonia

THE RELATIONSHIP BETWEEN COMPETITION LAW
AND INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS

Summary

Regulation 772/2004 on block exemption of technology transfer agreements is one of the EU Regulations aimed at excluding certain types of agreements from the application of Article 101 of the TFEU. These agreements concern the licensing of patent rights, software copyright and know-how. They usually contain restrictive clauses, which could classify them as being anti-competitive under Article 101(1). The Regulation provides protection to those agreements subject to three criteria relating to the question whether the parties are competitors, their market shares and the types of restrictions contained in the agreements. As the Regulation will expire in April 2014, the Commission is preparing a new draft - Regulation. The proposed changes would lead to decreasing the types of agreements that could benefit from the Regulation, and would lead to a more complicated legal regime.

SINIŠA DOMAZET,
SVETLANA MIHIĆ

ISKUSTVA EVROPSKE UNIJE U VEZI SA PREDATORSKIM PONAŠANJEM PREDUZEĆA

U V O D

Konkurentna borba na tržištu između privrednih subjekata predstavlja normalnu pojavu u savremenim trgovinskim tokovima. Stoga, zakonodavac nastoji da je dobrim sistemskim rešenjima podstiče i neguje. Razume se, pomenuta borba se mora voditi legitimnim sredstvima, koja se mogu zasnivati na kvantitetu, kvalitetu, širem asortimanu proizvoda, nižim cenama i slično. To posebno važi za učesnike koji poseduju dominantan položaj na tržištu, odnosno veliki tržišni udeo. Pritom, institucije EU neće sankcionisati neko preduzeće samo zbog činjenice što poseduje dominantan položaj na tržištu, jer bi takvo postupanje delovalo kontraproduktivno na razvoj privrede. Problem će predstavljati situacija kada dominantno preduzeće *zloupotrebi* dominantan položaj na štetu svojih konkurenata. Zloupotreba dominantnog položaja zabranjena je članom 102. Ugovora o funkcionisanju EU (u daljem tekstu: UFEU) i javlja se u različitim oblicima, kao što su

Dr Siniša Domazet, spoljni saradnik Instituta ekonomskih nauka u Beogradu.

Dr Svetlana Mihić, direktor, Dunav grupa. Ovaj rad je deo istraživačkih projekata pod šiframa 47009 (Evropske integracije i društveno-ekonomske promene privrede Srbije na putu ka EU) i 179015 (Izazovi i perspektive strukturnih promena u Srbiji: Strateški pravci ekonomskog razvoja i usklađivanje sa zahtevima EU), finansiranih od strane Ministarstva prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije, za period od 2010-2014. godine..

selektivno sniženje cena, sistemi popusta, vezana trgovina, odbijanje isporuke i slično.

U ovom radu će biti reči o predatorskom ponašanju privrednih subjekata, pri čemu će se istraživanje bazirati na pravnim aspektima predatorskog ponašanja, praćenih relevantnim slučajevima iz bogate prakse Evropske komisije i Suda.

Predatorstvo iz vizure prava konkurencije EU

Predatorstvo (*predatory pricing*) ne predstavlja neku novinu u privrediva-
nju. Ono podrazumeva situaciju u kojoj preduzeće određuje cene za svoje proi-
zvođe ili usluge na tako niskom nivou da konkurenti nisu u poziciji da se nose sa
takvim cenama, što na kraju dovodi do njihovog napuštanja relevantnog tržišta,
nakon čega moćno preduzeće stiće mogućnost da poveća cene i tako nadoknadi
gubitak pretrpljen usled predatorskog ponašanja.

Ovakva definicija predatorskog ponašanja deluje prihvatljivo, ali u vezi s
njom se javljaju određeni problemi, od kojih ćemo spomenuti neke. Prvo, kako
razlikovati situaciju u kojoj dominantno preduzeće određuje niže cene za svoje
proizvođe usled veće efikasnosti u odnosu na konkurente, boljeg kvaliteta proi-
zvođa i slično, u poređenju sa situacijom kada smišljeno sprovodi nisku cenovnu
praksu u želji da nanese štetu svojim konkurentima kako bi iznudilo njihovo po-
vlačenje sa tržišta. Drugo, kako se postaviti u slučaju kada preduzeće nižim cena-
ma svojih proizvoda želi da se odbrani od agresivnog konkurenta. Da li bi odre-
đivanje nižih cena predstavljalo predatorsko postupanje koje bi bilo kažnjivo, u
smislu člana 102. UFEU? Treće, kako definisati cenovnu "granicu" ispod koje bi
se smatralo da je ona predatorska u datom slučaju? Ako se ona izražava preko
troškova, kako izračunati te troškove preduzeća predatora?

Ipak, bez obzira na pomenute probleme, mogu se navesti neka opšta stano-
višta o predatorskom ponašanju. Pre svega, jasno je da predator mora da ima jaku
tržišnu pozicioniranost. Ne može se očekivati od slabša konkurenta da kori-
sti ova nedozvoljena sredstva. Zatim, potrebno je da postoje barijere za ulazak na
tržište. To je i logično, jer će u njihovom odsustvu na tržište ući novi konkurent
čim dominantno preduzeće poveća cene svojih proizvoda nakon napuštanja trži-
šta od strane prethodnog konkurenta. Dalje, predatorsko ponašanje može dovesti
i do stvaranja negativnog "imidža" preduzeća koje se njim služi, što može odvr-
titi potencijalne učesnike od ulaska na tržište. To bi značilo da predatorstvo samo
po sebi može da predstavlja prepreku za ulazak na tržište. Najzad, čak i ukoliko
uspe u svojoj nameri da istera konkurenta sa tržišta, postavlja se pitanje konačnog
uspeha strategije ukoliko neki novi konkurent otkupi na primer, opremu ili maši-
ne onog koji napušta tržište, pa se pod povoljnijim uslovima uključi u tržišnu uta-
kmicu.

Razume se, predatorska praksa ne mora automatski da dovede do napušta-
nja tržišta od strane postojećih konkurenata, ili odvrti potencijalne od ulaska na

isto tržište. Preduzeće predator treba dobro da proceni snagu svojih rivala, kako bi pribeglo ovakvom postupku. Može se desiti da ono potceni svoje konkuren-te u smislu da oni neće biti u stanju da pariraju niskim cenama. Ukoliko se konkurentska preduzeća pokazuju "žilavijim" nego što se očekuje, strategija svesnog žrtvovanja profita u cilju postizanja niskih cena može u potpunosti da propadne. Stoga će njena uspešnost u mnogome zavisiti od pouzdanosti informacija kojima potencijalni predator raspolaže. Logično je da preduzeće predator gaji optimizam u pogledu uspešnosti svoje strategije, naročito ukoliko je uvereno da će pretrpljene gubitke kasnije povratiti kroz više cene svojih proizvoda.

Mnogi smatraju da je predatorstvo izvodljivo samo ukoliko preduzeća posluju na više tržišta istovremeno, budući da je mnogo racionalnije za preduzeće koje posluje na samo jednom tržištu da preuzme svog konkurenta, ili se fuzionišu sa njim, nego da pribegava strategiji gubitka profita u cilju obezbeđenja nižih cena¹. Opravdano se, po mišljenju autora, staje na stanovište da u slučaju kada preduzeće posluje na više tržišta tada ima mogućnosti da gubitke nastale na jednom tržištu usled predatorskog ponašanja nadomesti profitom sa drugih. Isto važi i za stav po kome predatorstvo predstavlja racionalnu strategiju za preduzeća koja su "veoma dominantna", to jest ona koja imaju izuzetno veliki tržišni udeo².

Treba naglasiti da se predatorstvom nisu bavili samo ekonomisti³, već su se i institucije Unije u svojoj praksi susretale sa ovim problemom. Evropska komisija (u daljem tekstu: Komisija) se prvi put bavila predatorskom praksom u slučaju AKZO. U ovom slučaju, Komisija je zauzela stav da je preduzeće AKZO zloupotrebilo dominantan položaj na tržištu organskih peroksida (benzol peroksida, koji se koristi u proizvodnji plastike, ali i kao sredstvo za izbeljivanje brašna), tako što je primenjivalo predatorsku praksu protiv svog konkurenta, preduzeća ECS, u želji da ga istera sa tržišta plastike. Pritom, Komisija je svoje zaključke temeljila na pretnjama preduzeća AKZO svom konkurentu i njegovoj nameri da ga spreči da uđe na tržište plastike, a svoju zamisao AKZO je realizovao prodajom vlastitih proizvoda iznad prosečnog varijabilnog troška, ali ispod prosečnog ukupnog troška. Pomenuto preduzeće se žalilo Sudu⁴, koji je potvrdio definiciju tržišta iznetu od strane Komisija, kao i njen stav da AKZO poseduje dominantan položaj koji je u datoj situaciji zloupotrebio.

Značajno je napomenuti da se odluke Komisije i Suda u slučaju AKZO baziraju na testu zasnovanom na troškovima, pri čemu se navodi da cene ispod prosečnog varijabilnog troška uz pomoć kojih dominantno preduzeće nastoji da

¹ Tako smatraju na primer, Jones, A., Sufrin, B., *EC Competition Law*, 2007, str. 444.

² *Ibidem*.

³ O tome vidi šire: Goeteyn, G., i gr.autora, *Predatory Pricing*, GCLC Research papers on Article 82 EC-July 2005, str. 65-69.

⁴ U skladu sa sporazumom iz Lisabona i radi lakšeg snalaženja koristićemo termin „Sud“ kao zajedničku oznaku za Evropski sud pravde, Sud prve instance (sada Opšti sud) i Sud pravde EU.

eliminise konkurenta moraju biti smatrane kao zloupotreba, jer dominantno preduzeće nema nikakvog interesa da primenjuje takve cene osim da eliminiše svoje konkurente i tako stvori mogućnost da poveća cene koristeći prednost monopolskog položaja, jer svaka prodaja generiše gubitak, odnosno ukupan iznos fiksnih troškova i dela varijabilnih troškova koji se odnose na proizvedenu jedinicu proizvoda⁵. Međutim, Sud dalje u svojoj odluci navodi da cene ispod prosečnih ukupnih troškova, odnosno fiksnih troškova plus varijabilnih troškova, ali iznad prosečnih varijabilnih troškova moraju biti smatrane zloupotrebjavajućim, ukoliko su određene kao deo plana za eliminisanje konkurenta. One mogu proisteći od preduzeća na tržištu koja su možda jednako efikasna kao i dominantno preduzeće ali koja su, usled njihovih manjih finansijskih resursa, nesposobna da podnesu konkurenciju s kojom se suočavaju (prevod autora)⁶.

Dakle, prema ovom testu za utvrđivanje postojanja predatorstva, postoji pretpostavka da su cene koje su ispod prosečnog varijabilnog troška predatorske, dok su cene koje su iznad prosečnog varijabilnog troška, ali ispod prosečnog ukupnog troška predatorske, ukoliko su predstavljaju deo plana za eliminaciju konkurenata. Znači, potonje cene neće biti smatrane predatorskim ako nisu deo plana za eliminisanje konkurenta sa relevantnog tržišta⁷. Ipak, iako je test primenjen u slučaju *AKZO* bio oštro kritikovan po više osnova⁸, Komisija je ponovo prime-

⁵ Case C-62/86, *AKZO Chemie BV v. Commission* [1991] ECR I-3359, [1993] 5 CMLR 215, t. 71.

⁶ *Ibidem*, t. 72.

⁷ Za razliku od navedenog testa, tzv. *Areeda-Turner* test za utvrđivanje predatorskog ponašanja utvrđuje da su cene koje su ispod prosečnog varijabilnog troška po pretpostavki nedopuštene ali, za razliku od testa primenjenog u slučaju *AKZO*, cene koje su iznad prosečnog varijabilnog troška neće se smatrati predatorskim.

⁸ Između ostalog, bila je sporna *namera* preduzeća u situaciji kada su cene iznad prosečnog varijabilnog troška, a ispod prosečnog ukupnog troška, to jest, kada se cene nalaze između prosečnog varijabilnog troška i prosečnog ukupnog troška. Naravno da je tačna tvrdnja da sva preduzeća nastoje da istisnu svoje rivale sa tržišta, ali ovde se misli na situaciju kada se ne radi o pominjanoj konkurenciji na kvalitetu (*on the merits*), nego o situaciji kada je ponašanje preduzeća deo plana da se eliminišu konkurenti. Stoga je neophodno pronaći način za bliže utvrđivanje namere, odnosno situacije u kojoj će se smatrati da ona nesumnjivo postoji (ili barem u dovoljnom stepenu) kako bi se moglo govoriti o predatorskom ponašanju. U slučaju *AKZO* postojanje namere utvrđeno je na osnovu interne dokumentacije pomenutog preduzeća, ali se opet postavilo pitanje da li su navodi u pomenutoj dokumentaciji pravilno protumačeni. Slično je postupljeno i u slučaju *Wanadoo* (COMP/38.233, [2005] 5 CMLR 120), gde se Komisija takođe oslonila na internu dokumentaciju, ali je i ovde bilo sporno da li je ona adekvatno protumačena, posebno jer je optuženo preduzeće navode u dokumentaciji smatralo neformalnim. Međutim, tadašnji Sud prve instance je smatrao suprotno, navodeći u paragrafu 206. svoje odluke da su upotrebljene fraze i izrazi korišćeni od strane menadžmenta pomenutog preduzeća i da nisu predstavljale neformalno izražavanje, već upravo njen zvaničan stav da "preticanje (*pre-emption*) na tržištu ADSL interneta predstavlja imperativ" (prevod autora). S druge strane, u *Discussion Paper (DG Competition Discussion Paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, Brussels, December 2005), Komisija je iznela određene "smernice" o tome šta predstavlja dokaz postojanja predatorskog ponašanja. Tako, u tački

nila ovaj test u slučaju *France Télécom SA v. Commission*⁹, gde je u tački 130. navela da cene ispod prosečnog ukupnog troška, ali iznad prosečnog varijabilnog troška moraju biti smatrane zloupotrebljavajućim (predatorskim) cenama, ukoliko predstavljaju deo plana za eliminisanje konkurenta. S druge strane, ukoliko je cena ispod prosečnog varijabilnog troška, postoji pretpostavka o postojanju predatorstva. Dakle, ovde su ponovljeni stavovi izneti u slučaju AKZO.

U *Discussion Paper*¹⁰ Komisija je upotrebila merilo prosečnog nepotrebno troška (*average avoidable cost*), troška koji se mogao izbeći da dominantno preduzeće nije proizvodilo određeni deo svog *output*-a, umesto merila prosečnog varijabilnog troška. Dakle, pitanje je da li bi dominantno preduzeće, naplaćujući nižu cenu za ceo ili deo svog *output*-a u relevantnom vremenskom intervalu, pretrpelo gubitke koji bi mogli biti izbegnuti ukoliko ne bi proizvodilo taj *output* ili deo *output*-a; ako je odgovor na ovo pitanje potvrđan, reč je o predatorskom ponašanju (tačka 106). Prosečan nepotreban trošak je dobra osnova za odgovor na pitanje u vezi sa gubicima koji su se mogli izbeći. Slično je i ukoliko dominantno preduzeće mora da izvrši proširenje proizvodnih kapaciteta u cilju sprovođenja predatorske strategije. Tada će fiksni i "tonući" troškovi (*sunk costs*), učinjeni u cilju proširenja proizvodnih kapaciteta, morati da se uzmu u obzir. U ovom slučaju, nepotrebni trošak će premašiti prosečni varijabilni trošak¹¹.

Za razumevanje predatorskog ponašanja važan je i slučaj *Tetra Pak II*, koji je pokazao da predatorstvo suprotno članu 102. UFEU može postojati i u slučaju kada je preduzeće dominantno na jednom tržištu, a predatorsku praksu sprovo-

113. potvrđuje se stav da direktan dokaz predatorske strategije može da se sastoji iz dokumenata dominantnog preduzeća, na primer detaljan plan koji pokazuje korišćenje predatorskih cena da bi se isključio rival, sprečio ulazak na tržište, ili drugih dokaza konkretnih pretnji predatorstvom. Takođe ističe se da takav dokaz treba jasno da pokazuje da se radi o predatorskoj strategiji i da pokazuje specifične korake koje je dominantno preduzeće preduzelo, a ne samo da se dotiče interne opšte diskusije da će dominantno preduzeće "zgaziti konkurenciju". *Discussion Paper* takođe ističe da se, u situaciji odsustva direktnih dokaza predatorskog ponašanja, mogu upotrebiti i indirektni dokazi, kao na primer: da li cenovno ponašanje jedino ima smisla kao deo predatorske strategije ili postoje neka razumnija objašnjenja, da li su izvesni potrošači selektivno "ciljani", postoji li istovremena primena drugih isključujućih praksi, da li dominantno preduzeće ima mogućnost da nadomesti pretrpljene gubitke sa profitima stečenim drugim prodajama, odnosno kroz vraćanje višim cenama (nakon uspeha strategije), može li predatorstvo na jednom tržištu stvoriti svojevrsan "imidž" predatora i tako uticati na druga tržišta i slično (tačka 115). U situaciji kada cenovno ponašanje ima ekonomsko opravdanje jedino kao deo predatorske strategije, to će biti dovoljan dokaz za postojanje pomenute radnje i to bez pokazivanja postojanja verovatnoće da će doći do isključenja konkurenata. U svim ostalim slučajevima navedenim u tački 115. potrebno je, pored verovatnoće nastupanja isključujućeg efekta, tezu o postojanju predatorskog ponašanja dodatno "ojačati" drugim elementima (tačka 117).

⁹ Case [2007] T-340/03 - *France Télécom v Commission*.

¹⁰ *DG Competition Discussion Paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, Brussels, December 2005.

¹¹ *Discussion Paper*, t. 108.

di na drugom. U ovom slučaju, radilo se o dva odvojena tržišta: tržištu aseptičnog i tržištu neaseptičnog kartona (ambalaže) koja nisu bila ni “uzvodna” (*upstream*) ni “nizvodna” (*downstream*) jedno drugom. Preduzeće *Tetra Pak* uživalo je dominantan položaj na tržištu aseptične kartonske ambalaže, ali ne i na tržištu neaseptične. To ipak nije sprečilo Sud da zauzme stav da tadašnji član 82. Ugovora o EU (sada 102. UFEU) može biti primenjen na ponašanje utvrđeno na nedominantnom tržištu (dakle, gde pomenuto preduzeće ne poseduje dominantan položaj) koje ima posledice (efekte) na tom tržištu, ukoliko je to opravdano “naročitim okolnostima” (*special circumstances*). Postavlja se pitanje šta se podrazumeva pod “naročitim okolnostima”?

Sud je u tački 28. odluke stao na stanovište da su to: a) činjenica da *Tetra Pak* poseduje tržišni udeo od 78% ukupnog tržišta pakovanja bilo da je reč o aseptičnim, bilo onim neaseptičnim; b) činjenica da je pomenuto preduzeće bilo vodeće u pogledu neaseptične ambalaže (kartona); v) kvazi-monopolska pozicija ovog preduzeća (udeo blizu 90%) u pogledu tržišta aseptične ambalaže; g) postojanje “bliskih veza” (*close associative links*) između dva tržišta. Bliska veza između ova dva tržišta dokazana je činjenicom da se oba vida ambalaže mogu koristiti za pakovanje istih vrsta tečnih materija, činjenicom da su “potrošači u jednom sektoru takođe potencijalni kupci u drugom”, kao i time što *Tetra Pak* i njegov najvažniji konkurent *PKL* posluju na svim tržištima.

Stoga se može zaključiti da je *Tetra Pak* mogao iskoristiti svoj dominantan položaj na jednom tržištu u cilju ostvarenja svojih interesa na drugom, pa je usled toga Sud u tački 31. zauzeo stav da je *Tetra Pak* u situaciji uporedivoj sa onom od držanja dominantne pozicije na tržištima u pitanju kao celini. To znači da u slučaju kada se radi o međusobno povezanim tržištima i kad je reč o naročitim okolnostima postoji mogućnost da dominacija na jednom tržištu može biti zloupotrebljena ponašanjem na drugom, različitom tržištu (u ovom slučaju predatorskom praksom). To je svojevrsan izuzetak od stava iznetog kasnije u *Discussion Paper*, po kome predatorska praksa dominantne kompanije na tržištu gde nije dominantna i na kom će dato ponašanje jedino imati efekte, obično neće predstavljati zloupotrebu u smislu člana 82 (prevod autora).

U slučaju *Deutsche Post, United Parcel Service*, glavni konkurent pomenutom preduzeću na tržištu obezbeđenja usluga slanja paketa poštom, tužio je *Deutsche Post* Komisiji da je koristilo prihode stečene na tržištu na kom je imalo položaj zakonskog monopola (tržištu bazičnih pismenih pošiljki u Nemačkoj), kako bi obezbedilo prevlast i na tržištu slanja paketa poštom (*mail-order parcel services*), prodajom po ceni ispod troškova¹².

Dakle, ovde je *Deutsche Post* optužen za predatorsko ponašanje, ponašanje sankcionisano članom 102. UFEU. Ovaj slučaj je zanimljiv za razmatranje, budući da je Komisija u cilju utvrđivanja postojanja predatorstva upotrebila drugači-

¹² *Deutsche Post AG* [2001] OJ L125/27, [2001] 5 CMLR 99.

ji standard u odnosu na onaj iskorišćen u slučaju AKZO, standard “rastućeg troška” (*incremental cost*). Rastuće troškove čine troškovi pretrpljeni u obezbeđenju pojedine usluge (u ovom slučaju, usluge slanja paketa). Pritom se od ovih troškova odbijaju troškovi u vezi sa uslugama u pogledu kojih je *Deutsche Post* imalo univerzalnu obavezu, što znači da je “rastući trošak” u stvari dodatni trošak, pretrpljen isključivo kao posledica vršenja usluge slanja paketa poštom. A upravo taj trošak predstavljao je osnov za utvrđivanje predatorstva u datom slučaju.

Gubitke pretrpljene na tržištu slanja paketa poštom *Deutsche Post* je nadomestio viškom prihoda ostvarenih na tržištu na kom je uživao monopolski položaj (na tržištu bazičnih pismenih pošiljki težih manje od 200 grama). Komisija je za ovaj vid nadoknade gubitaka upotrebila izraz “unakrsno subvencionisanje” (*cross-subsidisation*, prevod autora). Ono se javlja u slučaju gde zarada od date usluge nije dovoljna da pokrije rastuće troškove obezbeđenja te usluge i gde postoji zarada od drugih usluga ili “svežnja” (*bundle*) usluga koje premašuju samostalne troškove. Usluga za koju prihod premašuje samostalan trošak je izvor unakrsne subvencije, a usluga za koju prihod ne pokriva rastuće troškove je njena destinacija. Ovo znači da, kada se ustanovljava da li su rastući troškovi pretrpljeni u obezbeđenju usluge slanja paketa poštom pokriveni, dodatni troškovi pružanja te usluge, pretrpljeni isključivo kao rezultat obezbeđenja te usluge, moraju biti razlikovani od opštih fiksnih troškova, koji nisu pretrpljeni isključivo kao rezultat te usluge¹³. Naravno, jasno je da “rastući troškovi” uključuju kako fiksne, tako i varijabilne troškove.

Za potpuno razumevanje ovog slučaja važno je napomenuti i sledeće: “unakrsno subvencionisanje” nije nedopušteno samo po sebi. Naravno da svako preduzeće, ukoliko posluje na više različitih tržišta, može da prihode stečene poslovanjem na njima iskoristi za pokrivanje gubitaka ostvarenih na drugim tržištima. Problem nastaje onda kada se takva situacija *zloupotrebi*, odnosno kada se odredi cena (za potrebe ovog slučaja) usluge koja je ispod “rastućeg troška”, jer je tu reč o predatorskom ponašanju koje mora biti sankcionisano članom 102. UFEU. Takav stav zauzet je i u slučaju *UPS Europe*¹⁴, gde postupak pomenutog preduzeća koje je takođe imalo zakonski monopol i koristilo prihode ostvarene na tom tržištu, kako bi steklo kontrolu nad drugim tržištem otvorenim za konkurenciju nije bio okarakterisan kao *zloupotreba*, osim ukoliko su ti prihodi sa kontrolisanog tržišta stečeni “preteranim ili diskriminatorским cenama”¹⁵.

U vezi sa predatorskim ponašanjem već je pomenuto da preduzeće predator preduzima takav korak motivisano činjenicom da će u bliskoj budućnosti povratiti gubitke nastale predatorskim ponašanjem. Logičan korak nakon što ostvari cilj predatorske strategije jeste da poveća cene iznad kompetitivnog nivoa i tako

¹³ *Ibidem*, t. 6. i 7.

¹⁴ Case T/175&99, *UPS Europe v. Commission* [2002] ECR II/1915, [2002] 5 CMLR 67.

¹⁵ *Ibidem*, t. 55.

kompenzuje ranije pretrpljene gubitke. U vezi sa ovakvim shvatanjem postavlja se pitanje da li upravo ta mogućnost kompenzacije predstavlja osnovicu za utvrđivanje postojanja predatorske cenovne prakse?

Određeni stavovi u vezi sa ovim pitanjem izneti su u već pominjanom slučaju *Tetra Pak II*. Već smo naveli da je pomenuto preduzeće u ovom slučaju kažnjeno zbog zloupotrebe dominantnog položaja, usled sprovođenja predatorske cenovne prakse na tržištu neaseptične kartonske ambalaže, koja je podrazumevala prodaju po ceni ispod prosečnog varijabilnog troška na teritoriji Italije. Iako je preduzeće tvrdilo da je, u skladu sa stavovima ekonomske teorije, neophodno pokazati da bi gubici mogli biti nadoknađeni nakon napuštanja tržišta od strane konkurenata kako bi predatorska strategija bila uverljiva, Sud je zauzeo suprotan stav, smatrajući da Komisija ne mora da dokazuje postojanje mogućnosti kompenzacije gubitaka. Takav stav zauzet je u tački 44. odluke u pomenutom slučaju, gde se navodi da ne bi bilo odgovarajuće u okolnostima sadašnjeg slučaja tražiti u dodatku dokaz da je *Tetra Pak* imao realističnu šansu povraćaja svojih gubitaka. Mora biti moguće kažnjavati predatorsku cenovnu praksu kad god postoji rizik da će konkurenti biti eliminisani. Tadašnji Sud prve instance je pronašao, u tačkama 151. i 191. njegove presude, da je postojao takav rizik u ovom slučaju.

Pomenuti stav je veoma značajan, jer je ukazao na to da će predatorsko ponašanje biti sankcionisano *kad god postoji rizik da će konkurenti biti eliminisani*, a da u okolnostima datog slučaja nije neophodno zahtevati dodatni dokaz da je *Tetra Pak* imao realnu šansu da nadoknadi svoje gubitke. Ovo ne znači da je Sud u potpunosti odbacio mogućnost da se predatorstvo utvrdi na osnovu mogućnosti nadoknade pretrpljenog gubitka, već da to nije neophodno, imajući u vidu "okolnosti sadašnjeg slučaja". Dakle, u svetlu nekog drugog slučaja biće drugačije postupljeno, odnosno mogućnost nadoknade gubitaka će se uzeti u obzir.

Kad je u pitanju slučaj *Tetra Pak-a*, potrebno je razjasniti koje su to okolnosti koje su bile dovoljne da se izvede zaključak o postojanju predatorstva, bez osvrta na mogućnost nadoknade pretrpljenih gubitaka? To je pre svega bila činjenica da je *Tetra Pak* uživao položaj blizak monopolskom na tržištu aseptične kartonske ambalaže (udeo od oko 90%), zatim činjenica što je pomenuti subjekat koristio prihode sa ovog dominantnog tržišta kako bi ovladao drugim tržištem, tržištem neaseptične ambalaže, kao i navoda iznetih u tački 42. odluke Suda, iz koje se videlo da je *Tetra Pak* nameravao da eliminiše konkurenta.

Komisija je i u svom *Discussion Paper* iznela određene stavove o nadoknadi gubitaka. Tako, navodi se da se problem nadoknade odnosi na pitanje da li negativan efekat na rast konkurencije na tržištu čini žrtvovanje privremeno pretrpljenih gubitaka dobrom "investicijom" iz perspektive dominantnog preduzeća. Za nadoknadu je dovoljno da se predatorstvom izbegava ili odlaže smanjivanje u cenuma, što bi se u suprotnom moglo javiti kao rezultat povećane konkurencije koja bi mogla doći od preduzeća koja su sada eliminisana, disciplinovana ili čiji ulazak je sprečen. Biće, u principu, dovoljno pokazati verovatnoću nadoknade uz po-

moć istraživanja barijera za ulazak na tržište, (ojačane) pozicije preduzeća i predvidljivih promena u budućoj strukturi tržišta. Kad je dominacija već ustanovljena to znači da su barijere za ulazak dovoljno visoke da se pretpostavi mogućnost za nadoknadu. Komisija zato ne smatra da je nužno obezbediti dalji odvojen dokaz povraćaja u cilju nalaženja zloupotrebe¹⁶. Kada Komisija tvrdi da se radi o slučaju predatorske zloupotrebe, dominantno preduzeće može to da poriče putem ustanovljavanja da je njegovo ponašanje pogrešno procenjeno kao predatorsko, na primer pokazivanjem da ono nije i neće imati navedeni isključujući efekat, ili da nadoknada neće nikad biti moguća, a potrošači nisu i neće biti povređeni¹⁷.

Iz ovih navoda se može izvesti zaključak da Komisija smatra da je za nalaženje predatorstva potrebno utvrditi postojanje mogućnosti nadoknade gubitaka, ali u situaciji kada se utvrdi postojanje drugih elemenata, teret dokazivanja da se ne radi o zloupotrebi predatorstvom leži na dominantnom preduzeću. Postoje i autori koji zauzimaju stav da je neophodno razmatranje mogućnosti nadoknade pretrpljenih gubitaka od strane dominantnog preduzeća kao preduslov za nalaženje zloupotrebe dominantnog položaja¹⁸.

S druge strane, pojedini autori smatraju da mogućnost nadoknade pretrpljenih gubitaka (*recoupment requirement*) treba koristiti s oprezom:¹⁹ a) jer je teško dokazati šta bi dominantno preduzeće moglo uspešno učiniti u neodređenom vremenu u budućnosti. Pre svega, neophodno je pokazati da neće biti novih ulazaka na relevantno tržište. To je logično, jer ukoliko bi nakon povećanja cena na tržište ušli novi konkurenti, dominantno preduzeće bi moralo opet da snižava cene i trpi gubitke i tako u beskonačnost. To bi bio krah njegove predatorske strategije. Takođe, bilo bi neophodno pokazati da je cenovna elastičnost proizvoda bila takva da, iako su potrošači bili priviknuti na niske cene, da će oni biti voljni da plate one značajno veće u budućnosti; b) pomenuti autori prigovaraju da predatorska praksa dominantnog učesnika može imati antikonkurentne efekte čak i ukoliko dominantno preduzeće nije niti je moglo nadoknaditi njene gubitke. Ovo se pravda činjenicom da je za dominantnog učesnika dobro i ukoliko predatorstvom uspe da odvrati potencijalne konkurente od ulaska na tržište. Uspeh će biti utoliko veći ako dominantno preduzeće drži svoje cene i na nivou neznatno većem od kompetitivnog, posebno ukoliko posluje na više tržišta (budući da predatorstvo na jednom tržištu obeshrabruje ulazak na druga tržišta na kojima posluje predator); v) autori ističu i da predatorsko ponašanje može imati antikompetitivne efekte čak i ukoliko rival nije isteran sa tržišta, već je umesto toga odlučio da

¹⁶ *Discussion Paper*, t. 122.

¹⁷ *Ibidem*, t. 123.

¹⁸ Tako smatraju Goeteyn, G., i gr. autora, *op. cit.*, str. 82.

¹⁹ Temple Lang, J., O' Donoghue, R., *Defining Legitimate Competition: How to Clarify Pricing Abuses under Article 82 EC*, (2002) 26 *Fordham Int'L LJ* 83, 144-145.

poveća svoje cene otprilike kao i dominantno preduzeće. Drugačije rečeno, ovde bi lako moglo doći do stvaranja oligopolske tržišne strukture.

Slučaj *France Télécom SA v. Commission* pokazao je svu nedoslednost postupanja u pogledu predatorstva, jer je tadašnji Sud prve instance u članu 228. svoje odluke u ovom slučaju stao na stanovište da je Komisija bila u pravu što je zauzela stav da dokaz nadoknade gubitaka nije bio preduslov za nalaženje postojanja predatorske cenovne prakse.

U praksi se pokazalo da utvrđivanje predatorstva pokazuje određene specifičnosti kad je reč o takozvanim tržištima novih ekonomija, kao što su na primer informacione tehnologije. Ova tržišta karakterišu izuzetno visoki fiksni troškovi, ali i izuzetno niski varijabilni troškovi. Na primer, najmoćniji privredni subjekti iz oblasti softvera ulažu milione dolara godišnje u istraživanja i razvoj savremenijih računarskih programa. Međutim, kada uspeju da razviju novo softversko rešenje ili poboljšaju već postojeće, troškovi umnožavanja su minimalni. Sličan je slučaj i sa internet-tehnologijama. Praksa je potvrdila ove navode.

Tako, u slučaju *Wanadoo*, Komisija je kaznila pomenuto preduzeće sa 10,35 miliona € zbog postojanja predatorske cenovne prakse. Pomenuto preduzeće je predstavljalo filijalu *France Télécom*-a (sa udelom u filijali od 72%), koji je istovremeno posedovao skoro 100% usluge prodaje na veliko ADSL za internet provajdere. Komisija je utvrdila da je *Wanadoo* u relevantnom periodu određivao cene za ADSL ispod prosečnog varijabilnog troška, a da je nakon izvesnog vremena povećao cene, tako da su one bile iznad prosečnog varijabilnog troška, ali ispod prosečnog ukupnog troška. Kao što je ranije pomenuto, u slučaju kad je cena iznad prosečnog varijabilnog troška, ali ispod prosečnog ukupnog troška, to neće biti predatorstvo samo po sebi, već samo ukoliko je to deo strategije za eliminaciju konkurenata. Komisija je utvrdila da je niža cena bila deo smišljene strategije kako bi se stekao "lavovski udeo" na tako perspektivnom tržištu kao što je tržište ADSL interneta, odbacivši pritom argumentaciju *Wanadoo*-a da je njegovo ponašanje bilo usmereno ka privlačenju kupaca. Takav stav bio je dodatno potkrepljen činjenicom da je *Wanadoo* sam istakao da će privlačenje kupaca nižim cenama biti profitabilno za manje od pet godina. Kao što je ranije istaknuto, činjenica da će gubici pretrpljeni usled predatorskog ponašanja biti nadoknađeni u budućnosti je odlika predatorstva.

Dakle, predatorstvo u oblasti novih tehnologija ima osobenost u tome što predator, u slučaju uspeha svoje strategije, može u potpunosti da ovlada tržištem, pri čemu njegov proizvod/usluga postaju svojevrsni standard, a druga osobenost je u tome što tržišta visokih tehnologija imaju vrlo velike fiksne, a vrlo male varijabilne troškove koji mogu dovesti u teškoću test za utvrđivanje postojanja predatorstva, zasnovan na prosečnom varijabilnom trošku²⁰.

²⁰ Jones, A., Sufrin, B., *op. cit.*, str. 464.

Na kraju treba razmotriti još jedno pitanje vezano za predatorsko ponašanje, a to je takozvano “*price squeezing*” (“cenovno stiskanje”, prevod autora). Ono se javlja u situaciji u kojoj vertikalno-integrirano dominantno preduzeće koristi kontrolu preko *input*-a koji je isporučen rivalima, kako bi ih sprečilo da stvaraju profit na nizvodnom tržištu na kojem je dominantni učesnik takođe aktivan²¹. Dominantno preduzeće može vršiti “*price squeezing*” na više načina: povećavanjem cena *input*-a (na uzvodnom tržištu) neophodnog njegovim rivalima za proizvodnju, čime bi se dovelo u pitanje isplativost njihovog poslovanja na nizvodnom tržištu; niskim cenama na nizvodnom tržištu (cenama ispod troškova), uz zadržavanje istog nivoa cena na uzvodnom tržištu, tj. tržištu *input*-a; istovremenim korišćenjem prethodna dva načina, odnosno povećanjem cena *input*-a uz istovremeno snižavanje cena proizvoda na nizvodnom tržištu, kako bi razlika između ove dve cene dovela do neprofitabilnog poslovanja konkurenata.

Zloupotreba “cenovnim stiskanjem” zahteva kumulativno ispunjenje nekoliko uslova²²: a) javlja se u situacijama gde postoji vertikalno integrisano preduzeće koja kao dominantno na tržištu *input*-a isporučuje isti svojim konkurentima koji posluju na nizvodnom tržištu, na kome takođe posluje dominantni učesnik; b) *input* koji dominantno preduzeće isporučuje mora biti od važnosti za rivale; drugim rečima, ukoliko se radi o nekoj sirovini koja je potrebna konkurentima kako bi od nje proizveli finalni proizvod, a oni su u poziciji da je pribave samo od dominantnog učesnika pošto za nju nema odgovarajućeg supstituta, takav *input* je svakako nužan, jer bez njega neće moći da organizuju proizvodnju finalnog proizvoda na nizvodnom tržištu. Ukoliko *input* nije za konkurente od suštinskog značaja, odnosno ako za njega postoji zamena, tada se ne može govoriti o “*price squeezing*”; v) *input* mora konstituisati relativno visoku stopu “nizvodnih” troškova; g) potrebno je identifikovati zloupotrebu putem “cenovnog stiskanja”; Geradin i O’Donoghue smatraju da je najčešće primenjivani test da li bi se nizvodne operacije dominantnog preduzeća mogle odvijati profitabilno na osnovama cena na veliko, naplaćenih trećim stranama za relevantni *input*?; d) treba proceniti da li postoji opravdanje ili objašnjenje za “*price squeezing*” koji vrši dominantno preduzeće. Po mišljenju autora, to je sasvim na mestu, jer ponekad preduzeća, dominantna ili ne, spuštaju cene čak i ispod sopstvenih troškova iz različitih razloga: lošeg stanja na tržištu, marketinških razloga, “lansiranja” novog proizvoda čija je cena u početku izuzetno niska kako bi se “osvojili” potrošači, i slično. Sve ovo važi i za dominantna preduzeća. Stoga je neophodno dobro proceniti razloge zbog kojih je u datom slučaju došlo do smanjenja cena ispod troškova; đ) da li ponašanje dominantnog preduzeća, “*price squeezing*” ima ili će imati uticaj na konkurenciju.

²¹ Vidi: Geradin, D., O’ Donoghue, R., *The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: the Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications Sector*, GCLC Working Paper 04/2005, str. 6; *Discussion Paper*, t. 219-220.

²² *Ibidem*, str. 6-8.

Ne ulazeći u dalja teorijska razmatranja ovog problema²³, treba istaći da se “*price squeezing*” javljao i u više slučajeva u praksi. Ovde će biti pomenuti neki od njih.

Tako, u slučaju *Napier Brown-British Sugar*²⁴, Komisija je zauzela stav da je *British Sugar* zloupotrebio dominantan položaj na tržištu industrijskog šećera, tačnije uzvodnom tržištu, koji je bio potreban njegovom konkurentu, preduzeću *Napier Brown*. Komisija je utvrdila da je *British Sugar* bio dominantan kako na tržištu sirovina (šećera), tako i na tržištu prodaje šećera, kao i da je njegova cenovna politika prema svom konkurentu predstavljala deo smišljene strategije za njegovo “isterivanje” sa relevantnog tržišta. Ovo je bio slučaj kada dominantno preduzeće snižava cene svog proizvoda na nizvodnom tržištu.

Obrnuto, u slučaju *Deutsche Telekom*²⁵, pomenuto preduzeće je bilo krivo za “*price squeezing*” jer je naplaćivalo svojim konkurentima više na tržištu prodaje na veliko (*unbundled broadband access*), nego svojim pretplatnicima za pristup na nivou prodaje na malo. Dakle, ovde je pomenuto preduzeće takođe poslovalo na dva tržišta i svojim postupcima je onemogućilo konkurente da na nizvodnom tržištu opslužuju potrošače po jeftinijim cenama od njegovih. Dakle, troškovi konkurenata na uzvodnom tržištu su bili tako visoki da nisu bili u stanju da pariraju dominantnom učesniku, što je i potvrdila činjenica da su cene *Deutsche Telekom* na tržištu prodaje na veliko bile veće od onih na tržištu prodaje na malo. U praksi se “*price squeezing*” mogao videti i u slučajevima *National Carbonising* i *Industrie des Poudres Sphériques*²⁶.

ZAKLJUČAK

Iskustva EU pokazala su da predatorska praksa ima pogubne posledice ne samo po privredne subjekte, već i na unutrašnje tržište. U praksi su se pojavile dileme: a) kako razlikovati situaciju u kojoj dominantno preduzeće određuje niže cene za svoje proizvode usled veće efikasnosti u odnosu na konkurente, u odnosu na situaciju kada smišljeno sprovodi nisku cenovnu praksu u želji da nanese štetu svojim konkurentima, da bi ih izbacilo sa tržišta; b) kako postupiti u slučaju kada preduzeće nižim cenama svojih proizvoda želi da se odbrani od agresivnog kon-

²³ *Ibidem*, str. 8–24, 35–65. O ovome videti šire: Heimler, A., *Is a margin squeeze an antitrust or a regulatory violation?*, Journal of Competition Law and Economics 6(4), str. 879–890; Sidak, G.J., *Abolishing the price squeeze as a theory of antitrust liability*, Journal of Competition Law and Economics 4(2), 279–309; Polo, M., *Price squeeze: Lessons from the Telecom Italia Case*, Journal of Competition Law and Economics 3(3), 453–470; Carlton, D.W., *Should price squeeze be a recognized form of anticompetitive conduct?*, Journal of Competition Law and Economics 4(2), 271–278.

²⁴ *Case Napier Brown/British Sugar* [1988] OJ L284/41, [1990] 4 CMLR 196.

²⁵ *Case Deutsche Telekom* [2003] OJ L263/9.

²⁶ *Case National Carbonising*, OJ 1976 L 35/6, *Case T-5/97 Industrie des Poudres Sphériques SA v. Commission* [2000] ECR II-3755.

kurenta; v) na koji način definisati cenovnu “granicu” ispod koje bi se smatralo da je ona predatorska, i slično.

Institucije Unije su pomenute dileme nastojale rešiti stavom da cene ispod prosečnog varijabilnog troška uz pomoć kojih dominantno preduzeće nastoji da eliminiše konkurenta moraju biti smatrane kao zloupotreba, kao i da cene ispod prosečnih ukupnih troškova, odnosno fiksnih troškova plus varijabilnih troškova, ali iznad prosečnih varijabilnih troškova moraju biti smatrane zloupotrebljavajućim, ukoliko su određene kao deo plana za eliminisanje konkurenta. Problem je u tome što je ponekad teško odrediti da li je zaista postojala namera predatora da eliminiše konkurente, posebno ukoliko se to dokazuje navodima iz interne dokumentacije. To bi se moglo dokazati dokumentima dominantnog preduzeća, ili drugim dokazima konkretnih pretnji predatorstvom, pri čemu takav dokaz treba jasno da pokazuje specifične korake koje je dominantno preduzeće preduzelo, a ne samo da se dotiče interne opšte diskusije da će dominantno preduzeće “zgaziti konkurenciju”. U odsustvu direktnih dokaza predatorskog ponašanja, mogu se koristiti i indirektni dokazi. Ipak, ostaje dosta prostora za proizvoljna ili široka tumačenja, što može dovesti do pogrešnih odluka. Sličan stav se može zauzeti u u pogledu merila prosečnog nepotrebnog troška, odnosno rastućeg troška.

Pokazalo se da predatorstvo može postojati i u slučaju kada je preduzeće dominantno na jednom tržištu, a predatorsku praksu sprovodi na drugom, a posebna pažnja potrebna je kad se radi o tržištima novih ekonomija, odnosno kada vertikalno-integrirano dominantno preduzeće koristi kontrolu preko *input*-a isporučenog rivalima, kako bi ih sprečilo da stvaraju profit na nizvodnom tržištu na kojem je dominantni učesnik takođe aktivan (“*price squeezing*”). Imajući u vidu slabu razvijenost tržišta u Republici Srbiji, u budućem periodu se mogu očekivati slični postupci dominantnih preduzeća i na našem tržištu. Stoga, potrebno je dobro analizirati i u praksi primeniti pozitivna iskustva evropskih institucija, kako bi se predupredile moguće štetne posledice po domaću privredu i potrošače.

SINIŠA DOMAZET, Ph.D.,
Institute of economic sciences-Associate member
SVETLANA MIHIĆ, Ph.D.,
Dunav grupa, director

EU EXPERIENCES ON THE PREDATORY BEHAVIOR OF ENTERPRISES

Summary

Predatory behavior is prohibited by Article 102 of the Treaty on the Functioning of the EU. Research has shown that prices below average variable cost with which a dominant undertaking

seeks to eliminate a competitor must be regarded as an abuse, and that prices below average total costs, and fixed costs plus variable costs, but above average variable costs must be regarded as abusive if they are determined as part of a plan for eliminating a competitor. It has been shown that predation can exist when a company has a dominant position in one market, and predatory practices implemented in other. Special attention is required in the case of the so-called new economy markets, and in the case of so-called "price squeezing". Given the underdeveloped market in the Republic of Serbia, the experience of the EU institutions will be of great benefit to the national bodies for protection of competition.

ŠESTA KATEDRA

**PRAVO NA PRAVNU
DRŽAVU**

GORDANA VUKADINOVIĆ

O LJUDSKOM DOSTOJANSTVU KAO PRAVNOJ VREDNOSTI

I

U kodifikovanim aktima Ujedinjenih nacija i drugih međunarodnih organizacija i zajednica kao i u savremenim ustavima¹ značajno mesto zauzima ljudsko dostojanstvo. Ustavni dokumenti korpusom odredbi koje se odnose na ljudske slobode i prava predstavljaju bitan faktor poštovanja i zaštite ljudskog dostojanstva. Ta prava sa područja ljudskog dostojanstva moraju biti obezbeđena “ne samo višestepenom sudskom zaštitom u formalnom smislu, već i u smislu delotvorne, (uspešne) i efektivne (a ne samo efikasne) materijalnopravne i procesno-pravne zaštite”². Isto tako, u poslednje vreme ljudsko dostojanstvo i njegova zaštita naročito su u žiži interesovanja bioetike³ i iz nje izvedene biojuristicke⁴.

Dr Gordana Vukadinović, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu.

¹ Od Vajmarskog ustava (1919), Ustava Irske (1937), Italije (1947), Švedske (1974), Grčke (1975), preko Ustava Španije (1978), Finske (1999), Poljske (1997), i mnogih drugih zemalja.

² S.Perović: Prirodno pravo i moral, *Pravni život*, br.9, T I, Beograd, 2012, 90

³ *Bioetika* ili *etika života*, odnosno *etika svega živog*, razmatra pitanja: “Kada počinje život?; Kad i do kada se može govoriti o ‘ličnosti’ ili o ‘ljudskom životu’?; Koliku autonomiju ima pojedinac u određivanju sopstvenog života i sopstvene smrti?; Kada nastaviti održavanje života, a kada ga prekinuti?; Kada štiti majku, kada fetus, ili čak, embrion u epruveti?; Gde su granice lečenja i koje su granice humanog i nehumanog eksperimentisanja?” Među filozofima prava bioetika ima uglednog predstavnika u delu Frančeska D’ Agostina (G. Faso: *Istorija filozofije prava*, Beograd-Podgorica, 2007, 705)

⁴ Uz bioetiku izgrađuje se i biojurstika “kako bi pravo postavilo granice slobode čoveka da se meša u procese života.” (G.Faso: *Nav delo*, 706 ; Faso navodi da su glavni D’Agostinovi spisi iz bioetike sakupljeni u : *Bioetica nella prospettiva della Filosofia del diritto*, Torino, 1996).

II

Ljudsko dostojanstvo predstavlja skup svih onih svojstava koja ukazuju na osobenu i uzvišenu prirodu čoveka. S antropološkog stanovišta svi ljudi su podjednako ljudi: trebalo bi da uživaju isto ljudsko dostojanstvo bez obzira na imovinske, obrazovne, rasne, verske i druge razlike.⁵ Taj "prirodni i civilizacijski" standard se osvaja, stiče i štiti u kontinuiranom procesu ispoljavanja ljudskih težnji i znanja, i većitom sukobu između dobrog i zla u samom čoveku i u društvu. Na poštovanje ili (grubo) vređanje ljudskog dostojanstva utiču brojni socijalni i politički činioci – kultura, obrazovanje, religija, ekonomija, politika, pravo. Pravo se ne pojavljuje samo kao značajan činilac zaštite ljudskog dostojanstva kao univerzalne vrednosti, nego i njegove povrede. Jedna od bitnih povreda dostojanstva čoveka sastoji se u primeni prinude. Država svojom čvrstom organizacijom i relativno efikasnom regulisanom i racionalno upotrebljenom prinudom omogućava opstanak i dalji razvoj društva i pojedinca. Odnos prema pojedincu na koga se primenjuje prinuda sužava slobodu čoveka i vređa ljudsko dostojanstvo. Primena prinude predstavlja negaciju vrednosti jer se prema čoveku ne postupa kao prema samosvesnom, slobodnom biću već kao prema objektu, stvari. A sankcija nije ništa drugo do jedan ostatak primitivne forme prava, "jedan ostatak koji nam ukazuje da je izvor pozitivnog prava u sili".⁶

Uslovi za ostvarivanje ljudskog dostojanstva kao suštinske odlike stvaralачkog i slobodnog čoveka su postojanje mira i reda u društvu i državi. Mir predstavlja osnovnu i univerzalnu pravnu vrednost koja proističe iz same suštine čoveka. S jedne strane, čovek je "biće reda i mira, stvaranja a ne razaranja, pa i kada krši red i mir, on to čini, pre svega, radi ostvarenja boljeg mira i reda."⁷ S druge strane "mir jedini omogućava opstanak sveta i u njemu ostvarenje najviše univerzalne svetske vrednosti – opstanak ljudi u njihovom ljudskom dostojanstvu."⁸ Reč je o takvoj pravnoj vrednosti bez koje nema prava i koja je pretpostavka da se red, pravna sigurnost, sloboda, jednakost, istina, ljudsko dostojanstvo i druge vrednosti ostvare kao cilj svakog prava.

⁵ R. Lukić: *Sistem filozofije prava*, Beograd, 1992, 477.

⁶ B. S. Marković: *O pravednom pravu*, Beograd, 2013, 194. I dalje "kao što se može konstatovati i kod sadržine prava jedna težnja za spiritualizacijom pojma sile, ista se tendencija može opaziti, izgleda nam, i kod kompozicije sankcije. Ona sve manje ima formu grube sile i operiše sve s blažim oruđima, jednom rečju ona se dematerijalizuje. A samim tim što se sankcija spiritualizuje domen prava automatski proširuje i obuhvata sve veću oblast morala. Potpuna spiritualizacija sankcije imala bi za posledicu obaveznost celokupnog našeg moralnog pravila. Konstatujemo ovom prilikom samo to da su pojam i kvalitet sankcije u tesnoj vezi sa moralizacijom prava". (Isto).

⁷ R. Lukić: *Sistem filozofije prava*, Beograd, 1992, 227.

⁸ Nav. delo, 461.

I samo konstituisanje društva u pravni poredak nastaje kada se mnoštvo različitih, čak sukobljenih interesa može organizovati, stabilizovati i prinudno usmeravati uz pomoć države i pravnih normi. Sprečavanje samovolje ili ilegalnog nasilja nekog kolektiva ili pojedinca koji nastoji da monopolizuje fizičku prinudu, čini suštinu mira.

Mir podrazumeva državnu, kontrolisanu i na pravu zasnovanu prinudu koja je u stanju da spreči individualna ili kolektivna nasilja koja nemaju opravdanje u pravu. Stanje mira omogućava postojanje i funkcionisanje pravne države i vladavine prava.

S druge strane, mir teži univerzalnosti, i ne ispoljava se samo u civilizacijski opravdanom zahtevu za uspostavljanjem mira u nacionalnim okvirima, nego i međunarodnog mira kako bi moglo funkcionisati međunarodno pravo. Univerzalna vrednost mira izražava se i u zahtevu za zabranu terora i terorističkih akcija koje sprovode različite ekstremističke organizacije i grupe, ali i sprečavanje sile kao oblika međunarodnog "odgovora" državama koje pružaju podršku terorizmu. Sa mirom se pojavljuje i red koji pravo štiti, i koji je i sam pretpostavka postojanja ljudskog dostojanstva i ostvarivanja ostalih pravnih vrednosti. Red kao ontološko svojstvo zakonitosti sveta, postaje u aksiološkom vidu vrednost koja znači da treba da postoji red i poredak kao pozitivna svojstva sveta.

Pored tog objektivnog postojanja reda, on postoji i subjektivno, u sadržaju ljudske svesti "koji obavezuje na određeno ponašanje, koji postaje dužnost i dobija normativnu snagu".⁹ I ljudi kao pojedinci, i društvo kao celina, stalno ulažu napor da ostvare što čvršći i što jasnije određen red. Tako u društvu i kod pojedinaca preovladava težnja za redom nad, takođe, prisutnom težnjom za neredom. Od tih rušilačkih težnji treba razlikovati nastojanja za suštinskim promenama za uvođenjem novog reda i poretka i novih vrednosti u doba revolucija. Poznato je, da se u toku trajanja revolucije razlikuju faze rušenja "starog" i period izgradnje "novog", koji može da traje duže ili kraće,¹⁰ da se pojavljuju snage, koje su za održavanje datog poretka kao i druge koje su za njegovo rušenje, pa zato i nastaju sukobi i borbe.

Sve u svemu, nema uvođenja novog reda i poretka koji nije povezan sa borbom i koji ne nosi za sobom i neko zlo.¹¹ Nikakvim neminovnim zakonima društva i prirode, međutim, nije obezbeđeno da će novo pravo, tj. pravni sistem biti bolji. Kriterijum za postizanje boljeg, pravednijeg društva treba tražiti u suštini čoveka i društva, u stepenu ostvarivanja ciljeva slobode.

⁹ R. Lukić: Nav. delo, 225.

¹⁰ M. Virally: *La pensée juridique*, Paris, 1960, 193.

¹¹ R. Lukić: Nav. delo, 226.

III

Sankcija u odnosu na dispoziciju predstavlja alternativno i sekundarno pravilo o ponašanju pravnih subjekata i njome se postiže sekundarna efikasnost pravnih normi. Ona je usmerena prema delinkventu, počiniocu prekršaja i prema državnom organu koji, ukoliko je to potrebno, treba da izvrši sankciju u odnosu na delinkventa. Ovako shvaćena, sankcija je, kao posledica prekršaja, nužan i sastavni deo pravne norme. Međutim, i dalje se u pravnoj nauci vode rasprave o mnogim pitanjima u vezi sa sankcijom, da li je sankcija bitno ili nebitno svojstvo pravne norme, da li je ona bitna za svaku pravnu normu ili za sistem pravnih normi, ko primenjuje sankciju, itd.

U pogledu vezanosti pravne norme za sankciju kao fizičku prinudu u teoriji su se iskristalisale dve velike grupe shvatanja: sankcionistička i antisankcionistička. Prema prvoj grupi, za pravo je bitna njegova vezanost za sankciju, za fizičku prinudu, dok autori u okviru druge skupine dokazuju da prinuda ni u normativnom, ni u faktičkom smislu nije bitno obeležje prava.

U okviru sankcionističke teorije, u objašnjenju povezanosti prava i sankcije, shvatanja se međusobno znatno razlikuju. Najstariji, možda i najrasprostranjeniji stav ističe da je bitno obeležje prava stvarna primena državne sankcije na prekršioce pravne norme. Zastupnik ovog realističkog stava, Rudolf fon Jering u svome delu *Cilj u pravu* smatra da "ime prava zaslužuju samo one norme postavljene društvom koje iza sebe imaju prinudu ili pošto jedino država poseduje monopol na prinudu, kao što smo videli one koje za sobom imaju državnu prinudu, čime je implicitno rečeno da su pravne norme samo one kojima je država dala ovo dejstvo ili da je država jedini izvor prava."¹² U ovu grupu spadaju autori najrazličitijih orijentacija, na primer pozitivista Džon Ostin, kao i jusnaturalista Žan Daben.¹³

Prema drugima, bitno obeležje prava je ustanovljenost sankcije kao elementa svake pravne norme, pri čemu stvarna primena nije bitna. Najistaknutiji pobornik ovog "normativnog pristupa" Hans Kelzen smatra da je efikasna primena prinude bitno obeležje celine pravnog poretka, dok je za pravnu normu bitno da sadrži sankciju kao bitan, normativan element, ali ne i da je ona primenjena u slučaju prekršaja.¹⁴

U treću grupu spadaju oni koji zastupaju mešovit, realističko-normativni pristup prema kome bitno obeležje prava nije ni stvarna primena, ni ustanovljenost sankcije za većinu normi jednog pravnog sistema, već njihova pripadnost

¹² R. fon Jering: *Cilj u pravu*, Podgorica, 1998, 146.

¹³ J. Dabin: *Théorie générale de droit*, Bruxelles, 1953, vidi I deo, poglavlje II, "Karakteristike pravnih pravila", 55-72.

¹⁴ H. Kelzen: *Opšta teorija prava i države*, Beograd, 1951, 43 i dalje, i 126-127.

jednom poretku pravnih normi. Tako, recimo, jedan od najvećih pravnih mislilaca XX veka Norberto Bobbio kada govori o organizovanoj sankciji kao konstitutivnom elementu prava, misli na celinu pravnog poretka, ne na svaku normu po-naosob, već na "veći deo" pravnih normi. Sankcija nije stvar važenja prava, nego efikasnosti koja je presudna za postojanje pravnog poretka.¹⁵

Pored tri navedena stava o prinudi u pravu, u teoriji i filozofiji prava ističe se stav o empirijskoj ili apriornoj mogućnosti da se primeni prinuda. Kriterijum pravnosti ne identifikuje se sa fizičkom ostvarljivošću prinude nego sa postojanjem mogućnosti sile u apriornom smislu, koja se dedukuje iz logičke prirode prava. Pravo pripada svetu vrednosti, te kriterijum pravnosti pripada ne iskustvenom, realnom svetu, već svetu nadiskustva.¹⁶ Suprotno Del Vekiu koji ostvarljivost prinude shvata u apriornom smislu, Fransoa Ženi i Žorž Gurvič prinudu poimaju u iskustvenom smislu, koja proističe iz same strukture pravnih pravila.¹⁷ Za Gurviča pravo ne zahteva "kao uslov svog izvršenja preciznu spoljnu prinudu, pravo dopušta mogućnost da ga ta prinuda prati (...) ali čitavo pravo ne mora uvek pratiti prinuda."¹⁸ Za Ženija, pravne norme se jasno razlikuju po tome što su "podvrgnute spoljnoj sankciji i mogućnosti prinudljivosti", a ta "tendencija prinudljivosti jasno odvaja pravne norme od ostalih društvenih normi".¹⁹ Isto tako i T. Živanović smatra da se stvarna, efikasna i konkretna prinuda ne može "smatrati elementom prava, jer se pravo obično ostvaruje i bez nje. Element prava je samo eventualna mogućnost prinude (prinuda virtuelna i u potenciji, ne u aktu)".²⁰

Izuzev ovih sankcionističkih shvatanja, u okviru socioloških teorija prava razvija se stav da za pravo nije bitna organizovana državna prinuda, nego prinuda kao spontana reakcija ljudi na kršenje pravnih pravila i društvenih vrednosti. Ovo shvatanje razvio je početkom XX veka Leon Digi, polazeći od ideje da društvene norme (ekonomske, moralne itd.) postaju pravne kada prodru u svest mase i pojedinaca, kada oni osećaju i smatraju da osećanje društvenosti i pravde zahteva da norma bude sankcionisana. Pri tome nije bitna organizacija prinude, nego to da se u okviru individualne svesti izazove namera primene sankcija.²¹ Shvatajući prinudu na ovaj način, Digi se udaljava od tada vladajuće nemačke teorije na

¹⁵ N. Bobbio: Nav. delo, 166-168.

¹⁶ G. del Vecchio: *Philosophie du droit*, Paris, 1953, 260 i dalje.

¹⁷ G. Gurvitch: *L'Idée du droit social*, Paris, 1932, 111.

¹⁸ Ž. Gurvič: *Sociologija prava*, Podgorica, 1997, 66.

¹⁹ F. Gény: *Science et technique en droit privé positif*, T.I, Paris, 1927, 47. i dalje.

²⁰ T. Živanović: *Sistem sintetičke pravne filozofije*, Beograd, 1959, 75.

²¹ L. Duguit: *Traité de droit constitutionnel*, Paris, 1921, 36.

čelu sa Jeringom, ali istovremeno odgovara na primedbe, suprotstavljajući se stavovima Ženija.²²

U modernoj pravnoj nauci, nasuprot sankcionističkoj teoriji prava, razvijaju se antisankcionistički stavovi u okviru kojih dominira ideja da prinuda nije bitno obeležje prava. U prilog tom stavu navode se mnogi razlozi. Pre svega, ističe se da u normalnim situacijama, najveći broj subjekata stvara i izvršava pravne norme dobrovoljno, a efikasnost pravne norme ne počiva na pretnji ili primeni prinude nego na moralnoj snazi ili drugim društveno-psihološkim garancijama.

Pored toga, u pravnom sistemu postoje i nesankcionisane norme. Prinuda je, kako s pravom ističe N. Bobbio, svojstvo velikog broja, ali ne i svih pravnih normi. Postavlja se pitanje karaktera pravila bez sankcije (prinude), tj. da li su ona pravna ili ne. Unutar jednog pravnog poretka nemaju sve norme državnu sankciju, ona ne pokriva ceo, već samo najveći deo pravnog poretka.²³ Pre svega, u tu grupu spadaju norme koje se odnose na vrhovne, ustavotvorne organe. Pošto nisu snabdevene sankcijom, one su po svojoj prirodi političke, a ne pravne norme. Isto pitanje postavlja se i u pogledu normi međunarodnog prava, naročito normi međunarodnog trgovinskog prava, kao i prava Evropske unije, prirodnih, tj. naturalnih obligacija,²⁴ *leges imperfectae*,²⁵ koji imaju neka obeležja pravnih normi, ali im nedostaje bitno svojstvo, državna sankcija.

Pošto smo razmotrili pitanje ljudskog dostojanstva ostaje problem praktičnog ostvarenja proklamovanih prava vezanih za dostojanstvo čoveka i integritet njegove ličnosti. U tom pogledu može se konstatovati činjenica nedovoljnog ostvarivanja ovih prava, pa čak i njihovog drastičnog kršenja. Drugim rečima postoji “disproporcija između proklamovanih i neostvarenih ljudskih prava, posebno na području dostojanstva čoveka što predstavlja danas najslabiju tačku u celom sistemu ljudskih prava.”²⁶

Tako danas blizu 30 miliona ljudi širom planete još uvek živi u ropstvu pošto su mnogi od njih ne samo muškarci i žene, nego i deca u vlasništvu bandi koje njima trguju i koriste ih za prostituciju ili kao jeftinu radnu snagu. Savremeno

²² Isto. O normativnim i konstitutivnim tehničkim pravilima, osećanju društvenosti i pravde (Nav. delo, 26-56).

²³ N. Bobbio: Nav. delo 135.

²⁴ *Prirodna obligacija* je obaveza koja se može punovažno ispuniti, ali se ispunjenje ne može tužbom ostvariti, ne postoji pravna sankcija.

²⁵ *Leges imperfectae* su zakoni u formalnom i materijalnom smislu, ali nemaju pravnu sankciju koja ih obezbeđuje.

²⁶ S. Perović: Nav. delo, 92.

ropstvo se inače definiše “kao trgovina ljudima i prinudan rad i uključuje prakse poput dužničkog ropstva, prisilnih brakova, prodaje ili eksploatacije dece”.²⁷

Profesor Kevin Bejls (Kevin Bales) sa instituta za proučavanje ropstva i emancipacije Vilberfors na univerzitet Hal (Engleska) smatra da ropstvo mnogo snažnije podstiče korupcija nego siromaštvo, te da je ono oblik nasilnog kriminala. U apsolutnim iznosima najveći broj ljudi u ropstvu živi danas u Indiji 14 miliona, a u Kini 3 miliona. U Indiji najveći broj čini eksploatacija Indijaca od strane indijskih građana preko dužničkog ropstva i prinudnog rada. U Kini u pitanju je prinudni rad muškaraca, žena i dece, uključujući i sluge u domaćinstvu ili prisilno prosjačenje.

Pored toga, ovaj broj obuhvata i prisilno prosjačenje, prinudne brakove i seksualnu eksploataciju žena i dece. U izveštaju se navodi da deset zemalja (od 162 obuhvaćene ispitivanjem) sa 76 procenata učestvuje u ukupnom broju od 29,8 miliona ljudi koji žive u ropskim uslovima.²⁸

Profesor Bejls zaključuje, da je ovo prvi takav godišnji Izveštaj koji ropstvo prati na globalnom planu i da će ovaj indeks pomoći da se skrene pažnja sveta na ovaj problem, na taj način će se pojačati pritisak na vlade navedenih zemalja da preduzmu odlučnije akcije. To još jednom potvrđuje da u odnosu između propisane pravne norme i njenog ostvarivanja ne sme nikako da postoji raskorak, a još manje da one budu brutalno kršene. Borba protiv korupcije u svakoj zemlji mora da bude bespoštedna i bezkompromisna.

I na kraju podsetimo se reči Ernesta Bloha koji, pozivajući se na Šilerovu raspravu *O uzvišenome* navodi da je “volja rodni karakter čoveka, a sam um samo je njegovo večno pravilo. Upravo zbog toga ništa nije tako nedostojno čoveka kao trpljenje sile, jer ga sila ukida. Ko je vrši nad nama, čini nam spornim ništa manje nego ljudskost; ko je kukavički trpi, odbacuje svoju ljudskost”.²⁹ Zbog toga je sasvim izvesno: da ne postoji ljudsko dostojanstvo bez svršetka bede, kao što ne postoji ni sreća koja je primerena čoveku bez završetka stare ili nove pokornosti.³⁰

²⁷ [http://uk.reuters.com /article/ 2013/10/16 / uk-britain-slavery-index- id UKBRE-99F1AG2013...](http://uk.reuters.com/article/2013/10/16/uk-britain-slavery-index-idUKBRE99F1AG2013...)

²⁸ Tih 10 zemalja su: Indija, Kina, Pakistan, Nigerija, Etiopija, Rusija, Tajland, Kongo, Mijanmar i Bangladeš. Poslednji na listi su: Island, Irska i Velika Britanija, iako i u ovim zemljama postoje neki oblici ropstva.

²⁹ E. Bloch: *Prirodno pravo i ljudsko dostojanstvo*, (prevod sa nemačkog Ante Pažanin), Beograd, 1977, 8.

³⁰ Isto.

GORDANA VUKADINOVIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty of Law University of Novi Sad

ON HUMAN DIGNITY AS A LEGAL VALUE

Summary

In codified official documents of the United Nations and other international organizations and communities, as well as in contemporary constitutions, human dignity has an important place. Constitutional documents, with corpus of provisions on human freedoms and rights are a significant factor in respect and protection of human dignity. Human dignity encompasses all the characteristics referring to distinctive and sublime nature of a man. From the anthropological perspective all people are equally people: they should enjoy the same human dignity regardless of their financial, educational, racial, religious and other differences. Law is not only a significant factor in protection of human dignity as a universal value, but also in its violation. One of the important ways in which human dignity can be harmed is the application of coercion. On the one hand, the state with its firm organization and relatively efficient, regulated and rational use of coercion enables the survival and further development of a community and an individual. On the other hand, it restricts the freedom and insults the dignity of the coerced individual. A sanction is nothing but a remainder of a primitive form of the law, which indicates that the source of positive law is in force. Conditions for the realization of human dignity as an essential feature of a creative and free man are peace and order in the society and state. After that, the author examines different theoretical stands on relationship between legal norms and sanctions which achieve secondary efficiency of legal norms. Regarding practical realization, the author ascertains a drastic harm of the proclaimed rights. To put it differently, the concept of human dignity is the weakest link in the entire system of human rights, given the fact that 30 million people still live in slavery.

DRAGAN M. MITROVIĆ
MARKO S. TRAJKOVIĆ

ŠTA JESTE, A ŠTA NIJE LJUDSKO DOSTOJANSTVO

ŠTA JESTE LJUDSKO DOSTOJANSTVO

Ljudsko dostojanstvo nije karakteristična pravna vrednost, već suštinska odlika slobodnog čoveka. Tek kao takvo čovekovo generičko svojstvo, ono se delom preliva u pravo i na taj način postaje pravna vrednost. Ali, ta vrednost je izvedena, jer je ljudska priroda kao izvoriste ljudskog dostojanstva važnija od njegovog formalno-pravnog oblika i zaštite.¹ Saglasno sa tim, treba razlikovati prirodno ljudsko dostojanstvo koje se izvodi iz čovekove “istinske prirode” od društvenog (na primer, religioznog, profesionalnog ili nekog drugog javnog), a ova dva od pravnog dostojanstva, koje može biti prirodnopravno (čime se približava problematici prirodnog ljudskog dostojanstva) ili pozitivnopravno (čime se približava pravnim određenjima u dokumentima, garancijama i mehanizmima zaštite od povreda).²

Dr Dragan M. Mitrović, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

Dr Marko S. Trajković, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu. Ovaj članak je rezultat istraživačkog rada u okviru projekta br. 179046 “Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru” Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu koji finansira Ministarstvo za nauku i tehnološki razvoj Republike Srbije.

¹ Vid. D. M. Mitrović, *Teorija države i prava*, Beograd 2010, 558–559.

² Vid. I. Koprek, *Ljudska prava – čovjekovo dostojanstvo. Filozofsko-teološka razmišljanja*, Zagreb 1999, 230; P. Häberle, “Ljudsko dostojanstvo i politička demokracija”, *Politička misao*, XLIII, Zagreb 2/2006, 3–41; P. Tiedemann, *Was ist Menschenwürde? Eine Einführung*, Darmstadt, 2006, 202; D. Hrabar, “Deontološka prosudba ljudskog dostojanstva u obiteljskom pravu”, *BS 77*, Zagreb 1/2007, 29–42; D. Franeta, “Ljudsko dostojanstvo između pravnodogmatičkih i filozofskih zahteva.

Takođe, moguće je razlikovati hrišćansko od islamskog ili konfučijanskog ljudskog dostojanstva,³ humanističko-prosvetiteljsko⁴ od marksističkog,⁵ sistemsko-teorijskog⁶ ili biheviorističkog⁷ ljudskog dostojanstva.

Ljudsko dostojanstvo ne treba izjednačavati sa ličnim identitetom, čašću, ugledom, poštenjem itd., budući da između njih ne postoji automatizam u pogledu podudaranja uprkos znatnim sličnostima i dodirnim tačkama. Na primer, svako ljudsko biće raspolaže svojim identitetom, ali to ne znači da ono automatski raspolaže i ljudskim dostojanstvom (i roboti mogu da imaju identitet, ali ne mogu da budu dostojanstveni); povreda ugleda može u isto vreme biti udar na lično dostojanstvo, ali suprotno ne mora biti slučaj, kako je i sa čašću itd.⁸

1. *Prirodno ljudsko dostojanstvo* se izvodi iz čovekove istinske prirode koja se određuje kao skup umnih, slobodarskih, moralnih ili kulturnih svojstava koja čoveka *a priori* razlikuju od drugih bića. Ta svojstva prikazuju čoveka kao duhovno biće koje se izdvaja iz bezlične prirode upravo svojim duhom i sposobnošću da postane svestan sebe, da može sebe da odredi i oblikuje vlastitom odlukom, kao i svoju okolinu. Takvo dostojanstvo jednako je za sve ljude, jer "Bog ne gleda ko je ko".⁹ Nevolja je što ne postoji saglasnost oko toga koja su to zajednička ljudska svojstva, odnosno šta je to što čini čovekovu istinsku (božansku ili ne) prirodu (Ž.-Ž. Ruso, Džon Lok, Tomas Hobs, Imanuel Kant, Žozef Prudon, Ferdinand Lasal, Ginter Dirig itd.).¹⁰

Nedoumice postoje i prilikom određivanja odnosa ljudskog dostojanstva sa drugim ljudskim vrednostima (slobode, pravde, jednakosti itd.), jer ni tu nema saglasnosti među piscima. Prema Ginteru Dirigu (*Günter Dürig*), najzaslužnijem za stvaranje uticajnog modela tumačenja ljudskog dostojanstva na pravnodogmatički način, možemo se osloniti samo na "objektivni vrednosni poredak", budući da "nije moguće pozvati se na Boga". U takvom poretku, ljudsko dostojanstvo kao

Smisao, pretpostavke i implikacije Dirigovog shvatanja ljudskog dostojanstva", *Filozofska istraživanja*, God. 31, Sv. 4, Zagreb 124/2011, 825–842.

³ Vid. J. Fuchs, *Lex naturale*, 1955; H. Thielicke, *Theologische Ethik*, I, 2, 1958.

⁴ Vid. W. Mainhofer, *Rechtsstaat und menschliche Würde*, 1968.

⁵ Vid. E. Bloh, *Prirodno pravo i ljudsko dostojanstvo*, Beograd 1977.

⁶ Vid. N. Luhmann, *Grundrechte als Institution*, 1999.

⁷ Vid. B. F. Skinner, *Jenseits von Freiheit und Würde*, 1973.

⁸ D. Franeta, 837–838.

⁹ Vid. *Dap* 10,34; up. *Rim* 2, 11; *Gal* 2, 6; *Ef* 6,9.

¹⁰ Vid. Ž.-Ž. Ruso, *Društveni ugovor*, Beograd 1974. i *O porijeklu i osnovama nejednakosti među ljudima*, Zagreb 1977; F. Jodl, *Istorija etike*, Sarajevo 1975; I. Kant, *Zasnivanje metafizike morala*, Beograd 1981; G. Dürig, "Einführung zum Grundgesetz", in: *Grundgesetz: mit Vertrag über die abschließende Regelung in bezug auf Deutschland, Menschenrechtconvention, Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, München 1998, I–XXVI.

“osnov prava” nužno dopunjava pravdu.¹¹ Takođe, ljudsko dostojanstvo zahteva da bude operacionalizovano. To se čini formulisanjem odnosnih zahteva ponašanja društvenim i pravnim normama, čime se postiže zaštita “harmonije slobode i jednakosti”. U toj vezi sloboda ima prednost, jer bi “u suprotnom ustav učinio sve jednako neslobodnim”.¹² I ne samo to. Kada ne bi postojala harmonija između slobode i jednakosti, to bi značilo ne samo da su napuštene pomenute vrednosti, već i da je napušteno ljudsko dostojanstvo kao osnovna vrednost.

Može se zaključiti da prirodno ljudsko dostojanstvo proizilazi iz generičkih čovekovih svojstava, naročito iz njegove sposobnosti da bude slobodno i, samim tim, moralno i kulturno biće. Ono je zasnovano na neotuđivim prirodnim pravima koja se oduvek stiču rođenjem (ili odnedavno začecem), opštevažeće je za sve članove ljudskog roda (čak i posle njihove fizičke smrti) i nadilazi sva ljudska dostignuća i tvorevine. Kao takvo, prirodno ljudsko dostojanstvo je osnov društvenog i pravnog dostojanstva.

2. Dok se prirodno dostojanstvo izvodi iz pretpostavljenih istovetnih odlika ljudske vrste, *društveno dostojanstvo* se izvodi iz očigledne nejednakosti ljudi, zbog čega je stečeno (a ne urođeno), promenljivo (a ne večno), partikularno (a ne univerzalno) i zastarivo (a ne nezastarivo). Kao takvo, društveno dostojanstvo je uvek heteronomno i relativno, a ne izvorno autonomno i apsolutno, kao prirodno dostojanstvo.¹³

Na sličan način se može razmatrati odnos *samodostojanstva* (koje je subjektivno), sa društvenim dostojanstvom (koje je barem objektivizirano). Izgleda da je taj odnos uspešnije rešen u vrhunskim književnim delima nego u pravnim dokumentima.

Pomenute razlike između prirodnog i društvenog dostojanstva nužno dovode do nastanka različitih vrsta društvenog dostojanstva ili različitih mera iste vrste društvenog dostojanstva. Nije jednako društveno dostojanstvo vladara i težačka, niti je jednako društveno dostojanstvo univerzitetskog profesora i studenta. Saglasno sa tim, nisu svi ljudi jednako društveno dostojanstveni, jer opšte ljudske sklonosti i potrebe često imaju svoju “pijačnu cenu” (Kant).¹⁴ Zbog toga danas, kao nekad, vredi njegova misao: “Postupaj tako da čovečnost u tvojoj ličnosti kao i u ličnosti svakog drugog čoveka, uvek upotrebljavaš u isto vreme kao svrhu, a nikada samo kao sredstvo”.¹⁵

¹¹ G. Dürig, “Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 2/1956, 117 i dalje.

¹² G. Dürig, “Einführung zum Grundgesetz”, in: *Grundgesetz: mit Vertrag über die abschließende Regelung in bezug auf Deutschland, Menschenrechtconvention, Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, XIV.

¹³ E. Bloh, *Prirodno pravo i ljudsko dostojanstvo*, 16 i 77.

¹⁴ I. Kant, 81–82.

¹⁵ *Ibid.*, 74.

Može se postaviti i obrnuto pitanje: šta bi bilo kada bi svi ljudi bili isto društveno dostojanstveni? Na to utopističko pitanje može se odgovoriti istim odgovorom: tada bi svi ljudi bili slobodna, moralna i kulturna bića, tj. kao usavršena duhovna bića postali bi nešto poput bogova.

Budući da društveno dostojanstvo relativizuje prirodno dostojanstvo, ono dovodi do njihovog sukoba. Taj sukob se najčešće rešava u korist moćnijeg pri-težaoca društvenog dostojanstva. U čuvenom romanu Džordža Orvela *Životinjska farma* ista ideja je alegorično prikazana kroz likove životinja sledećim rečima: "Sve su životinje jednake. Samo su neke jednakije od drugih". Ta činjenica nalaže razmatranje *donje granice* društvenog ljudskog dostojanstva.

Izgleda da je najuspešniji odgovor na tu nedoumicu dao pomenuti Ginter Dirig tzv. "objekt-formulom" u svom uticajnom komentaru Osnovnog zakona SR Nemačke (*Bonskog ustava*), čija je suština u sledećem: "Ljudsko dostojanstvo se povređuje kada se konkretan čovek unizi do objekta, pukog sredstva, zamenjive veličine".¹⁶ Može se zaključiti kako sva ljudska bića ne mogu da budu društveno dostojanstvena (robovi), niti da sva ona mogu da raspolažu jednakim društvenim dostojanstvom (u srednjem veku je tačno propisivano kako svaki društveni sloj sme da se oblači, da bi se i na taj način uočljivo istakle razlike u pogledu stepena posedovanja društvenog dostojanstva). Očigledno, formalno jednako društveno ljudsko dostojanstvo može da postoji samo u demokratskim porecima, a nejednako (kada ga uopšte ima) u svim drugim.

Danas se u demokratskim porecima sa vladavinom prava naročito pažljivo razmatra odnos države prema ljudskom dostojanstvu. Smatra se da ljudsko dostojanstvo treba da bude osnovni *pravac* države, dok se ljudska prava i njihovo ostvarivanje shvataju kao *sadržaj* ljudskog dostojanstva. To znači da najviši pravni akti treba da polaze od "datih" ljudskih prava. Oni ne treba da ih stvaraju, već samo deklarativno priznaju. Ljudska prava kao sadržaj ljudskog dostojanstva treba da budu pravno neprikosnoveni, dok je obaveza svih državnih organa, naročito zakonodavnih, ali i drugih društvenih aktera, da ih poštuju i štite.¹⁷ To znači da čitav pravni poredak treba da bude tako postavljen da osujećuje povrede ljudskog dostojanstva.

3. Postoji i *pravno dostojanstvo: uže*, kao dostojanstvo pravničke profesije (pravnih naučnika, nosilaca pravosudnih funkcija) i *šire*, kao regulisanje ljudskog dostojanstva pravnim propisima, na čemu se treba zadržati.

Važnu postavku za pravno određivanje ljudskog dostojanstva postavio je Imanuel Kant. Prema njemu, moralni i pravni zakoni u svojoj čistoti i autentičnosti mogu se sačiniti jedino na osnovu poštovanja ljudskog dostojanstva. Štavi-

¹⁶ G. Dürig, "Die Menschenauffassung des Grundgesetzes", *Juristische Rundschau*, 260, 7/1952, 15.

¹⁷ G. Dürig, "Einführung zum Grundgesetz", in: *Grundgesetz: mit Vertrag über die abschließende Regelung in bezug auf Deutschland, Menschenrechtconvention, Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, XI.

še, “Dostojanstvo čoveka osećati i potvrđivati, najpre u svemu što se tiče naše vlastite ličnosti, zatim isto tako i u ličnosti drugog, i to bez egoističkog računa, kao i bez obzira na volju božanstva ili ljudske zajednice: to nazivamo *pravo*”.¹⁸ Ta ideja je obnovljena od sredine XX veka, kada je ljudsko dostojanstvo istaknuto i pravno izraženo u najvažnijim međunarodnim dokumentima (deklaracijama, poveljama, rezolucijama itd.) i nacionalnim propisima ustavnog i zakonskog karaktera. Na primer, u Povelji Ujedinjenih nacija iz 1945. godine zapisano je: “Mi, narodi Ujedinjenih nacija, odlučni... da ponovo potvrdimo veru u temeljna prava čoveka, u dostojanstvo i vrednost čoveka...”, dok je u Univerzalnoj deklaraciji o pravima čoveka iz 1948. godine zamišljen svet u kome će se poštovati dostojanstvo svakog ljudskog bića (u članu 1 stoji: “Sva ljudska bića rađaju se slobodna i jednaka u dostojanstvu i pravima...”). Sličnu sadržinu imaju i drugi važni međunarodni dokumenti (na primer, Statut UNESKO iz 1945. godine). Treba pomenuti i Ustavni sporazum Evropske unije iz Mاستrihta iz 1991., odnosno 1993. godine, u kome je od svih osnovnih ljudskih prava na prvo mesto postavljeno ljudsko dostojanstvo, njegovo poštovanje i zaštita. Pomenute dokumente prihvataju i dodatno razrađuju najvažniji ustavni propisi savremenih država (Nemačke, Portugala, Grčke, Švajcarske itd.), kao i na njima zasnovani zakonski propisi.¹⁹

Očigledno, ljudsko dostojanstvo se “kristalizovalo” u pravni tekst tek pošto su ga filozofi poput Kanta i pravnici poput Diriga izveli na put.²⁰ To je omogućilo da se ljudsko dostojanstvo u pravu izrazi kao osnovno subjektivno javno *pravo* pojedinca prema državi i društvu, ali i kao ustavni *zahtev upućen* državi zbog zaštite pojedinčevog ljudskog dostojanstva. Taj zahtev se može ostvariti pasivno (odbrambeno) ili aktivno (napadački), materijalnim ili procesnim načinom (*status activus possessualis*), nezavisno od toga da li se radi o zaštiti ličnosti i podataka u građanskom pravu, pravu na izvršenje kazne u krivičnom i građanskom pravu, odbrani supružnika od prihvatanja trećih lica (“brakolomaca”) u porodičnom pravu itd.²¹ Jedino, ljudsko dostojanstvo ne može da se proda, ustupi niti zameni dostojanstvom nekog drugog čoveka. To važi i za delove ljudskog tela, tj. ljudske organe, kao i za preminule osobe, jer i danas važi stara rimska izreka da sve što je izvodljivo nije dopušteno (*Non omne quod licet honestum est!*). Uprkos takvoj pravnoj zaštiti, ljudsko dostojanstvo se i dalje ugrožava, naročito kada država propusti da ga zaštiti od svih drugih ili kada ga sama ugrožava svojim radnjama.²² To može da se učini na mnogo načina, budući da “poštovanje vladavine prava ni-

¹⁸ I. Kant, 88.

¹⁹ Vid. P. Häberle, 5–14.

²⁰ *Ibid.*, 14–15.

²¹ P. Häberle, 29.

²² D. Hrabar, 37.

pošto ne garantuje da se takva narušavanja neće događati. Ali, jasno je da namera zanemarivanja vladavine prava narušavaju ljudsko dostojanstvo”.²³

Postoji još jedna pravna strana ljudskog dostojanstva kojom se bave *bioetika* i iz nje izvedena *biojuristika*, budući da se u središtima njihovog interesovanja takođe nalazi problem zaštite ljudskog dostojanstva. Da podsetimo, bioetika (“etika života” ili “etika svega živog”) razmatra pitanja: “Kada počinje život?; Kada i do kada se može govoriti o ‘ličnosti’ ili o ‘ljudskom životu’?; Koliku autonomiju ima pojedinac u određivanju sopstvenog života i smrti?; Kada nastaviti održavanje života, a kada ga prekinuti?; Kada treba štititi majku, kada fetus ili, čak, embrion u epruveti?; Gde su granice lečenja i koje su granice humanog i nehumanog eksperimentisanja?”.²⁴ Na ova pitanja nadovezuju se četiri pravno značajna biojuriistička načela: načelo odbrane fizičkog života koje sankcioniše njegovu nepovredivost (budući da je telesni život “temeljna vrednost ličnosti”); načelo slobode i odgovornosti (koje podrazumeva da se bolesnik tretira kao ličnost, ali se u isto vreme odnosi i na moralnu odgovornost lekara koji mora da odbije sve moralno neprihvatljive zahteve /problem eutanazije itd./); načelo celovitosti (koje dozvoljava da se interveniše u fizički život osoba samo ako je to zbilja nužno za spasavanje celine “telo-psiha-duh”); i načelo društvenosti i pomoći (koje svakog pojedinca obavezuje da živi učestvujući u ostvarivanju života drugih). Pomenutim načelima Frančesko D’Agostino (*Francesco D’Agostino*) je postavio temelje biojuriistike koja ima za cilj da odredi granice slobode čoveka da se meša u procese života, a time i granice zadiranja u ljudsko dostojanstvo i njegovu zaštitu.

I dalje je sporno da li u povredu ljudskog dostojanstva spada heterologa veštačka vantelesna oplodnja u kojoj učestvuje anonimni donor, da li je povređeno pravo deteta uskraćivanjem da sazna čiji je genetski materijal upotrebljen prilikom njegovog začeća (kako bi na najbolji način moglo da vodi brigu o svome zdravlju), da li je pobačaj povreda ljudskog dostojanstva (naročito kada je do začeća došlo silovanjem) itd.

ŠTA NIJE LJUDSKO DOSTOJANSTVO

Proizilazi da nijedno ljudsko biće ne može da bude dostojanstveno ako nije slobodno, moralno i kulturno. Tek tada, pod uslovom da je nadahnuto osećajem za pravdu i pravičnost, ono kao duhovno biće može da postane posednik najveće moguće slobode i korisnik blagodeti pravne sigurnosti i jednakosti. Ali, time nije otklonjena opasnost od svakodnevnih povreda ljudskog dostojanstva (koje su u više navrata dovele do njegovog sloma), jer se građani kao njegovi pravni posednici i organi kao njegovi pravni zaštitnici svakodnevno ogrešuju o ljudsko dostojanstvo.

²³ J. Raz, *Authority of Law*, Oxford Un. Press, 1979 (2009), 36.

²⁴ G. Faso, *Istorija filozofije prava*, Beograd –Podgorica 2007, 705.

1. Postoji nekoliko *karakterističnih vrsta povreda ljudskog dostojanstva* koje navodi Ginter Dirig: otvorene povrede (masovni progoni i genocidi u kojima se čovek unižava do životinje i stvari); okrutne kazne; podređivanje osobe predmetima i poricanje pravnog subjektiviteta ljudima, a pripisivanje istog predmetima; pretvaranje čoveka u “objekt” državnog postupka (korišćenjem hemijskih i psihotehničkih sredstava zbog iznuđivanja istine, uskraćivanja pravnog saslušanja itd.); ugrožavanje intimnosti (bez čega nema ličnog integriteta i identiteta); depersonalizacija (heterologa inseminacija); razni oblici povrede časti; život ispod najosnovnijih egzistencijalnih uslova koji čoveku oduzimaju subjektivitet (život bez dostojanstva, tzv. “životinjarenje”).²⁵ Ali, to je samo jedna klasifikacija, od drugih mogućih. Možda bi bilo bolje prethodno razdvojiti svakodnevne primere izigravanja ljudskog dostojanstva od užasnih primera njegovog uništavanja.

2. Iako je teško govoriti o ljudskom dostojanstvu u antici i srednjem veku u smislu njegovog pravnog regulisanja i zaštite kakvi postoje u savremenim razvijenim pravima (prisetimo se samo prava rimskog *pater familias*-a ili obespravljenosti žena u srednjem veku /izuzev u slučaju miraza/) to ne znači da se ne može govoriti o *savremenim povredama ljudskog dostojanstva kojim se ono urušava*. Najnoviji procesi globalizacije sa korporacijama kao glavnim učesnicima najveće pljačke čovečanstva u zapamćenoj istoriji sveta stvorili su privilegovanu manjinu koja ni ne zna tačno šta sve i koliko ima, i obogaljenu većinu siromašnih koja više ne može tačno ni da se priseti šta sve nema.²⁶ Više nema srednje klase. Njenu društvenu ulogu preuzelo je nekoliko svetskih medijskih kuća. Takve velike društvene nepravde dovele su do gubitka nečeg sa čime se čovek rađa – a to se zove ljudsko dostojanstvo. Uvučeni u preteranu potrošnju i dužničko ropstvo, ljudi danas ostaju bez posla (mladi kao i stariji, nezavisno od stečenog znanja i iskustva, predanosti struci i poslu itd.). U isto vreme, preostali zaposleni prisiljeni su da trpe psihološki teror i bezdušno iskorišćavanje “mobera” i “čoporaša”, kao i nedopuštenu diskriminaciju svake druge vrste. Neki takvo stanje “legalizovane pljačke” eufemistički nazivaju “tranzicija”. Opterećeni kreditima ljudi prodaju svoju preostalu imovinu, dok im se porodice raspadaju. Činjenica je da danas ulicama hodaju emocionalno osakaćeni ljudi koji su izgubili lično dostojanstvo i veru u sebe. Zbilja, danas je čovek na svaki mogući način ponižen. A ponižen čovek postaje otpisan čovek, jer gubi poštovanje svoje okoline.²⁷ Tada postaje biološki sazdano biće bez dostojanstva.

²⁵ Vid. G. Dürig, “Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde”, 127–132.

²⁶ Godine 2000. 1% najbogatijih posedovalo je 40% svetskog bogatstva, a njih 10% nevrovatnih 85% svetskog bogatstva. Sigurno je mnogo gore danas, naročito od 2008. godine. Svakog dana je sve više rdavih vesti za slobodu građana i kvalitet njihovog života. Očigledno, cena slobode je neprestana budnost građana.

²⁷ Vid. S. Nemeč, “Život bez dostojanstva”, *Večernji*, 6. januar 2010.

3. Postoje i užasni primeri neskrivenog gaženja ljudskog dostojanstva i ne-ljudskosti, koji dovode do njegovog potpunog sloma.²⁸ U svom najstrašnijem i naj-grubljem obliku dogodili su se prilikom sprovođenja plana za progon Jevreja od strane nacističke vlasti, poznatog kao tzv. "konačno rešenje". I danas se smatra da je reč o poduhvatu "izuzetno dosledne i sistematske nečovečnosti" koji je do najvećih mogućih razmera omogućio uništavanja ljudi i njihovog dostojanstva. Batinjanje, izgladnjivanje i svirepa ubijanja bili su opšta pojava u tom užasnom vremenu vladavine "industrije smrti".²⁹ Karakteristične su Himlerove reči, koje odslikavaju sav užas odbijanja da se prihvati bilo kakva pomisao o jednakom dostojanstvu svih ljudi: "Ni najmanje me ne interesuje sudbina jednog Rusa ili Čeha. Šta ti narodi mogu da nam pruže u čistoj krvi našeg tipa, mi ćemo uzeti. Ako je potrebno, otimanjem njihove dece i njihovim vaspitanjem ovde. Da li ti narodi žive u obilju ili umiru od gladi, interesuje me samo utoliko, ukoliko su nam potrebni kao robovi za našu kulturu. Inače oni za mene nemaju nikakvog interesa".³⁰ I dalje: "U ono vreme mi ljudske mase nismo cenili kao što ih cenimo danas, kao sirovinu, kao radnu snagu i činjenica što su zarobljenici umirali u desetinama i stotinama hiljada od gladi za žaljenje je sada iz razloga gubitka radne snage, dok u rasnom pogledu to ne treba da se žali".³¹ Nacisti su ubistva koja neposredno vrše lekari opravdavali pozivanjem na pojam "života koji nije vredan življenja" (*lebensunwertes Leben*). Jan Keršo je opisao tu pojavu kao "do tada neslućenu državnu represiju i primenu sile, besprimernu manipulaciju medija radi kontrole i mobilizacije masa, nečuven cinizam u međunarodnim odnosima, fitilj pregrejanog nacionalsocijalizma, ogromnu razornu energiju ideologije rasne nadređenosti i krajnje konsekvence, rasizma, praćene perverznom primenom moderne tehnologije i socijalne tehnike".³²

Za iste ciljeve danas se zalažu svetske patokrate³³ koji žele da ostvare eugenički plan za istrebljenje 9/10 čovečanstva ("globalni holokaust") i zagovaraju tzv. "zlatnu milijardu" sastavljenu od preživelih ostataka čovečanstva kao budućih izabranih članova tzv. "transhumanog društva" koje takođe priželjkuju. Čak su svoje ciljeve objavili.³⁴ Zbilja, šta će u budućnosti biti sa ljudskim dostojanstvom i hoće li ga uopšte biti u takvom *dehumanizovanom* društvu?

²⁸ Vid. "Nirberška presuda", *Arhiv za pravne i društvene nauke*, Beograd 1948, 34, 104, 116, 120, 176, 183, 186 itd.

²⁹ *Nirberška presuda*, 104.

³⁰ *Id.*, 105.

³¹ *Id.*, 115.

³² J. Keršo, u: A. Nojmajer, *Hitler*, Beograd 2004, 12.

³³ Vid. A. Lobačevski, *Politička ponerologija. Naučna studija o prirodi zla prilagođenog za političke svrhe*, Beograd 2012.

³⁴ U junu 1979. godine nepoznata osoba (ili osobe) pod pseudonimom R. C. Christian, angažovali su firmu Elberton Granite Finishing Company koja je 1980. godine u okrugu Elbert, Džor-

ZAKLJUČAK

Evo i nekoliko izabраниh karakterističnih izreka, tek da se podseti kako normalni ljudi – a ne psihopate na vlasti – razmišljaju o ljudskom dostojanstvu.

3.1. “Svi ljudi uživaju isto dostojanstvo bića stvorenih po Božijem obličju” (Papsko veće za pravdu i mir, *Osnovi socijalnog učenja katoličke crkve*);

3.2. “Kao što nema ljudskog dostojanstva bez ukidanja bede, tako nema čoveku primerne sreće bez ukidanja stare ili nove potčinjenosti” (E. Bloh, *Prirodno pravo i ljudsko dostojanstvo*);

3.3. “Može se gledati s izvanrednim dostojanstvom i biti najnedostojniji čovek” (F. M. Dostojevski, *Zločin i kazna*);

3.4. “Dostojanstvo čoveka traži pokoravanje najvišem zakonu – moći duha” (M. Gandi, *Svi ljudi su braća*);

3.5. “Dužnost prema sebi samom sastoji se u tome da čovek očuva ljudsko dostojanstvo u vlastitoj ličnosti (I. Kant, *Kritika praktičnog uma*);

3.6. “Svako je obavezan priznavati ljudsko dostojanstvo svakom čoveku” (I. Kant, *Kritika praktičnog uma*);

3.7. “Plemenit čovek je dostojanstven, ali nije gord; prostak je gord, ali nije dostojanstven” (Konfučije);

3.8. “Ljudsko dostojanstvo – njega je uzaludno tražiti u svetu kapitala” (V. I. Lenjin);

3.9. “Možda je čovekovo jedino pravo dostojanstvo sposobnost da prezire samog sebe” (G. Santayana, *Little Essays*)

3.10. Možda je ipak najbolje završiti Miltonovim rečima iz *Izgubljenog raja* (Milton, *Paradise Lost*, VIII): “Ne optužuj Prirodu! Ona je svoje učinila, a sad ti učini svoje!”. I zapamtiti da se đavo ne skriva u vrednostima, već u činjenicama!

džija, SAD, podigla veliki granitni monolit na kome je uklesana poruka sa deset uputstava čovečanstvu (pravilnije: zapovesti), na osam živih (engleski, španski, svahili, hindu, hebrejski, arapski, kineski i ruski) i četiri mrtva jezika (vavilonski, starogrčki, sanskrit i egipatski hijeroglifi). Na pločama je uklesano sledećih deset zapovesti, koje nisu od Boga: 1) održavajte ljudski rod ispod 500 miliona u neprestanoj ravnoteži sa prirodom; 2) upravljajte mudro reprodukcijom, unapređujući mogućnosti i raznolikost; 3) ujedinite čovečanstvo novim živućim jezikom; 4) upravljajte strašću, verom, tradicijom i svim stvarima uravnoteženo i razborito; 5) štitite ljude i nacije poštenim zakonima i nepristrasnim sudovima; 6) neka sve nacije vladaju unutar sebe i rešavaju spoljne razmirice na svetskom sudu; 7) izbegavajte uskogruđe zakone i bespotrebne službenike; 8) održavajte ravnotežu između ličnih prava i društvenih dužnosti; 9) veličajte istinu, lepotu i ljubav, tražeći sklad sa beskonačnim; 10) ne budite rak na Zemlji.

DRAGAN M. MITROVIĆ, LL.D.,

Professor, Faculty of Law, University of Belgrade

MARKO S. TRAJKOVIĆ, LL.D.,

Assistant Professor, Faculty of Law, University of Niš

WHAT HUMAN DIGNITY IS, AND WHAT IT IS NOT

Summary

Human dignity (*dignitas humana*) is a very flexible concept subject to the most versatile changes and applications. Like the law, it is more easily felt, though incomparably more difficult to determine.

When it is said that human dignity is the human person's true nature, then it is thought of the human person's natural dignity which is intrinsic, absolute, eternal, universal and ageless. It is derived from the assumed identical characteristics of the human species (freedom, ethics, culture, etc.).

Social dignity is derived from the obvious natural and social inequality of human beings, for which reason it need not be intrinsic, eternal, universal and ageless. As such, it is heteronomous and relative, and not originally autonomous and absolute. In view of the fact that different types of human dignity or different measures of the same type of human dignity are upheld, human dignity relativises natural human person's dignity, which leads to their conflict.

Human dignity within the law, as the combination of the natural dignity and social dignity regulated by the rules, in today's democratic systems is an important factor of the maintenance of balance and positive-legal protection of the human beings and their dignity. However, it can be done only formally, because legally it is impossible to revoke real differences among human beings, although it is possible to alleviate them.

It follows that not a single human being can be dignified unless free, moral and cultured. Only then, on condition that a human is inspired by the feeling of justice and fairness, can the human being become the possessor of the greatest possible freedom and the user of the benefits of legal security and equality. But this is not removed the threat of the daily violations of human dignity (which have on several occasions brought about its collapse), because citizens as its legal possessors and organs as its legal protectors daily violate human dignity.

MENSCHENWÜRDE ALS LEGITIMATIONSERFORDERNIS DES GESATZTEN RECHTS

Die Wahrung und Respektierung der menschlichen Würde stellt eine Grundvoraussetzung für positiv-rechtliche Normen und solcherart ein unabdingliches Legitimationserfordernis des gesatzten Rechts dar.

Schon *Radbruch* formulierte einst die These, dass zwar "das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzweckmäßig ist, es sei denn, dass der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, dass das Gesetz als ‚unrichtiges Recht‘ der Gerechtigkeit zu weichen hat".¹ Damit stellt sich die Frage: Was ist Gerechtigkeit? Diese Frage behandelte bereits *Kelsen* treffend in seiner 1953 erschienenen Schrift, deren Titel ebendiese Fragestellung war. Er beantwortete sie - unter zahlreichen Definitionsansätzen - damit, dass Gerechtigkeit "in erster Linie eine mögliche, aber nicht notwendige Eigenschaft einer Gesellschaftlichen Ordnung" sei und "nur in zweiter Linie eine Tugend des Menschen".² *Radbruch* selbst hingegen bezog sich mit seiner Forderung der Unverbindlichkeit extrem ungerechter Gesetze³ in erster Linie auf Fälle des Völkermordes, der

Dr. Adrian Hollaender, Rechtsanwalt Wien (Österreich).

¹ *Radbruch* in: Gesetzliches Unrecht, Süddeutsche Juristen-Zeitung, 1946, S. 113ff.

² *Kelsen*, Was ist Gerechtigkeit, 1953, Kapitel I, Seite 2.

³ Zur konkreten Anwendbarkeit der "Radbruch'schen Formel" vgl. *Kaufmann* NJW 1995, 81, 82; *Alexy*, Mauerschützen: Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit 1993; *Lecheler*, Unrecht in Gesetzesform?, 1994; BGHSt 39, 1, 15 ff.

Friedens-, Kriegs- und Menschlichkeitsverbrechen und auf schwere Verstöße gegen die Genfer Konvention. Diese Fälle sind aber – **will man dem grundsätzlichen Ansatz seiner Theorie folgen** – nicht *in absoluto* ausschließlich auf jene Konstellationen beschränkt, die als Verbrechen gegen die Menschlichkeit⁴ bezeichnet werden,⁵ sondern es handelt sich dabei um alle Fälle ungerechter Gesetze. Natürlich müssen diese Fälle wegen des hohen Wertes der Rechtssicherheit jedenfalls auf extreme Ausnahmen beschränkt bleiben.⁶ Aber gerade jene Fälle, in denen die Menschenwürde verletzt ist, zeigt sich in meinen Augen die Trennlinie. Mit anderen Worten: Nur dann, wenn das Gesetz dem fundamentalen Ziel der Wahrung der Menschenwürde Rechnung trägt, kann es Legitimation beanspruchen.

Der Gerechtigkeitsauftrag an den Gesetzgeber kann insofern als Gegenstand *absoluter* Gerechtigkeit und als auf das Ziel der Herbeiführung gerechter Ergebnisse durch die entsprechenden Gesetze gerichtet definiert werden.⁷ „*Gerecht*“ ist insofern als absoluter Begriff aufzufassen nach der Formel: entweder ist der gesetzliche Imperativ im Allgemeinen und das jeweils aus der korrekten Anwendung eines allgemeinen Gesetzes zu erwartende Ergebnis gerecht oder nicht.

Dafür zu sorgen, dass die Gesetze gerecht seien, sprich: dass deren Anwendung auf im Gesetz allgemein umschriebene Fälle zu gerechten Ergebnissen im konkreten Fall führe, stellt sich demnach als die *Aufgabe des Gesetzgebers* dar. Anders als beim Rechtsanwender, dessen Gerechtigkeitsauftrag die gleichmäßige Gesetzesanwendung ist, sind für den Gesetzgeber die Grundsätze der absoluten Gerechtigkeit maßgeblich. Inwieweit er sie verwirklichen kann, hängt von dreierlei ab: Erstens von seinem Erkennen, was gerecht und was ungerecht ist. Dabei muß er sich von (komplizierten, aber im Sinne des aufklärerischen Vernunftsprinzips für den Menschen erkennbaren und ermittelbaren) ethischen und Gesichtspunkten, möglichst vorurteilsfrei und ohne ideologische Verblendung, leiten lassen.

⁴ Das wären nach einer häufigen Definition jene, die im Sinne der Resolution 827 (1993) des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen dem Internationalen Strafgerichtshof zugewiesen wurden.

⁵ Vgl. dazu den Gesetzesentwurf der Bundesregierung Deutschland, Bundesrats-Druckseite 991/94, mit dem Text der Resolution 827; *Oellers - Frahm*, ZaÖRV 54, 1994, 416 ff.; *Bassiouni*, Crimes against Humanity in International Criminal Law, 1992, S. 288 ff.

⁶ Vgl. BGHSt 39, 1, 15 sowie BVerfGE 36, 1, 35; vgl. dazu aber auch die Einwände von *Dreher/Tröndle* StGB, 47. Aufl., vor § 3 Rn.52a. Dabei ging es um die Frage, ob ein zur Tatzeit angenommener Rechtfertigungsgrund wegen seiner Ungerechtigkeit als unbeachtlich im Sinne der *Radbruch'schen* Formel angesehen werden kann oder nicht.

⁷ Vgl. *Hollaender*, Grundrechte und Verfassungsprinzipien im österreichischen Strafrecht - Wege zur Gerechtigkeit?, Kapitel V. Das Rechtsstaatlichkeitsprinzip.

Zweitens von seiner Willensentscheidung, Gerechtigkeit in der Gesetzgebung anzustreben. Diese wird in einer Demokratie meistens gegeben sein.

Drittens von gekonnter Legistik, also indem der Rechtssetzer Gesetze so verfasst, dass sie auch für alle von ihnen umschriebenen Fälle tatsächlich zu dem von ihm gewünschten (= zweitens), weil als richtig erkannten (= erstens) Ergebnis führen. Dies wiederum ist eine Frage der logischen Denkweise, des Abstraktionsvermögens und der Formulierungskunst. Der Gesetzgeber (unterstützt von fachkundigen legistischen Hilfskräften) muss also alle vom Gesetzeswortlaut abstrakt umschriebenen Sachverhalte bedenken und die Subsumtion der Sachverhalte im voraus überlegen, somit prüfen, ob diese Subsumtion, methodisch korrekt vorgenommen, jeweils dorthin führen würde, wohin sie nach seiner Auffassung führen sollte, und dann das Gesetz möglichst abstrakt und allgemeingültig formulieren, zumal Gesetze in der Regel abstrakt gehalten sind, damit sie eine möglichst große Spannbreite von Regelungsgegenständen umfassen und ihnen dann im jeweiligen Einzelfall die konkreten Lebenssachverhalte – unter entsprechender Beachtung aller Tatbestandselemente der anzuwendenden Norm und deren Vergleich mit dem im Rahmen eines prozessförmigen Ermittlungsverfahrens als vorliegend festgestellten Sachverhalt – unterstellt werden können.

Eben diese Tätigkeit der Unterstellung eines konkreten Sachverhalts unter eine abstrakte gesetzliche Bestimmung ist Gegenstand der sogenannten juristischen Subsumtion. Sie ist (neben der dieser Tätigkeit vorgelagerten Sachverhaltsermittlung) der *Auftrag an den Rechtsanwender*, erfordert die Übung einer gleichmäßigen "Anwendungsgerechtigkeit" durch denselben und läuft nach allgemeingültigen Methoden ab, die sicherstellen sollen, dass das Gesetz gerecht auf jedermann in der gleichen Weise angewendet wird. Sie dient aber im Regelfall nicht der Berichtigung von Gesetzen,⁸ denn diese wiederum obliegt grundsätzlich dem Gesetzgeber. Der Gesetzesanwender hat die Gesetze korrekt und gleichmäßig zu vollziehen. Dabei muss er (und eben dies ist der Gerechtigkeitsauftrag auf seiner Stufe) der relativen Gerechtigkeit (also der Verfahrensgerechtigkeit) verbunden sein, das heißt dem Ziel der gleichmäßigen Anwendung der Gesetze gegenüber jedermann. Die logisch und methodisch korrekte Subsumtion erweist sich somit als die relative Gerechtigkeit, deren Übung dem Rechtsanwender obliegt. Zusammenfassend gesagt, ist der Auftrag an den Rechtsanwender also Gegenstand relativer Gerechtigkeit und seine Aufgabe die allgemein gleiche, ohne Ansicht von Ansehen und Person der jeweiligen Rechtsunterworfenen erfolgende Anwendung der Gesetze auf (verfahrensrechtlich korrekt und so präzise wie möglich zu ermittelnde) Sachverhalte. Dies muss die Gerechtigkeitsmaxime sein, nach welcher

⁸ Von methodischen Sonderfällen (wie namentlich jenem der sogenannten *teleologischen Reduktion*) abgesehen.

der Rechtsanwender vorzugehen hat, denn wollte er die Gesetze im Rahmen ihrer Anwendung korrigieren, würde er anderes anstreben als das, was ihm von der Verfassung zugeordnet ist.⁹

Große Dichter wie *Goethe* haben das Problem unterschiedlicher Gesetzesauslegungen gar spöttisch beschrieben wie etwa in Form des Aufrufs in den „Zahmen Xenien“: *„Im Auslegen seid frisch und munter, legt ihr's nicht aus, so legt was unter!“* Und im Volksmunde heißt es auch scherzhaft: *„Zwei Juristen, drei Meinungen!“*. Das mag nun zwar mitunter so sein, hat aber nichts damit zu tun, dass ja durchaus eine dieser Meinungen die richtige sein kann und die anderen falsch sein können. Die Festlegung auf die eine als die richtige erscheinende Antwort hat nichts mit Erstarrung zu tun, denn allfällige Fehler können stets erkannt und berichtigt werden. Auch die Höchstgerichte weichen nicht selten von ihrer Vorjudikatur ab, aber stets setzen sie sich dabei mit ihr auseinander und zeigen auf, weshalb sie nicht aufrechtzuerhalten sei, nehmen also notwendigerweise für sich in Anspruch, zu einem (mit mehr oder weniger Interpretationsaufwand erzielbaren) letztlich eindeutigen, richtigen Ergebnis gelangen zu können.¹⁰ Das kann in manchen Konstellationen (wie zum Beispiel im Strafrecht bei der einen großen Ermessensspielraum genießenden Strafzumessung¹¹ oder auch im – mitunter aus faktischen Gründen nur einer beschränkten Determinierung zugänglichen und oftmals mit offenen Begriffen wie der volkswirtschaftlichen Angemessenheit oder dergleichen operierenden – öffentlichen Wirtschaftsrecht¹²) schwierig sein. Aber es ist im Prinzip richtig. Dass es so sein muss, sagt uns zunächst die Gesetzmäßigkeit der Logik: aus den Worten des Gesetzes darf nur mit logisch korrekten Mit-

⁹ Vgl. *Schragel*, zitiert in *Schambeck*, Politik in Theorie und Praxis, Seite 292 f. (Vollziehung und Politik, der Richter und die Politik), jeweils mit Nachweisen aus der Judikatur: „Nur die geltenden Gesetze haben die Gerichte anzuwenden; eine ‚Rechtsfortbildung‘ im Widerspruch zum objektiven Sinn der gehörig kundgemachten Gesetze ist den Gerichten verwehrt; aus rechtspolitischen Erwägungen dürfen nicht Gedanken in ein Gesetz getragen werden, die bisher in ihm noch nicht enthalten waren.“; *Kramer*, Juristische Methodenlehre, Seite 138: „Rechtspolitische Desiderata markieren keine de lege lata zu schließenden Gesetzeslücken.“

¹⁰ Vgl. grundsätzlich zur Frage der Wahrheit oder Falschheit eines Urteils die klassische philosophische Wahrheitsdefinition von *Aristoteles* (Met. 4.7.1 = 1011 b, 25 ff.), die streng logische Wahrheitsdefinition von *Tarski* (Der Wahrheitsbegriff in den formalisierten Sprachen, *Studia Philosophica* [Lwow 1936], 1, S. 261 ff., auch abgedruckt in: *Tarski*, *Logic Semantics Metamathematics* [1956]) und – konkret rechtsbezogen – *Bund*, *Juristische Logik und Argumentation* (Freiburg 1983), S. 31 f. („Wahrheit und Falschheit des Urteils“).

¹¹ Siehe dazu *Pallin*, *Die Strafzumessung in rechtlicher Hinsicht* (Wien 1982).

¹² Vgl. dazu *Wenger*, *Das Recht der öffentlichen Aufträge* (Wien 1977); *Winkler*, *Gesetzgebung und Verwaltung im Wirtschaftsrecht*, in: *Theorie und Methode in der Rechtswissenschaft* (Wien 1989); *Raschauer*, *Wirtschaftsrecht* (Wien 1998).

teln abgeleitet werden; dies umschließt alle Formen der Auslegung, nicht nur die logische im engeren Sinne, denn alle Auslegungsmethoden sind den – unveränderlichen – Gesetzen der Logik verpflichtet (was eben wie bei jeder logischen Operation zu einem Ergebnis führt, sofern nur bei der Gesetzesanwendung eben das erfolgt, was hier als relative Gerechtigkeit bezeichnet ist, nämlich die methodisch korrekte und – durch einheitliche Methodenbindung notwendigerweise allgemein gleichmäßige – Anwendung des Rechts). Zudem ist ebendies Gebot und Konsequenz des Verfassungsprinzips der Gewaltenteilung (das die Kompetenzen der Rechtssetzungsorgane von jenen der Rechtsprechungsorgane abgrenzt) sowie des verfassungsrechtlichen Grundprinzips der Rechtsstaatlichkeit und damit der Vorhersehbarkeit der Rechtsfolgen.¹³ Die Rechtsfolgen müssen nämlich für den einzelnen Bürger immer vorhersehbar sein¹⁴ und dieses Vorhersehbarkeits- und Vorherbestimmbarkeitsgebot erfordert notwendigerweise, dass die Auslegung nicht auf beliebige Weise erfolgen darf, sondern stets nur nach der hermeneutischen Methode, also unter Zugrundelegung einer – die allgemeine Vorherbestimmbarkeit sicherstellenden – Methodik, die aus einem Gesetzestext und einem Sachverhalt nach den Regeln der Subsumtion und Auslegungskunst ein (solcherart vorausbestimmtes und vorhersehbares) Ergebnis zu erbringen imstande ist, ohne von den jeweiligen Präferenzen des einzelnen Rechtsanwenders abhängig zu sein.¹⁵ Insofern besteht für den richterlichen oder behördlichen

¹³ Art.18 des österr. B-VG, Art.7 MRK (in Österreich im Verfassungsrang stehend), Art. 20 Abs.3 dt. GG und – für den strafrechtlichen Bereich – 103 Abs.2 dt. GG; vgl. auch *Hegel*, Rechtsphilosophie, § 215, sowie *Hollaender*, Aspekte des Bestimmtheitsgebots im Strafrecht, Anwaltsblatt 2004/1, und *Hollaender*, Bestimmtheitsgebot und Fahrlässigkeitsdelikt – eine Vertiefung, Anwaltsblatt 2004/11, jeweils mit weiteren Nachweisen aus Judikatur und Lehre.

¹⁴ Wobei diesbezüglich nicht der Durchschnittsbürger, sondern der als rechtskundig gedachte oder sich rechtskundig beraten lassende bzw. die allgemein zugänglichen Rechtsquellen, Judikaturveröffentlichungen und Gesetzeskommentare zu Rate ziehende Bürger als (idealisierte) Maßstabfigur heranzuziehen ist.

¹⁵ Vgl. schon *Montesquieu*, De l'esprit des lois, livre 11, chapitre 6 (wo der ideale Richter als „bouche qui prononce les paroles de la loi“ definiert wird); *Burckhardt*, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft², S.253 („Was der Richter ... anordnet, ist nur, was in abstrakter Form schon im Gesetze enthalten war.“); *Winkler*, Wertbetrachtung im Recht und ihre Grenzen, in: Theorie und Methode in der Rechtswissenschaft (Wien 1989), insbes S.210 („nach den vorgegebenen Werten gebundene Wertbetrachtung“), S.214 („von der Rechtssetzungsautorität intendierte Wertung“, „vorgeformte Wertentscheidung“) und S.217 („Die Betrachtung des geltenden Rechts als eines vorgegebenen, von der anerkannten Rechtssetzungsautorität geschaffenen und garantierten Ordnungskonzepts ist ... zweifellos eine positivistische im Sinne eines einzelwissenschaftlichen Positivismus.“); vgl. dazu auch schon *Savigny*, System, Bd.I (1840), S.220, mit der Mahnung zur Vorsicht bei teleologischer Interpretation durch den Rechtsanwender („Ungleich bedenklicher, und nur mit großer Vorsicht zulässig, ist der Gebrauch des Gesetzesgrundes zur Auslegung des Gesetzes.“); weiters: *Puchta*, Cursus der Institutionen, Bd.I (1841), S.36 f.; *Jhering*, Geist des römischen Rechts auf

Rechtsanwender die Verpflichtung zur Verfahrensgerechtigkeit im Sinne methodisch korrekter, gleichmäßiger und eben dadurch allgemein gerecht erfolgender Gesetzesanwendung¹⁶ – das ist, wovon sich die Rechtsanwender, die ja am positiven Recht festzuhalten haben und deren Aufgabe in dessen gleichmäßiger Applikation auf die ihnen zur Beurteilung zugewiesenen Sachverhalte besteht, leiten lassen müssen.

Die *absolute Grenze* sowohl für die inhaltliche Ausgestaltung des positiven Recht durch den Gesetzgeber als auch die Grenze für die Interpretation der Gesetze im Rahmen der Rechtsanwendung bildet aber stets das Postulat der Wahrung und Respektierung der Menschenwürde. Denn nur **dadurch** vervollkommnet das Recht im Wege der Fruchtbarmachung absoluter Gerechtigkeits-elemente die formelle Rechtsstaatlichkeit durch materielle Gerechtigkeit. Andernfalls würde größtes Recht zu größtem Unrecht – *summa ius, summa iniuria* –, nämlich dann, wenn das gesetzte Recht oder dessen Anwendung nicht mehr den fundamentalen Determinanten (und zugleich Schranken) Rechnung träge, die aus der Respektierung der Menschenwürde resultieren.

ADRIAN HOLLAENDER, LL.D.,
Rechtsanwalt, Wien (Österreich)

LJUDSKOM DOSTOJANSTVU KAO LEGITIMACIONOM
USLOVU POZITIVNOG PRAVA

Summary

Tema „Pravo i ljudsko dostojanstvo“, kojoj je posvećena 26. konferencija Kopaoničke škole prirodnog prava, odnosi se na temelj ljudskih prava. U stvari, kao pravnici, često smo suočeni sa pitanjem koji je „zajednički imenitelj za ljudska prava“. Kada mi je prvi put postavljeno ovo pitanje (što je učinila čuvena operna pevačica Julia Migenes) ja sam otvoreno priznao da je to jednostavno pitanje dotaklo vrlo složenu temu. Kako joj možemo pristupiti? U mojim očima, sloboda izbora može biti dobar prvi pristup tome. I da bi se to učinilo još temeljnije, rekao bih: sloboda. A da bi se to upotpunilo, dodao bih: dostojanstvo. Sa kulturno-društvenog aspekta je važno da sama sloboda

den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Teil I (1852), S.12 ff. und 39 ff. sowie Teil II 2. (1858), S. 384 ff.; *Windscheid*, Lehrbuch der Pandekten⁷ (1891); *Bergbohm*, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, Bd. I (1892), S. 367 ff.; sehr instruktiv auch aus der jüngeren Schweizer Judikatur im Hinblick auf jeweils *ein* richtiges Ergebnis: BGE 95 I 33 (40).

¹⁶ Vgl. hiezu treffend *Kelsen*, Was ist Gerechtigkeit?, 2.Auflage, S.26, in Bezug auf das Prinzip der Gleichheit vor dem Gesetz: „Es bedeutet nichts anderes, als daß die rechtsanwendenden Organe keine Unterschiede machen sollen, die das anzuwendende Recht nicht selbst macht.“

da ne može da garantuje da neko može da uživa slobodu i na odgovarajući način, a to znači: sloboda je „šta“, a dostojanstvo „kako“. Dakle, kao rezultat toga, moj odgovor na pitanje o zajedničkom imenitelju za ljudska prava je: sloboda i dostojanstvo. I zbog toga, tema „Pravo i ljudsko dostojanstvo“ odnosi se na fundamentalni predmet u samom središtu suštine ljudskih prava kao prirodne legitimacije prava. Ovim pravnim i filozofskim preduslovima posvećujem ovaj esej na temu „Pravo i ljudsko dostojanstvo“, a posebno „Ljudskom dostojanstvu kao legitimacionom uslovu pozitivnog prava“.

*RADIVOJ STEPANOV,
VALENTINA SOKOLOVSKA*

PRAVNO FILOZOFSKI DISKURS O PRIRODNOM PRAVU I LJUDSKOM DOSTOJANSTVU

U V O D

Pojam “pravo” odn. prirodno pravo” i pojam “dostojanstvo” odn. “ljudsko dostojanstvo” postoji u svim civilizacijskim epohama i kulturama. To su veoma složeni i zahtevni pojmovi, koji, izmiču preciznom definicijskom okviru ili određenju. Dovoljno je setiti se samo cinične Kantove opaske da pravnici i pored silnih debata još uvek nemaju definitivni odgovor na pitanje šta je pravo. Slično ili istovetno stoji stvar i sa ljudskim dostojanstvom. Dakle, i svaki pojam za sebe, a pogotovu međusobno tematski uvezani ili prepleteni, ovi pojmovi predstavljaju i metodološki i konceptijski složen teren za istraživača da otkrije suštinu značenja i međusobnog uticaja “prava” i “dostojanstva” u određenoj temi i na konkretnom zadatku. Danas, sasvim izvesno možemo reći da “dostojanstvo” ima kontinuirano i izrazito filozofsko, teološko i pravno značenje, a poslednjih decenija XX veka “ljudsko dostojanstvo” pojavljuje se u bioetici i biomedicinskim disciplinama i raspravama o dostojanstvu života, tela, umiranja i istraživanja na čoveku. Problematika razvoja biomedicinske nauke i njene moći reaktualizuje pitanje dostojanstva čoveka i/ili dostojanstva ljudske osobe kao krucijalno pitanje bivstva i (samog) ljudskog života.

Dr Radivoj Stepanov, profesor Filozofskog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu.

Dr Valentina Sokolovska, docent Filozofskog fakulteta u Novom Sadu..

Čini se da savremeno doba fiksira dva temeljna pravca razumevanja "ljudskog dostojanstva": *hrišćansko* i *laičko (savremeno)*. Oba pravca nalaze da samo "u sebi" ljudi poseduju određenu vrednost koja nadilazi sve drugo.

Hrišćansko (ili: klasično-hrišćansko) stanovište sadrži tri svoja osnovna vida: *ontološko* ili *urođeno*, *egzistencijalno* ili *stečeno* i *konačno* ili *definitivno*.

Savremeno ili laičko stanovište ljudskog dostojanstva negira i poriče postojanje urođenog ili ontološkog dostojanstva koje (ontogeneze) pripada ljudskom rodu (i samo njemu). Ono tvrdi da je egzistencijalno dostojanstvo povezano uz vršenje onih sposobnosti koje određuju ono što je *vredno*, kao i *kako* živeti vlastiti život. U životu su bitne tri radnje za osobno dostojanstvo: *shvatiti*, *odabrati* i *komunicirati*.

Uz ova dva pravca tumačenja, valja imati u vodu i tzv. kolokvijalno značajne dostojanstva koje na sebi, što je i razumljivo, nosi tragove i hrišćanskog i laičkog shvatanja dostojanstva. U kolokvijalnom diskursu "dostojanstvo" često znači: odmereno, racionalno i uverljivo ponašanje čoveka koje signalizira zanemarivanje vlastitih nevolja, a koje je prikladno da drugima ulije strahopoštovanje; čovek je vredan da se smatra časnim ili da uživa *dobar glas* (nem. Leumunds) ukoliko je u stanju da s tim u vezi ispuni postavljene zahteve, odn. ako to zaslužuje; o dostojanstvu se govori kada su u pitanju rituali (up. "dostojanstvena proslava" - "eine würdige Feier"); o dostojanstvu se govori kada su u pitanju državne funkcije ("dostojanstvo visokog položaja"), itd.

Ono što se ovde povodom ljudskog dostojanstva uzima kao vredno ili dostojno prezira ne može se globalno definisati, a nije ni nešto konstantno, već kao i sve predstave o vrednostima neprekidno podleže socijalnom testiranju i promenama.

POREKLO POJMA

Pojam "dostojanstva" i "časti" koji idu "pod ruku" međusobno koristio je antički svet. Antička književnost obiluje motivima dostojanstva, časti, morala koji su bili neiscrpno pesničko nadahnuće. Uz Eshila i Euripida, Sofokle je bio najveći dramski pisac u antičkoj književnosti (*Antigona*, *Car Edip*, *Elektra*, *Trahinjanke*) Također treba spomenuti i starogrčke epove (*Ilijada* i *Odiseja*) koje je napisao Homer.

U antičkoj Grčkoj, vrednost pojedinca se određivala prema načinu njegovog držanja, prema njegovim vlastitim moralnim dostignućima. Kod Aristotela, u "*Nikomahovoj etici*", čovek "visokih načela", predstavlja idealnu sliku dostojanstvenog čoveka. Dostojanstvo predstavlja vrlinu koja je prenetna na pojedinca kao zadatak koji on svojim zalaganjem može da ispuni.

Preteče onoga što se danas podrazumeva pod ljudskim dostojanstvom delom se nalaze još u ranom jevrejstvu, islamu i u hrišćanstvu. Pojam "dostojanstva" pojavljuje se u religijama, posebno ga ima u Bibliji, dok Dekalog (u formi pravnih

normi) zahteva dužno poštovanje prema drugima. U hrišćanstvu, a daleko pre u Stoi, nastaje ideja koja na evropskim prostorima postaje vodeća. Ona glasi: *dostojanstvo je karakteristika čoveka koja mu pripada po prirodi, po pripadnosti ljudskoj vrsti. Posedovanje dostojanstva predstavlja obeležje prirode čoveka.*

U Ciceronovom “*De officiis*”, dostojanstvo ima utemeljenje kroz *učestće u razumu*. U okviru hrišćanske misli uz to dolazi i koncept “*imago dei*”, odn. *istovetnost* (poistovećenje) *čoveka sa bogom*. Dostojanstvo čoveka je utemeljeno u prirodi čoveka koju je Bog stvorio “prema svojoj slici” i koja se ispoljava čovekovim umom.

Toma Akvinski dao je klasičnu postavku hrišćanske koncepcije dostojanstva ali je njegova antropologija bila zanemarena od same katoličke teologije. Ali upravo je Akvinski uzrokovao pojavu laičkog diskursa o dostojanstvu koje je započelo uglednim teoretičarem prava i filozofom S. Pufendorfom i nastavilo se se Kantovom filozofijom moralnog imperativa. Naime, Pufendorf i Kant su odbacili jedinstvenu i teleološku koncepciju ljudskih bića da bi stvorili onu dualističku koja je u jednom svom delu značajno mehanicistička.

Smatra se da je renesansni filozof Đ. P. Mirandola¹ je bio prvi koji je definisao pojam *ljudskog dostojanstva* (*dignitas hominis*). Prema njegovom mišljenju dostojanstvo čoveka zasniva se na činjenici da se priroda čoveka ogleda u tome da on ustvari i nema (definisanu) prirodu, odn. drugim rečima rečeno da ima slobodu da sam izgrađuje svoj karakter. Mirandola navodi da je Bog Adamu rekao sledeće: “Nisam ti namenio neko određeno mesto, niti sam ti dao neki određeni spoljašnji izgled ili bilo kakav poseban talenat, Adame, a sve sa namerom da shodno vlastitoj volji i odluci možeš da zauzmeš i poseduješ ono mesto, onaj izgled i sve one talente koje sam želiš. Čvrsto definisana priroda ostalih stvorenja razvija se isključivo unutar granica koje sam ja propisao. Bićeš oslobođen svih ograničenja i moći ćeš da – po sopstvenoj volji, kojoj sam te prepustio – sam odrediš svoju prirodu.” I upravo *to samoodređenje* čoveka, čini njegovo *dostojanstvo* (de.wikipedia... Mirandola).

U novovekovnom razdoblju *um* kao suštinsko obeležje čoveka je *conditio sine qua non* ljudskog dostojanstva. Naime, kod francuskog filozofa Paskal Bleza (1623–1662) u fragmentu br. 146 svojih *Misli* piše sledeće: “Čovek je očigledno stvoren da misli. U tome se ogleda sve njegovo dostojanstvo i sva njegova vrednost...” (Paskal 1969: 85). Isto tako je za S. Pufendorfa (1632-1694), dostojanstvo kao obeležje čoveka *pre svake prirode* razlog za jednakost ljudi i potrebu njihove

¹ Giovanni Pico della Mirandola (1463–1494) već kao četrnaestogodišnjak započeo je studije filozofije, arapskog i hebrejskog jezika. Godine 1486. objavio je *900 Teza* a na njihovu diskusiju pozvao je sve filozofe u Rim. Zbog pojedinih Teza došao je u konflikt sa Papom zbog čega je Mirandola do 1493. godine bio prognan iz Rima. Dve godine posle njegove smrti, 1496. objavljeni su Mirandolini govori pod nazivom *De Hominis Dignitate* (*O dostojanstvu čoveka*).

zaštite. Za svoje postojanje dostojanstvo – kako stoji u *De iure naturae et gentium* (1672) – ima da zahvali okolnosti što je “čovjek obdaren svetlošću uma”.

Nemački filozof I. Kant (1724–1804) nalazi da je *čovečnost sama po sebi dostojanstvo*, jer čoveka ne može koristiti drugi čovek (ni njegov bližnji, niti on sam sebe) kao neko sredstvo, nego se prema njemu uvek treba odnositi kao prema cilju, jer se upravo u tome sastoji njegovo dostojanstvo. Čovek poseduje unutarnju vrednost ne utoliko ukoliko je *animal rationale*, već ukoliko je nositelj bezuslovnog *moralnog imperativa*.

Ima mišljenja da je Kant je bio taj inspirator koji je u svojim raspravama o *etici* dao važeću definiciju *ljudskog dostojanstva* koja je našla svoje mesto i u važećem *Osnovnom zakonu* (ustavu) SR Nemačke.

Sažeto rečeno, suštinska Kantova misao glasi ovako: *zahvaljujući svojoj autonomiji čovek poseduje dostojanstvo*, i to *svaka pojedinačna individua*. Čovek je autonoman zahvaljujući svojoj principijelnoj sposobnosti da spozna čvrste zakone morala i da ih se pridržava, tj. da nezavisno od stepena svog obrazovanja ili drugih stvari tačno zna šta je ispravno, a šta pogrešno, odn. šta je dobro, a šta loše, te da shodno tome i deluje. To dostojanstvo je u principu sadržano u čoveku, i to nezavisno od njegovih ostalih, na primer, karakternih ili intelektualnih osobina i sposobnosti, a pre svega nezavisno od spoljnih faktora kao što su socijalni položaj i sl. Dublji razlozi za postojanje ovog univerzalnog dostojanstva sastoje se u tome da je u svakom pojedinačnom čoveku reprezentovana ljudska priroda, dok kod Kanta jezikom 18. veka rečeno, to glasi ovako: čovek ceni dostojanstvo ljudske vrste unutar svoje vlastite ličnosti, on polaže pravo na to da ljudska vrsta, oličena u njemu samome, doživi uvažavanje drugih ljudi, dok je on sa svoje strane u obavezi da uvažava ljudskost “bližnjih”, odn. da principijelno uvažava druge ljude, i to nezavisno od poštovanja koje određeni ljudi uživaju zbog svojih postupaka, svojih položaja, funkcija itd.

U *Metafizici morala* Kant *ljudsko dostojanstvo vidi kao poštovanje drugoga, priznavanje drugom njegovih prava na egzistenciju i priznavanje principijelne jednakosti svih ljudi*. Kant polazi od toga da je čovek *po sebi svrha*, te da se stoga ne sme koristiti u tuđe svrhe. Poštovanje koje ja osećam za druge ili koje neko drugi može zahtevati od mene (*observantia aliis praestanda*) jeste, dakle priznavanje nekog *dostojanstva* (*dignitas*) kod drugih ljudi, tj. vrijednosti koja nema cenu, nema ekvivalent za koji bi se objekt uvažavanja (*aestimi*) mogao razmeniti” (Kant 1993: 263). To znači sledeće: *ljudsko dostojanstvo se povređuje* ako čovek koristi drugog čoveka kao puko sredstvo za ostvarivanje svojih ciljeva – npr. putem ropstva, potlačivanja ili prevare.

Konačno, Kant *dostojanstvo* karakteriše kao zasnivanje metafizike morala, kao nešto što nema bilo kakav ekvivalent, dakle, kao nešto *što se ne može zameniti nečim drugim*; kao nešto što je svrha po sebi. Na taj način su “moralnost i ljudskost, ukoliko su za to sposobne, ono što samo po sebi poseduje dostojanstvo”. Na

ovom mestu treba imati na umu da Kant "ljudskost" (ovde) ne shvata kao pojam pripadnosti vrsti, već kao ideal čoveka, dakle, kao *normativan pojam ideje ljudske egzistencije*. Ovo dostojanstvo je radikalno ukorenjeno u autonomiji čoveka i svakog razumnog bića. Ova autonomija koja se zasniva na razumu pruža čoveku sposobnost da sam sebi postavlja zakone. Čovek kao razumno biće je autonoman i samome sebi postavlja zakon delovanja. To čini njegovu moralnost. On se, dakle, ne sme misliti kao objekat, već kao subjekat, kao svrha po sebi. Iz te svrhe rezultira njegovo dostojanstvo. Ovakvo definisanje dostojanstva kao autonomije i moralnosti čoveka kasnije ostaje suštinska misao koja se primenjuje i na naš današnji pojam dostojanstva. Ljudsko dostojanstvo je, otuda po rečima F. J. Veca (Franz Josef Wetz) "obeležje karaktera sa apsolutnom vrednošću koje se odvojilo od prirode". Kantovi stavovi su danas sadržani u formuli o objektu kojom se ustavno-pravno određuju *povrede ljudskog dostojanstva*.

LJUDSKO DOSTOJANSTVO U POVELJAMA I ZAKONODAVSTVU

Kao posledica *reformacije* i *protestantskih* predstava o *opštem sveštenstvu* od 16. veka se sve više širila misao o *slobodi svesti*. I neke vanevropske religije i filozofije poput *budizma* i *konfučijanizma* priznaju *vrednost* i *dostojanstvo* pojedinačnog ljudskog života. Međutim, pojam ljudskog dostojanstva dobio je svoje mesto i dužnu pažnju u sveobuhvatnom filozofskom konceptu evropskog *prosvetiteljstva* u 17. i 18. veku. Naime, u doba Prosvetiteljstva i Francuske revolucije konsekventno se dalje razvija ideja o određivanju prirode čoveka na osnovama slobode, jednakosti, bratstva. "Ljudi se rađaju sa istim pravima i slobodni, a to i kasnije ostaju". Ovom "svečanom izjavom" o "prirodnim, neotuđivim i svetim ljudskim pravima" započinje *Deklaracija o pravima čoveka i građanina* (1789) revolucionarne francuske Nacionalne skupštine, pri čemu je gotovo doslovno preuzeta Russova formulacija. Ovde dolazi do jasne zamene vrednosti: jedinstvo i sloboda se ne ostvaruju političkim putem kako bi se ljudi proglasili jednakim i slobodnim, već se ceo proces odvija obrnuto: realna ne-sloboda i staleška razlika su kontradiktorni prirodi čoveka koja se krije u njemu samome, odn. ukratko rečeno u njegovom dostojanstvu, te stoga i moraju da budu prevladani.

Treba reći i to, da ljudsko dostojanstvo dobija svoj puni legitimitet na severnoameričkom tlu u čuvenoj *Deklaracija o nezavisnosti* (trinaest država Amerike, 1776) gde se govori o "određenim, neotuđivim pravima među koje spadaju život, sloboda i traženje sreće" koji za indirektnu pretpostavku uzimaju pojam ljudskog dostojanstva, pri čemu ga, međutim, ne spominju direktno.

Pojam dostojanstva je ušao i u međunarodno pravo i razne međunarodno-pravne dokumente. Tako, *Opšta deklaracije o ljudskim pravima* koju su UN donele 1948, u čl. 1 ističe ljudsko dostojanstvo: *Sva ljudska bića rađaju se slobodna i jed-*

naka u dostojanstvu i pravima. Ova Deklaracija je zapravo formalno priznala dostojanstvo kao svojstvo ljudskog roda i ona potvrđuje veru u temeljna prava čoveka, u dostojanstvo i vrednost ljudske osobe. Iako ne sadrži pojmove o ljudskom dostojanstvu, *Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda* od 1950. poziva se na ljudsko dostojanstvo implicite, zabranjujući neljudske i ponižavajuće postupke. U tom svojstvu, zaštite ugleda, časti, ponosa i dostojanstva čoveka, posebno treba istaći *Konvenciju iz Ovijeda* što ju je donelo Veće Evrope 1977.

Danas je pojam "dostojanstva" integrisan u sudskoj praksi i u domaćem državnom zakonodavstvu. Uprkos svemu tome, ni jedan tekst zakona ne daje, ne nudi samu definiciju dostojanstva. Objašnjenje toj okolnosti može se tražiti u činjenici da se dostojanstvo koristi u svim vrstama govora i da otuda ima više značenja. Za neke je ono određen kvalitet humanosti, za neke snažan osećaj "samopripadnosti, za neke apsolutno poštovanje što ga ljudska osoba ima ima u samoj sebi. Ono je vezano i uz poštovanje (respekt) koji imamo prema nekoj drugoj osobi. Osećaj poštovanja rađa se spontano u nama čim se suočimo sa nakom osobom; sa osobom a ne sa stvarima. Čini se otuda da Kant ima pravo kada naglašava da poštovanje naglašavamo prema osobama a ne prema stvarima, te da osećaj bojazni imamo pred "gnevom prirode" (erupcija, pobesnelo more, požar, itd.) ali da tu nije u pitanju dostojanstvo. Takođe treba imati u vidu da se "dostojanstvo" konvertuje u datom životnom i psihološko-antropološkom kontekstu u "čast", "ponos", "ugled".² U svom tekstu *Pet teškoća prilikom pisanja istine (Fünf Schwierigkeiten beim Schreiben der Wahrheit)* B. Brecht predlaže da se reč *čast* (die Ehre) zameni izrazom *ljudsko dostojanstvo*. Na taj način Brecht je hteo da ukaže na temeljnu razliku između ova dva principa: *čast* je nešto *spoljašnje* (etwas Äußeres), a *dostojanstvo* je nešto *unutrašnje* (etwas Inneres). Itd. Sve to dodatno otežava analizu dostojanstva i prava.

Ljudsko dostojanstvo kao ustavni princip ustanovljeno je u svim modernim ustavima, naročito u ustavima liberalnih demokratija. Doduše, ustavi savremenih, liberalnih demokratija *implicitno* priznaju ljudsko dostojanstvo. Dakle, ono se kao pojam *ne definiše u ustavu direktno* i pri tome se još obim ljudskog dostojanstva različito i prilično široko tumači.

Ustav EU (nije prihvaćen u EU) u II delu – Osnovna prava Unije, Odeljak I: "Dostojanstvo čoveka", član II-1, kaže: *Dostojanstvo čoveka je nepovredivo. Ono se poštuje i štiti.* (Adobe Acrobat Document EU_Verfassung_Entwurf_2003)

Osnovni zakon (ustav) SR Nemačke u Osnovnim pravima, čl. 1 navodi: *Dostojanstvo čoveka je nepovredivo. Obaveza svih državnih institucija je da ga poštuju i štite.* (Ustav SRN). Dakle, u nemačkom Ustavu, a takođe i u Ustavu EU *ljudsko dostojanstvo se izričito pominje kao vrhovni ustavni princip*. Iz toga, sledi pravno-

² Čast je ugled čoveka na koji on kao nosilac ljudskog dostojanstva može da polaže pravo. Na taj način povreda ugleda predstavlja ujedno i atak na ljudsko dostojanstvo. Ta dva pojma su, dakle, usko povezana.

hipotetična konstrukcija prema kojoj se dostojanstvo može smatrati *nepromenljivim, predkonstitucionalnim, aksiomatskim, neposredno, važećim* osnovnim pravom, koje čak (za)počinje (sa) začecem čoveka slično postulatu rimskog prava *infans conceptus...* Odmah nakon čl. 1 *Osnovni zakon* nabraja sva osnovna prava koja *proizilaze iz dostojanstva čoveka*, kao što su pravo na slobodno razvijanje vlastite ličnosti, jednakost pred zakonom, sloboda veroispovesti i delovanja po savesti, sloboda mišljenja i okupljanja, pravo na privatno vlasništvo i nepovredivost stana, itd.

U Ustavu RS iz 2006. u čl. 19. koji govori o svrsi ustavnog jemstva se kaže: "Jemstva neotuđivih ljudskih i manjinskih prava u Ustavu služe očuvanju ljudskog dostojanstva i ostvarenju pune slobode i jednakosti svakog pojedinca u pravednom, otvorenom i demokratskom društvu, zasnovanom na načelu vladavine prava". Čl. 23. Ustava RS kaže: "Ljudsko dostojanstvo je neprikosnoveno i svi su dužni da ga poštuju i štite"³. U *Povelji o ljudskim i manjinskim pravima i građanskim slobodama*, čl. 14, (koja nije na snazi posle raspada DZ SCiG) posebno je naloženo "da se prema licu lišenom slobode postupaju čovečno...i s uvažavanjem dostojanstva njegove ličnosti (čl. 14).

U pripremi ustava Srbije u ustavnim projektima posle 2000. ima više ustavnih osvrta na problematiku ljudskog dostojanstva.

Primeru radi, u projektu ustava Republike Srbije Foruma iuris (Novi Sad), *ljudsko dostojanstvo* je izdignuto na nivo *apsolutno zaštićenih prava*. Posebno je u ovom projektu Ustava istaknut prirodno-pravni princip da su "sva ljudska bića slobodna i jednaka u dostojanstvu i pravima" (*Predlozi za novi ustav Srbije*: 116, 120). Predlog za novi ustav Srbije beogradskog Centra za ljudska prava u delu II: *Ljudska prava određuje*: "Ljudsko dostojanstvo je neprikosnoveno i država ima obavezu da ga štiti" (*Predlozi za novi ustav Srbije* 2004: 23).

Nacrt ustava kraljevine Srbije (prof. P. Nikolića) u čl. 26. st. 2. navodi: "Zajamčeno je svakome pravo na lično dostojanstvo" (*Predlozi za novi ustav Srbije* 2004: 61). Gotovo istovetno lociranje dostojanstva kao ustavnog principa imaju dve srpske partije DS i DSS: "Ljudsko dostojanstvo je neprikosnoveno. Svako ima obavezu/svako je dužan - da ga štiti" (*Predlozi za novi ustav Srbije* 2004: 221). Takvo stanovište (i takvu formulaciju) o ljudskom dostojanstvu imala je i Ustavna komisija Narodne skupštine Srbije u čl. 18: "Ljudsko dostojanstvo je neprikosnoveno. Svako ima obavezu da ga štiti" (*Predlozi za novi ustav Srbije* 2004: 276). Itd.

Dve okolnosti u ovim ustavnim projektima valja imati u vidu. Prvo, zaštita ljudskog dostojanstva nije samo obaveza državnih organa (i ako jeste prvenstveno njihova obaveza) već istovremeno i obaveza svih građana i ljudi na koje se odnosi ustav RS. Drugo, navedeni ustavni akti i isključuju mogućnost *ponižavajućeg*

³ Iz *ustavne supstancije* o ljudskom dostojanstvu proističu *zabrane*, kao što su zabrana diskriminacije, zabrana ropstva, položaja sličnog ropstvu i prinudnog rada, zabrana ukidanja ili ograničenja ljudskih i manjinskih prava propisanih zakonima, itd.

ophođenja državnih organa prema ljudima, pojedincu, čoveku, smatrajući to nepojivim sa dostojanstvom čoveka. Shodno tome, ustav ne dopušta “postvarivanje” čoveka, drugim rečima, nijedna osoba ne sme da postane puki objekat državne vlasti, pošto se na taj način u pitanje dovodi njen kvalitet kao subjekta, njena supstancija ličnosti, njen pravni subjektivitet.

Ipak, treba se upitati da li je u našem pravnom sistemu i pored toga što je ljudsko dostojanstvo podignuto na nivo ustavnog principa, “pala” neka sudska presuda zbog povrede ljudskog dostojanstva. Ovo pitanje zato ima smisla jer u pravnom sistemu Srbije, od devedesetih, ljudsko dostojanstvo i pored statusa ustavne kategorije nije imalo visok rejting.

FILOZOFIJA PRIRODNOG PRAVA I LJUDSKOG DOSTOJANSTVA

Studija *Prirodno pravo i ljudsko dostojanstvo* E. Bloha (1885–1977) filozofa marksističke orijentacije, je “verovatno najveća filozofska ekstravagancija” (Kolakovski 1985: 475) i predstavlja u osnovi traganje za “gralom” prirodnog prava koje omogućava neprikosnovenno jemstvo ljudskih prava i samim tim *jemstvo ljudskog dostojanstva*. Bloh misli da postoje takva “određena ovlašćenja koja čoveku pripadaju na osnovu prirode i nikakvo pozitivno pravo ta ovlašćenja ne može oduzeti ako ne treba da prestane biti pravo u istinskom /prirodnom, R.S./ smislu” (Kolakovski 1985: 499). *Prirodno pravo i ljudsko dostojanstvo* dolazi u kasnijoj fazi Blohovog stvaralaštva. Ako u jednom delu njegovog filozofskog opusa dominira pojam *utopije*, a u drugom delu pojam *nade*, čini se, da u trećem, finalnom delu dominira pojam *prirodnog prava i ljudskog dostojanstva*. I to ne slučajno, i to ne tako da pojam prirodnog prava i ljudskog dostojanstva stoji izdvojeno i udaljeno od pojma utopije i principa nade. Kad Bloh kaže da je njegova osnovna namera da pitanje jusnaturalizma i ljudskog dostojanstva predstavljaju prilog *problemima uspravnog hoda*, te da njegova knjiga posvećena tom pitanju treba da bude “juristikum vlastite vrste” koji pita, traži i počinje “s traženom zrelošću” a ne završavajući s klasičnim prirodnim pravom” (Bloh, E. 1977: 8), to znači da on u svom filozofskom diskursu u prirodno pravnoj ravni “računa” sa društvom u kome će principi neklasičnog prirodnog prava ljudsko dostojanstvo izraziti i potvrditi kao najvišu vrednost. Ništa nije tako nedostojno čoveka, piše Bloh, kao trpljenje sile. *Sila ukida čoveka*. Onaj ko nas prisiljava, taj nam osporava samu ljudskost. A onaj ko trpi silu, taj kukavički sam odbacuje svoju ljudskost. (Isto: 8). Niko ne živi zato što on to hoće. Ali kad već živi, on to mora hteti. Otuda u čovekovom životu odgovarajuće mesto imaju i utopija i nada. (Uostalom, cela ljudska kultura vrvi od raznih utopija, velikih i malih, “kroz koje ljudska želja ili nada za Apsolutnim Dobrom vazda svetluca.”) Kod Bloha, utopija nije neki puki konstrukt koji anticipira elemente virtualnog sveta ili puke naučne fantastike. Ona je ustvari realan anga-

žman čoveka da dođe do svog i boljeg sveta. Do sveta u kojem će se osećati *pravo!* A takođe ni “stanje nade” nije isprazno očekivanje da se nemoguće dogodi. Naprotiv, Blohova hermeneutika nade je “pojmljena nada”, “učena nada”. *Docta spes* je pojmljena nada koja rasvetljava određeni princip, jedan pojam koji “taj svet više neće napustiti”. Nada nije samo ljudski afekt, pa čak ni samo obeležje ljudske svesti, ona je pre svega *ontološka kategorija*. A to u kontekstu prirodnog prava znači da je moguć takav čovekov svet u kojem ljudska sloboda, pravednost, moralna sreća i ljudsko dostojanstvo predstavljaju realno bivstvujuće pojmove! Čovek je, zaključuje Bloh, po svojoj prirodi utopijski orijentisano biće koje anticipira budućnost u nikad ne umirućoj nadi; *čovek je biće koje veruje u savršen svet*.

Bloh je pažljivo proučavao prirodno pravo Epikura i stoičara, rimsko prirodno pravo, relativno prirodno pravo Tome Akvinskog i pravo reformacije, racionalno prirodno pravo Hobsa, Grocijusa i novu izgradnju zakona. On je takođe istraživao temeljne odrednice Rusoovog društvenog ugovora, američke *Deklaracije o nezavisnosti*, Kantovo i Fihteovo prirodno pravo bez prirode, subjektivno i objektivno pravo (*facultas agendi*, *norma agendi*), prirodno pravo i ljudska prava...

Upravo prevladavajući marksističku distancu prema pravu i jusnaturalizmu Bloh je logički izveo ljudsko dostojanstvo kao temeljni *raison d'être* kako “pozitiviranog prirodnog” prava tako i “oprirođenog” pozitivnog prava.

Šta zapravo predstavlja ljudsko dostojanstvo, kako se ono može pojmovno odrediti?

Bloh ne daje definiciju ljudskog dostojanstva niti direktan odgovor na ovo pitanje i samo je na početku ovog svog rada pominje. Ali ovaj pojam je implicite problematizovan u ukupnoj strukturi knjige.

Da zaključim: u Blohovom radu *Prirodno pravo i ljudsko dostojanstvo* osnovna premisa je da se u društvu “istinske slobode” mnogi ljudski ideali mogu ozbiljiti. Na koji način? Pre svega uklanjanjem konflikata koji postoje između pojedinca i zajednice, između pozitivnog i prirodnog prava, između prinude i autonomnije.

Literatura

- Avenarius, H. (1991): *Mali pravni rečnik*, Bonn, 1991.
- Bloh, E. (1977). *Prirodno pravo i ljudsko dostojanstvo*. Beograd: Komunist.
- Bloch, E. (1981). *Princip nada*. Prvi svezak. Zagreb: Naprijed.
- Bloch, E. (1981). *Princip nada*. Drugi svezak. Zagreb: Naprijed.
- Bloch, E. (1981). *Princip nada*. Treći svezak. Zagreb: Naprijed.
- Grlić, D. (1968). *Leksikon filozofa*. Zagreb: Naprijed.
- Kant, I. (1993): *Metafizika morala*, Sremski Karlovci Novi Sad.
- Kolakovski, L. (1985). *Glavni tokovi marksizma*. Tom III. Beograd: BIGZ.

- Paskal, B.: *Misli*, Zagreb, 1969.
- Pažanin, A. (1977). Predgovor. (U: *Bloch, E.: Prirodno pravo i ljudsko dostojanstvo*), Beograd: Komunist, (VII-XXXIII).
- Petrović, G. (1981). Nada u misli Ernsta Blocha (U: *Bloch, E.: Princip nada.*), Prvi svezak. Zagreb: Naprijed, (XI-XXXIII).
- Perović, S. (2002): *Besede sa Kopaonika*, Beograd.
- Perović, S. (1993): *Pravno filozofske rasprave*, Beograd.
- Povelja o ljudskim i manjinskim pravima i građanskim slobodama*, "Sl. list SCG", Beograd, 6/2003, od 28. 2. 2003.
- Predlozi za novi ustav Srbije*,/prir. Z. Lutovac/, Beograd, 2004.
- Temelji moderne demokratije*, Beograd, 1989.
- Ustav Savezne Republike Nemačke*; u: "Prava čoveka", Beograd, br. 9–10, 2004.
- Ustav Republike Srbije*, "Sl. glasnik RS", Beograd, 2006.
- Ustavna povelja državne zajednice Srbija i Crna Gora*, "Sl. list SCG", Beograd, br. 1/2003, od 4.2. 2003.

RADIVOJ STEPANOV, LL.D.,
Professor, Faculty of philosophy, Novi Sad
VALENTINA SOKOLOVSKA, LL.D.,
Assistant Professor, Faculty of philosophy, Novi Sad

JURIDICAL AND PHILOSOPHICAL DISCOURSE ON NATURAL LAW AND HUMAN DIGNITY

Summary

This paper, firstly, devotes its investigative attention to the problem of the complexity of the human rights and dignity. It also deals with the question of the origin of the term and the complexity of the concept of dignity. Thirdly, it discusses the presence of dignity in the contemporary legislation and political charters, and finally, it deals with the philosophy of E. Bloch on natural law and human dignity.

METODSKA SVEST – CONDITIO SINE QUA NON DIGNITETA PRAVNIČKE PROFESIJE

U V O D

U ovom radu se istražuje odnos između metode svesti i digniteta pravničke profesije putem jedne dvostrane hipoteze. Jedna dimenzija te hipoteze podrazumeva tvrdnju o tome da je metoda svest nužan, zapravo najvažniji uslov dostojanstva pravničke struke. Druga dimenzija ove hipoteze govori o tome kako je najveća prepreka u razvoju metode svesti i izgradnji digniteta pravničke profesije nasleđe mehaničke jurisprudencije.

U razvijanju ovih ideja formulisana je jedna epistemološka matrica koju čine dve triparticije. Prva: sudijska nezavisnost – nepristrasnost – sudijska sloboda, govori o tome da s obzirom na prirodu pravnog rasuđivanja, odnos između sudijske nezavisnosti i nepristrasnosti ne možemo po scijentističkoj logici koja podrazumeva da vezanost zakonom sama po sebi podrazumeva nepristrasnost, tj. objektivnost u odlučivanju. U radu se izlažu argumenti koji ukazuju da je sloboda bazični metod tumačenja i primene prava, što ovom postupku daje paradoksalni karakter jer je sloboda put koji vodi od sudijske nezavisnosti do nepristrasnosti, a ne formalna svojstva pravnog rezonovanja.

Rešenje ovog paradoksa u radu se pronalazi pomoću sintagme posvećenost pravničkom pozivu. Objašnjenje ovog pojma daje se putem još jedne triparticije: posvećenost pozivu – dignitet – odgovornost, kada se govori o tome da posve-

ćenost pravničkom pozivu predstavlja borbu za pravdu. Borba, odnosno težnja ka pravdi podrazumeva izražen stručni i lični integritet pravnika (naročito nosilaca pravosudnih funkcija), jedno ljudsko breme, ali i posebnu čast, jednu vrlinu koja nije ništa frugo nego poseban i visoko izražen dignitet pravničke profesije po kojoj se ona naročito prepoznaje i izdvaja u odnosu na druge društvene profesije. Ovim je uspostavljen znak jednakosti između posvećenosti pravničkom pozivu i dostojanstva ove profesije, pri čemu, sinonimnost ovih pojmova zapravo izražava poseban oblik odgovornosti ove profesije.

U radu se dalje govori šta se podrazumeva pod tom odgovornošću i koje su osnovne pretpostavke tako shvaćene odgovornosti (posvećenosti pozivu, pravničkog digniteta). Među tim pretpostavkama posebno se ističe metoda svest kao svest o paradoksalnosti pravnog rasuđivanja, paradoksalnosti koja je izraz sudijske slobode s jedne strane, i teškoća u kanalisiranju i ograničavanju te slobode, s druge strane. Najzad, u poslednjem delu rada govori se o nasleđu mehaničke jurisprudencije kao najvećoj prepreci u pravcu razvoja zrele metode svesti i afirmaciji dostojanstva pravničke struke. Kao primer u izloženom pravcu, postavili smo u međusoban odnos par procesnih pravnih načela, pre svega princip slobodnog sudijskog uverenja i princip akuzatornosti, uz pokušaj da dokažemo kako se princip akuzatornosti teorijski artikulisao i praktično razvio pod snažnim uticajem škole mehaničke jurisprudencije (zakonskog pozitivizma), i to na način da se derogira i devalviraju principi sudijske slobode i istine, kao i ravnopravnost krivičnoprocenih subjekata.

Sudijska nezavisnost – nepristrasnost – sloboda u odlučivanju

Sudijska nezavisnost je u modernoj pravnoj državi uzdignuta na nivo fundamentalnog ustavnog načela po principu bez nezavisnosti nema ni sudstva.¹ Međutim, značaj ovog principa prevazilazi teoriju i praksu konstitucionalizma. Princip sudijske nezavisnosti u suštini predstavlja oživotvorenje nekih viših principa pravnog poretka, pre svega principa zakonitosti, pravne jednakosti i pravne sigurnosti. Ovo je kontekst unutar kojeg treba posmatrati odnos principa sudijske nezavisnosti i nepristrasnosti. Naime, stiže se utisak da je taj odnos jednoznačan i da princip nepristrasnosti predstavlja ništa više nego operacionalizaciju načela sudijske nezavisnosti, odnosno da ovi principi predstavljaju dve strane jedne iste medalje. Ovaj stav proističe i iz programskih dokumenata iz ove oblasti. Na primer, *Evropska povelja o zakonu za sudije* uspostavlja znak jednakosti između ovih principa (Opšta načela – čl. 1.1). Nepristrasnost u izloženom smislu izvodi se iz principa sudijske nezavisnosti i u *IBA (International Bar Association) Minimum standardima nezavisnosti sudstva* iz 1982. godine (čl. 44, 45, u vezi sa čl. 1. c.), kao i u *Osnovnim načelima nezavisnosti sudstva* koja je izglasala Generalna Skupšti-

¹ Martin Shapiro, *Courts: A Comparative and Political Analysis*, Chicago - London 1986, 1. O tome u našoj literaturi gotovo na identičan način: Đorđe Tasić, *O jemstvima sudske nezavisnosti*, Beograd 1935, 6.

na UN 1985. godine (čl. 2). *Bangalorski principi sudijskog ponašanja* (2002. god.) takođe izvode nepristrasnost iz sudijske nezavisnosti, pri čemu nepristrasnost izjednačavaju sa objektivnošću u postupanju sudije (Vrednost 2, čl. 2.1–2.5). Kod nas, takav je slučaj sa *Etičkim kodeksom* koji je doneo Visoki savet sudstva 2011. godine, gde se pod nepristrasnošću podrazumeva objektivnost (čl. 2.1), kada je garant objektivnosti sudijska nezavisnost shvaćena kao vezanost zakonom.

Međutim, upada u oči da se u ovim i drugim programskim dokumentima i pozitivnim propisima, sudijska nezavisnost i nepristrasnost posmatraju pre svega polazeći od toposa logičko – mehaničke funkcije pravosuđa.² Suština ovog pristupa jeste u tome što se sudijska nezavisnost svodi na princip vezanosti zakonom (*iudex est lex loquens*).³ Tako je i u literaturi iz ove oblasti. Praktično jedino pitanje koje se tada problematizuje jeste razlikovanje između suštine ovog principa i garancija njegove primene. Na primer, I. Krbek smatra da u pojam ovog načela ulazi samo vezanost zakonom (supstancijalna, predmetna nezavisnost),⁴ dok svi drugi pravni instituti koji se odnose na nezavisnost sudstva (stalnost i nepokretnost sudija, imunitet, jedinstvo sudskog sistema, izbor i razrešenje sudija, itd.), predstavljaju materijalne i procesne garancije ostvarivanja ovog načela, ali ne izražavaju njegovu suštinu.⁵

Ovde treba naglasiti da najveći problem, na kraju krajeva, nije ni u tome što se sudijska nezavisnost svodi na vezanost zakonom, nego u tome što u literaturi iz ove oblasti upadljivo izostaje problematizovanje formule “vezanost za zakon”. Dalje, kada se uopšte elaborira princip vezanosti zakonom, onda se to radi, kao što je rečeno, polazeći od nasleđa mehaničke jurisprudencije, koje je izgleda najdublje tragove, zapravo najteže posledice, ostavilo upravo u teoriji ustavnog prava. To je naročito uočljivo u našoj literaturi iz ove oblasti. Tako na primer postupa trenutno najveći autoritet u materiji konstitucionalizma kod nas R. Marković, koji načelo sudijske nezavisnosti svodi na vezanost zakonom, sa jednog dogmatskog, pozitivističkog stanovišta.⁶

² Iako je u sporu između pokreta mehaničke i stvaralačke jurisprudencije praktično razobličena i dovedena do besmisla ideja o kategoričkom silogizmu kao modelu za objašnjenje prirode jurističkog rasuđivanja, što je, čini se, bila gotova stvar još u radovima pripadnika škole slobodnog prava, u literaturi iz pravne hermeneutike i dalje žilavo opstaje nasleđe pandektistike, škole egzegeze i drugih pravaca formalnog shvatanja procesa primene prava. O tome kod: Regina Ogorek, *Richterkönig oder Subsumptionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main 1986, 366. Interesantno je kako se čak i ideje slobodnopravnjaka (na primer Erliha) interpretiraju u pravcu pojmovne jurisprudencije: *Ibid.*, 200.

³ Na primer Etički kodeks sudija (čl. 1). Kada se radi o pozitivno – pravnim propisima, rešenje iz čl. 149. Ustava Republike Srbije takođe donosi standardnu formulaciju gde se pod sudijskom nezavisnošću podrazumeva vezanost zakonom.

⁴ Ivo Krbek, *Garancije sudijske nezavisnosti*, Beograd 1935, 2.

⁵ *Ibid.*, 4–5. Suprotno kod: Đ. Tasić, 10.

⁶ Ratko Marković, *Ustavno pravo*, Beograd 2011, 504. Izloženu konstataciju potvrđuje poslednji veliki skup održan na temu nezavisnosti sudstva kod nas. Rezultati ovog savetovanja u zborniku: *Zakonodavni i institucionalni okvir nezavisnog sudstva u Republici Srbiji*, Niš 2009, ur. M. La-

Posmatrano sa stanovišta mehaničke jurisprudencije (teorije egzegeze, pojmovne jurisprudencije, zakonskog pozitivizma), sudijska nezavisnost, tj. vezanost zakonom zahvata se u kontekstu ideje o sadržinskoj i logičkoj zaokruženosti i potpunosti pravnog poretka. Tada se vezanost zakonom ispoljava kao sloboda od svakog spoljnog upliva, sloboda od svakog autoriteta koji je izvan zakona,⁷ dok se sudijska nezavisnost tretira kao nepristrasnost, tj. objektivnost u smislu formalnog (logičkog) zaključivanja, kada se činjenično stanje (mala premisa) podvodi pod neku opštu normu (velika premisa silogističkog zaključka), i kada upravo ta logička forma, sama po sebi, predstavlja garanciju objektivnog odlučivanja u postupku primene prava. Konačno, ovde se uspostavlja takav odnos između ova dva principa da nepristrasnost (objektivnost) u odlučivanju predstavlja model jednostavne operacionalizacije načela sudijske nezavisnosti.

Međutim, još u vreme dok je teorija konstitucionalizma utemeljena na postulatu sudijske nezavisnosti shvaćene kao vezanost za zakon po modelu zakonskog pozitivizma bila u povoju,⁸ usledila je snažna reakcija na ovo teorijsko i metodsko stanovište u pravnoj nauci. Ovde mislimo pre svega na pokret slobodnog prava koji je za sudiju tražio više slobode nego što predviđa vezanost zakonom shvaćena na način mehaničke jurisprudencije. Naravno, ne zaboravljamo ni druge struje mišljenja u teoriji prava i pravnoj metodici koje su se suprotstavile ova-ko shvaćenoj sudijskoj nezavisnosti i minimiziranju hermenutičke pozicije sudije u procesu primene prava (interesna i vrednujuća jurisprudencija u Nemačkoj, Ženijeva reakcija u Francuskoj, sociološka jurisprudencija i pravni realizam na tlu SAD, skandinavski pravni realizam, pre svega u radovima A. Rosa, novija konstruktivna teorija tumačenja prava u SAD – A. Marmor, pokret živog ustava, odnosno sudijskog aktivizma unutar Vrhovnog suda SAD s kraja XX veka, teorija argumentacije, topička tradicija, hermeneutički postmodernizam u Nemačkoj i Francuskoj - Simon, Hasemer, Derida, itd.).

zić, I. Pejić. Ništa bolje stvari ne stoje ni kada se osvrnemo na periodiku. Vezanost zakonom kao suština principa sudijske nezavisnosti, ako se uopšte problematizuje, onda se to radi sa stanovišta mehaničke jurisprudencije: Vukašin Ristić, "Nezavisnost sudstva", *Pravni život* 12/2002, 65-90. Marija Salma, "Nezavisnost sudovanja", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 3/2003, 255-264. Vera Marković, "Nezavisnost sudstva", *Pravni život*, 13/2007, 693-700. Među mladim nastavnicima na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu ova tema je naročito prisutna kod T. Marinkovića. On se na primer, poziva na teoriju društvenog ugovora kako bi objasnio značaj načela sudijske nezavisnosti. Međutim, ni kod njega, makar u naznakama, nema problematizovanja pitanja vezanosti zakonom u kontekstu spora između mehaničke i stvaralačke jurisprudencije: Tanasije Marinković, "Pravna jemstva sudijske nezavisnosti", *Ustavno pitanje u Srbiji* (ur. M. Petrović), Niš 2004, 293-297. Čast teorije konstitucionalizma u ovom smislu kod nas brani, a ko će drugi, jedino J. Đorđević, kada kaže da nezavisnost suda i vezanost zakonom nisu sinonimi niti se mogu izjednačiti. Međutim, on nije probudio ovaj stav, niti se tim povodom izričito izjasnio u nekom smeru: Jovan Đorđević, *Ustavno pravo*, Beograd 1976, 810.

⁷ I. Krbek, 2.

⁸ R. Ogorek, 4-5.

Ne želeći da skrećemo isuviše sa glavnog toka razmišljanja u odnosu na ciljeve rada, izložićemo samo nekoliko efektivnih citata pojedinih autora iz tabora stvaralačke jurisprudencije, koji potpuno razobličuju sliku sudije - logičkog automata, i izloženo, redukcionističko gledište o suštini principa sudijske nezavisnosti. Tada, ne možemo a da ne započnemo pozivanjem na H. Kantoroviča, sigurno najznamenitijeg predstavnika slobodnopravnog pokreta. Još na prelazu iz XIX u XX vek on je briljantnom kritikom pojmovne jurisprudencije ukazao da ideja savršenog i potpunog pravnog poretka krije u sebi jednu golemu fikciju iza koje ne stoji nikakva realnost već prazan zvuk reči i crnilo štampane hartije.⁹ Od ove, samo je veća fikcija o objektivnosti sudijskog odlučivanja zbog čega se jurisprudencija vazda suočavala sa nemogućim zadatkom da "s malim brojem svojih ključeva otključa sve brave, pa tako nije mogla izbeći da se čas lati kalauza a čas da razbija brave: čas da pravi konstrukcije koje su bile toliko nasilne da je njihova nespojivost sa zakonskim tekstom postajala očigledna i najmaloumnijem oku, čas da, obrnuto, držeći se zakona, postiže rezultate koji su se nalazili u vapijućoj protivrečnosti s potrebama života".¹⁰ Pomenimo ovde dva znamenita predstavnika topičke obnove u XX veku, T. Fivega i H. Perelmana koji takođe ubedljivo ukazuju na zablude o objektivnosti koja se izvodi iz vezanosti zakonom. Fiveg govori o tome kako aksiomatizacija nije dovoljna da bi se shvatila struktura pravnčkog rezonovanja,¹¹ a Perelman u istom smislu zaključuje: "Ono što je specifično pravno 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 utvrđivanja tih premisa u okviru važećeg pravnog sistema".¹²

Na tlu SAD, R. Paund, rodonačelnik sociološke jurisprudencije, takođe izlaže oštroj kritici model deduktivnog izvođenja iz *a priori* koncepcija,¹³ a tome se pridružuje i predstavnik pravnog realizma K. Levelin, koji kaže da su životne situacije iz kojih proističu sporovi toliko složene da je u njihovom razrešavanju sudija uglavnom prepušten sam sebi.¹⁴

U našoj literaturi, u okviru istraživanja topičke tradicije, J. Hasanbegović izlaže oštroj kritici pokušaje da se pravno rasuđivanje podvede pod pravila formalne logike, odnosno shvatanja koja smatraju da pravni silogizam garantuje tačnu (objektivnu) primenu prava.¹⁵

⁹ Herman Kantorovič, *Borba za pravnu nauku*, Beograd 2006, 25.

¹⁰ *Ibid.*, 22.

¹¹ Teodor Fiveg, *Topika i jurisprudencija*, Beograd 1987, 108.

¹² Haim Perelman, *Pravo, moral i filozofija*, Beograd 1983, 95.

¹³ Roscoe Pound, "Mechanical Jurisprudence", *Columbia Law Review* 8/1908, 608.

¹⁴ Karl N. Llewellyn, "A Realistic Jurisprudence: The Next Step", *Jurisprudence: Realism in the Theory and Practice*, Chicago 1962, 17.

¹⁵ Jasminka Hasanbegović, "O pravnom silogizmu", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 2-3/1996, 166.

U isto vreme, unutar pokreta stvaralačke jurisprudencije, kritiku formalne logike kao modela za objašnjenje prirode pravnog rasuđivanja i zasnivanja objektivnosti (nepristrasnosti) tumačenja, prati zalaganje za slobodu sudijskog odlučivanja, tj. konstruktivizam u tumačenju prava. To je slučaj sa A. Rosom koji govori o tome da je tumačenje integracija mnogostrukih vrednovanja, a da "svrha zakona ukazuje samo na pojedinačni obzir unutar ovoga mnoštva".¹⁶ Naročito ukazujemo na američki konstruktivizam koji se kao struja mišljenja artikulisao kroz rasprave o sudijskoj nezavisnosti u sklopu rada Vrhovnog suda SAD. Radi se o pokretu sudijskog aktivizma, koji se vezuje pre svega za stavove sudije Stivena Brejera, a kao reakcija na teorijski konzervativizam (tekstualizam, originalizam), takođe sudije ovog suda Antonina Skalijske.¹⁷ U pogledu konstruktivne teorije tumačenja, odnosno zalaganja za slobodu sudijskog odlučivanja, danas se naročito ističe još jedan američki autor – A. Marmor. Njegov konstruktivizam u tumačenju ne polazi sa terena pravne hermeneutike već lingvistike, poredeći semantički i pragmatički pristup u analizi pojma "značenja", kada se on zalaže za ovaj drugi put.¹⁸ Polazeći od toga da smisao neke rečenice ne možemo odrediti nezavisno od njenog negovornog (vanjezičkog) sadržaja,¹⁹ on zaključuje da se semantika bavi značenjem u čisto jezičkom smislu, dok se tumačenje bavi značenjem u pragmatičkom smislu.²⁰ To konačno podrazumeva stav da tumačenje nije tek otkrivanje značenja, već je nešto novo i nešto drugo u odnosu na jezičko (bukvalno) značenje, odnosno da je tumačenje pripisivanje značenja nekom iskazu (nekom predmetu kako kaže A. Marmor).²¹

Naravno, ne smemo zaboraviti da ukazemo na postmodernističke tendencije u nemačkoj pravnoj hermeneutici koje dobijaju dimenziju otvorenog volontarizma (decezionizma). Pomenućemo ovde samo pristup V. Hasemera, doajena pravne teorije nemačkog kulturnog kruga, koji tvrdi da se kriterijum tumačenja norme krije u glavi sudije i nigde drugde.²²

Ovde stajemo u prikazu ideja pokreta stvaralačke jurisprudencije. Smatramo da i suženi izbor literature na koju smo se pozvali nedvosmisleno i ubedljivo ukazuje na velike manjkavosti onih shvatanja u jurisprudenciji koja se oslanjaju na zakonski pozitivizam i mehaničku jurisprudenciju u pokušaju teorijskog arti-

¹⁶ Alf Ros, *Pravo i pravda*, Podgorica 1996, 173.

¹⁷ Detaljnije kod: Mira Gur-Arie, "Američka jurisprudencija u trećem milenijumu", *Američka jurisprudencija XX veka* (ur. G. Vukadinović, A. Kartag-Odri), Novi Sad 2006, 12-17.

¹⁸ Andrei Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, Oxford-Portland 2005, 11-12.

¹⁹ *Ibid.*, 19.

²⁰ *Ibid.*, 15, 28.

²¹ *Ibid.*, 15-16, 22.

²² Winfried Hassemer, "Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik", *Rechtstheorie* 1/2008, 10-11.

kulisanja principa sudijske nezavisnosti. Za potrebe ovog rada, bitno je ukazati da je suština konstruktivističke kritike prilikom razmatranja postulata sudijske nezavisnosti u ukazivanju na dvostruku slobodu kroz koju se ispoljava priroda tog postulata: pored slobode od spoljašnjih uticaja to je i sloboda sudije u odlučivanju koja u sebi podrazumeva i izvesnu slobodu od zakona.

Razmatranje postulata sudijske nezavisnosti u kontekstu ideje o sudijskoj slobodi ukazuje na kompleksan, i u krajnjoj liniji antinomičan karakter relacije sudijska nezavisnost – nepristrasnost, jer se u toj relaciji ne mogu pomiriti na neprotivrečan način sloboda i objektivnost. Drugim, rečima, stanovište stvaralačke jurisprudencije negira mogućnost da se sudijska nezavisnost posmatra u smislu objektivnosti formalnog tipa, kada se postulira visok stepen pouzdanosti jurističkog rasuđivanja, pouzdanosti koja proističe iz logičkog odnosa premise i zaključka. Slikovito rečeno, antinomičnost relacije sudijska nezavisnost – nepristrasnost (objektivnost), a s obzirom na suštinu pravnog rasuđivanja, možda ponajbolje možemo izraziti formulom: sudijska sloboda kao put od nezavisnosti do nepristrasnosti. Na kraju, u odnosu na izloženu protivrečnost u sagledavanju principa sudijske nezavisnosti nalazimo se pred dvostrukim izborom: ili da nepristrasnost shvaćenu na način zakonskog pozitivizma isključimo iz kategorijalnog aparata pravne metodike i odgovarajućih programskih dokumenata koja obrađuju materiju sudijske etike; ili da sadržinu principa sudijske nepristrasnosti drugačije formulišemo.

Imajući u vidu da je topos sudijske nepristrasnosti - kao krucijalni aspekt ispoljavanja načela nezavisnosti sudstva – neizbežan način sagledavanja pravničke profesije u literaturi, a polazeći od toga da se radi o principu duboko ukorenjenom i u svesti pripadnika pravničke struke kao presudnom faktoru profesionalne samorefleksije, te imajući u vidu da se radi o principu koji u svojoj krajnjoj suštini izražava težnju hermeneutičkog zadatka i značaj pravničke profesije, čini se da je celishodnije ovo drugo rešenje. To rešenje, opet, zahteva dubinsku, zapravo suštinsku preformulaciju principa nepristrasnosti, a sve imajući u vidu da na taj način treba izraziti bitne aspekte principa sudijske nezavisnosti i druge standarde pravničke profesije.

S obzirom na ovaj predlog, ostaje nam da se izjasnimo o tome kako sadržinski artikulirati princip nepristrasnosti polazeći od momenta stvaralaštva i slobode u sudijskom odlučivanju, a imajući u vidu i sve ostale standarde pravničke profesije,²³ kao i njen značaj i funkcije.²⁴

U tom pravcu, smatramo da sudijsku nepristrasnost utemeljenu na slobodi kao metodu tumačenja i primene prava treba posmatrati ne kao objektivnost for-

²³ Videti o osobinama pravničke profesije u našem radu: Saša Bovan, *Osnovi sociologije i sociologija prava*, Beograd 2008, 197–199.

²⁴ Roger Cotterell, *The sociology of Law*, London-Dublin-Edinburgh 1992, 205–244, Mathieu Deflem, *Sociology of Law: vision of a scholarly tradition*, Cambridge 2008, 181–197, Vincenco Ferrari, *Pravo i društvo*, Podgorica 2011, 143–173.

malnog ili scijentističkog tipa, već kao poseban odnos prema pravničkoj profesiji, odnos koji se zapravo ispostavlja kao jedna vrsta specifične i naglašene posvećenosti pravničkom pozivu. U koncepciji koja se ovde izlaže, posvećenost pravničkom pozivu kao drugo ime za nepristrasnost zasnovanu na slobodi sudijskog odlučivanja zahteva podrobnije razjašnjenje, jer samo tako možemo sagledati najdublju suštinu pravničke struke. U tom pravcu, formulisaćemo još jednu triparticiju: posvećenost – dignitet – odgovornost, koja omogućava konačnu realizaciju ciljeva ovog istraživanja. Tada, posvećenost je zapravo sinonim za dignitet (dostojanstvo) pravničke struke, pri čemu sinonimnost ova dva pojma u suštini izražava ideju o tome da sudijsku nezavisnost i nepristrasnost treba posmatrati kao poseban oblik sudijske (pravničke) odgovornosti. O ovome će biti reči u sledećem delu ovog rada.

Posvećenost pravničkom pozivu – profesionalni dignitet – odgovornost

Uspostavljena triparticija podrazumeva, kao prvo, izjednačavanje posvećenosti pozivu i sudijskog (pravničkog) dostojanstva. Sinonimnost ovih pojmova već na prvi pogled deluje kao logična i prirodna. Naravno, pre toga treba reći šta se u ovom radu, i inače, podrazumeva pod sintagmom “posvećenost pravničkom pozivu”. Posvećenost o kojoj je ovde reč nije tek sinonim za prilježnost i savesnost u radu, što je, uostalom, normativni standard svake društveno diferencirane i priznate profesije.²⁵ Posvećenost pravničkom pozivu, polazeći od težine hermeneutičkog zadatka, te značaja i funkcija pravničke profesije, uvek i svuda, naročito u pravosudnoj delatnosti, ispoljava se kao težnja ka pravdi, ili bolje reći kao borba za pravdu.

Prema tome, ako je pravda vrlina nad vrlinama (*iustitia est domina et regina virtutem*), prvi princip pravnog poretka, princip koji izražavaju ideju društvenog reda a time i suštinu čoveka i ljudske društvenosti (*suum quique tribuere, honeste vivere, neminem ledere*), onda posvećenost pravničkom pozivu, kao borba za pravdu, podrazumeva izražen stručni, ali i lični integritet, jedan ljudski teret, ali i privilegiju i posebnu čast, jednu vrlinu koja se ne može drugačije imenovati nego kao dostojanstvenost, kada dostojanstvenost, kao zbir kvaliteta i zahteva koji se postavljaju pred pravnik (naročito sudiju), predstavlja reč i osobinu koja ovu delatnost uzdiže iznad svih ostalih društvenih profesija.²⁶

Opet, kada posvećenost i dostojanstvo pravničke profesije posmatramo posredstvom pravde kao najtežeg profesionalnog izazova i uzvišenog pravničkog

²⁵ Milovan Mitrović, *Sociologija*, Beograd 2005, 329–336.

²⁶ Ne samo za potrebe ovog rada i u izloženom kontekstu, nego i inače pravnoj aksiologiji, postoji struja mišljenja koja smatra da se sve pravne vrednosti mogu svesti na pravdu. Videti kod: T. Fiveg, 114. Ovaj pristup dodatno argumentuje ideju o sinonimnosti pojmova “posvećenost pravničkom pozivu” i “dignitet pravničke profesije”, jer izricanje pravde se najbolje može predstaviti ovim pojmovima.

zadatka,²⁷ dostojanstvenost, po svojoj suštini, ne može biti ništa drugo nego poseban oblik odgovornosti pravničke profesije. Dostojanstvenost kao posvećenost pozivu i kao borba za pravdu, predstavlja zapravo raspolaganje božanskim ovlašćenjima, odlučivanje o ljudskim sudbinama, pa se naprosto ne može drugačije razumeti ni objasniti nego kao poseban oblik odgovornosti pripadnika pravničke struke. Ovoj smo temi već posvetili posebnu pažnju u jednom prethodnom radu, kada je bilo reči o oblicima pravničke odgovornosti.²⁸ Tada je ukazano kako se profesionalna odgovornost pravника ne može posmatrati samo kroz normativni okvir koji predviđa krivičnu, građansku ili disciplinsku odgovornost (pre svega pripadnika pravosudnih delatnosti) u izvršavanju njihovih funkcija.²⁹ Isto tako, ukazano je da profesionalnu odgovornost pravника ne možemo posmatrati kao poseban oblik odgovornosti u smislu povišenog stepena ove odgovornosti. Ovde je u pitanju jedna dimenzija odgovornosti drugačije prirode u odnosu na profesionalnu odgovornost. To je odgovornost koja proističe iz slobode kao metoda rada sudije sa jedne strane, i delikatnosti ovlašćenja koja su mu poverena, sa druge strane. U krajnjoj liniji, ovde se radi o odgovornosti za struku koja u sebi podrazumeva i odgovornost za pravni poredak kao i odgovornost za ukupni društveni poredak.

Sve u svemu, posvećenost pravničkom pozivu shvaćena kao borba za pravdu, tj. dignitet profesije kao brana od iskušenja i pritisaka u toj borbi, i profesionalna odgovornost koja predstavlja brigu za društveni red i društveni poredak, izražavaju zapravo, u svojoj suštini, svest o značaju, funkcijama i težini pravničke profesije. Najzad, postavlja se pitanje šta su osnovne pretpostavke ovako shvaćene odgovornosti, posvećenosti, odnosno digniteta pravničke profesije.

U uvodnom delu ovog rada ukazano je da se može govoriti o tri grupe pretpostavki profesionalnog dostojanstva, gde spadaju pretpostavke koje garantuje društvo, one koje se odnose na ličnost sudije, i one koje proističu iz prirode pravničke profesije. O prve dve grupe pretpostavki nećemo detaljnije govoriti u ovom radu. To ne znači da se umanjuje njihov značaj. Na primer, nemoguće je govoriti o posebnosti pravničke profesije u bilo kom smislu i kontekstu bez pozivanja na princip podele vlasti, što je ključna pretpostavka pravničkog digniteta koju garantuje društvo (država). U grupu ovih pretpostavki, ništa manje značajnih, spada i obaveza društva da obezbedi odgovarajući materijalni standard nosilaca pravosudnih funkcija, kao i njihovu slobodu izražavanja i udruživanja. Ovde spadaju i nespojivost pravosudnih funkcija sa drugim funkcijama, stalnost funkcije, precizne procedure o izboru i razrešenju nosilaca pravosudnih funkcija, itd. Kada se

²⁷ Slobodan Perović, *Sudijska nezavisnost*, Beograd 1998, 17.

²⁸ Saša Bovan, "Sudijska nezavisnost – sloboda kao preuzimanje odgovornosti", *Pravni život* 12/2011, 779–794.

²⁹ Zoran Krstić, "Samostalnost sudstva i odgovornost sudija", *Zakonodavni i institucionalni okvir nezavisnog sudstva u Republici Srbiji* (ur. M. Lazić, I. Pejić), Niš 2009, 66–73.

radi o pretpostavkama koje se odnose na ličnost sudije, svi programski dokumenti i normativna rešenja iz ove oblasti predviđaju obavezu usavršavanja i primerenost u ponašanju, opet pre svega nosilaca pravosudnih funkcija, ali i advokata. Ovi standardi su visoko na listi imperativa koji se postavljaju pred pravnički stalež, pri čemu, na primer, primerenost u ponašanju odnosno dostojnost, predstavlja i osnov za razrešenje sudija.

Ipak, u radu će se naveći značaj posvetiti pretpostavkama pravničkog digniteta koje proističu iz prirode i osnovnih principa pravničke struke, pri čemu te pretpostavke obuhvatamo pojmom metodske svesti.

Metodska svest kao svest o paradoksalnosti pravnog rasuđivanja

Konstruktivna teorija tumačenja, suprotstavljajući se hermeneutičkom realizmu Šlajermahera, Hirša i Betija, ističe kreativni karakter interpretacije, tj. da tumačenje nije tek otkrivanje, već pre svega formiranje značenja. U pravnoj hermeneutici ovu ideju baštini pokret stvaralačke jurisprudencije, koju je najsmelije izrazila škola slobodnog prava, naročito H. Kantorovič, kada govori o slobodi kao metodu rada sudije.³⁰ Međutim, pravna hermeneutika nakon kratkog uzleta slobodnopravnjaka izbegava da proces tumačenja i primene prava, odnosno prirodu pravnog rasuđivanja posmatra polazeći od kategorije sudijske slobode. Ovu činjenicu konstatuje A. Ros, pitajući se i sam šta je uzrok prikrivanja prave prirode sudijskog odlučivanja.³¹ Ne ulazeći ovom prilikom u razjašnjenje tog pitanja, želimo da istaknemo kako to ne menja suštinu stvari, i kako postoji niz razloga zašto je sloboda pojam koji najpreciznije i najpotpunije izražava prirodu pravničkog rezonovanja, naročito sudijskog rada. Jedan od ključnih sigurno je namerna nedovršenost zakona o kojoj govori A. Kaufman,³² odnosno otvoreni sadržaj zakona, kako se na ovu temu izjašnjava H. Hart,³³ pod čime se podrazumeva činjenica opštosti a to znači i sadržinske neodređenosti zakonskih odredbi. Pored toga, u procesu primene prava suočavamo se i sa sadržinskom neodređenošću vrednosnih načela koja se štite zakonom i na kojima se temelji pravni poredak.³⁴ U procesu primene prava suočavamo se i sa složenim i dinamičkim društvenim odnosima koju je teško normativno zahvatiti. Osim toga, sloboda sudije u tumačenju propisa proističe i iz nepouzdanosti postojećih kanona tumačenja prava, za koje A. Ros kaže da su samo pokušaj da se ograniči i kanališe sudijska sloboda.³⁵ Na-

³⁰ Podrazumeva se naravno da se metodska sloboda o kojoj je ovde reč ne može izjednačiti sa institutom slobodne ocene dokaza u krivičnom i parničnom postupku, od kojih je umnogome šira.

³¹ A. Ros, 167, 181.

³² Artur Kaufman, *Pravo i razumevanje prava*, Beograd-Valjevo 1998, 30.

³³ Herbert Hart, *Pojam prava*, Podgorica-Cetinje, 1994, 163.

³⁴ H. Perelman, 40. 92.

³⁵ A. Ros, 180.

ravno, podrazumeva se i nesavršenost jezika koja uvek stoji na putu uspešnog tumačenja. Najzad, kontekstualni karakter tumačenja i aksiološka priroda značenja (značenje je uvek značenje za nekoga i značenje o nečemu), koji su najvažniji izvor hermeneutičkog nsporazuma, naročito dolaze do izražaja u procesu tumačenja pravnih normi i čine da je sloboda ključni metod primene prava.³⁶

Ako prihvatimo izloženo rezonovanje i otvoreno se suočimo sa činjenicom o velikoj slobodi koja sudiji stoji na raspolaganju u postupku izricanja pravde, moramo biti svesni i toga da pravno rasuđivanje, uvek i neizostavno, podrazumeva jedan nesagledivi i teško premostivi paradoks. Naime, radi se o tome da proces primene prava s jedne strane, iz izloženih razloga, podrazumeva visok stepen slobode u odlučivanju, ali slobodu, koju s druge strane, prati odsustvo pouzdanih kriterijuma odlučivanja (tumačenja), odnosno odsustvo koliko toliko pouzdanih metoda ograničavanja i kanalisanja te slobode. Posebnu težinu ovom paradoksu daje činjenica što sudijsko odlučivanje zapravo podrazumeva odlučivanje o ljudskim sudbinama, što sudijska sloboda podrazumeva božanska ovlašćenja koja izazivaju ozbiljne posledice kako na pojedinačnom, tako i na širem, socijalnom planu.

Konačno, kada se postave u međusobni odnos ovako shvaćena suština pravnog rasuđivanja i dignitet pravničke profesije, može se sasvim osnovano izvesti zaključak da je svest o izloženom paradoksu manifestacija najviše i najzrelije methodske svesti jurista, da je to jedini pravi put jurističke samospoznaje, da je svest o ovom paradoksu ključni izvor digniteta (posvećenosti, odgovornosti) pravničke profesije, i u krajnjoj liniji, ključni izvor svesti o značaju, težini i funkcijama ove profesije. Drugim rečima, methodska samospoznaja kao spoznaja o jurističkoj slobodi, a po tom osnovu i paradoksalnosti pravnog rasuđivanja, najvažniji je izvor i garancija digniteta pravničke struke.

Ovo sveto trojstvo procesa izricanja pravde, utemeljeno na jurističkoj slobodi kao metodu tumačenja prava, koje se ispoljava kao svojevrsni methodski paradoks, naglašavamo to još jednom, podrazumeva jedan kopernikanski obrt u razmatranju ključnih problema jurističke metodologije, pre svega pitanja prirode kanona objektivnog tumačenja prava i prirode jurističkog zaključak. Može se na primer ustvrditi da kanon objektivnog tumačenja moramo formulisati u jednoj realističkoj varijanti, kao što to čini F. Bidlinski, kada objektivni metod tumačenja prava definiše kao traganje za ciljevima zakona polazeći od realnih društvenih odnosa,³⁷ a ne kao traganje za normativnim smislom zakona, što je idealističko shvatanje objektivnog metoda, koje na primer zastupa K. Larenc.³⁸ Ova prome-

³⁶ Ovoj temi posvetili smo odgovarajući značaj u monografiji: Saša Bovan, *Slučaj tumačenja kao utemeljenje hermeneutičkog postupka*, Beograd 2013, 13–47.

³⁷ Franc Bidlinski, *Pravna metodologija*, Podgorica 2011, 32.

³⁸ Karl Laranc, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1960, 253–257.

na perspektive bila bi pokušaj da se u činjenicama slučaja tumačenja pronade kriterijum ograničavanja i kanalisanja jurističke slobode, jer Larencovo shvatanje ne sadrži nikakav pouzdan kriterijum tumačenja, već predstavlja jednu zvučnu, ali praznu konstrukciju, koja čini da objektivno tumačenje postaje subjektivnije od subjektivnog tumačenja.³⁹ Polazeći od značaja činjeničnih pitanja za razmatranje kriterijuma tumačenja, a sve imajući u vidu da sloboda predstavlja ključni metod tumačenja pravnih normi, možemo reći da u svojoj suštini pravno rasuđivanje moramo posmatrati ne samo kao *tehne* i *phronesis*, nego i kao *episteme*, jer odgovarajuća obrada činjenica, tek kada se odvija po logici naučne (sociološke) analize, može da posluži kao pouzdan (realistički, pragmatički) kriterijum tumačenja prava.

Ipak, ovu diskusiju nećemo razviti u izloženom pravcu, između ostalog jer na pomenuta pitanja spremamo jedan obimniji rad. Međutim, jedan važniji razlog upućuje nas na drugi kolosek razmišljanja. Naime, polazeći od pretpostavke o tome da tumačenje prava treba posmatrati kroz ideju o nepouzdanosti kano- na tumačenja i ideju jurističke slobode, a imajući u vidu malopre izložene razloge, postavili smo sebi zadatak da na ravni pravnog poretka, odnosno posebnih pravnih instituta pojedinih grana prava pronalazimo primere koji izražavaju uticaj i tekovine pokreta stvaralačke ali i mehaničke jurisprudencije, a sve u pravcu istraživanja njihovih doprinosa za optimalno funkcionisanje pravnog poretka, odnosno efikasnu primenu prava. Naravno, jedan tako ambiciozan zadatak prevazilazi moći i sposobnosti svakog pojedinca, a inače, i kada su uspešni, takvi napori ne ističu u potrebnoj meri hermeneutičke pretpostavke na kojima se zasnivaju i njihove konsekvence u pravnoj praksi. Mislimo da upravo pokušaj detektovanja tragova škole mehaničke ili stvaralačke jurisprudencije u prirodi i funkcionisanju pravnih instituta pojedinih grana prava predstavlja najbolji način da se pravni sistem, pravni poredak i pravnička profesija posmatraju iz hermeneutičke, a to znači i metodsko - praktične perspektive, kada možemo, između ostalog, na pouzdan način istraživati i odnos između metode svesti i pravničkog digniteta.

*Nasleđe mehaničke jurisprudencije kao ključna prepreka
u razvoju metode svesti i pravničkog dostojanstva*

U skladu sa izloženim pristupom već smo sproveli odgovarajuća istraživanja. Tako smo za potrebe diskusije na Kopaoničkoj školi prirodnog prava obrađivali problem pravičnosti u pravnom poretku, gde smo na primerima više grana materijalnog i procesnog zakonodavstva pokušali da ukažemo kako je princip pravičnosti široko prisutan i kako u svojoj suštini ovaj princip predstavlja jedan od ključnih doprinosa pokreta stvaralačke jurisprudencije jurističkoj hermeneutici, u pravcu isticanja jurističke slobode kao metoda tumačenja prava. U jednom

³⁹ A. Ros, 147.

drugom radu, opet na temu slobode kao metoda rada sudije, uz dosta vremena utrošenog na analizu sudske prakse Vrhovnog kasacionog suda, i uz još više sreće, uspjeli smo da pronađemo primere *contra legem* judiciranja u praksi najviše sudske instance našeg pravosudnog sistema, primere koji na poseban način potvrđuju tezu o jurističkoj slobodi kao metodu tumačenja i primene prava.⁴⁰

Međutim, u nizu drugih radova, na primer kada smo istraživali princip sudijske nezavisnosti, a kao što smo ukazali i u ovom članku, naprosto je fascinirajuće kako obrada ovog principa u pravnoj teoriji, i njegovo funkcionisanje u pravnoj praksi, i dalje ispoljava prevagu i sve negativne posledice škole mehaničke jurisprudencije, odnosno zakonskog pozitivizma. I u ovom radu ćemo se ukratko zadržati na još par principa pojedinih grana prava koji su artikulirani pre svega pod uticajem škole mehaničke jurisprudencije. Tada, želimo da ukažemo da takva rešenja, koja nalaze svoje mesto i u pozitivnom zakonodavstvu, rešenja koja zapravo negiraju sudijsku slobodu, u krajnjoj liniji, i posmatrano u kontekstu ciljeva ovog rada, predstavljaju najozbiljniju smetnju razvoju zrele methodske svesti jurista, odnosno predstavljaju najozbiljniju prepreku jurističke samospoznaje i afirmacije profesionalnog dostojanstva pravničkog staleža.

Među principe primene prava i artikulisanja fizionomije pravničke struke, koji po svom značaju spadaju odmah pored principa pravičnosti i sudijske nezavisnosti, koji predstavljaju temeljne principe procesnog prava, a ukazuju na dominaciju zakonskog pozitivizma, ubrajamo načelo slobodne ocene dokaza i slobodnog sudijskog uverenja. Zapravo, ova dva principa inicijalno predstavljaju primer i dokaz prodora pokreta stvaralačke jurisprudencije u pravnu metodologiju. U svojoj suštini radi se o jednom principu koji ima dva svoja lica, jer kako ističe M. Škulić “ s jedne strane, sudija ne može imati slobodno uverenje ukoliko nema pravo da slobodno ocenjuje dokaze, dok se s druge strane, dokazi ne mogu slobodno ocenjivati, ukoliko sudija nema mogućnost sticanja slobodnog uverenja, odnosno slobodnog rasuđivanja o tome šta je dokaz u konkretnom krivičnom postupku”.⁴¹ Čisto u teorijskom smislu, ova načela je moguće eventualno razlikovati u pogledu njihove funkcije, pa bi tako načelo slobodne ocene dokaza spadalo u dokazna načela, a načelo slobodnog sudijskog uverenja u načela donošenja sudskih odluka.⁴² Novija nomotehnička praksa u ovoj oblasti, kao i naš Zakonik o krivičnom postupku sa poslednjim izmenama iz 2013. godine (ZKP), ova dva načela tretira u jedinstvu, pa se u čl. 16, st. 3. ZKP ovaj pristup lapidarno izražava formulacijom da izvedene dokaze sud ocenjuje po slobodnom sudijskom uverenju. Slobodno sudijsko uverenje podrazumeva da sud, nezavisno od bilo kojih spoljašnjih okol-

⁴⁰ Saša Bovan, “Contra legem judiciranje – pandorina kutija pravne hermeneutike”, *Analiti Pravnog fakulteta u Beogradu* 2/2012, 95–116.

⁴¹ Milan Škulić, *Krivično procesno pravo*, Beograd 2012, 78.

⁴² *Ibid.*, 58, 76–79.

nosti, rukovođen samo činjenicama slučaja i zakonom, a polazeći od principa istine i pravičnog odlučivanja, ocenjuje dokaze i donosi odgovarajuću odluku.

Međutim, postoje neka druga načela krivične procedure, takođe nezaobilazna u ovoj oblasti, u čijoj teorijskoj obradi i primeni u praksi dominira pristup mehaničke jurisprudencije, što u konačnici devalvira i derogira načelo slobodnog sudijskog uverenja i čitavu seriju drugih principa postupka primene prava (sudijska nezavisnost, materijalna istina, pravičnost, itd.) koji su tekovina pokreta stvaralačke jurisprudencije.

Ovde mislimo pre svega na princip akuzatornosti koji podjednako dolazi do izražaja u krivičnoj i građanskoj procesnoj materiji, pri čemu je njegova primena u krivičnom postupku naročito indikativna za raspravu koju smo preduzeli. Načelo akuzatornosti izloženo je u čl. 5, st. 1. ZKP (isto: čl. 331. st. 1), gde se kaže da se krivični postupak pokreće po zahtevu ovlašćenog tužioca (*nemo iudex sine actore*). Ovaj princip krivične procedure zapravo govori o razdvojenosti osnovnih krivičnopравnih funkcija (monofunkcionalnost), pre svega funkcije krivičnog gonjenja i funkcije presuđivanja. U teoriji se smatra da odvajanje krivičnopравnih funkcija predstavlja najbolju odbranu od sudijske samovolje, da je to garancija sudijske slobode i najbolji put ka materijalnoj istini u postupku primene prava,⁴³ odnosno ključni uslov pravičnog krivičnog postupka.⁴⁴

Međutim, širenje principa akuzatornosti može proizvesti i izvesne negativne posledice. Jedan od ključnih problema, na koji se ukazuje i u našoj literaturi s pozivom na uporedopravna iskustva, jeste dokazna pasivizacija suda, s obzirom da potpuno adverzijalni model glavnog pretresa težište procesnih aktivnosti premešta sa suda na stranke.⁴⁵ Ovim se narušava, kako to ističe M. Škulić kritikujući ovakvo rešenje u čl. 15. našeg ZKP-a, princip materijalne istine jer sud može izdati nalog strankama radi preciziranja dokaza, ili može preduzeti njihovo izvođenje kada su ti dokazi protivrečni (čl. 15, st. 3 ZKP), ali nije u obavezi da dublje zalazi u dokazni postupak radi potpunog razjašnjenja predmeta suđenja.⁴⁶ Sledeća negativna posledica stranački oblikovanog postupka jeste nepovoljan položaj okrivljenog, pogotovo u našem krivičnoprocесnom zakonodavstvu, s obzirom da za najveći broj krivičnih dela nije obavezan branilac, čime se narušava i načelo pravičnog postupka.⁴⁷ Položaj okrivljenog dodatno otežavaju razne forme konsesual-

⁴³ M. P. Čubinski, *Naučni i praktični komentar Zakonika o sudskom krivičnom postupku Kraljevine Jugoslavije*, Beograd 1933, 50–51.

⁴⁴ Milan Škulić, "Princip akuzatornosti u krivičnom postupku", *Arhiv za pravne i društvene nauke* 3/2000, 295–316.

⁴⁵ Strahinja Davidov, "Velika rekonstrukcija Evropskog krivičnog postupka", *Glasnik advokatske komore Vojvodine*, 12/2011, 626.

⁴⁶ Milan Škulić, "Pogrešna koncepcija nacрта Zakonika o krivičnom postupku Srbije", *Revija za kriminologiju i krivično pravo* 2/2010, 45–47.

⁴⁷ *Ibid.*, 56–57.

nog okončanja postupka, jer pravna praksa, naročito u SAD gde se u skoro 90% slučajeva postupak okončava dogovorenim priznanjem (*plea bargaining*), ukazuje na pritisak suda u pravcu ovakvog rezultata suđenja, kada se oportunitet favorizuje na račun pravičnosti, ali i legaliteta postupka.⁴⁸

Treba naglasiti da širenje principa akuzatornosti proizvodi i niz drugih negativnih posledica, pre svega na uštrb principa sudijske nezavisnosti, i to zbog činjenice da se razdvajanje krivičnoprocesnih funkcija interpretiraje pre svega pod uticajem pokreta mehaničke jurisprudencije. Taj uticaj je negativan u meri da možemo slobodno reći da je princip akuzatornosti, kako se ispostavlja u preovlađujućem shvatanju, trojanski konj škole mehaničke jurisprudencije u pravnoj hermeneutici jer se pod plaštom jednog demokratskog načela sudske procedure u najvećoj mogućoj meri derogira i devalvira sudijska nezavisnost i sloboda kao metod tumačenja i primene prava.

Princip akuzatornosti, onako kako je predviđen i u našem Zakoniku o krivičnom postupku, osim u čl. 5, izlaže se i u čl. 420. ZKP, kada se govori o subjektivnom i objektivnom identitetu presude i optužnice. Subjektivni identitet optužbe i presude nije sporan u teoriji, a govori o tome da se presuda mora odnositi na lice koje je navedeno u optužnici, što se dokazuje ličnim ispravama i na druge zakonom predviđene načine. Međutim, sporan je objektivni identitet koji govori o tome da se presuda može odnositi samo na delo sadržano u podnesenoj, ili na glavnom pretresu izmenjenoj ili proširenoj optužnici. Ovde se zapravo govori o događaju koji je predmet suđenja, odnosno o istovetnosti činjeničnog stanja u optužnici i presudi. Pod uticajem škole mehaničke jurisprudencije, tj. zakonskog poziivizma istovetnost činjeničnog stanja iz optužnice i presude se tumači na jedan restriktivan, bukvalni i mehanicistički način koji za posledicu ima devalviranje principa sudijske nezavisnosti i slobodnog sudijskog uverenja s jedne strane, i s druge strane, narušavanje racionalne podele rada i ravnoteže između krivičnoprocesnih subjekata u korist tužilaštva, čija je transparentnost u radu mnogo manja u odnosu na sudsku instancu.

Naime, po većinskom shvatanju koje prihvata i sudska praksa,⁴⁹ identitet između optužnice i presude, tj. istovetnost činjeničnog stanja u ova dva procesna akta interpretira se tako da dolazi do ugrožavanja slobode suda u radu sa činjenicama koje čine iskustveni opseg nekog dela, odnosno sužava se sloboda suda u ocenjivanju dokaza na temelju kojih se donosi presuda. Do toga dolazi stoga što se prvo, osporava mogućnost i pravo suda da zasnuje presudu na činjenicama koje su izvedene na glavnoj raspravi, ali koje nisu obuhvaćene postojećom,

⁴⁸ Detaljnije kod: Snežana Brkić, *Racionalizacija krivičnog postupka i uprošćene procesne fome*, Novi Sad 2004, 436–454.

⁴⁹ Za našu sudska praksa videti kod: Svetlana Đuričić, “Novo rešenje objektivnog identiteta presude i optužbe”, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine* 1/2008, 25-31. Za sudska praksu u Hrvatskoj: Ana Garačić, *Zahvati suda u činjenični opis optužbe*, [http://www.vsrh.hr/custom pages/static/HRV/files](http://www.vsrh.hr/custom_pages/static/HRV/files), 2. jul 2013.

ili izmenjenom odnosno proširenom optužnicom. Osim toga, i još gore, prihvaća se da čak i kada postoji istovetnost između činjenica u optužnici i presudi, sud ne može bez izmenjene optužnice da izrekne okrivljenom osudu za drugo krivično delo (čak i kada se radi o blažem delu), niti može da ga osudi za teži oblik istog krivičnog dela. Ovim se u isto vreme ugrožava princip slobodnog sudijskog uverenja u pogledu kvalifikacije dela iz čl. 420. st. 2. ZKP, i načelo slobodne ocene dokaza, odnosno samostalnost i suverenost suda u pogledu tumačenja činjenica nekog slučaja iz čl. 5. st.1. ZKP.

Razlozi kojima se u literaturi brani ovaj pristup govore o potrebi ograničavanja sudijske samovolje. Naime, posmatrano istorijski, nesporno je da načelo akuzatornosti jeste bilo izvor sudijske arbitrnosti i procesno sredstvo u funkciji ostvarivanja pre svega interesa vladajućih društvenih slojeva.⁵⁰ Međutim, u modernom procesnom zakonodavstvu postoji niz pravnih instituta kojima se efikasno sprečava sudijska samovolja. Tu pre svega mislimo na princip obrazloženja sudskih odluka i niz drugih principa koji imaju tu funkciju, kao što su načelo javnosti, kontradiktornosti, dvostepenosti. Tu zatim spadaju pravni instituti kojima se uspostavlja disciplinska, krivična i građanska odgovornost nosilaca pravosudnih funkcija, mogućnost inspeksijskog (upravnog) nadzora od strane nadležnog ministarstva, kontrola rada sudija i tužilaca kroz evidenciju potvrđernih i pobijernih presuda i optužnih akata, itd.

Smatramo ipak da je ključni razlog ovog stanja nasleđe mehaničke jurisprudencije koje žilavo opstaje u pravnom poretku kroz opšta načela pojedinih grana materijalnog i procesnog zakonodavstva i prirodu konkretnih pravnih instituta, kao i kroz sudsku praksu koja nekritički prihvata ove tendencije. Najveću odgovornost u tom smislu leži na pravnoj teoriji koja je i dalje sklona da pravni sistem posmatra kao logički neprotivrečnu i zaokruženu celinu, koja na sudiju gleda kao na automat koji svoju odluku donosi jednostavno, kroz jednu silogističku operaciju podvodeći malu premisu (činjenice nekog slučaja) pod veliku premisu (opštu pravnu normu), većinsku pravnu teoriju koja pojednostavljeno shvata proces izricanja pravde i u tom smislu što potencira razdvajanje krivičnoprocesnih funkcija na način da se uspostavlja jedan veštački i neprirodni odnos između ključnih krivičnoprocesnih subjekata koji, u krajnjoj liniji, onemogućava ostvarivanje načela pravednog suđenja, koje je kruna svih drugih procesnih načela.

U krajnjoj liniji, i posmatrano u kontekstu ciljeva ovog rada, nasleđe mehaničke jurisprudencije onemogućava razvijanje zrele methodske svesti i afirmaciju digniteta pravničke struke kao posebnog oblika posvećenosti i odgovornosti pravničkog poziva, tj. kao svesti o značaju, funkcijama i težini pravničke profesije.

Smatramo kako i empirijska istraživanja mogu potvrditi da između methodske svesti i dostojanstva pravničke struke postoji kauzalni odnos u izloženom

⁵⁰ Detaljnije kod: M. Škulić, 12.

smislu, te da je nasleđe mehaničke jurisprudencije najveća prepreka u razvijanju metodске samospoznaje i profesionalne sebespoznaje pravničkog staleža. Za potrebe ovog rada zadržaćemo se na odgovarajućim empirijskim istraživanjima profesionalne svesti pravnika koja su sprovedena u našim okvirima. Doduše, takva istraživanja su izuzetno retka u našoj pravnoj teoriji, a ono najreprezentativnije sproveo je devedesetih godina XX veka U. Zvekić. Istraživanje je sprovedeno na sudijskoj populaciji kao referentnoj profesionalnoj grupi. Sudije su rangirale deset osobina kojima se izražavaju principi pravničke profesije čime je bilo omogućeno da se izvedu odgovarajući zaključci u pogledu profesionalne samosvesti. Na osnovu tih osobina sudije su formirale rang – listu idealnog sudije, kakav bi on trebalo da bude, i realnog sudije, gde su oni zapravo ocenili sebe, svoj rad i odnos prema profesiji. Dokaz o nerazvijenoj metodskoj svesti pokazuje rang – lista idealnog sudije, kada su nosioci pravosudnih funkcija profesionalnu kompetentnost kao manifestaciju svoje stručnosti, znanja i iskustva rangirali tek na sedmom mestu.⁵¹

S druge strane, deveto mesto na koje su sudije svrstale profesionalnu kompetentnost na rang – listi realnog sudije, i osmo mesto koje je zauzela pravičnost, ukazuju da je dignitet struke kao svest o značaju, težini i odgovornosti pravničkog poziva relativno slabo izražena. Bitan dokaz u tom pravcu jeste i činjenica da su sudije političku podobnost pozicionirali na visoko drugo mesto, odmah posle sudijske nezavisnosti.⁵² To je i logično, što tvrdimo i u ovom radu, jer bez razvijene metodске svesti nema ni dostojanstva profesije. Poredeći ove dve rang – liste osobina, kao i iz raznih drugih odgovora i stavova koje su nosioci ključne pravosudne funkcije izrazili, može se zaključiti da je prosečan sudija privržen formalizmu, kako je sklon da svoj posao obavlja rutinski pa i površno, što ukazuje na uticaj pokreta mehaničke jurisprudencije na metodsku svest sudija i profesionalnu samosvest.

Naravno, posmatrano iz ugla empirijskih istraživanja bilo bi potrebno sprovesti dodatne analize polazeći od odgovarajućih hipoteza, kako bi se utvrdio precizniji odnos između korelacija koje su se uočile u istraživanju U. Zvekića. U svakom slučaju, kada se pomenuta istraživanja dovedu u odnos sa perspektivom koja je zauzeta u ovom radu, gde su detektovani tragovi mehaničke jurisprudencije u prirodi određenih načela pojedinih grana prava, ipak se sa mnogo više pouzdanja može reći kako je nasleđe zakonskog pozitivizma, teorije pandektistike i egzegeze, u velikoj meri prisutno ne samo u pravnoj teoriji već i pravnoj metodici, odnosno u sferi tumačenja i primene prava. Isto tako, može se sa više sigurnosti zaključiti i to, što je jedna od hipoteza ovog rada, da nasleđe mehaničke jurisprudencije (zakonskog pozitivizma) u velikoj meri onemogućava razvoj metodске svesti a time i razvoj i učvršćivanje dostojanstva pravničke struke.

⁵¹ Uglješa Zvekić, *Profesija sudija*, Beograd 1983, 241–242.

⁵² *Ibid.*, 243.

SAŠA B. BOVAN, LL.D.,
Associate Professor, Faculty of Law
University of Belgrade,

METHODICAL CONSCIENCE – CONDITIO SINE QUA NON
OF THE DIGNITY OF THE LEGAL PROFESSION

Summary

In the series of articles we published in the past few years, especially for the Kopaonik school of natural law, we examined the effects of heritage of mechanical jurisprudence (legal positivism) on the nature and functions of certain legal institutions of some branches of positive law, and alongside also we examined the influence, negative at that, of this school on construction and implementation of law.

This article examines the relationship between the principle of the free judicial opinion and the principle of accusation, both the founding maxims of procedural law. At first sight, both of these principles represent the democratisation of procedural jurisprudence, i. e. they are serving the maxims of truth and fair trial, and present two sides of the same coin. Nevertheless, in this article we strive to prove that the both theoretical articulation and practical implementation of the principle of accusation are being influenced greatly by the school mechanical jurisprudence, which derogates and devalues the principles of free judicial opinion, and the other principles of implementation of law which are the heritage of the movement of creative jurisprudence.

The wider context of our research is a try to show how the heritage of mechanical jurisprudence is a fatal obstacle in development of methodical conscience of the legal profession and the building of lawyers dignity. This last idea presupposes a hypothesis which points to the fact that methodical conscience, as it was described in this work, is the key condition for asserting the dignity of the legal profession, and for understanding the hardships, significance and functions of this profession.

MARINA JANJIĆ-KOMAR

O DUHU ZAKONA I VICE VERSA

U V O D

Poreklo u trsdiciji predstavlja temelj daljih razmatranja a pravo opstoji kao civilizacijski okvir. U novije vreme pravo postaje sredstvo integracije i povezivanja se ostvaruje preko pravne države i vladavine prava. Potreba da se prevaziđu ograničenja koja proističu iz instrumentalizovanja prava kao vlasti i unese novi duh nije stvar politike već načina mišljenja. Kao tačka slaganja različitih stanovišta oživljava ideja prirodnog prava i potreba za njenom konkretizacijom. Nažalost, mnogi fenomeni ometaju razvoj i primenu ove plodonosne ideje i valja ispitati koji su to remetilački faktori.

O DUHU ZAKONA

Okvir razmatranja

Veza prava i države sada se ostvaruje kao socijalna veza. Još početkom 20. veka nastojanja da se teorijski osmisli ovaj odnos završava društvom kao kriterijumom za procenu vrednosti prava. "Društvo" postaje poprište za različite sadrža-

Marina Janjić-Komar, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Rad je prilog projektu "Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom EU".

je i krajnja instanca svakolikog opravdanja. Pošto je postmoderna iscrpla sadržaje mnogih pojmova, javila se potreba za promenom okvira istraživanja. Na obzorju se pojavljuje pravna antropologija kao zamena sociologiji prava i kritički potencijal teorije se pomera na viši nivo. U središtu interesa je čovek i njegova nastojanja. Težište se pomera ka teoriji prirodnog prava i odgovarajućoj pravnoj doktrini.

Zakoni

Prirodnopravna teorija ima dugu istoriju i nije nepoznata njena vrednost. Ipak, njene mogućnosti nisu isrpjene pravima čoveka ili ljudskom prirodom kako je to regulisano modernim pravom. Zanemarena je činjenica da su zakoni stariji od prava i da postoji razlika između pojma prava i pojma zakoni. Granica između ovih pojmova je neophodna za dalja teorijska razmatranja i prevazilaženje retorike dobrih želja. Upravo praksa pokazuje neujednačenosti primene ideje ljudskih prava i otvara pitanja vrednosti prava, pre svega pravne sigurnosti.

Zakoni počivaju na nizu pretpostavki koje su osobene za prirodno pravo. Za njih je karakterističan normativizam naspram realizma pozitivnog prava. Za zakone je bitna vrednost a za važeće pravo poredak. Dok se pozitivno pravo bazira na učenju i sticanju znanja o važećam pravu zakoni su očigledni i imaju univerzalnu primenu. Pravo karakteriše hijerarhija normi a zakone forma koji negira sistem. Za zakone je bitna ideja a problemi mišljenja o pravu ostaju na nivou pojma.

Kritička teorija

Kritička teorija je bitna za osvetljenje dublje strane zakona. Zakoni prethode državi i izraz su nastojanja da se ljudski odnosi uredi na najbolji mogući način. Kriterijum za donošenje zakona nije voluntaristički nego umni i upućuje na oprez i ozbiljnost koja se pripisuje zakonodavcu. Izgleda da se zakoni na i sam moral zasnivaju na nepisanom kodeksu i da istorija prava ide putem potrage za univerzalnim vrednostima. Pravo se pak, zasniva na identitetu kao spoljašnjem kriterijumu i stvara nepotrebne sukobe između naroda i država. Tendencije koje se zapažaju na međunarodnom nivou otvaraju put ka upravo tom kodeksu koji bi objedinio različite pokušaje integracije na planetarnom nivou. Štaviše, zakoni upućuju na eksteritorijanost, na autonomiju ličnosti kao vrednost i egzistencijalnost prirode kao objektivno date. Ostvarenje ovih pretpostavki omogućava da civilizacija prava pređe u svet planetarnim okvirima.

ZAKONI O DUHU

Ius i fas

Zakoni su postojali u drevnim civilizacijama kao božansko pravo – divini iuris comunicatio. Postoji i danas kao versko učenje i samim tim ograničeno na religiju kao integrativni faktor. Iako i danas ima pretenziju da ima univerzalnu primenu duh ostaje zarobljen u konkretnim normama koje imaju oblik svetovnog prava. Otuda razlike u shvatanjima s jedne strane i potreba za univerzalnim pravom koja se prepoznaje kao zajedničko s druge strane. Naći izlaz iz ove situacije moguće je ako se ponovo vratimo zakonima kao planetarnim okvirima. Pri tom gubi ns značaju religijska komponenta koja ostaje u krilu posebnih kultura.

Zoon politicon

I dok religija gubi inegrativnu funkciju politika postaje značajno ograničene slobodnog duha. Još je Aristotel ukazao na sklonost čoveka prema moći koja kao politička postaje remetilački faktor. Kad se povežu pravo i politika instrumentalizuje se pravo i gubi veza sa realnošću. Moć se multiplicira i otvaraju pitanja života kao biopolitika. Pravo gubi unutrašnju granicu koju mu određuju zakoni kao poseban vid kohezivne veze na kojoj insistira prirodnopravna doktrina. Veza se ostvaruje kao spoljašnja – sistem i odgovarajuća ideologija. Sistem postaje neka vrsta sudbine i pored deklarisanja za pravnu državu i vladavinu prava. Individualizam ljudskih prava atomizovao je ljudske odnose i otvorio put ka masovnom ujednačavaju prirodnih razlika.

Teorija države u prava

Teorija je povezala državu i pravo kao zakonodavnu funkciju. Akcent je stavljen na postupak donošenja zakona i politički definiše kao demokratija. Parlament je stavljen u središte zbivanja kao dovoljan uslov organizacije vlasti. Ipak, zakoni postaju samo pravnotehničke norme koje se lako menjaju i procesi nastanka i prestanka država ostaju izvan realne kontrole. Pravo se instrumentalizuje i zloupotrebljava pravni oblik. Šta više, sužava se prostor normativne regulacije i država i pravo samo zamenjuju mesta.

MARINA JANJIĆ-KOMAR, LL.D.,
Professor, Faculty of Law, University of Belgrade

THE SPIRIT OF LAW AND VICE VERSA

Summary

Theories of law has been obscured with concept of law as command and social fact leading to the rule of law as last conclusion. Beyond that lies legal anthropology concentrated on spirit of law in natural terms despite statutes witch give room for political action leaving law out of its origins. Distinction between political discourse and legal argument lost its meaning and shift emphasis on spirit of law and vice versa. In core of legal action lies universal code of law as human source of value.

O SLOBODI

U V O D

Sloboda leži u osnovi mnogih nastojanja i mišljenja ali je izmicala uvidu u složen splet okolnosti koje su određivale njen sadržaj i obim. Slobodi se klicalo, u slobodu se zaklinjalo, u slobodu se verovalo. Pale su mnoge žrtve na njenom putu i klupko se oko nje plelo i obećavalo. Ova istorijska sećanja nisu bila dovoljna da se prenebregnu nova nepotrebna žrtvovanja i krug ponovo zatvori. U stalnoj potrazi za smislom sloboda ima kategorijalni značaj i treba joj se približiti iznutra a ne samo sa stanovišta događanja i promena. Sloboda je kontrapunkt ideologiji kao opštem mestu kad svi misle i rade približno isto. U novije vreme i nauka prestaje da bude oslonac slobodarskih nastojanja jer se gube dimenzije predmeta saznanja i nauka opstaje uglavnom samo kao metod. Isto tako trend negacije tradicije nije doneo ništa bitno drugačije i često završava u pukom nihilizmu. Da bi se izbegle scile i haribde valja utvrditi gde su granice slobode u teoriji i razdvojiti njene aspekte i osnovu. Sloboda nije samo pojam i značajna ideja već složena slika ispunjena sadržajem različitog stepena opštosti i različitog domašaja. Izgleda da samo analiza njenog mnogostrukog sadržaja može doprineti slobodi kao kategoriji koja leži u temelju savremene civilizacije.

ODREĐIVANJE POJMA

Sloboda u teorija. – Različite teorije su pristupale slobodi na manje ili više otvoren način. Ako bi se konsekvence teorije izvele do kraja došlo bi se do različitog obima slobode kao ideje vodilje. Tako u teoriji saznanja sloboda se određuje

kao saznata nužnost iako je uočeno da se tako sloboda zatvara u "orahovu ljusku". Ni liberalna teorija nije odmakla mnogo dalje odeđujući slobodu kao negativnu slobodu, kao slobodu "od". Sadržaji su bili različiti uglavnom kao stvar politike i vodili su sve većoj anarhiji i atomizaciji. U pokušaju da se pozitivno odredi sloboda teorija autonomije volje je slobodu odredila kao slobodan "izbor" ali je pojedinca uzela kao osnovu i otvorila put ka procesima ujednačavanja. Dok autonomija volje određuje slobodu subjektivno, teorija odlučivanja neutralno određuje slobodu kao "htenje" da bi teorija akcije objektivizirala slobodu kao "carstvo svrha". Sa porastom pritiska iz društvene sfere javlja se potreba da se, ne pojedinac nego ličnost stave u prvi plan i sve se jasnije ocrtava sloboda kao autonomija ličnosti.

Sloboda – aspekti. – Sloboda nije jednoznačan pojam i pojavljuje se različito zavisno od konteksta. Razlike se mogu pratiti kao aspekti i razdvojiti kao različiti smisao. Tako u jeziku sloboda je pojam koji se može povezivati sa drugim

pojmovima u koncepte. Tako nastaju razlike između pojedinih učenja i stavova koji se zasnivaju na slobodi kao ključnom pojmu. Problem je tako odložen do neke dalje sinteze, do daljeg povezivanja u celinu pojedinačnih nastojanja. Sloboda postoji samo fragmentirano i različita značenja stoje jedna pored drugih bez unutrašnje kohezije.

Poseban značaj predstavlja filozofski aspekt slobode. Sloboda tako uzeta ima kategorijalni značaj i iz nje se ne mogu izvesti drugi opštiji pojmovi. Sloboda je tesno povezana sa filozofijom i ovaj aspekt se ne može prenebregnuti. Pitanje slobode filozofija postavlja kao bitno čovekovo odredište i kamen je temeljac svakog humanističkog nastojanja. Njen značaj je veliki posebno u smutnim vremenima kad ideologija dominira nad životom i zatrpava svet takozvanim informacijama.

Priroda je jedan aspekt koji se često prenebregava u raspravi o slobodi. U prirodi sloboda postoji kao ostvarena vrednost, kao kvalitet. U prirodi sloboda opstoji kao razlika i kao princip postojanja. Tu se dodiruju sva velika nastojanja da se svet objasni kao fenomen i kao stvarnost. Priroda je matrica ostvarene slobode i njena dalja osnova. Preko slobode se povezuju razmatranja kako društvenih tako i prirodnih nauka i otvara njihova skrivena veza. Priroda je medijum ostvarenih i neostvarenih napora da se shvati sloboda kao dostižan kvalitet i nova mogućnost.

Pokušaji da se sloboda objasni kao apstraktan pojam određuje se kao metafizički aspekt slobode. Teško je izaći na kraj sa različitim konkretnim ograničenjima slobode i na tom nivou se gubi oštrica misaone snage. Što je sloboda za nekog to može lako biti usud za drugog i uzajamna osuđivanja. Istorija je primer takvih

grešaka kad se pomera klatno od milog do nedraga i gubi granica željenog i realnog. Sloboda je metafizički pojam i apstrakcija je nužno njegovo određenje.

PRINCIP SLOBODE

Priroda principa. – Sloboda je inherentni princip i povezuje se sa mentalnim kategorijama preko uma. Mišljenje je samo psihološka karakteristika i ne dopire do suštine stvari. Um ima snagu da se izbori sa sa razlikama i prevaziđe anarhija takozvane “slobode” mišljenja. U stvari, sloboda nije socijalna veza nego je prirodna veza. Tek na toj osnovi je moguće prevazići greške u istoriji i uvažiti napor da se obuhvati celina stvari. Priroda dolazi u centar razmišljanja o slobodi i popunjava distancu koju je stvorila transcencija u najširem značenju te reči. Sloboda vraća otuđenje koje tradicija podrazumeva kao religiju na čak i kulturu. Priroda se potpuno gubi i zaboravlja na su otvorena vrata za bezprimerno otuđenje posebno u tehnički orjentisanoj civilizaciji.

Teškoće povezivanja sa drugim pojmovima. – Sloboda je, kako smo već naznačili, najtešnje povezana za prirodu. Problem nastaje onda kako se shvata priroda. Tako su stari Grci prirodu shvatali kao elemente, kreacionisti kao predmetnost, evolucionisti kao razvoj. U mehanici priroda je sila, u hrišćanstvu duh i voda a u fizici prostor i vreme. Sloboda se tako povezuje sa različitim značenjima i leži im u osnovi kao sloboda stvaralaštva i nema direktan odnos prema suštini problema. Naime, sloboda prevazilazi teoriju saznanja i postaje vrednost no sebi.

GREŠKE U MIŠLJENJU

Sistem kao sinteza. – Veoma česta greška u mišljenju je svodenje sinteze na sistem. Sinteza je povezivnje u celinu prema unutrašnjim vezama a sistem je samo formalna veza. Sloboda je spoljašnja u odnosu na sistem i može se reći inkompatibilna sa takvom vrstom racionalnosti. Sistem je jedna vrsta Leviatana koji je sam sebi dovoljan i iznad svega ograničen te je više negacija slobode nego vid prevazi-lazjenja anarhije.

Nihilizam. – Nihilizam nastaje negacijom tradicije kad se gubi iz vida sloboda kao vrednost. Izgleda da je više reč o dekonstrukciji istorijskih poruka nego o slobodi izbora. Umnožavaju se prividi i raste heteronomija kao reakcija na gubitak smisla. Sloboda se zamenjuje ideologijom života no sopstvenom pravu kad se gubi razlika između “jeste” i “treba”.

Pozitivizam. – Procvat nauka nehotično je svet pretvorio u predmet ali se desila još veća greška: redukcija vrednosti na činjenice. To je otvorilo put ka ide-

ologiji i pomerilo težište napora da se umnože pojedina pitanja kao stvar slobode i emancipacije od društvene stigme. Fragmentiranje slobode samo produbljuje jaz između vrednosti i stvarnosti. Svet se kreće no rubovima života i sloboda gubi u biopolitici.

Antropocentrizam. – Postavljanje čoveka u središte prirode suzilo je perspektivu i domašaj nauka na granice čovekovih sposobnosti. Na toj osnovi počiva teorija saznanja kao čovekova bitna karakteristika. Gube se iz vida ograničenost vrste prema spoljašnjim uslovima i percepcije prema unutrašnjim mogućnostima. Čovek nije svestan svojih ograničenja i put ka drugim mogućnostima ostaje uglavnom zapostavljen.

MARINA JANJIĆ-KOMAR, LL.D.,
Professor, Faculty of Law, University of Belgrade

ABOUT FREEDOM

Summary

Concept of liberty varies due to theoretical framework and context. Being aware of its limitations is a step forward to critical approach and comprehensive attitude. Liberty is inherent principle of nature connected with categories of mind that way to overcome thypical failures of pozitivism, nihilizam and anthropocentrism. Very often system substitutes synthesis as necessary tool to grasp different meaning of liberty. System simplify thinking to that extent leaving no room for autonomy of person as ultimate value and addressor of liberty.

GORAN DAJOVIĆ

TEORIJA PRIRODNOG PRAVA NA DELU – Jedan primer analize prirodnopravnog koncepta –

U V O D

Na izvestan način, premda *ne u potpunosti*, ovaj članak se nadovezuje na jedan prethodni koji je hotimično sličnog naslova.¹ Nadovezuje se u tom smislu da mu je tema u osnovi ista – prikaz analize jednog pravnog koncepta. Takođe, ista mu je i intencija: prikazati na konkretnom primeru šta znači analiza jednog (pravnog) koncepta, tj. kakva i epistemološka aparatura (može da) se koristi prilikom teorijskog pravnoanalitičkog razmatranja, tako čestog kako u pravnoj nauci tako i u pravnoj teoriji. Rečju, šta to tačno rade i čime se služe profesori prava kada nastoje da nam razjasne neki važan pravni pojam.

Međutim, ovaj članak *nije u potpunosti* nastavak prethodnog, budući da je primer analize kojim ćemo se pozabaviti (odgovor na pitanje “Šta je brak?”) potpuno drugačiji od prethodnog (“Šta su kolektivna prava?”). U kojem smislu drugačiji? Analiza pojma kolektivnih prava u prethodnom radu je poslužila kao uzor dobro obavljene *konceptualne analize*, ali delimično i kao uzor uspelog spoja takve “kabinetske” filozofske analize i empirijske, sociološke analize jednog aktuelnog *pravnog koncepta u nastajanju*. Takođe, ta analiza bila je nadasve deskriptivna – dakle, njen autor (prof. Miodrag Jovanović) išao je za tim da opiše već *postojeći* koncept pravne prakse, tačnije koncept koji je u pravnoj praksi već “po-

Dr Goran Dajović, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

¹ Goran Dajović: *Teorija prava na delu – jedan primer analize pravnog koncepta*, Pravni život, Beograd, br.12/ 2012, tom IV, str. 727-740.

primio” izvesne karakteristike, istina tek u obrisima jer je u pitanju *nov i nastajući* pravni pojam.² Dabome, ako se već analizira jedan takav pojam, pojam čija sva svojstva nisu potanko određena, jer je nov i jer mu se tek “traži” mesto u mreži uvreženih pravnih pojmova, onda nije iznenadjujuće što je u analizi pojma kolektivnih prava prof. Jovanović pažnju poklonio i normativnoj analizi, tj. što je progovorio ponešto i o tome kako bi bilo *poželjno* ili kako treba shvatiti taj pojam, a imajući na umu izvesne svrhe ili vrednosti koje ovakvo ili onakvo shvatanje tog pojma “promoviše”. Ipak, u njegovoj analizi ova normativna dimenzija je sekundarna.

U prikazu koji sledi, međutim, u centru pažnje će biti jedna sasvim drugačija vrsta analize kojoj je u prvom planu da zastupa, *da odbrani* jedan koncept (koncept braka). I ta “odbrana”, delimično počiva i na empirijskoj i normativnoj, (utilitarističkoj) argumentaciji, koju obilato koristi i prof. Jovanović u svojoj analizi. Ali, ono što je zapravo važnije je da je ona zasnovana na osnovnim idejama *savremene teorije prirodnog prava*.³ Zbog toga će u ovom članku biti naznačene i neke od karakterističnih ideja modernih jusnaturalista, jer bez toga se ne bi razumelo ni prirodnopravno shvatanja pojma braka, o kojem će biti govora. A osnovna namera je da se kroz jedan prirodnopravni pojam (pojam “pravog braka”) uoče upravo te karakteristične tačke (a do neke mere i sporne tačke) savremene teorije prirodnog prava i njenog epistemološkog aparata. Mišljenja smo da se te tačke bolje mogu uočiti kada se jusnaturalizam pokaže na delu, tj. kada se posmatra konkretan koncept poput koncepta braka, koji je svima familijaran i svuda prisutan, nego kada se pažnja, kako je to inače običaj, fokusira na apstraktnije pojmove, poput samog pojma prava, recimo.

Prema tome, u ovom radu cilj nije da se prouči sam koncept braka, kao što ni u prošlom članku, u centru pažnje u tom smislu nije bio koncept kolektivnih prava. Nije nam cilj da ispitujemo zasnovanost, ispravnost opisanog koncepta, da li je i u čemu je on sporan, *kao takav*, nego je namera da se na tom primeru osvetli *način* na koji autor do njega dolazi kao i da li je i u čemu takav *način određenja* jednog *pravno* koncepta problematičan.

Sledstveno ovome što je upravo rečeno, u odeljku koji sledi prvo će da se opiše analiza pojma braka koju je u nekoliko svojih radova⁴ dao znameniti savremeni jusnaturalista i profesor na Prinstonu Robert P. Džordž. Koliko god je moguće, taj prikaz će biti sažet i fokusiraće se na najvažnije elemente njegovog shvatanja braka. Nakon toga, pokušaćemo da odgovorimo na pitanje kako to za-

² Jovanović, Miodrag A.: *Collective Rights*, Cambridge University Press: Cambridge 2012, 230.

³ Najistaknutiji predstavnici savremenog jusnaturalizma su svakako Džon Finis (Finnis), Džermein Grize (Grisez), Džozef Bojl (Boyle) a svakako i Robert Džordž (George), čiji je *način analize* pojma braka tema ovog teksta.

⁴ George, Robert P.: *In Defense of Natural Law*, Oxford: Clarendon Press, 1999; Sherif Girgis, Robert P. George, Ryan T. Anderson: *What is Marriage?*, Harvard Journal of Law and Public Policy, vol 34 (2010) No 1, 245-287.

pravo Džordž dolazi do svog koncepta braka, šta takvim određenjem braka hoće da nam “poruči”, i kako se sve to uklapa u šire ideje modernog jusnaturalizma. Na kraju, izneće se par zaključnih napomena o eventualnim slabim tačkama svake analize nekog pravnog pojma koja se naslanja na osnovne postavke savremenog jusnaturalizma, a koje se tiču veze tih pojmova s empirijskim činjenicama, njihovog odnosa prema odgovarajućim pozitivnopravnim pojmovima te najzad njihovog krajnjeg zasnivanja na određenim navodno “samoočiglednim” vrednostima koje su u vezi s nepromenljivoj ljudskom prirodom.

*Pojam braka prema Robertu Džordžu
– teorija prirodnog prava na delu*

U radovima na osnovu kojih će se ukratko opisati njegova analiza koncepta braka, Robert Džordž tu analizu ne preduzima samo radi sebe same, već da bi dao svoj doprinos žustrim polemikama koje se već deceniju i više vode u vezi s institucijom braka. Te rasprave se i u SAD i drugde vode pre svega oko pitanja istopolnih brakova (za/protiv) kao i oko obima i domašaja privatnog uređivanja bračnih i porodičnih odnosa (problem prebračnih i bračnih ugovora), a koji odnosi su inače regulisani pravnim propisima od strane države.⁵ Džordž zapravo smatra da stavovi koji se zauzimaju u ovim polemikama treba u bitnoj meri da budu određeni konceptom braka, tako da bi jasno određenje tog koncepta bilo ne samo od pukog teorijskog, nego i od jasnog praktičnog značaja. I on takvo određenje nastoji da pruži.

Konkretna debata povodom koje Džordž odgovara na pitanje “šta je brak?” vodi se između takozvanih “tradicionalista”, pristalica klasičnog monogamnog braka između muškarca i žene i tkzv. “revizionista” koji predlažu da se brak posmatra kao pravom priznata i zaštićena emotivna veza dva partnera, bez obzira

⁵ Dobro je poznato da se u nauci porodičnog prava već jako dugo vode rasprave o pravnoj prirodi braka i da su dve glavne teorije ugovorna i institucionalna teorija. Grubo rečeno, prva teorija (u svim svojim varijantama) više insistira na ugovornim elementima braka kao pravne ustanove, na njegovoj dobrovoljnosti i činjenici da on na kraju krajeva nastaje kao saglasnost dveju volja, dok druga potencira činjenicu da se javna vlast uvek “mešala” u taj odnos i intervenisala svojim imperativnim normama na način da kad se jednom dobrovoljno zaključi, brak supružnicima nameće neke obaveze (kako međusobne, tako i prema eventualnoj zajedničkoj deci) koje oni sami nisu dobrovoljno preuzeli, kao u svakom ugovoru, već te obaveze proističu iz zakona i nastaju samim zaključenjem braka. Iako se danas brak sve više “pomera” od institucije javnog ka instituciji privatnog prava (Brian Bix, *Private Ordering and Family Law*, Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers, Vol. 23, str. 249-285, 2010) i dalje stoji teza da je to naročit ugovor, tj. da je brak jedan “pravni status koji se stiče na osnovu ugovora *sui generis*, ali kod koga se saglasnost strana-ka posmatra samo kao uslov primene unapred određenih elemenata ugovora od strane države” (up. Draškić, Marija: *Porodično pravo i prava deteta*, sedmo izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2011, str. 83; Bix, Brian: *Agreements in Family Law*, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2125343). Ipak, u fokusu ovog članka nije da se odredi pravna priroda braka, tako da nema potrebe da se ovim, inače važnim pitanjima, dalje u njemu bavimo.

na njihovu polnu pripadnost. Kao što je već rečeno, on smatra da je najbolji argument u ovoj debati za i protiv istopolnih brakova zapravo shvatiti šta je prirodna braka, šta su njegove suštinske karakteristike. Cilj revizionista je da se sadašnji pravni koncept heteroseksualnog braka zameni novim, dok Džordž smatra da je takva revizija koncepta braka zapravo nemoguća, jer je suprotna onome što brak uistinu jeste, suprotna je "suštini" braka, a tu suštinu, on će opisati kroz svoj pojam tkzv. "pravog braka".

Brak za Džordža nije pre svega pravni konstrukt niti stvar konvencija. On ima svoju nepromenljivu prirodu nezavisno od pozitivnopravnih normi bračnog prava, pa čak i nezavisno od društvenih shvatanja o tome. Postoji dakle nešto što bi se moglo nazvati "pravim brakom" (*real marriage*), koji ima jednu moralnu vrednost po sebi i koji zbog toga stvara izvesne moralne obaveze i prava nezavisno od bilo kakvog pravnog priznanja tog realiteta.⁶ A ukoliko bi ga konkretan pravni sistem podvrgao ozbiljnoj reviziji, on bi na taj način zamaglio i potisnuo iz ljudskih odnosa jednu važnu moralnu činjenicu.⁷

Kakav je to zapravo odnos koji Džordž naziva "pravim brakom"? Koje su njegove karakteristike? Prvo, brak je jedno *sveobuhvatno jedinstvo* (*comprehensive union*) muškarca i žene koje podrazumeva zajednicu misli i voljâ, podelu ekonomskih resursa i zajednicu života, ali *iznad svega i pre svega i jedno telesno, fizičko jedinstvo* (*one flesh union*), konzumirano prirodnim seksualnim aktom između muškarca i žene. Ovo poslednje je najvažniji i nerazdvojni element "pravog braka" jer naša tela su suštinski deo naše ličnosti i našeg integriteta i nijedna veza koja je sveobuhvatna ne može a da ne obuhvati i ovaj telesni aspekt odnosa muža i žene. Međutim, ovo fizičko, seksualno jedinstvo Džordž shvata na veoma određen način. On seksualnost posmatra samo kao čin koji ima kao *mogućnost* ostvarenje začeca (do kojeg aktuelno naravno ne mora da dodje), dakle kao ponašanje usmereno ka biološkoj reprodukciji ljudi. Jedino se u tako shvaćenoj seksualnosti ljudi telesno sjedinjuju radi ostvarenja zajedničke biološke svrhe i samo u tom slučaju, biološki, fizički posmatrano, oni čine jedno *jedinstvo*, jednu celinu.⁸ Zbog toga

⁶ Sherif Girgis, Robert P. George, Ryan T. Anderson: *What is Marriage?*, str. 250.

⁷ "Marriage should command our attention and energy more than many other moral causes because so many dimensions of the common good are damaged if the moral truth about marriage is obscured" (*Ibid.*, 265).

⁸ Rečeno je već da je svoj koncept braka Džordž "branio" i kroz polemike za ili protiv istopolnih brakova. U ovome što je upravo opisano, on nalazi i glavni argument protiv legalizacije takvih brakova. Naime, pošto ovako opisanog telesnog jedinstva koje je usmereno ka prokreaciji nema u drugim vrstama fizičkih, seksualnih odnosa (npr. u homoseksualnom odnosu), onda ti odnosi za Džordža ne mogu biti sveobuhvatni (jer ne obuhvataju i telesni aspekt, telesno jedinstvo), *i stoga oni ne mogu biti ni bračni*. Dakle, veza između dva muškarca ili dve žene nikada ne može biti "pravi brak". Kako on kaže: "two men or two women cannot achieve organic bodily union since there is no bodily good or function toward which their bodies can coordinate, reproduction being the only candidate. This is a clear sense in which their union cannot be marital, if marital means comprehensive and comprehensive means, among other things, bodily" (*Op. cit.*, 255). Međutim, nije

drugi akti seksualne bliskosti – npr. Oralni ili analni seks – čak i ako su preduze- ti između supružnika prema njegovom shvatanju ne predstavljaju konzumiranje “pravog braka” i ne izražavaju to neophodno sveobuhvatno jedinstvo dvoje su- pružnika.

Treba istaći i sledeće: za “pravi brak” je dovoljno da postoji jedinstvo koje znači *orijentisanost* “bračnog odnosa ka stvaranju i odgajanju potomstva.”⁹ Brak je sveobuhvatna veza dve seksualno komplementarne osobe. Takav odnos postaje istinski potpun tek kada se konzumira reproduktivnim seksualnim činom. Zato je brak *orijentisan* ka podizanju i vaspitavanju dece – sama usmerenost je dovoljna, ona ne mora da bude ostvarena. Dakle, koitus, a ne začće je konzumiranje bra- ka¹⁰ i brakovi bez dece su “pravi brakovi”. Ovo stoga što Džordž smatra da je ta- kav bračni odnos (*sveobuhvatno* jedinstvo koje vrhuni u već opisanom fizičkom, seksualnom jedinstvu između muškarca i žene) instrinzično dobro, *vrednost po sebi*, ili kako to savremeni jusnaturalisti kažu “osnovno dobro”. Prema ovom shva- tanju brak nije instrument, sredstvo za ostvarivanje nekih drugih dobara, pa čak ni “sredstvo” za rađanje i podizanje dece, već je dobro po sebi.¹¹

Međutim, ovako opisano telesno jedinstvo nije i dovoljno da bi postojalo bračno jedinstvo. Ono je prema Džordžu samo nužan ali ne i dovoljan razlog da bi postojao “pravi brak”. Da bi ovakvo jedinstvo predstavljalo konzumiranje brač- ne veze i vrednost po sebi, ono mora da bude praćeno ekskluzivnošću i trajnošću te veze. Ovo proističe iz Džordžovog uverenja da *sveobuhvatna* veza (koju “pra- vi brak” predstavlja i koja je vredna po sebi) nije moguća ukoliko ne postoji slo- bodno izražena saglasnost muškarca i žene da *trajno* i *isključivo* budu u vezi jedno s drugim.¹² Dakle, sveobuhvatno jedinstvo muškarca i žene zahteva tkzv. sveo- buhvatnost te veze kroz vreme (trajnost) i sveobuhvatnost te veze u svakom tren- utku (ekskluzivnost). Tek tada, kada je fizička sjedinjenost “praćena” trajanjem kroz vreme i kada je ekskluzivna, ona postaje vrednost po sebi. Ili kako to Robert Džordž pregnantno kaže: “Pošto svaka istinska i poštovanja vredna harmonija iz- među dve osobe *jeste vrednost po sebi* (a ne samo sredstvo za ostvarenje drugih vrednosti), onda i svako sveobuhvatno jedinstvo dve osobe – svako trajno i ek-

nam ovde namera da razmatramo adekvatnost ove argumentacije, niti je ishod te polemike bitan za intenciju ovog rada.

⁹ Dakako, nije svaki odnos koji je orijentisan ka odgajanju dece bračni odnos, niti svaki bračni odnos mora, da bi bio takav, da bude praćen podizanjem dece.

¹⁰ “Marriage is a comprehensive interpersonal union that is consummated and renewed by acts of organic bodily union and *oriented* to the bearing and rearing of children” (*Op. cit.* 272). Vrlo slično i George, Robert P.: *In Defense of Natural Law*, str. 141.

¹¹ Ili kako na drugom mestu u istom članku Džordž ističe: “Marriage is not a mere means, even to the great good of procreation. It is an end in itself, worthwhile for its own sake. So it can exist apart from children...” (*Op. cit.* 267).

¹² “The very comprehensiveness of the union requires the marital commitment to be undi- vided—made to exactly one other person...” (*Op. cit.* 272).

skluzivno vezivanje jedne osobe za drugu, potvrđeno i organskim, telesnim jedinstvom – jeste to isto, tj. vrednost po sebi” (podvukao G.D.).¹³

Najzad, kakav je odnos ovakvog koncepta braka prema konkretnom pozitivnopravnom konceptu braka, koji naravno ne izmiče Džordžovoj pažnji i protiv čije se revizije on zapravo i bori, suprotstavljajući se protivnicima tradicionalnog koncepta braka? Drugim rečima, kakav je odnos “pravog braka” (kao moralnog fakta) i “pravnog braka”? Džordž smatra da bračno pravo i pravni propisi imaju funkciju da zajednici “pošalju” izvesnu poruku o tome šta brak, kao *moralna činjenica*, jeste. Država zapravo ima obavezu da u tom smislu “pošalje” pravu poruku – dakle da se podudari ono što brak uistinu jeste i ono što država o njemu propisuje, a sve zarad ljudi koji sklapaju ili će tek sklopiti brak, zarad njihovog potomstva, kao i zarad zajednice kao celine i njenog opšteg dobra.¹⁴ Dakle, uloga pozitivnog prava je da u sebe ugradi moralni fakt koji se naziva pravim brakom i da time na ključan način doprinese ostvarenju društvenih koristi i socijalnih funkcija koje takav brak sa sobom nosi.¹⁵

Karakteristike Džordžove analize

Pre nego što ukažemo na glavne karakteristike Džordžove analize, nije na odmet razjasniti šta Robert Džordž *ne čini*, tj. šta njegova analiza *nije*. Naime, iako govori o “pravom braku”, tj. o njegovoj stalnoj, nepromenljivoj prirodi, koja je nezavisna od vremena i konkretnog društva, ova “nepromenljivost” kod njega nije zasnovana na istorijskim ili pravopolitičkim razlozima. Istina, kod njega je i ovaj momenat prisutan, jer se Džordž često u prilog svojoj koncepciji braka poziva na važne socijalne funkcije koje brak treba da ostvari. A po njegovom sudu te socijalne funkcije se najbolje ostvaruju ako se prihvati njegov koncept braka. Ipak, Džordžov koncept braka ne počiva na konzervativnom ideološkom argumentu, prema kojem su najbolje one institucije koje odvajkada postoje u datom obliku i čija se korist za društvo tradicijom potvrdila.¹⁶ Dakle, čak i kada brak ne bi bio tako istorijski i kulturno raznolika ustanova i kada bi se takav brak podudarao s Džordžovim konceptom “pravog braka”, za njega to ne bi bio krunski argument na kojem bi zasnivao ispravnost svog koncepta braka.

¹³ *Ibid.*, 266.

¹⁴ Stoga država mora kao brak da prizna i brakove bez dece recimo. Jer bi “priznavanje samo fertilnih brakova kao brakova sugerisalo da je brak samo puko sredstvo za stvaranje i odgajanje dece – a ne da je ono što on istinski, zapravo jeste, naime dobro po sebi” (*Ibid.* 268). A time bi se, prema Džordžovom shvatanju, kako smo već i videli, država pogrešno postavila u odnosu na jednu važnu moralnu stvarnost – stvarnost “pravog braka”.

¹⁵ *Ibid.* 269.

¹⁶ Ovo je recimo argument onog tipa koji prvi iznosi Edmund Berk u svojim poznatim “Razmišljanjima o Francuskoj revoluciji”, a u novije doba njime se obilatelo služio da bi opravdao određene institucije engleskog Common law, Fridrih Hajek.

Takođe, jasno je da se Džordž ne bavi definisanjem koncepta braka *koji se pojavljuje u samoj pravnoj praksi*. Naime, u pravnoj praksi, u zakonima ili zakonima veoma retko se mogu naći definicije braka.¹⁷ Definicija braka je oduvek bila više u “nadležnosti” pravne teorije nego pravne prakse. I teorija taj svoj posao obavlja uglavnom se služeći metodom konceptualne analize. Konceptualna analiza, kao što je poznato, daje definicije koncepata ili u modernijoj verziji, otkriva ono što je najočiglednije i najvažnije u vezi sa određenim konceptom. Analizom se povlače razlike između povezanih koncepata, klasifikuju se s različitih tačaka gledišta, utvrđuju se njihove međusobne veze, određene logičke i druge implikacije koncepata¹⁸ 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...”¹⁹

Sve ove zadatke koji pred njim stoje, onaj koji se bavi konceptualnom analizom prevashodno obavlja aktivirajući intuiciju, koja nam ukazuje na *truiзме* koji postoje u vezi s određenim konceptima i pojavama koje ti koncepti označavaju²⁰. 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. To znači da su prvobitna “meta” konceptualne analize najčešće oni koncepti koji su određeni situacijama na koje referišu termini koje većina ljudi upotrebljava da bi te situacije označila, opisala.²¹

Ukoliko se, međutim, podsetimo na to šta čini Džordž i kako izgleda njegovo shvatanje koncepta braka, jasno je da se on istina bavi truiзмima u vezi s pojmom braka, ali ne i konceptom braka koji je u opticaju u određenoj zajednici. On smatra da pojam braka ne zavisi od pravnih ili društvenih konvencija, njega ne zanima kako se taj pojam shvata emprijski (u određenoj zajednici ili čak kroz istoriju). U tom smislu, Džordž je u ovom pitanju na potpuno suprotnoj strani od tkzv. “socijalnih konstruktivista”, koji smatraju da je brak društvena i istorijska tvorevina, da je to institucija čiji izgled odslikava odnose društvenih moći i aktuelnih kul-

¹⁷ Tako recimo naš aktuelni *Porodični zakon* vrlo šturo određuje brak kao “zakonom uređenu zajednicu života žene i muškarca” (č. 3, st. 1). Zanimljivo je i da čl. 1. Bračnih pravila SPC takođe daje jednu definiciju braka, tkzv. *pravoslavnog braka*: “Pravoslavni brak je sveta tajna po kojoj se dva lica raznoga pola, na način propisan Crkvom vezuju doživotnom duhovnom i telesnom vezom, radi potpune životne zajednice i rađanja i vaspitanja dece” (nav. prema Panov, Slobodan: *Osnov za razvod svetovnog braka*, Anali PF u Beogradu, LX, 1/2012, str. 127).

¹⁸ Up. *Essays on Jurisprudence*, second series, ed R. Summers, London, 1973, 2.

¹⁹ Bryce, James: *Studies in History and Jurisprudence*, New York, 1901, 612.

²⁰ Up. Shapiro, Scott: *Legality*, Harvard University Press, 2011, str. 13-15.

²¹ Radi raščišćavanja eventualnih nedoumica treba biti jasan: predmet konceptualne analize nije jezik, niti jedino načina na koji se koristi neki termin. Konceptualna analiza je analiza pojma, a ne lingvistička analiza. Kada to ne bi bilo tako, analiza koncepata bi se svela na čitanje rečnika i značenja koje su za termin koji taj koncept denotira u rečniku navedena.

turnih shvatanja, kao i odraz veza s drugim društvenim institucijama.²² Za njih brak dakle ne predstavlja “prirodnu” datost, instituciju zasnovanu na činjenici da postoji “pravi brak”. Rečju, ne postoji realnost braka koja je nezavisna od običaja i pravnih pravila i koja bi predstavljala osnovu za takve običaje i pravila.

Međutim, kao što je pokazano, Džordž smatra upravo suprotno: brak je moralni fakt, intrinzično (ili u frazeologiji modernih jusnaturalista kojima i sam pripada, “osnovno”) ljudsko dobro i koje kao takvo nije (samo) instrument za ostvarivanje nekih drugih dobara, nego je vrednost po sebi.²³ Prema tome, za njega je brak (i seksualno, fizičko jedinstvo, shvaćeno kao “ka- reprodukciji-orijentisan” čin) jedno *bazično dobro*, jedna vrsta moralnog realiteta.²⁴

Takozvana *osnovna ljudska dobra*, su dobra kojima ljudi mogu da teže zbog njih samih, zbog njihove vrednosti, a ne uvek zato što im ona služe da ostvare neke druge vrednosti ili svrhe.²⁵ Koja su to dobra i koliko ih ima, to je stvar u kojoj se filozofi i etičari razilaze.²⁶ U svom glavnom delu, Finis recimo navodi sedam takvih dobara: život (i zdravlje), znanje, igra, estetsko iskustvo, društvenost, praktička razboritost i religija²⁷. Dakle, ova dobra biramo i zbog njih samih, a ne samo (ili ne uvek) kao sredstva za dostizanje drugih dobara ili svrhâ.²⁸ Prema mišljenju jusnatrualista ove vrednosti i dobra *su u skladu s našom ljudskom prirodom*. To znači da su ta intrinzična dobra zapravo aspekti naše dobrobiti i blagostanja kao ljudskih bića, da njihovo ostvarivanje vodi ljudska bića ka savršenosti, upravo kao bića koja imaju takvu, *ljudsku* prirodu kakvu imaju. Dakle ovi objektivni moralni fakti postoje zato što postoje stvari i odnosi čija je “priroda” takva da oni

²² Eskridge, William: *A History of Same-Sex Marriage*, 79 *Vashington Law Review* (1993), str. 1421-22, 1434.

²³ George, Robert P.: *In Defense of Natural Law*, str. 139.

²⁴ Za jusnaturaliste je inače karakterističan taj meta-etički stav da postoje moralne istine, stav koji se može nazvati i “moralnim realizmom”. Inače “moralni realizam” se definiše kao “gledište prema kojem moralni sudovi i uverenja mogu da budu istiniti ili lažni (...), a moralne vrednosti se otkrivaju, a ne stvaraju našom voljom ili emotivnim reagovanjima” (R.W. Hepburn, *Moral Realism*, *The Oxford Companion to Philosophy*, ed. Ted Honderich, Oxford, 1995, str. 596). Osim toga, ovakav jusnaturalistički stav, kad je pravo u pitanju, ima za posledicu da te objektivne moralne istine treba da služe kao osnova ali i kao kriterijum ispravnosti naših pravnih i političkih institucija.

²⁵ George, Robert P.: *In Defense of Natural Law*, str. 102.

²⁶ Finnis, John: *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980, str. 98.

²⁷ *Ibid.*, str. 59-99.

²⁸ Ovo ne znači da mi ne biramo, na primer, da se igramo uvek radi same igre odnosno uživanja u njoj, a ne i recimo radi dobre zarade ili radi održavanja fizičke kondicije. Hoće se reći da i ove bazična dobra mogu da se biraju da bi se ostvarile neke druge svrhe. Ali ovo su jedina dobra koja *racionalno, razumno možemo birati i samo zbog njih samih*. Sa bilo kojim drugim dobrom koje isključivo služi da se ostvari neko drugo dobro ili svrha to nije slučaj. To se lako može videti na primerima: recimo, ako bi nam neko ispričao kako nabavlja lekove, ne zato što je bolestan ili zato što bi se mogao razboleti, niti zbog trgovine lekovima ili naučnog proučavanja, već samo zato što voli da ima puno lekova kod sebe, s pravom bi se zapitali o racionalnosti njegovog ponašanja ili o njegovom duševnom zdravlju.

iz njih prosto “izviru”. Međutim, ono što Džordža (i druge savremene jusnaturaliste) izdvaja u jedan poseban tabor jeste ideja da ovi moralni fakti ne mogu da se “logički” izvedu iz prirode čoveka. Nemoguće je, prema njihovom mišljenju da se iz premisa od kojih barem jedna ne sadrži praktičke razloge za delanje ili normu, kao zaključak izvesti neku moralnu normu ili neki razlog za delanje. To je logički nemoguće izvođenje treba iz jeste, a koje je još Hjum potkazao kao takvo.

Prema tome, ta bazična dobra ili još pre sama moralnost ne mogu da se zasnjuju na našem saznanju ljudske prirode, da se *logički izvode* iz činjenica o našoj prirodi. Džordž, Finis, Grize (i drugi) izričito tvrde da su bazična ljudska dobra (pa sledstveno tome i “pravi brak”) kao takva dokučiva samo pomoću naše moći praktičkog rasuđivanja ili još tačnije da uviđamo da su ona *samoočigledna* i da svako ljudsko biće neposredno, posmatrajući sopstveno iskustvo, u to može da se uveri. Ili kako to opisuje sam Robert Džordž: “[basic reasons] are known in non-inferential acts of understanding in which we grasp possible ends or purposes as worthwhile for their own sakes. The most basic reasons for action are those reasons whose intelligibility does not depend on deeper or still more fundamental reasons. As *basic* reasons, they cannot be derived; for there is nothing more fundamental that could serve as a premise for logical derivation. Therefore, they must be self-evident.”²⁹ Da zaključimo. Džordž smatra da je pravi brak i to konzumiran isključivo kroz ka reprodukciji usmeren seksualni čin jedno dobro po sebi i da je to samoočigledna činjenica za svako racionalno ljudsko biće. A samoočigledna je jer je ljudska priroda takva kakva jeste, a nije drugačija.

Na kraju ove kratke “analize” Džordžove analize, nije na odmet napomenuti da on u prilog svojoj koncepciji braka navodi i neke argumente koji nisu proistekli iz njegovih prirodnopravnih shvatanja. S vremena na vreme on tu svoju argumentaciju “pojačava” utilitarističkim argumentima, tj. socijalnim benefitima koje njegova koncepcija braka (može da) ostvaruje u društvu. Ove argumente on potkrepljuje empirijskim istraživanjima koja pokazuju da je porodična sredina, uz oba biološka roditelja, najpogodnije okruženje za vaspitanje i odgajanje dece.³⁰

ZAKLJUČAK

Osnovni problem svake *prirodnopravne* konceptualizacije je njen odnos prema empirijskom.³¹ I to ne samo u prostom epistemološkom smislu, u smislu

²⁹ George, Robert P.: *In Defense of Natural Law*, str. 85.

³⁰ Pozivajući se na niz empirijskih istraživanja, Džordž ističe da po svim indikatorima (emotivno i seksualno vaspitanje, obrazovanje, stopa delikvencije, drugi vidovi devijantnog ponašanja, itd) deca odgojena od bioloških prolaze mnogo bolje, od dece iz razvedenih brakova ili na drugi način odgojene dece (*What is Marriage?*, 257).

³¹ Generalno gledano, odnos nekog opšteg pravnog koncepta i stvarnosti koju taj koncept opisuje je veoma složen problem pravne epistemologije. Naime, često se postavlja pitanje da li zaista postoji nepromenljiva priroda prava kao fenomena koja je nezavisna od našeg koncepta prava i koju taj koncept treba samo tačno da izrazi (Simmonds, Nigel: *Law as a Moral Idea*, University of Toron-

da su ti koncepti uvek u manjoj ili većoj meri u raskoraku sa stvarnošću, da su na neki način "idealni" koncepti. Čak i najopštiji pravni koncept, koncept prava o kojem većina ljudi ima samo neodređenu predstavu, ako treba da ima heurističku ulogu koja mu je namenjena, ako treba da doprinese našem boljem razumevanju prava kao društvenog fenomena, mora biti i "naš" koncept. Drugim rečima, kako je to Raz uverljivo argumentovao,³² taj koncept mora do izvesne mere da odgovara onome kako ga ljudi shvataju i da odgovara socijalnoj praksi koja se tim konceptom razgraničava, demarkira od drugih njoj sličnih socijalnih praksi. Ovo čini mi se tim pre važi za pravne koncepte koji su mnogo "prozičniji", koji opisuju odnose koji su mnogo više deo naše svakodnevice, nego što to opisuje najapstraktniji pravni pojam, pojam prava. I čini se da se ovaj problem svake jusnaturalističke koncepcije baš dobro uočava na Džordžovom pojmu "pravog braka". Jer njegovo shvatanje o tome da su "pravi brak" i seksualni čin vaginalnog koitusa *dobro po sebi*, a da izvan toga svi drugi aspekti bračnih odnosa (bilo seksualni bilo emotivni, bilo oni koji se tiču potomstva) imaju samo instrumentalnu vrednost u najmanju ruku se može nazvati neuobičajenim. A u mnogim kulturama (pogotovo onim izvan tomističke katoličke tradicije) mogao bi se smatrati i bizarnim.

Sledeće, prirodnopravni koncepti i norme koje se u krajnoj liniji oslanjaju (čak i ako se ne *izvode*) na svojstva ljudske prirode, često zanemaruju jednostavnu činjenicu da sama ljudska priroda jeste i društveno i kulturno oblikovana. Ovo se možda baš najočiglednije vidi na konceptu braka koji se zasniva na nečemu što je ljudska seksualnost, a što se često na prvi pogled posmatra kao nesporno *prirodno* svojstvo čoveka. Međutim, kao što je uverljivo dokazano od strane niza antropologa, seksualnost je takođe i kulturološki uslovljena, a o tome šta "normalna" ili "prirodna" seksualnost jeste postoje bezbrojne kulturne i socijalne varijacije. U tom smislu, iako se čini nespornim da je seksualnost u samoj srži nepromenljive ljudske prirode, iz te prirodne činjenice, kako nas zapravo istorija poučava, ne treba preuranjeno izvoditi zaključke o tome da je monogamna, ekskluzivna i trajna seksualna veza muškarca i žene jedini "prirodan" oblik ispoljavanja ljudske seksualnosti. I ovde se već jako dugo vode ozbiljne i nikad dovršene rasprave između dve suprotstavljene grupe od kojih su jedni već pominjani "socijalni konstruktivisti", a drugi naturalisti (ili tzv. esencijalisti). Prvi tvrde da su seksualna želja kod ljudi i uopšte seksualne prakse i preferencije veoma socijal-

to Law Journal, vol. 55 (2005), 61-92, 70-71). S druge strane, jasno je da pravni pojmovi nisu isto što i na primer pojam jednoroga ili minotaura, dakle nešto što ne referiše na bilo šta što postoji. Dodatna komplikacija je u tome što su pravni koncepti, na izvestan način, takođe deo stvarnosti koju opisuju. Tako recimo, sama realnost braka i bračnih odnosa itekako će da zavisi od koncepta braka koji je izvesna zajednica usvojila. O svim ovim pitanjima opširnije sam govorio na drugom mestu (Dajović, Goran: *O metajurisprudenciji (I) – svrha i osnovni metod jurisprudencije*, "Pravo i društvo", Beograd, br. 2/2010, str. 9-29

³² Raz, Joseph: *Can There Be a Theory of Law*, u *The Blackwell Guide to Philosophy of Law and Legal Theory*, W. Edmundson and M. Golding eds., 2004, New York, Blackwell Publishing, str. 324-342.

no uslovljeni (npr. da je i sama heteroseksualnost proizvod patrijarhalnog društva) dok ovi drugi smatraju da su naši seksualni nagoni i podsticaji potpuno nezavisni od socijalnog okruženja, društvenih normi i zbog toga nepromenljivi od društva do društva. Kako je jasno da su i jedna i druga pozicija ekstremne, retko se kao takve prihvataju i obično proučavaoci ljudske seksualnosti istinu o njoj traže negde između.³³ Ali ako je tome već tako, onda je jasno da nema “čisto” prirodne seksualnosti i tim pre se onda ne može reći ni da je takav oblik navodne prirodne seksualnosti samoočigledno dobro, da u tom odnosu postoji nešto što je “bazično dobro” po sebi.

Uostalom, u ovoj tački najbolji argument daje sâm Džordž kada kaže da “do praktičkog uvida kako recimo pravi brak ima sopstvenu svrhu i to kao telesno jedinstvo dve osobe konzumirano i aktuelizovano kroz seksualno-reproduktivni akt dvoje supružnika ne može da dodje neko ko zbog kulturoloških i ličnih okolnosti nema saznanje da se aktuelni (stvarni) brak u njegovoj zajednici tako razume”.³⁴ U zajednicama u kojima iz ideoloških, kuturnih, socijalnih i sličnih razloga praksa braka i bračnih odnosa nije u skladu s takvim shvatanjem braka, ljudi nisu u stanju da shvate intrinzičnu vrednost braka i bračnih odnosa. A mi bi dodali: nisu u stanju da shvate vrednost braka po sebi, onako kako taj brak i tu vrednost shvata Robert Džordž.

Najzad, u ovoj se činjenici nazire i najveći problem svake prirodnopravne teorije, pa i ove njene verzije koju zastupa Robert Džordž. To je ideja o tome kakav je odnos između pozitivnog i prirodnog prava – a u konkretnom slučaju, između “pravog braka” (i jedinog “prirodnog” seksualnog odnosa kojim se on “konzumira”) i konvencionalnog ili pravnog pojma braka. Naime, osim što jusnaturalisti u pojam ljudske prirode ponekad učitavaju previše – kao što je upravo rečeno – zanemarujući kulturne, socijalne i duhovne elemente koji utiču na našu navodno nepromenljivu prirodu, oni su takođe skloni, da iz te navodno *samoočigledne* “prirode” (ili moralnog fakta na njoj zasnovanog) izvuku dalekosežne normativne posledice. Drugim rečima, skloni su da “učitaju” previše sadržaja u pravne norme koje bi trebalo da u pravnu stvarnost preslikaju, pretvore te moralne fakte, a da s druge strane zanemare da su te pravne norme uvek i neizbežno “socijalni konstrukti”, odraz vremena, tradicije, društvenih shvatanja, odnosa moći i politike, a ne (pre svega) nekih prirodnih moralnih datosti. Doduše, istina je, kako kaže Džordž da “skoro da ne postoji društvo koje je ostavilo neki trag u istoriji a da nije na određeni način regulisalo seksualne odnose” i da su “sve do danas poznate kulture smatrale da je potrebno da uredi ove odnose, kao i odnose potencijalnih ili stvarnih roditelja prema njihovoj deci.”³⁵ Međutim, na tome

³³ Opširnije o ovome up. npr. Posner; Richard: *Sex and Reason*, Harvard University Press, 1994, str. 29. i. d.

³⁴ George, Robert P.: *In Defense of Natural Law*, str. 143.

³⁵ What is Marriage?, 265, 275.

se i završava svaka sličnost između različitih društava u pogledu institucije braka – na *potrebi* da se taj odnos reguliše društvenim normama. Ali to što svaka ljudska zajednica odvajkada reguliše te odnose ne znači da ih svaka shvata i uređuje na isti način i da to čini motivisana istim moralnim nazorima. Naprotiv. A što je za jusnaturalističku poziciju još veći problem, te varijacije zavise od utilitarističkih, političkih i drugih razloga (o kojima uostalom, kako je pomenuto na kraju prethodnog odeljka, i sam Džordž itekako vodi računa) i koji nemaju previše veze s nečim što bi bila nepromenljiva priroda “pravog braka” (čak i kada bi ona postojala) kao jednog samoočiglednog “bazičnog ljudskog dobra”. Stoga, svaka prirodopravna teorija je, a što se jasno pokazalo i na ovom konkretnom primeru Džordžove koncepcije “pravog braka”, uvek mnogo više jedna moralna, nego jedna pravna teorija.

GORAN DAJOVIĆ, LL.D.,
Assistant Professor, Faculty of Law, University of Belgrade

THEORY OF NATURAL LAW AT WORK
– An instance of analysis of one jusnaturalistic concept –

Summary

In this article author describes an analysis of the concept of marriage which is proposed by Robert George, one of the most prominent contemporary proponents of the natural law theory. This analysis is taken as a paradigmatic example of the epistemological assumptions that underlie every jusnaturalistic “project”. Author chooses George’s analysis of the concept of the “real marriage” (which is independent from any legal rules or social conventions) as one simple but clear instance that can help us to understand way of thinking of natural-law theorists. First two sections of the review is devoted to this analysis and its main characteristics. In last section, having in mind these features, author tries to summarize focal points and shortcomings of every natural-law conceptualization.

DVORKINOV UTICAJ NA PRAVNI POZITIVIZAM

U V O D

Pre nekoliko meseci umro je Ronald Dvorkin, jedan od najpriznatijih i najuticajnijih političkih i pravnih filozofa druge polovine 20. i početka 21. veka. Ma koliko smrt tako značajnog mislioca i plodnog autora po sebi predstavlja neprijatnu činjenicu, ona obavezuje da se progovori o delu koje je iza njega ostalo. Kao filozof prava, Dvorkin je svoju pravnu teoriju gradio na produktivnoj kritici pravnog pozitivizma kao najdominantnijeg pravca u savremenoj jurisprudenciji. Njegova glavna zamerka pozitivizmu je bila da pojam prava određuje ne uzimajući u obzir moralne vrednosti. Tu glavnu tačku pozitivističke teorije, kritikovali su i predstavnici drugog glavnog pravca u jurisprudenciji – jusnaturalizma. Za razliku od njih, Dvorkin je ponudio sasvim drugačiju vrstu kritike i razvio je originalan način rešavanja pitanja odnosa prava i morala. Po njemu pravna teorija ne može biti neutralan i neevaluativan opis pravne prakse kako tvrde pozitivisti, već pre njena interpretacija. Argument za ovakav stav Dvorkin je temeljio na činjenici da svaka socijalna praksa razvija određeni interpretativni stav u odnosu na nju samu i to od strane onih koji u toj praksi učestvuju. Pošto svaka socijalna praksa, pa tako i pravna, u sebi sadrži određene vrednosti i poseduje neku svrhu, to su i pravila koja definišu i uređuju tu praksu povezana s tom svrhom i s tim vrednostima. Kako je prema Dvorkinu osnovna svrha prava legitimizacija upotrebe državne prinude, dakle, jedna normativna svrha, samim tim teoretičari moraju da

preduzmu svojevršno normativno istraživanje, kako bi ustanovili uslove pod kojima pravo kao normativni sistem zaista i opravdava državnu prinudu.

Pored navedene kritike, Dvorkin je kritikovao pozitivizam u i pogledu njegove nesposobnosti da pravilno opiše svoj predmet, budući da pravne principe ne uključuje u određenje pojma pozitivnog prava, iako sudovi, najčešće u spornim, graničnim slučajevima, svoje presude baziraju na njima. Upravo je ta vrsta Dvorkinove kritike bitno uticala na savremenu angloameričku pozitivističku školu. U redovima koji slede biće kazano nekoliko reči o toj kritici i ogromnom uticaju koja je ona izvršila ne samo među pozitivistima, već i u modernoj jurisprudenciji uopšte.

Dvorkinova kritika pozitivizma

Dvorkin je za metu svoje kritike odabrao Hartovu teoriju prava. Kritikujući prvenstveno Hartove temeljne postavke, on je argumentovao protiv savremenog angloameričkog pozitivizma, zato što je Hartovu teoriju smatrao paradigmatom pozitivističkog pristupa proučavanju prava, što ona u pravom smislu i jeste. U ovom članku će biti prikazana Dvorkinova kritika pravila priznanja kao centralnog pojma u Hartovoj teoriji. Ta kritika je, slobodnije rečeno, predstavljala jabuku razdora među pozitivistima i predstavljala je povod za jednu od najvećih rasprava u okviru pozitivističke škole. Pre nego što se izloži Dvorkinova kritika potrebno je u najgrubljim crtama opisati metu njegovog napada – Hartovo pravila priznanja.

Problem identiteta pravnog sistema je jedno od osnovnih pitanja na koja mora da odgovori pravna teorija. Odgovor na to pitanje treba da kaže pomoću kojih kriterijuma se može odrediti da li je neko pravilo važeće, tj. da li pripada određenom pravnom sistemu. Pre Harta odgovor na ovo pitanje su ponudili Ostin i Kelzen. Prema Ostinu, neko pravilo čini deo pravnog sistema ako je neposredno ili posredno proglašeno od strane suverena. S druge strane, Kelzen tvrdi da je neko pravilo deo pravnog sistema ako svoje važenje izvodi iz osnovne norme.¹ Ono što je zajedničko Ostinovom i Kelzenovom kriterijumu jeste da oni predstavljaju formalni test važenja pravnih pravila, pošto postojanje pravila u okviru nekog pravnog sistema ne zavisi od njegovog sadržaja, kao ni od prakse pravnih institucija.² Hart je potpuno odbacio Ostinov kriterijum identifikacije smatrajući ga sasvim nepodesnim, dok je Kelzenov model u jednoj meri uticao na Harta. Ipak, suštinska razlika leži u tome da je za Harta pitanje važenja pravila zavисno od prakse pravnih institucija, tj. državnih zvaničnika.

¹ Hans Kelzen, "Opšta teorija prava i države", preveli Radomir Lukić i Milorad Simić, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 1998, str. 172 i dalje.

² Vidi Miomir Matulović, "Jezik, pravo i moral – filozofija prava Herberta Harta", Izdavački centar Rijeka, Rijeka, 1986, str. 122–123.

Na pitanje da li je neko pravilo deo pravnog sistema, odnosno da li je neko pravilo važeće, Hart daje sasvim jednostavan odgovor: "Reći da je dato pravilo važeće znači priznati da je prošlo sve testove sadržane u pravilu priznanja i da je reč o pravilu sistema".³ Drugim rečima, iskaz da je neko pravilo važeće znači da ono zadovoljava sve kriterijume koje predviđa pravilo priznanja. Bez pravila priznanja nema pravnog sistema, pa sledstveno nema ni važenja, jer po Hartu "mi obično ne govorimo o pravilima kao važećim, osim u onim slučajevima gde određeni sistem sadrži neki opšti kriterijum za *identifikaciju* pravila."⁴ U pravnom sistemu sva pravila važe na osnovu pravila priznanja, dok ono samo nije ni važeće ni nevažeće, s tog razloga što se pitanje o njegovom važenju ne može postaviti. Ono, poput pravila primitivnog poretka, obaveznost crpe iz efektivne prihvaćenosti od strane državnih zvaničnika koji ga koriste kao svoj zajednički standard. Njegovo postojanje je faktička stvar i u tom smislu ono je jedino originerno pravilo pravnog sistema. Sva druga pravila su derivativna, jer svoje važenje crpe iz pravila priznanja.

Na osnovu rečenog, Dvorkin zaključuje da pozitivizam predstavlja model sistema pravila i model za sistem pravila, zato što njegov centralni pojam, a to je jedinstveni pravni test koji je Hart nazvao pravilo priznanja, uključuje samo pravna pravila, ali ne i druge standarde⁵ koji u pravnoj praksi imaju svoju jasnu ulogu.⁶ Drugim rečima, postojanje nekog opšteprihvatljivog testa važenja, tj. identiteta prava, onako kako ga je Hart postavio, prihvatljivo je jedino u odnosu na pravna pravila, ali ne i na ostale tipove standarda (direktiva) kakvi su na primer pravni principi. Svoju tvrdnju Dvorkin bazira na analizi teških slučajeva. Teški slučajevi jasno pokazuju da sudovi svoje odluke ne zasnivaju samo na pravnim pravilima nego i na principima.

Kao primer neka posluži vrlo interesantan slučaj "Riggs vs. Palmer" iz 1889. god. Unuk, koji se zvao Elmer, saznao je da je njegov deda u testamentu najveći deo svoje imovine ostavio baš njemu. Pošto se deda bio ponovo oženio, unuk

³ Herbert Hart, "The Concept of Law", second ed. Clarendon Press, Oxford, 1994, str. 103.

⁴ *Ibidem*, str. 108.

⁵ Na ovom mestu nužno bi bilo ukazati na terminologiju koja će biti korišćena u ostatku teksta. U prevodu "Taking Rights Seriously", ("Suština individualnih prava", preveo dr Đurica Krstić, JP Službeni list SRJ, CID, Beograd-Podgorica, 2001.) prevodilac je engleski termin *standards* preveo kao standardi. To, naravno, nije netačno, ali zahteva dodatna razjašnjenja. Naime, termin standardi, Dvorkin koristi da označi genusni pojam za sva pravna pravila, kao i za pravne principe i političke pristupe, koji su u pravu takođe veoma važni pošto i oni, doduše na drugačiji način, predstavljaju osnove na kojima sudovi zasnivaju svoje odluke. Na našem jeziku, termin "standardi", tj. "pravni standardi" može da ima ovo značenje, dok bi termin "pravne direktive" bio njegov sinonim. Ali kod nas se termin "pravni standardi" koristi i za posebne standarde u pravu kao što su "dobar domaćin", "savesno lečenje", itd. Da se terminologija već korišćena prilikom prevoda Dvorkinovih tekstova ne bi menjala, ovde će termin standardi biti korišćen u smislu pravnih direktiva.

⁶ Ronald Dvorkin, "Suština individualnih prava", str. 44-45.

se, zabrinut da deda ne promeni svoju odluku i novopečenoj supruzi ostavi imovinu, odlučio na krajnji korak – ubio je svog dedu tako što ga je otrovao. Vrhovni sud države Njujork je odlučivao po tužbi dve dedine ćerke koje bi po testamentu nasledile očevu imovinu da je Elmer umro pre svog dede. One su u svojoj tužbi navele da Elmer nema pravo da nasledi dedu, jer ga je ubio, za šta je ranije, u drugom postupku, krivično odgovarao i bio osuđen na dugogodišnju zatvorsku kaznu. U tom trenutku važeći Zakon o testamentu države Njujork, kao ni drugi važeći zakoni, nisu predviđali ovakav slučaj. Elmerov branilac je istakao da sud treba da dosudi u korist njegovog branjenika, jer ne postoji pravni osnov da mu se nasljedstvo uskrati i dodeli dedinim ćerkama. U tom slučaju bi, po braniočevim rečima, sud izmenio testament i važeće pravo zamenio sopstvenim moralnim uverenjima. Prilikom odlučivanja sudije nisu uspele da postignu saglasnost. Sudija Grej (Gray) je insistirao na tome da zakon ne sadrži izuzetke za ubice i da Elmer treba da dobije nasleđe. S druge strane, sudija Erl (Earl) je zazuzeo drugačije stanovište obrazlažući da se svi zakoni i ugovori mogu preispitivati prema njihovom dejstvu i učinku, i to na osnovu glavnih principa *common law*-a. On je u svojoj obrazloženju definisao jedan od glavnih principa: Nikome se ne sme dopustiti da ostvari korist od sopstvene nepravde, ili da bilo koji zahtev zasniva na vlastitoj nepravdi ili da stekne imovinu sopstvenim zločinom. Stanovištu sudije Erla priklonilo se još četiri sudije, dok je sudija Grej imao samo jednog istomišljenika, pa je tako unuk Elmer, pošto je već dobio robiju, na kraju ostao i bez nasljedstva.⁷

Pozivajući se na ovaj, ali i na druge primere iz američke sudske prakse, Dvorkin ističe manjkavosti pravnopozitivističkog kriterijuma identiteta prava u vidu nekog vrhovnog pravila, kakvo je npr. Hartovo pravilo priznanja, budući da ono ne može da identifikuje principe kao obavezujuće standarde. Osnovni razlog zašto pomoću pozitivističkog krajnjeg testa to nije moguće učiniti jeste priroda samih principa koji, za razliku od pravnih pravila, svoju obaveznost crpe iz sopstvene sadržine, tj. oni obavezuju na osnovu svoje unutrašnje moralne vrednosti. Dvorkin smatra da pred ovom činjenicom pozitivistima ostaju dve mogućnosti kako da svoj model prava učine prihvatljivim. Prvi način je priklanjanje stavu da prilikom rešavanja teških slučajeva, kada se sudije pozivaju na standarde koji nisu pravna pravila, oni, u stvari, vrše diskreciju.⁸ Drugi način je da pozitivisti identifikuju pravne principe kao deo pravnog sistema na osnovu nekog krajnjeg kriterijuma, nekog opšteprihvaćenog testa identiteta, bolje postavljenog od Hartovog i na taj način ih razgraniče od ostalih društvenih standarda.

Odbacivši doktrinu o sudskoj diskreciji kojom se principi posmatraju kao neobavezujući standardi za kojima sud poseže u slučajevima kada ne postoji

⁷ Ronald Dvorkin, "Carstvo prava", str. 25–30. Ronald Dvorkin, "Suština individualnih prava", str 45–46.

⁸ Vidi Miomir Matulović, *ibidem*, str. 132.

pravno pravilo ili kada sud menja određeno pravilo,⁹ Dvorkin se okrenuo analizi drugog pristupa, tj. razmatranju postavke da li principi mogu da obavezuju kao i pravna pravila. Smestivši taj pristup u pozitivistički okvir, on je pokušao da ispita da li je putem nekog krajnjeg testa moguće pokazati koji bi se principi računali kao deo prava.

Interpretirajući Harta, Dvorkin kaže da većina pravnih pravila važi zato što ih je donela neka nadležna institucija. To mogu biti zakonodavna tela, koji pravila donose u obliku pisanih zakona, ali i najviši sudovi, koji rešavajući pojedinačne slučajeve, ustanovljavaju precedente za buduće slične slučajeve. Ovaj test porekla (*test of pedigree*), kako Dvorkin kvalifikuje Hartovo pravilo priznanja, nije upotrebljiv za principe koji se pojavljuju u slučajevima poput *Riggs*. Arumentujući zašto je tako, Dvorkin ističe da poreklo pravnih principa “nije u pojedinačnoj odluci zakonodavnog tela ili suda nego u osećanju za prikladnost koje se tokom vremena razvilo u samoj profesiji i u javnosti. Produženje njihove snage zavisi od održanja ovog osećaja prikladnosti. Ako više ne bude izgledalo nepravično dozvoliti ljudima da ostvare dobit kroz nezakonitu radnju [...] ovi principi ne bi više igrali neku veliku ulogu u novim slučajevima, čak i kad ne bi nikad bili odbačeni ili ukinuti [naglasio MZ]”.¹⁰ Tako Dvorkin, braneci stav da obaveznost principa, bar ponekad, zavisi isključivo od njihovog sadržaja, u značajnoj meri diskredituje pozitivistički test porekla.¹¹ U skladu s ovim stavom, Dvorkin dodaje da zapravo i nema mnogo smisla govoriti o ukidanju ili odbacivanju pravnih principa, kao što bi se to moglo reći za pravila. Za principe bi se pre moglo reći da lagano blede onda kada u struci i u javnosti gube svoju “prikladnost”.

S druge strane, ako se Hartovim pravilom priznanja kao svojevrsnim testom porekla ne može utvrditi da li je neki princip pravni, ostaje pitanje kako se i da li se na drugi način, nekim posebnim testom može utvrditi njegova pravnost. Moglo bi se krenuti sličnim putem kao i za pravna pravila, tako da se neki princip smatra pravno obavezujućim ako ima određenu institucionalnu podršku, poput navođenja tog principa u obrazloženju sudskih presuda ili da se princip pominje u preambuli zakona, izveštaju zakonodavnog odbora koji je pripremao predlog zakona ili u nekom drugom pratećem dokumentu. U slučaju da nije moguće pronaći ovakvu institucionalnu podršku, samim tim bi bilo teško tvrditi da je u pitanju pravno obavezujući princip i suprotno. Na taj način Dvorkin pokazuje da i u slučaju principa, test porekla nije irelevantan, naprotiv.

No, bez obzira na smislenost ovakvog rezonovanja, Dvorkin smatra da za razliku od utvrđivanja važenja pravnih pravila “nije moguće pronaći formulu za

⁹ Dvorkin je razvio izuzetno složenu kritiku pozitivističke doktrine o sudskoj diskreciji koja zbog svog obima ovde ne može biti predstavljena.

¹⁰ *Ibidem*, str. 65.

¹¹ Scott Shapiro, “Hart-Dworkin debate: A Short Guide for the Perplexed”, Public Law and Legal Theory Working Paper Series, No. 77, March 2007, str. 12.

proveru kolika je i kakva vrsta institucionalne podrške nužna da se princip učini pravnim principom, a još manje da se utvrdi njegova težina na posebnoj lestvici veličina”.¹² Razlog leži u složenosti egzistencije i delovanja principa. Da bi se dokazalo da je neki princip pravni, potrebno je analizirati čitavu seriju standarda koji se menjaju i razvijaju, utiču jedni na druge i imaju različitu institucionalnu podršku. Takođe, mora se ispitati na koji način oni utiču na tumačenje zakona, dokaznu snagu različitih vrsta precedenata, njihov odnos prema aktuelnoj moralnoj praksi zajednice itd. Svi navedeni elementi ne bi mogli biti obuhvaćeni jednim krajnjim pravilom, čak i ako bi to pravilo bilo vrlo složeno.¹³ Štaviše, da je tako nešto i moguće, Dvorkin smatra da takvo pravilo ne bi imalo mnogo veze s Hartovim pravilom priznanja kao fundamentalnim pravilom koje sadrži kriterijume za identifikovanje svih ostalih pravila pravnog sistema.

Hartovo pravilo priznanja pokazuje još jedan nedostatak kada je u pitanju uključivanje određenih principa u korpus pravnih standarda. Naime, sam Hart, kako je već naglašeno, pravi oštru razliku između važenja i prihvatanja. Sva pravila pravnog sistema važe, jer svoje važenje izvode iz nekog višeg pravila i krećući se tom putanjom na kraju se stiže do pravila priznanja. Samo pravilo priznanja niti važi, niti ne važi, jer iznad njega ne postoji neko više pravilo - njegova obaveznost proishodi iz činjenice da je ono prihvaćeno u praksi. S druge strane, važenje koje je karakteristika pravnih pravila nije istovremeno i karakteristika pravnih principa. Oni, doduše, imaju neku vrstu institucionalne podrške i na taj način mogu podsećati na pravna pravila u smislu teze o poreklu¹⁴, ali njihova obaveznost ne leži samo u tome, već takođe u njihovom prihvatanju i praktikovanju.

U razradi ove teze kojom kritikuje Hartovu koncepciju pravila priznanja i oštre podele na važenje i prihvatanje, Dvorkin se osvrnuo na pitanje pravila koja su ustanovljena putem običaja, pitanja koje je mučilo i pozitiviste starije generacije. U anglosaksonskom tipu prava, brojna najstarija pravila nisu nastala tako što ih je donela neka nadležna institucija. Mnogo pre nego što su se ta pravila pojavila u pravnim tekstovima “ona su već bila smatrana delom prava zato što predstavljaju uobičajenu praksu zajednice, ili nekog njenog posebnog dela, kao što je poslovna praksa zajednice”.¹⁵ Ostin koji je ponudio model prava sveden na opšte zapovesti suverena, nije mogao da reši problem običajnih pravila, što Hart posebno ističe u svojoj kritici Ostinove imperativne teorije. Dok je Ostin tvrdio da običajno pravilo može da se smatra pravnim tek kada ga priznaju sudovi kao za-

¹² Ronald Dvorkin, *ibidem*, str. 66.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Dvorkin kaže da “iako principi imaju svoj osnov u zvaničnim aktima zakonitih institucija [ovde je prevodilac termin *legal institutions* nevažno preveo kao zakonite institucije, adekvatniji prevod bi bio zvanične institucije; prim. MZ], oni nemaju prostu ili dovoljno neposrednu vezu sa tim aktima da bi je formulisali u terminima kriterijuma određenog nekim konačnim i glavnim pravilom priznanja”, Ronald Dvorkin, *ibidem*, str. 67.

¹⁵ *Ibidem*.

stupnici suverena, Hart je, kritikujući Ostina, stao na stanovište da se pravilom priznanja kao glavnim pravilom svakog pravnog sistema može odrediti da li je neki običaj pravni čak i pre nego što ga sud prizna. Ipak, Hart nigde nije ponudio nijedan kriterijum koji bi glavno pravilo sistema trebalo da sadrži, a kojim bi se utvrdilo da li je neko običajno pravilo u isto vreme i pravno.¹⁶ Ako bi se pravilom priznanja predvidelo da je svako običajno pravilo koje zajednica smatra obavezujućim pravno, onda bi se narušila čitava Hartova konstrukcija. Pravilo priznanja konstituiše pravni sistem i njime se predviđaju kriterijumi za važenje koji, na čemu Hart insistira, nemaju veze sa efikasnošću pravila. Međutim, kako Dvorkin konstatuje, “ako se glavnim pravilom samo kaže da su pravila koja zajednica prihvata kao pravno obavezujuća, zaista pravno obavezujuća, onda se njime ne predviđa nikakav dalji probni kamen, osim onog koji koristimo kad glavnog pravila nema”.¹⁷ Na osnovu ovih zapažanja Dvorkin zaključuje kako problem običaja u Hartovoj teoriji govori u prilog tezi da postoje bar neka pravna pravila čija obaveznost ne proističe iz kriterijuma predviđenih u pravilu priznanja, već da, kao i samo pravilo priznanja, obavezuju jer ih je prihvatila zajednica.

U tu grupu standarda spadali bi i pravni principi, koji se ne mogu identifikovati putem pravila priznanja, a čija snaga leži u stepenu prihvaćenosti od strane zajednice ili nekog njenog posebnog dela. To znači da pored običaja, koji u današnje vreme ne predstavljaju tako važan izvor prava, pravilu priznanja “izmiču” i pravni principi za koje se to ne bi moglo reći. Tako proizlazi da Hartov model prava odgovara samo jednom delu pravnih standarda, dok je za drugi značajan deo on neodgovarajući. No pored ove manjkavosti, Dvorkin uočava još jedan, takođe bitan nedostatak. Kada se kao osnov za donošenje presuda pojave neki principi, onda se nesumljivo može reći kako su oni postali deo prava i koje, zbog toga, sudije u budućnosti moraju poštovati u određivanju zakonskih obaveza. Ali pored ovoga, principi koji figuriraju u presudama pokazuju kako pravila koja su prvi put proglašena u tim presudama, kao npr. pravilo da ubica testatora ne može naslediti njegovu imovinu, svoju snagu, bar jednim delom, duguju autoritetu principa (u konkretnom slučaju principa da niko ne može ostvariti korist čineći nepravdu), a ne samo pravilu priznanja.¹⁸

Pošto Hartov model nije odgovarajući, niti je, prema Dvorkinu, uopšte moguće formulisati test porekla kojim bi se principi povezali sa aktima zakonodavstva, potrebno je razmotriti još jednu mogućnost pre nego što se pojam pravila priznanja potpuno odbaci. Ako se pravilom priznanja ne mogu ustanoviti kriterijumi kojima bi se identifikovali principi, “zašto ne reći da su principi nešto osnovno i da oni *oblikuju* pravilo priznanja u našem pravu”.¹⁹ Pošto pravilo priznanja

¹⁶ *Ibidem*, str. 68.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Ibidem*, str. 69.

¹⁹ *Ibidem*.

treba da bude glavni indikator pomoću koga se može odgovoriti na pitanje šta se smatra važećim pravom, bilo bi potrebno formulisati sve principe u određenoj oblasti, kao i njihov značaj. Tako bi se, smatra Dvorkin, ceo skup pravnih principa mogao posmatrati kao pravilo priznanja. Ipak, ovo čudnovato rešenje koje Dvorkin predlaže, a kojim bi se pravilo priznanja proširilo skupom svih principa koji su na snazi, ne bi predstavljalo ništa više od tautologije da je pravo pravo. Štaviše, Dvorkin tvrdi da formiranje kataloga svih pravnih principa nije ni moguće, pošto su oni "sporni, njihova težina je od najveće važnosti, oni su bezbrojni i menjaju se tako brzo da bi početak naše liste zastareo pre nego što bismo došli do sredine. Čak i da uspemo, ne bismo dobili ključ za pravo jer ništa ne bi ostalo da se njime otključa".²⁰

Na osnovu rečenog, može se zaključiti da Dvorkin zbog dva ključna razloga potpuno odbacuje test porekla kao glavni koncept modernog pozitivizma. Prvi, pravni principi su, bar ponekad, obavezujući za sudije ne zbog njihovog porekla, već zbog svoje unutrašnje moralne vrednosti. Drugi, pravne principe, čak i kad su zbog svog porekla obavezujući, nije moguće identifikovati nekim krajnjim pravilom, jednostavno zato što takvo pravilo, koje bi, između ostalog, moralo da uzme u obzir stepen institucionalne podrške, nije moguće formulisati.²¹

Ovu vrstu kritike pravnog pozitivizma, Dvorkin sumira s nekoliko ključnih konstatacija. Prvo, osnovni koncept pravnog pozitivizma mora biti odbačen zato što se ne može ustanoviti nikakav krajnji test kojim bi se moglo proveriti koji se društveni standardi koji postoje u jednoj zajednici mogu smatrati pravnim. Drugo, pošto je pravilo priznanja kao osnovni koncept u pogledu identifikacije prava neupotrebljivo, ono povlači i drugu veliku grešku a to je doktrina o sudskoj diskreciji. Pozitivizam je u svojoj nemoći da identifikuje principe kao deo prava, tj. standarde na kojima sudije zasnivaju svoje presude u teškim slučajevima, pribegao učenju o sudskoj diskreciji koje principe posmatra kao izvanpravne standarde. Treće, ako sud koristeći svoje diskreciono pravo može da menja postojeća ili uvodi nova pravila, onda se ne može reći ni da su pravna pravila obavezujuća za sud, te jedna od osnovnih pozitivističkih teza da je pravo skup obavezujućih pravnih pravila pada. Konačno, pozitivistički model nije adekvatan da pravilno opiše pravnu pojavu. Njegova eksplanatorna snaga je vrlo upitna što zahteva neki drugačiji model kojim bi se na bolji način opisala pravna stvarnost.

Pozitivistički odgovor

Dvorkin je od strane brojnih pozitivista optuživan da je Hartovu teoriju prava predstavio na jedan izrazito implauzibilan način. Ta pozitivistička tvrdnja bi ponajpre mogla da se odnosi na Dvorkinovu interpretaciju pravila prizna-

²⁰ *Ibidem*, str. 70.

²¹ Vidi Scott Shapiro, *ibidem*, str. 14.

nja, kao osnovnog Hartovog koncepta. Dvorkinova kritika usmerena na tu glavnu tačku Hartove teorije problematična je po brojnim osnovama. Prvo, Dvorkin je na nekorektan način predstavio taj toliko važan koncept. Drugo, kritički zaključci koje je na temelju tako pogrešne interpretacije izveo, od kojih je najvažniji da se putem pravila priznanja principi ne mogu uključiti u korpus prava, stvaraju ozbiljnu sumnju da je ceo poduhvat Dvorkin sasvim svesno preduzeo kako bi ne samo Hartovu teoriju okvalifikovao kao neadekvatnu, već kako bi dekonstruisao glavna polazišta pravnog pozitivizma i na osnovu tako razorne kritike postavio sopstvenu teoriju koja bi bolje odgovorila na zadatke pred kojima je pozitivizam stao. Jednostavno, Dvorkin je iz netačnih premisa nužno morao da izvede netačne zaključke, ali ih je predstavio kao tačne. Konačno, cela kritika ovog dela Hartove teorije i pozitivizma uopšte je u velikoj meri nekonzistentna i u pojedinim delovima izgleda nategnuto.

Kao primer za ovo poslednje neka posluži sledeća kratka analiza ovog dela Dvorkinove kritike. Dokazujući neadekvatnost Hartovog pravila priznanja, Dvorkin je izložio problem običajnih pravila i njihovog mesta u pravu. U toj analizi Dvorkin je insistirao na manjkavostima Hartovog oštrog razlikovanja između prihvatanja i važenja. Upravo činjenica da su običaji standardi koji su prihvaćeni, a ne doneti od strane neke zvanične institucije, onemogućava da njihov pravni karakter bude ispitan pomoću jednog krajnjeg testa, budući da se tim testom ispituje važenje, a ne prihvaćenost određenih standarda. Ono što se odnosi na običaje u ovom smislu, *mutatis mutandis* se odnosi i na principe, a i Dvorkinova definicija principa govori u prilog ove njegove teze ("Njihovo poreklo kao pravnih principa nije u pojedinačnoj odluci zakonodavnog tela ili suda nego u osećanju za prikladnost koje se tokom vremena razvilo u samoj profesiji i u javnosti. Produženje njihove snage zavisi od održanja ovog osećaja prikladnosti."²²). Međutim, gotovo na istom mestu, Dvorkin iznosi tvrdnju kako nije moguće sastaviti katalog principa pošto ih ima bezbroj i da se oni menjaju takvom brzinom da bi početak kataloga zastareo pre nego što se stigne do njegove sredine. Obe konstatacije su pogrešne. Prvo, pravnih principa nema bezbroj, svakako ih ima manje nego pravnih pravila. Ako se ovaj prigovor može opravdati Dvorkinovom nesmotrenošću ili lošim izborom reči, druga greška je čisto materijalna. Snaga i obaveznost principa, po Dvorkinovim rečima, leži u stepenu njihove prihvaćenosti od strane zajednice ili nekog njenog posebnog dela. O kakvoj prihvaćenosti može biti reči ako se principi menjaju velikom brzinom. S druge strane, prihvati li se Dvorkinovo tvrđenje o lakom nastanku, promeni i nestanku principa, analogija sa običajnim pravilima postaje neodrživa, jer bi prvi od dva osnovna elementa običaja - dugotrajno vršenje i svest o obaveznosti, ostao neostvaren. Uostalom, sastavljanje lista pravnih principa u pravu i pravnoj teoriji nije nepoznato i skoro svi principi koji su na tim mestima navođeni, do danas se smatraju aktuelnim, bez obzira na to kad su te li-

²² Ronald Dvorkin, *ibidem*, str. 65.

ste sastavljene.²³ To daje za pravo Dvorkinu da u jednom smislu povuče analogiju između običaja i principa, ali ne i za tvrdnju kako se principi brzo menjaju.

Ipak, važnije pitanje od prikazivanja nekonzistentnosti ovog dela Dvorkinove kritike jeste način na koji je on interpretirao pravilo priznanja, zato što je na osnovu te interpretacije Dvorkin izveo zaključke koji u jednom svom značajnom delu odstupaju od onog što je Hart tvrdio. U najkraćem, Dvorkin je pravilo priznanja predstavio tako da se njime mogu identifikovati samo pravna pravila, a ne i pravni principi, pa je na taj način, zajedno uz kritiku doktrine o sudskoj diskreciji, postavio osnov za tvrdnju da je pozitivizam model sistema pravila i model za sistem pravila. On je do ovog zaključka došao pošto je glavni test važnja pravila koji je karakterističan za skoro svaku pozitivističku teoriju opisao kao tezu o poreklu (*pedigree thesis*). U najkraćem, teza o poreklu glasi – pravna pravila važe zato što ih je donela nadležna institucija. U anglosaksonskom tipu prava te institucije su zakonodavna tela koja pravila donose u obliku pisanih zakona i najviši sudovi koji svojim presudama ustanovljavaju precedente. Kako je Hartovo pravilo priznanja pravi primer za glavni test važenja, Dvorkin je ovakvim nepotpunim opisom pravila priznanja promašio metu koju je gađao, ali je, s druge strane, otvorio jedno od najvažnijih pitanja među samim pozitivistima.

To pitanje se tiče glavnog pozitivističkog nauka – tzv. teze o konceptualnoj odvojenosti prava i morala (*separation thesis*). Hart je postavio svoju teoriju tako što ju je udaljio od dotle vladajuće pozitivističke paradigme da osnov prava leži u zapovesti suverena, i postavio novo viđenje koje osnov prava prepoznaje u socijalnim pravilima. Najveći broj modernih pravnih pozitivista prihvatio je Hartovo stanovište da postoje konvencionalna pravila priznanja, tj. konvencije koje određuju izvesne činjenice ili okolnosti kao presudne za identifikaciju, stvaranje, promenu ili ukidanje pravnih pravila. Dakle, važenje prava u pozitivističkom viđenju zavisi od određenih socijalnih činjenica i nije nužno uslovljeno moralnim ili nekim drugim vrednostima.

Posle Dvorkinove kritike, pozitivisti su se podelili u dva tabora. Naime, Dvorkin je Hartovo pravilo priznanja netačno predstavio, tj. predstavio ga je samo kao test porekla, što Hart nigde nije tvrdio. Suprotno Dvorkinovo interpretaciji, Hart je opisao pravilo priznanja kao jedno konvencionalno pravilo koje se ispoljava kroz praksu sudija i drugih državnih zvaničnika. Prema Hartu, pravilo priznanja “postoji samo kao složena, ali normalno usaglašena *praksa* sudova, zvaničnika i privatnih lica u identifikovanju prava, upućivanjem na izvesne kriterijume”.²⁴ Ti kriterijumi su uglavnom formalne prirode u smislu da predviđaju način na koji se važeća pravila sistema usvajaju ili stvaraju, ali oni mogu biti i supstantivne prirode, pa tako pravilo priznanja može da sadrži i moralne vrednosti ili principe

²³ Npr. Valtazar Bogišić je čitav VIII razdio VI dela Opšteg imovinskog zakonika za Crnu Goru posvetio pravnim principima (987–1031§), i skoro svi ti principi i danas imaju svoj nesumnjiv značaj u pravnoj struci.

²⁴ Herbet Hart, *ibidem*, str. 110

pravednosti kao uslov važenja. Hart kao primer navodi pravni sistem Sjedinjenih Američkih Država, gde su takvi principi sadržani u određenim ustavnopravnim ograničenjima. Dakle, Dvorkin je nepotpuno opisao pravilo priznanja i na taj način pokazao da se njime ne mogu obuhvatiti pravni principi, budući da oni ne mogu proći test porekla predviđen pravilom priznanja. Posle ovakve redukcije, Dvorkinu nije bilo teško da pokaže kako je Hartov model neadekvatan pošto nije sposoban da pravilno opiše pravnu praksu iz koje isključuje principe.

Ipak, ono što je najinteresantnija posledica Dvorkinove netačne interpretacije pravila priznanja, jeste činjenica da su se sami pozitivisti između sebe podeli li oko pitanja sadržine osnovnog testa važenja pravnih pravila. Zvuči pomalo paradoksalno da je Dvorkin pogrešnim opisom pravila priznanja, otvorio jednu od najživljih debata među pozitivistima u poslednjih četvrt veka. Jednu grupu pozitivista čine oni koji smatraju da važenje prava zavisi isključivo od faktičkih izvora prava i koji se nazivaju ekskluzivnim pozitivistima, dok se vrsta pozitivizma koju oni zastupaju označava kao ekskluzivni ili tvrdi pozitivizam. Drugu grupu, predvođenu Hartom, čine oni koji su glavnu pozitivističku tezu o odvojenosti prava i morala ublažili na način da prihvataju da glavni test važenja može da uključi i konveciju po kojoj je uslov važenja nekog standarda njegova moralna vrednost. To znači da moralna vrednost ne može sama po sebi da predstavlja uslov važenja, već je to uvek uslovljeno konvencijom koju upražnjavaju zvaničnici, a ona može da predviđa kriterijum važenja koji je moralne prirode. Pozitivisti koji zastupaju ovo stanovište se nazivaju inkluzivnim pozitivistima, a ta vrsta pozitivizma inkluzivni, meki ili slabi pozitivizam.

Inkluzivni pravni pozitivizam

Sušтина Hartovog odgovora na Dvorkinovu kritiku u pogledu pravila priznanja, svodi se na ukazivanje kako je Dvorkinov opis njegove verzije pravnog pozitivizma, a posebno pravila priznanja, u ključnim tačkama pogrešan. Hart je, pojasnivši svoju i ovako dovoljno jasnu koncepciju pravila priznanja, pokazao kako pozitivizam može izbeći Dvorkinovu kritiku, a da ne napusti tezu o odvojenosti prava i morala kao svoje glavno stanovište. Jednostavno, teza o odvojenosti ni po čemu ne isključuje mogućnost da kao test važenja nekog standarda u okviru pravila priznanja bude predviđena moralna vrednost tog standarda, naravno uz uslov da je tako nešto stvar konvencije među sudijama i ostalim zvaničnicima. Na taj način obe glavne teze koje Hart zastupa, a to su teza o odvojenosti prava i morala, kao i teza da je pravo determinisano socijalnom praksom, tj. da predstavlja činjeničnu stvar, opstaju jedna uz drugu i konceptualno posmatrano se ne isključuju.

Hart se eksplicitno izjasnio kao inkluzivni pozitivista, smatrajući da ta vrsta pozitivizma predstavlja najbolji odgovor na Dvorkinovu kritiku. Iako lično nije učestvovao u razvijanju inkluzivne verzije pravnog pozitivizma, Hart je već

u prvom izdanju "Pojma prava" dao njegove osnovne postavke, prvenstveno kroz koncept pravila priznanja koje može da sadrži i supstantivne elemente.²⁵ Objavljajući svoju glavnu ideju, on je pokazao kako se, zapravo, slaže sa Dvorkinom u pogledu toga da su sudije pravno obavezane da primene moralne principe u slučaju da ne postoji adekvatno pravno pravilo, i da, kada to čine, sudije primenjuju postojeće pravo.²⁶ Takav stav prema Hartu ne kolidira sa glavnim postavkama (inkluzivnog) pravnog pozitivizma, pošto ne postoji razlog zašto se važenje nekog pravila, koje je bazirano na njegovom moralnom sadržaju, ne bi moglo da bude uslov predviđen pravilom priznanja. Inkluzivni pozitivisti jednostavno tvrde da nijedno pravilo nije pravno, tj. nije važeće *samo zato* što je moralno ispravno, ali da moralna ispravnost može biti uslov važenja ako je takav uslov predviđen konvencijom koju upražnjavaju sudije i drugi zvaničnici prilikom identifikovanja prava. Ovakvim stavom inkluzivni pozitivizam ne napušta osnovno polazište da je pravo određeno činjenicama, "prosto zato što zahteva da pravilo priznanja bude socijalno pravilo".²⁷

Razloge koji su značajan broj pravnih pozitivista privukle stavu da moralni principi mogu da budu pravno obavezujući, pod uslovom da je takav uslov predviđen pravilom priznanja, poznati američki pravni teoretičar Andrej Marmor pronalazi u dvema činjenicama: "Prvoj, zato što tako kažu sudije. Drugoj, zato što se čini da samo pravo to propisuje."²⁸ On zapaža da jedan deo Dvorkinove kritike pozitivističke teze o testu porekla, počiva na osobenostima sudske retorike. Analiza retorike koju koriste sudije u anglo-američkom pravnom sistemu, kao i u drugim pravnim sistemima, pokazuje kako u stvari ima mnogo više pravnih pravila i drugih vrsta pravnih standarda nego što bi moglo da se derivira iz konvencijom utvrđenih izvora. Marmor ističe da "sudije osećaju obavezu da primenjuju i da se oslanjaju na brojne moralne i političke principe čije pravno važenje ne može da se izvede iz konvencionalnih izvora prava. Istina, neki od ovih principa su postali deo prava tako što su inkorporirani kroz precedente, a precedenti jesu konvencionalni izvor prava. Ipak, čini se da sudska retorika često ukazuje kako same sudije posmatraju određene principe kao pravno obavezujuće ne zbog izvora iz kojeg potiču, već zbog njihovog sadržaja."²⁹ Ovaj argument se, prema Marmoru, ne svodi samo na ukazivanje na sudske retoriku, već je po svojoj prirodi mnogo

²⁵ Hart je još u svojoj polemici s Fulerom istakao da ne postoje logička ograničenja u pogledu sadržine pravila priznanja. Vidi Herbert Hart, "The Morality of Law", str. 361.

²⁶ Vidi Scott J. Shapiro, "Was Inclusive Legal Positivism Founded on a Mistake?", *Ratio Juris*, Vol. 22, No. 3, 2009, str. 327.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Andrej Marmor, "Exclusive Legal Positivism", u *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Jules Coleman, Scott Shapiro (eds.), Oxford University Press, Oxford, 2004, str. 110.

²⁹ *Ibidem*.

sofisticiraniji. Sudska retorika se u samim pozitivističkim okvirima mora shatiti ozbiljno, ako ni zbog čeg' drugog, ono zbog činjenice da konvencionalizam, kao jusnaturalizmu suprotstavljena doktrina, zastupa stav da je pravo ono što sudije i drugi zvaničnici smatraju da jeste.³⁰

Drugi razlog zašto se deo pozitivista opredelio za njegovu inkluzivnu varijantu leži u samom sadržaju prava. Notorna je činjenica da pravo po sebi određuje da važenje nekih pravila zavisi od njihovog odnosa prema moralnim vrednostima ili političkim ciljevima. Ovo se pogotovo, mada ne isključivo, odnosi na sferu ustavnog prava. Mnogi moderni ustavni dokumenti predviđaju da se u cilju utvrđivanja važenja pravila, u obzir mora uzeti njihova usklađenost s osnovnim moralnim i političkim načelima. Takođe, praksa ustavnih sudova, odnosno sudskih instanci koje se staraju za zaštitu ustavnosti, pokazuje kako se pravna pravila, putem sudske odluke, mogu staviti van snage ako nisu u skladu s osnovnim moralnim vrednostima političke zajednice.³¹

Oba ova razloga pokazuju da je značajan deo pozitivista prepoznao suštinu Dvorkinovih kritičkih primedbi. Te primedbe, ma koliko problematično bile izvedene, pokazale su izvesne slabosti eksplanatorne snage pravnog pozitivizma. Analizom teških slučajeva, Dvorkin je osvetlio one delove pravne prakse koje je pozitivizam zanemario i ostavio u pomračini. Odgovor koji je došao od strane inkluzivnih pozitivista ogleđa se u detaljnijem i nijansiranim razvijanju stava, koji je Hart prvi postavio, da krajnji test važenja pravnih prilika može da sadrži i supstantivne elemente. I sam Hart je u svom odgovoru na Dvorkinovu kritiku posebno naglasio da se pravilo priznanja ne može svesti na test porekla. Ako se ono pravilno razume, ne postoji nikakva poteškoća da se dokaže "kako je princip koji je sud primenio u slučaju 'Riggs vs. Palmer' pravno važeći zato što predstavlja moralni zahtev pravičnosti (*moral requirement of fairness*)".³²

Ekskluzivni pravni pozitivizam

Ideju o postojanju jednog krajnjeg pravila pomoću kojeg se *nesumnjivo* može utvrditi koja pravila čine sferu prava, a koju je Dvorkin opisao kao test porekla, druga velika grupa pozitivista je prihvatila kao svoju centralnu ideju. Možda je Dvorkin gađajući Hartovu teoriju promašio, ali je pogodio srž drugog pozitivističkog pravca. Ekskluzivni pozitivisti se slažu s Dvorkinovim opisom krajnjeg testa važenja. Prema inkluzivistima, pravna pravila se od svih ostalih društvenih pravila razlikuju isključivo po izvoru iz kojeg potiču, ili, u najkraćem – "all law is

³⁰ *Ibidem*, str. 110–111.

³¹ *Ibidem*.

³² Kenneth Einar Himma, "Inclusive Legal Positivism", u *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Jules Coleman, Scott Shapiro (eds.), Oxford University Press, Oxford, 2004, str. 140.

source based, and anything which is not source based is not law”.³³ Krajnje pravilo, kao konvencija koju upražnjavaju sudije i ostali zvaničnici, određuje izvore iz kojih pravo nastaje, poput akata zakonodavca i sudskih precedenata i u sebi ne može da sadrži nikakve vrednosne elemente kako to inkluzivisti tvrde. Utvrđivanje identiteta prava predstavlja osnovni razlog zašto se ekskluzivisti opredeljuju za ovakvo shvatanje krajnjeg pravila, jer se na taj način postavlja jasna distinkcija između prava i drugih društvenih pravila, što na kraju krajeva služi boljem razumevanju prava i društva.³⁴

Pošto su se složili s Dvorkinom oko opisa glavne tačke pozitivizma, ekskluzivisti su, u odnosu na inkluziviste, morali da ponude drugu vrstu odgovora na Dvorkinovu kritiku, tj. na njegovu tvrdnju da su sudije često vezane principima koji ne potiču iz ustanovljenih izvora, ili, drugačije rečeno, nemaju “pedigre”. Prva vrsta odgovora koji je došao od strane inkluzivista govori da principi na kojima sudovi zasnivaju svoje presude, zapravo, imaju svoje poreklo u ranijim sudskim odlukama.³⁵ Ovi principi su tokom određenog vremenskog perioda postali uobičajeni osnov za sudsko odlučivanje, tako da ih ovakvo uobičajeno korišćenje čini delom sudskih običaja (*judicial custom*). U pogledu testa porekla nema ničeg spornog, zato što ovako opisani principi imaju svoj nesumnjiv socijalni pedigre.³⁶

Dvorkin u svojoj kritici ne osporava značaj tzv. institucionalne podrške koju principi mogu da uživaju, ali takođe naglašava da postoje slučajevi u kojim se principi pojavljuju po prvi put. U takvim slučajevima, sudovi primenjuju principe iako oni nemaju institucionalnu podršku, odnosno da im nedostaje socijalni pedigre. To pokazuje dve krupne manjkavosti ovakvog ekskluzivističkog odgovora. Prvo, sudska praksa pokazuje da se sudovi ponekad osećaju obaveznim da barem razmotre principe koji ranije nisu figurirali u sudskim presudama. Drugo, ako bi se odmotalo klupko, pokazalo bi se da je svaki od principa koji se u datom trenutku smatra delom sudskih običaja, u jednom ranijem trenutku morao pojaviti kao sasvim nov, tj. kao princip koji dotle, u nekoj prethodnoj sudskoj odluci, nije navođen.

³³ Andrei Marmor, *ibidem*, str. 104.

³⁴ Vidi Džozef Raz, *ibidem*, str. 37–38. U svojim kasnijim delima, Raz, kao najistaknutiji predstavnik ekskluzivnog pozitivizma, detaljnije razvija ovu osnovnu ideju, npr. “Sudovi se mogu posmatrati kao da pripadaju istom sistemu ako u svojoj praksi prepoznaju i priznaju (*recognize*) pravila na osnovu istog merila validnosti (tj. ako praktikuju isto pravilo priznanja). [...] Ovakvo shvatanje utiče na preciznije definisanje aktuelnog pravnog sistema, ali je njegova osnovna prednost u isticanju činjenice da je pravo deo političke organizacije društva. Sa mnogih razloga pravo može i treba da se tretira kao autonomni sistem, ali, u krajnjoj liniji, njegove granice zavise od prirode i granica većeg političkog sistema čiji je ono sastavni deo. [...] Pravna pravila su takva da se njihovo postojanje, kao i sadržaj može utvrditi isključivo na osnovu socijalnih činjenica, bez pribegavanja moralnim argumentima.”; Joseph Raz, “The Concept of a Legal System”, second ed, Clarendon Press, Oxford, 1983, str. 211–212.

³⁵ Vidi Genaro Rubén Carrió, “Legal Principles and Legal Positivism”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1971, str. 25.

³⁶ Scott Shapiro, “The ‘Hart-Dworkin’ Debate”, str. 20.

U skoro isto vreme kada je ponuđen ovaj pozitivistički odgovor, Raz je, analizirajući Dvorkinovu kritiku, pronašao slabu tačku i odgovor ekskluzivista na Dvorkinovu kritiku usmerio u drugačijem pravcu. Naime, Raz je pošao od Dvorkinove teze kako sudovi ne vrše diskreciju u naglašenom smislu. Ako se prihvati ovakav stav, to znači da sva pravila, principi i drugi standardi na koje se sudovi pozivaju u svojim odlukama predstavljaju pravo, budući da sudovi po Dvorkinovu viđenju, ne stvaraju, nego primenjuju već postojeće pravo. Ipak, kako Raz naglašava, postoji jedan značajan izuzetak koji je suprotan Dvorkinovoj tvrdnji. Taj izuzetak pokazuje kako sudovi ponekad primenjuju standarde koji svakako ne predstavljaju deo prava. Kao primeri mogu se navesti oni slučajevi gde sudovi, na osnovu pravila međunarodnog privatnog prava, imaju obavezu da primene pravna pravila neke druge države. Takođe, u slučajevima smanjenja kazne ili oslobođenja od vojne obaveze, sudovi su obavezni da u obzir uzmu različite društvene, religijske i moralne standarde pojedinaca i grupa. Ako bi se na ovakve slučajeve primenilo Dvorkinovo određenje kako standardi koji obavezuju sud predstavljaju pravo, stiglo bi se do paradoksalnog zaključka da pozitivna pravila neke strane države ili pravila određene religijske grupe koja npr. zabranjuje nošenje oružja, predstavljaju deo važećeg prava odnosno države.³⁷

Na osnovu ovog rezonovanja, Raz odbacuje glavnu Dvorkinovu tezu o principima koji čine deo prava, ne zbog svog porekla, već zbog svoje moralno poželjne sadržine, prosto zato što se ne može postaviti znak jednakosti između obaveze suda da preispita i primeni određene standarde i pravnog važenja tih standarda. Međutim, ostaje jedno značajno pitanje – ako sudovi u određenom slučaju za koji ne postoji utvrđeno pravilo moraju da razmotre principe i to zbog njihove unutrašnje vrednosti, kako onda definisati ulogu tih principa u pravu. Prema Razu, obaveza sudija da se u takvim slučajevima okrenu moralnim argumentima, ne znači da oni na taj način *ipso facto* inkorporišu moralnost u okvir prava, odnosno, da se na osnovu ovakvih slučajeva, ne može smatrati da moralnost postaje sastavni deo krajnjeg pravila važenja³⁸ U takvim slučajevima sudovi, suprotno od onoga što Dvorkin tvrdi, vrše svoje diskreciono ovlašćenje.

Eksluzivisti pojam sudske diskrecije u naglašenom smislu, shvataju bitno drugačije od Dvorkina. Ovlašćenje sudija da primenjuju svoje diskreciono pravo ne podrazumeva da su oni slobodni da odlučuju po svojoj volji. Čak i slučaju da kad diskrecija nije bilo čim ograničena, sudije nemaju ovlašćenje da postupaju arbitrerno, već imaju obavezu da u skladu s vlastitim uverenjima postupe kako smatraju da je najbolje. Ako bi sudija u takvom slučaju postupio arbitrerno, tako što bi npr. bacio novčić, on bi prekršio svoju pravnu obavezu. Prema Razovim rečima: “Sudija se uvek mora mora pozvati na neke opšte pravne razloge. On nema diskreciju kada su ti razlozi propisani pravom. On ima diskreciju kada mu pravo naređuje da postupi prema razlozima koje on drži ispravnim, a samo ne postavlja

³⁷ Džozef Raz, “Pravni principi i granice prava”, str. 49. dodaj i argument iz članka postsript

³⁸ Joseph Raz, “The Authority of Law”, Clarendon Press, Oxford, 1979. str. 46.

vlastite standarde. Diskrecija je uskraćena kada pravo propisuje standarde koji bi trebalo da važe za sve sudije. Diskrecija je dopuštena kada je svaki sudija ovlašćen da sledi različite razloge, ali za koje smatra da su najbolji. U protivnom, diskrecija bi bila izjednačena s arbitrernošću, ćudljivošću i hirovitošću”.³⁹

ZAKLJUČAK

Obe verzije pozitivizma, tj. njihovi predstavnici su pokušali da na najbolji način odgovore na Dworkinovu kritiku. Naravno, i sam Dworkin je sa svoje strane, zauzeo stav prema njihovim odgovorima. To bi, razumljivo, bila tema za neki drugi rad, a ovde je dovoljno naglasiti da je Dworkin odbio argumente kako inkluzivnih, tako i ekskluzivnih pozitivista. Prve je odbio smatrajući da se uključivanjem supstantivnih ograničenja u pravilo priznanja narušavaju opšte postavke pozitivizma. Takvim uključivanjem se dopušta da pravo zavisi od spornog pitanja saglasnosti s moralnim vrednostima, što stvara duboki jaz u odnosu na nastojanje pozitivizma da pokaže kako je pravo činjenična stvar koja ne zavisi od kontroverzних moralnih argumenata. Što se ekskluzivnog pozitivizma tiče, Dworkin je u svom najznačajnijem delu “Laws Empire” postavio teoriju sudskog presuđivanja kojom u potpunosti odbija ekskluzivističku postavku o sudskoj diskreciji i daje jedan potpuno drugačiji pogled na to pitanje.

MILOŠ ZDRAVKOVIĆ, LL.M.,
Assistant, Faculty of Law University of Belgrade

DWORKIN INFLUENCE THAT LEGAL POSITIVISM

Summary

As the dominant way of examination of the legal phenomenon, legal positivism was exposed to criticism, primarily by natural law theorists. However, the most complex criticism of positivism came by Ronald Dworkin. In his critique, Dworkin claims that legal positivism describing the law, taking into account only legal rules, but not legal principles. Influence of the legal principles can be seen in so called hard cases, which are settled not on the basis of legal rules, but on the basis of legal principles. In this way, Dworkin argues that legal positivism is unable to properly respond to the main task – to describe the law system. Dworkin’s critique divided positivists into two groups – those who represent an exclusive, and those who represent an inclusive variant of positivism. This critique was a significant improvement in jurisprudence, because that critique launched one of the most important issues in modern theory and philosophy of law.

³⁹ Džozef Raz, “Pravni principi i granice prava”, str. 51.

OSVRT NA MISAO ŽIVOJINA PERIĆA, KLASIKA PRAVA

Pravna misao imala je u klasicima prava imena čije delo čini osnov najznačajnijih pravnih dostignuća i saznanja. Misli i ideje znamenitih mislilaca sa naših prostora ne samo da su pronikle u vrelo dotadašnjih dostignuća, već su predstavljale značajan iskorak u stvaralaštvu svog vremena, kao i svojom životnošću nadahnuće budućim generacijama, pa kao trajna vrednost ostaju temelj pravničke kulture.

Među tim znamenitim imenima klasika pravne misli¹ značajno mesto zauzima Živojin Perić, profesor prava, civilista, vrstan poznavalac komparativnog prava, a nadasve pravni filozof i mislilac širokog obrazovanja i vidika. Konstatujući da on nije znao za granice pravnih disciplina, profesor Perović kaže da se “može postaviti pitanje šta je on bio, civilist, publicist, komparativist, enciklopedist ili sve zajedno.”²

Perićeve zanimljive stavove i misao pokušaćemo što vernije prikazati pre svega kroz osvrt na studiju: “Jedan pogled na evolucionističku pravnu školu”, na-

Dr Tomica Delibašić, sudijski savetnik u Višem prekršajnom sudu, Beograd.

¹ Edicija “Klasici jugoslovenskog prava”, u 17 knjiga, koja je pošla od dela Stojana Novakovića, a prva knjiga je štampana 1986. godine, poslednja 1998. godine, među prvim radovima štampanim 1986. godine obuhvata i delo Živojina Perića, odnosno njegov rad: “O ugovoru o kupovini i prodaji”.

² dr Slobodan Perović: Delo Živojina Perića - paradigma kulture prava, “Pravni život”, br. 11–12/1993, str. XIII.

stalu 1907. godine,³ na koju se nadovezuje rad: "O školama u pravu",⁴ ali koje radove je teško odvojiti od celokupnog stvaralaštva ovog mislioca.

Za Perića je Tasić pisao,⁵ da ga nije moguće smestiti ni u jednu filozofsko-pravnu školu, ali da je uticaj pojedinih škola na njega vidljiv. Sumnjajući u "stalnu i jedinu primenu zakona evolucije na polju društvenih pojava",⁶ Perić pravne norme vidi kao rezultat jednovremene kombinovane akcije prirodnih zakona i uma ljudskoga, koji mora imati jakog udela, jer čovečji duh stvara duhovne odnose, pa govori o "duhu kao zakonu".⁷ Zanimljivo je njegovo zapažanje da nigde kao u pravu ne vidimo toliku privremenost (efemernost) ideja, da postoje čitava groblja umrlih ideja i čitavih sistema, da tek ako ljudi od egoističnih stvorenja, što jesu, postanu altruistička stvorenja, nestaće i vlasti i države, kao i pravne nauke.⁸

Za zakonski jezik kaže da "izdati jedan zakon za narod, načiniti ga za ovaj obaveznim, a sastaviti ga tako da onaj koga se on tiče teško može da ga shvati, to bi bilo, skoro, kao kad bi zakonodavac donosio zakone na nekom stranom jeziku"⁹, uviđajući da su zakoni iako napisani jezikom kojim se govori, "nerazumljive knjige za širi krug, skoro neka vrsta knjiga napisanih nemuštim jezikom."¹⁰ Ipak glavne pravne zabrane su svakom poznate, a za komplikovane pravne odnose na raspolaganju su pravници, jer "pravници su sveštenici u hramu Pravde, a zakони i zakoni su njihova jevanđelja i trebniци",¹¹ pa zakoni "treba da budu jedna vrsta religioznih knjiga u koje se više veruje nego što se razumeju."¹² Kao što Bog svojom nedostižnošću uliva osećaj straha, tako nam taj osećaj uliva nedostižnost stvari, a tajanstvenost imponuje čoveku i uliva mu strahopoštovanje. Vreme deluje slično prostoru, jer što smo udaljeniji od vremena u kome su živeli veliki ljudi, ti nam ljudi izgledaju sve veći. Sve iz prošlosti izgleda nam veće i više nam imponuje. I vladalac treba više da se oseti nego vidi, "on treba da bude jedna nevidljiva sila, jedna vrsta duha čije se dejstvo i uticaj opaža ali koji se ne vidi. Vladalac treba da bude nešto tajanstveno: tajanstvenost je uvek imponovala čoveku, zadava-

³ Rad je prikazan na skupu Akademije društvenih nauka 26. aprila 1907. godine, a štampan u Glasniku srpske kraljevske akademije, LXXIV, 1908. godine.

⁴ Beograd, 1921.

⁵ Đorđe Tasić: Perić o vladalačkoj vlasti, "Arhiv", 1938, br. 1-2, str. 6.

⁶ Perić N. Živojin: Sudbina pravne nauke, poseban otisak iz "Jugoslovenske njive", god. V, br. 38, 1921, str.596. Dalje se citiraju radovi ovog autora.

⁷ Jedan pogled na evolucionističku pravnu školu, str. 230.

⁸ Sudbina pravne nauke, str. 599.

⁹ O jeziku u zakonima, 1915, str. 11.

¹⁰ Cirini rad, str. 15.

¹¹ Citirani rad, str. 15.

¹² Citirani rad, str. 23.

la mu strahopoštovanje.”¹³ Narod istina voli onoga koji govori njegovim jezikom i o njegovim stvarima, jer mu postaje sličan. Na taj način volimo one koji imaju nečega zajedničkog sa nama, u njima vidimo i volimo sebe, što je altruizam izveden iz egoizma i garancija za ljubav među ljudima. Ipak čovek više poštuje uzvišenije i teže dokučive stvari.

Iako je među nesavršenim bićima čovek najsavršeniji, on je nesavršeno biće, jedino savršenstvo je Bog, što omogućava nesavršenstvo, odnosno čoveka. Kada ne bi bilo nečega savršenoga, ne bi bilo ni nesavršenoga i obrnuto.¹⁴ Čovek je uvek verovao i uvek veruje, pa i onda kada misli da ni u šta ne veruje, da je ateista ili slobodni mislilac, smatra Perić. Religija je prethodila državi, kao što roditelj prethodi detetu, religija je rodila državu, dajući joj ideju o autoritetu, pa su prvi državni zakoni imali karakter religioznih zakona.¹⁵ Kao što vera u Boga stvara moralnu svest, tako vera u državu stvara pravnu svest ili savest. Pravna svest to je vera u državu. Moralna svest nam zabranjuje gaženje moralnih propisa u svakom slučaju, a pravna svest nas uzdržava od gaženja propisa. Zakon za nas treba da bude isto što i moral, jer ako bi zakon poštovali jer se bojimo njegove sankcije, bili bi spremni da ga obiđemo kad god se te sankcije ne bi bojali. Učvršćujući i podižući autoritet zakona i vlasti, postiže se polubožanski cilj, usavršavanje čoveka i čovečanstva, njihovo približavanje Bogu kao savršenstvu.

Za razliku od zakonskog jezika i stila, pravna nauka je nepoverljiva prema lakim stilovima: “Lak stil su varnice na vinu ili pena na vodi, njegova lakoća znak je lakoće i misli: zato što su lake, one su na površini i plivaju. Dublje su misli teže i zato je kod njih i stil teži. To je vino ispod varnica ili voda ispod pene. Stoga, po pravilu, naučna dela i lak stil ne idu jedno s drugim: tamo gde ima naučnog dela nema lakog stila, i, obrnuto, tamo gde ima lakog stila nema naučnog dela.”¹⁶ Polazeći od toga da su ljudi nejednaki sa obrazovanjem i znanjem, kao i materijalnim mogućnostima, zaključuje da je ustavna jednakost pred zakonom često teorijska a ne i praktična¹⁷. Postoji istorijska borba među pojedincima i jači obezbeđuju bolji materijalni položaj, “tako da je materijalna, faktička, nejednakost među lju-

¹³ O jeziku u zakonima, str. 26. Kada smo kod tema koje imaju ne samo pravni, već i politički značaj, zanimljivo je njegovo izlaganje na osnivačkoj konferenciji Konzervativne stranke, kada između ostalog kaže: “naša politika je čisto srpska, koja zna, samo i jedino, za interese Srbije i Srpstva. Mi se ne zanosimo idejama o slavenofilstvu i panslavizmu, ideje koje su ideje vodilje kod radikala i zbog čega radikalna spoljašna politika ima karakter avanturističke politike, politike koja, daleko od toga da nam mir osigurava” (Konzervativizam i radikalizam, Beograd, 1914, str. 11).

¹⁴ Jedan pogled na evolucionističku pravnu školu, str. 149.

¹⁵ O vome detaljnije u radu: Religija po Srpskom građanskom zakoniku, Beograd, 1919.

¹⁶ O jeziku u zakonima, str. 16.

¹⁷ Citirani rad, str. 7.

dima neprestano rasla, a ta nejednakost nije mogla ostati bez uticaja na pravnu jednakost.”¹⁸

*
* * *

Rad “Jedan pogled na evolucinističku pravnu školu” predstavlja analizu ovog tada novog pravca, uz prethodnu istorijsku analizu ostalih pravaca i škola, pri čemu se ističu nedostaci novog pravca, koji donosi pravnu neizvesnost, naročito što sudiju uzdiže na stepen zakonodavca, što Perić smatra opasnim jer sudija treba da primenjuje zakon. Dominiraju dve teme, kojima će se autor kasnije vraćati, pišući radove “O školama u pravu”¹⁹ i “O ulozi sudske vlasti po srpskom zakonodavstvu”²⁰, kao i druge radove. Diskutujući sa argumentima pojedinih škola, autor ističe svoje viđenje i objašnjenje, ne dajući ni jednoj školi potpunu dominaciju i zamah.

Polazeći od Francuskog građanskog zakonika iz 1804. godine, koji dolazi u najznamenitije pravne monumente i odlukuje se potpunošću, raniji komentatori su ga smatrali jednom vrstom svete knjige u kojoj je moguće naći odgovore na sve, omogućavajući raspravljanje i slučajeve koje zakonik nije predvideo, jer se u vreme donošenja takvi slučajevi nisu ni događali, a ovo pomoću zakonskog teksta i logičkih dedukcija, ali racionalistička škola koja istražuje volju zakonodavčevu popušta pred evolucinističkom školom. Ljudi se rađaju slobodni i jednaki i deklaracija čovekovih prava nastoji da suzi svemoć države i uspostavi jednakost među ljudima. Suverenost državnja je u kontradikciji sa prirodnim pravima čoveka. Racionalistička škola smatra da u prirodi postoji gotova i definitivna forma društvenog uređenja koju samo treba umom otkriti, jednakost je prirodni zakon, ali autor uviđa i nejednakost među bićima u prirodi. Istorijska škola, čiji je predstavnik Savigny, istoriju smatra učiteljicom života, ali francusko pravništvo nije osećalo potrebu da se ide u prošlost i tako traži karakter i domašaj pravnih ustanova. Sve se stalno menja i transformiše, pa je zakon evolucije neumitan kao i prirodni zakoni, a neki smatraju da se i priroda usavršava i kristalizuje, društvo je sastavljeno od organizama koji takođe evoluiraju i transformišu se. Prema teoriji transformizma sve u prirodi je podložno promenama, pa ni pravo nije nepromenljivo i okamenjeno, ono je kao živ organizam u evoluciji i deo društvene evolucije. Svaka nova teorija ima nečega privlačnoga i uticajnoga u sebi, tako teorija transformizma uviđa da pravne norme nisu uvek bile u sadašnjem svom obliku, već da su se menjale. Nauka se bavi istraživanjem zakona koju u prirodi vladaju, a samo opisivanje onoga što postoji nije istraživanje tih zakona, koje treba istraži-

¹⁸ O školama u pravu, str. 6.

¹⁹ Beograd, 1921.

²⁰ Beograd, 1909.

ti u vremenu i prostoru. Transformizam se ubrzo pretvara u evolucionizam, dok istorijska škola pravne pojave posmatra u razviću odvojeno od ostalih društvenih pojava, što nije tačno, već je zakon evolucije jedan prirodni zakon. Tradicionalni racionalistički metod interpretacije zakona više nije mogao zadovoljiti komentari-
ste, pa se i jurisprudenciji priznaje značaj izvora prava u slučajevima o kojima zakoni ne govore, imajući u vidu društvene prilike u datom momentu, na koji način se zakon stalno dopunjuje, a najsmeliji smatraju da se tako zakon može i da izmeni. Pošto je pravo neka vrsta organizma koji se stalno transformiše i razvija, zakonodavac je običan kopist onoga što je priroda u obilju fenomena već stvorila, pa zakonodavac treba da bude sposoban za ono što su prirodni zakoni oko njega ispisali. Nemački građanski zakonik učinio je velike koncesije evolucionističkoj školi, dajući sudiji veću vlast nego što po školi racionalističkog metoda, potencirajući zavisnost ekonomije i privatnog prava. Teorija zloupotrebe prava je proizvod evolucionističke škole, jer kao što među organima pravnih organizama postoji veza i solidarnost, ona postoji i među ljudima, pa otuda pravilo o ograničenju vlasti titulara.

Razmatrajući osnovanost evolucionističke pravne škole, Perić prvo ističe da je čovek verujuće biće, da postoji Bog Religijski i Bog Razum, da ta svest potiče od čovekove nesavršenosti, što je relativan pojam, da čovek ima pojma o savršenstvu, Bogu, ali do tog savršenstva ne može doći niti to treba da pokušava. Božji svet je veći, to je vaseljena, a čovečiji svet je manji, to je društvo. Čovek sve udešava po svojoj volji i nahodanju, sa rezervom da zavisi od Boga. Tako se neprimetno, kaže autor, dolazi do rezultata da ima samo jedna snaga, čovečiji razum, čovek je od svoga uma načinio svoje credo, svoju religiju, umesto Boga Religijskoga dolazi Bog Razum, kao treća religija. Religijski Bog je nešto što se stvarnošću ne može dokazati, ali Bog Razum nije nikakav Bog kad je toliko nesavršen i nemoćan. Prema ovim posmatranjima treba se osloniti na fakta, na koji način se zakoni otkrivaju kao istiniti i savršeni za sva vremena i sva mesta. Fakat je manifestacija prirodnih zakona, istinitih i savršenih, a obožavanje fakata ima za rezultat najnoviji Bog čovekov, Bog fakat. No kako kaže Perić, svaka vera počinje u razmišljanju a kraj joj je u osećanju.

*
* *
*

Slaba strana evolucionističke škole je u tome što menja ulogu sudije, koga uzdiže na stepen zakonodavca, a sudija treba da primenjuje zakon a ne da ga pravi, jer je to uslov za pravnu izvesnost. Kad bi sudija bio kompetentan da normira privatnopravne odnose, vladala bi velika neizvesnost, pojedinci ne bi mogli računati na sigurne i utvrđene norme po kojima bi se sudilo. Država je svet u svetu i ona, kao i vasiona, ima svoje zakone, a indiferentno je kako su ti zakoni postali: po racionalističkoj, istorijskoj ili evolucionističkoj metodi, glavno je da odno-

si budu regulisani na opšti i nesumnjiv način. Državni zakoni jesu nesavršeni, ali se ne mogu vredati stečena prava. Zemlje u revoluciji, građanskom ratu ili anarhiji nisu sposobne za napredak, isto kao što bi u vasioni zavladao kaos kad bi u njoj prirodni zakoni prestali vladati. Evolucionisti istina vrše ograničenja, obzirom na sve ono što bi sam zakonodavac, koji bi bio evolucionist, imao u vidu pri tom poslu, kako bi predvideo i regulisao sporni slučaj. Normiranje treba da je u saglasnosti sa društvenim prilikama onoga vremena u kome sudija zakon primenjuje.

Ne verujući dovoljno evolucionističkoj školi, ističe se da sudija ne treba da štiti ničije interese niti da se za njih brine, njegova je dužnost da izvidi i konstatuje koji od parničara ima pravo. Ta ravnodušnost sudije obezbeđuje nepristrasnost u suđenju. Zakonodavac naprotiv nije nezanteresovan kakvu će soluciju dobiti pravni posao kojim se bavi. Zakonodavac je vođa društva, on pazi kojim će putem voditi državu, tu je u stalnoj akciji, dok sudija nije vođa društva. Sudija pri izricanju pravde ne vodi računa ni o državnim ni o privatnim interesima, već zakon strogo i tačno primenjuje. Sudije su manje više iste spreme i obrazovanosti, jedan homogen element sa horizontom prilično užim nego što je horizont zakonodavca, koji je sastavljen od ljudi najraznovrsnijih po struci i zanimanju, on je heterogen, što je jemstvo da će zakoni odgovarati društvenim potrebama. Kodeksi ipak ne mogu normirati sve detalje društvenog života, ali opšta pravila daju mogućnost da se detalji rasprave bez arbitrarijuma sudskoga. Privatnopravni odnosi lagano evoluiraju, pa je prošao vek nakon Napoleonovog kodeksa da bi se osetila njegova nedovoljnost. Sudija novopojavljene slučajeve treba da unese u kodeksov kalup, naslanjajući se na stvarne činjenice, a ne treba mu priznati vlast da kodeks dopunjuje.

Polazeći od ovih razmišljanja Perić kaže: "Bolje je da sudija, ostajući u svojoj ulozi sudije, t.j. u ulozi primenjivača zakona, u privatno-pravne odnose unese potrebnu stabilnost i sigurnost – prvi i najvažniji uslov za društveni napredak – nego da se, u želji da jurisprudencija bude verno ogledalo aktuelnoga društvenoga života, sudija preobradi u zakonodavca, čega je neizbežna posledica sudijska subjektivnost i samovolja."²¹ Kada bi se sudija proglasio zakonodavcem,²² tada bi zakonodavac osećao manju potrebu da zakonski interveniše, što bi značilo nesigurnost i zastoj progressa. Harmonija između jurisprudencije i života bila bi skupo plaćena. Nastala bi nova dogma, da zakonodavac ne treba da zakon dovodi u sklad sa sadašnjim društvenim prilikama. Umesto toga sudija treba da se trudi da ostane u granicama zakona a da zakonodavčevoj volji osigura izvesnu racionalističku misiju.

²¹ Jedan pogled na evolucionističku pravnu školu, str. 168–169.

²² Ako bi zakonodavac preneo na sudiju deo primenjivanja opštih pravila, kako su se neki slikovito izražavali imali bi dva zakonodavca: zakonodavca *grosso modo*, kao običnu zakonodavnu vlast i zakonodavca za detalje, a to je sudija, no tu je opasnost da sudija na mesto autoriteta zakona stavi svoju ličnu misao (detaljnije u: O ulozi sudske vlasti po srpskom zakonodavstvu, str. 29).

Međutim, kada Perić govori o pravnoj prirodi interpretativnog zakona, kojim se tumači nejasan zakon, a ne stvara nov zakon, stalnoj jurisprudenciji koja je do tada postojala i na kojoj je zasnovan privatnopravni odnos priznaje se poseban značaj kao da se radi o zakonskom propisu, pa tada nešto drukčije govori o sudskoj praksi. Naime, kako on kaže zakonodavc govori neposredno, kada sam svoju volju jasno i nesumnjivo iskazuje, ili posredno, kad ne iskazuje otvoreno svoju volju već opunomoći sudsku vlast da tu volju iskaže i pronade.²³ Pravna sigurnost i izvesnost, kao i shvatanje o stečenim pravim, može se reći da opredeljuju jedno ovakvo razmišljanje, čime se ne negira načelni stav o odnosu zakonodavne i sudske vlasti.

Mnogobrojni primeri uveravaju da pravne ustanove mogu biti čist proizvod razuma čovečjeg, proizvod do koga je on došao spekulativnom metodom a ne proučavanjem društvenih pojava. Pravo se stvara kao nešto intelektualno, apstraktno. Pravni odnosi su apstrakcije, a ne fikcije, "pravo nije ništa drugo do izvesne materijalne, fizičke, radnje u stanju latentnom, u stanju intelektualnom. Pravo je upravo moć ili vlast čoveka da može dotične fizičke radnje preduzimati, moć ili vlast koja, sve dotle dok se ne ispolji, jeste samo jedna apstrakcija. Ali ta apstrakcija je temelj društvu, u kome svaki ima mogućnosti da vrši one materijalne radnje u kojima se privatna prava sastoje a izvan koga bi mogućnost imao samo onaj koji je fizički nadmoćniji."²⁴ Tako se pravo pojavljuje kao mogućnost vršenja fizičkih radnji, kreacija je zakonodavčeva, koji ima snage da te radnje idealizira i od njih stvori pravo.

Stvaranje pravnih normi ne može se ostaviti jedino razvoju društvenog života, isto kao što čovek kao prirodno biće podleže fizičkim zakonima koji celom vasionom upravljaju. Potčinjenost čoveka tim zakonima je "veća što se više udaljavamo od njega kao uma, duha, pa mu se približujemo kao organizmu. A kako je, pak, društvo samo zbir tih organizama, to i ono potpada, naravno, kao celina pod prirodne zakone."²⁵ Zato je racionalistička škola grešila što je u oblasti društvenih odnosa pridavala umu čovekom preveliku moć. Ako bi se i uzelo da je duh nezavistan od materije, ne može se reći da je um gospodar, jer društveni odnosi nisu nešto što je isključivo duhovno, već čovek mora voditi računa o akciji prirodnih zakona. Naglašavajući značaj težnje ka altruističkim osećajima, ističe se nemogućnost tog osećaja i da se takvo pravo ne bi dalo primeniti, rezultiralo bi neredom koji bi unelo u društvo.

Ako su minerali, biljke i životinje supstrati fizičkih zakona, koji njima apsolutno upravljaju, čovek je osim toga i um, duh, i kao takav nije bez izvesnog uticaja na fenomene koji potpadaju pod fizičke zakone. Životinje izvesno deluju na fizičku prirodu, ali kod drveća nemamo instikt životinje niti svest čoveka. Zato što

²³ U radu: Nekolika pravna saopštenja, Zagreb, 1905, str. 3–4.

²⁴ Jedan pogled na evolucionističku pravnu školu, str. 189.

²⁵ Citirani rad, str. 193.

je čovek u principu duh, on gospodari formom koja je invencija duha. Ipak čovek je potčinjen prirodnim zakonima, uglavnom ne može sprečiti dejstvo tih zakona i kada za njih sazna. Za razliku od prirodnih pojava, kod društvenih pojava je veća uloga duha, tako da u svetu društvenom imaju dva zakona, zakon fizički i zakon ljudski, čovječji um. Zato su se istorijski brže menjali javnopravni odnosi nego privatnopravni odnosi, jer regulisanje materijanih odnosa među ljudima je bliže stvarima, materiji. Temelj države su privatnopravni odnosi i treba biti obazriv da se taj temelj ne potresa. Zato, što se više razvijala i jačala ideja o državi, utoliko se i javno pravo odvajalo od privatnoga. Sa nestankom države nestalo bi i prava, a sa nestankom prava nastalo bi stanje organskog života, Rusovljevo prirodno stanje. Od škole prirodnog prava konstatuje se da su predmet studija pojedinac i njegova prava, naspram ideje o državi, koja opada.

Kritikujući shvatanje da se mi "ne pitamo o tome šta je zakonodavac nekada hteo, već o tome: kakvu bi on volju izrazio bio, da je znao za naše sadašnje odnose"²⁶, dolazi se do zaključka da se evolucionistička pravna škola jedino rukovodi opserviranjem fakata i društvenih pojava, a teorijom o sudiji kao zakonodavcu prenebegava se razlika između fizičkih i društvenih odnosa, težeći da ljudski um načine predmetom prirodnih zakona, kao da su u pitanju minerali, biljke i životinje. Čovek ide prirodnim zakonima, neminovnim i neodoljivim, čime dejstvu ne može umaći, pa je reč o nadmoćnosti prirodnih zakona. Čovekovi naponi su nemoćni pred većitim zakonima prirode, on se spušta na nivo besvesnog bića, što je blizu Spinozinog shvatanja identičnosti duše i tela, unutrašnjeg determinizma koji je deo opšteg determinizma. Tako ta teorija ide protiv sebe i hoće da uništi nešto što su ti isti prirodni zakoni.

*
* *
*

Čovek ima dva zadatka i uloge u svetu, da istražuje i doznaje zakone koji upravljaju materijalnom prirodom, i drugo je polje društvenih odnosa, gde je njegova uloga stvaralačka, u određenim granicama. Za razliku od ostalih bića koja ne znaju za prirodne zakone čovek sazna da oni postoje, ali je svestan nemoći pred tim zakonima, svestan svoje nesavršenosti i da postoji nešto jače od njega, tako biva svestan da ima Boga, dok druga bića o tome nemaju pojma. Iz prirodnih zakona čovek crpe iskustvo u korist sopstvenog unapređenja, tehnički pronalasci su posledica moći čovekove da sazna prirodne zakone. Osnovni zakon koji ispunjuje sve vreme i sav prostor to je Bog, a kada bi čovek taj zakon shvatio, prestao bi biti čovek. Ali i čovek je zakon, ali manjeg domašaja, na polju društvenih odnosa on stvara, dok na polju prirodnih zakona samo konstatuje. Da je čovek socijalni činilac priznaju i sami evolucionisti, ali se Perić pita zašto se izbegava da

²⁶ Ovo su reči predsednika Kasacionog suda Francuske, citirani rad, str. 217–218.

se umu prizna kreatora uloga i on uzdigne na visinu društvenog zakona. Postoji konkurentna akcija fizičkih zakona i uma čovečjega, što se može nazvati zakonom sociološkim, pa treba priznati kreatora ulogu uma i priznati njegovu slobodu i nezavisnost u obimu društvenih odnosa. Možda i u materiji postoji nezapažljiva iskra života, duha, pita se Perić. Da li će se doći do spiritualističkih ili materijalističkih zaključaka, zavisi da li se polazi od principa koji se zove duh ili od principa koji se zove materija. Ako i duh ima materijalističko poreklo, on je fenomen koji ima moć delovanja i u pogledu tog svog izvora. Veza između čoveka i drugih bića je da imaju istog tvorca, ali čovek je nešto sasvim odvojeno od životinja, dok je po nekim poslednja faza u razviću životinja. Za razliku od solidarističke doktrine koja čovekovu funkciju svodi na značaj nesvesnog kretanju organa u organizmu, Perić ulogu uma čovekovog shvata kao stvaralačku u granicama društvenih odnosa.

*
* *
*

U poimanju biološke teorije evolucije najdalje su otišli socijalisti, kao sledbenici evolucionističke škole. Ustanove pravopolitičke izražavaju borbu klasa stvorenih ekonomskim stanjem, ali socijalizam je stanje, s razlogom uvida Perić, u kome će čovek zastati u svom napredovanju, a ubrzo i poći i nazad. Jednakost ekonomska nivelisaće, u kraćem ili dužem vremenu, i inteligencije, tako da će ljudi biti samo mnogobrojni i istovetni primerci jednog istog bića, slično primercima jedne knjige. Svi ljudi i sa gledišta uma su jednaki, to je savršenstvo kojemu po socijalistima ide čovečanstvo, dakle u pitanju je jednakost ljudi, pa i po cenu slabije umne razvijenosti.²⁷ Inteligentnost u socijalizmu dobija u prostoru ali gubi u dubini, dok je u dotašnjem režimu gubila u prostoru ali dobijala u dubini. Međutim, usavršavanje i savršenstvo treba da bude po dubini i visini, čovekovo intelektualno približavanje Bogu, a to nije lako postići.

Naglašavajući pak značaj uma čovekovog, Perić naprotiv zaključuje da um nije svojina, pravo čovekovo koje ne mora da upotrebljava. "Um je samo sredstvo kojim je čovek obdaren da bi pomoću njega mogao, iznalazeći za ovo puteve i načine, načiniti srećnijima one svoje bližnje koji bi, ne raspoložujući tim sredstvom, trpeli u odsustvu intervencije, u njihovu korist, jačih umova. Ovo znači da um nalaže aktivnost, rad."²⁸ Na visokoj inteligenciji leži teret mnogobrojnih i visokih dužnosti, što znači da je inteligentnost u vezi moralnosti, radi opšteg dobra, to je ispunjavanje dužnosti, moralna visina. Što je inteligentnost veća to je moralnost veća, ali inteligentnost je u stvarnosti praćenja srazmernom moralnošću i mali je broj otišao veoma daleko u moralu kao i kod inteligencije. "Visoka inteligencija

²⁷ Citirani rad, str. 242–243.

²⁸ Citirani rad, str. 245.

jeste jedan stalni duševni pokret i uzburkanost²⁹, no mnogobrojne dužnosti povlače u isti mah i mnogobrojne neprijatnosti. Čovek je relativno savršenstvo koje obuhvata i intelekt (razum) i moral, a duh je iz to dvoje složen. "Svaki, dakle, čovek umno superioran ima za dužnost da tu svoju superiornost stavi na raspolaganje onima ispod njega, a ta dužnost povlači za sobom izvesnu vlast."³⁰ Kada se baci samo letimičan pogled na Perićev stvaralački opus jasno je da se ovim načelima itekako rukovodio.

*
* *
*

Za razliku od evolucionista koji preporučuju čoveku da se prilagođava onome što oko njega biva, kako ne bi došao u sukob sa prirodnim zakonima, Perić se zalaže za usavršavanje čoveka. Opštu pogrešku i racionalizma i evolucionizma vidi u tome što su pridavali društvenim odnosima, specijalno pravnim odnosima, "i suviše jednostavan, homogen, karakter: racionalizam ih je smatrao kao čist proizvod slobodnoga ljudskoga uma, a evolucionizam nalazi da su oni determinisani, kao i svi ostali pojavi, prirodnim zakonima. U samoj stvari, društveni odnosi, pa, dakle, i pravni, jesu složenoga, heterogenoga, karaktera: oni su delimično tvorevina čovečjeg duha a delimično su determinisani fizičkim zakonima. Društveni pojavi su istovremeno supstrat i zakona koji se zove duh čovečji i zakona fizičkoga. Za razliku do pojava fizičkih, gde je um čovekov nemoćan, društveni pojavi su, po svojoj prirodi, takvi da, u njihovom obimu, čovek ima više ili manje, prema stanju svoje umne razvijenosti i svoje kulturnosti, neposrednog uticaja i akcije."³¹ Obe škole počivaju na zajedničkoj zabludi, pridajući društvenim pojavama apsolutni karakter, bilo da su rezultat volje čovekove ili rezultat prirodnih zakona, ali tu dejstvuje i um čovečji i prirodni zakoni. Evolucionistička škola prenebegava zakon koji se zove um čovečji, a racionalistička prelazi preko prirodnih zakona, a treba osigurati "akciju najjačim inteligencijama"³², jer inteligentna elita u stanju je da bude iznad uticaja prirodnih zakona i da daje tok društvenom životu. A država nije ništa drugo do "jedna rezultanta, jedan kompromis, transakcija između čovekovog uma i prirodnih zakona"³³, dokaz je čovečje snage prema životinjama i čovečje slabosti prema Bogu.³⁴ Iznoseći primedbe na istorijsko-evoluci-

²⁹ Citirani rad, str. 247.

³⁰ Citirani rad, str. 248.

³¹ O ulozi sudke vlasti po srpskom zakonodavstvu, Beograd, 1909, str. 27.

³² Jedan pogled na evolucionističku pravnu školu, str. 252.

³³ Isto, str. 254–255.

³⁴ Crkva je stvorila državu iz ljubavi prema čoveku, jer država to je sistem i red koji onemogućava ako ne svake bar fizičke borbe među ljudima (o tome u radu: Religija po Srpskom građan-

onističku pravnu školu, Perić posebno naglašava štetnost još jedne teorije: “To je teorija duha vremena koja nam stavlja u dužnost da idemo za tim duhom. A duh vremena to su ideje koje, u datom momentu, vladaju, tako da ići za vremenom to znači ići za tim idejama. Kako, pak, ideje dolaze od ljudi, to iz toga izlazi da, na posletku, ići za duhom vremena hoće da kaže da ljudi treba da idu za svojim idejama, da ljudi idu za ljudima, da mi idemo za sobom!”³⁵

Teoriju narodne suverenosti smatra pogrešnom, jer je protivna opštem zakonu ravnoteže sila u prirodi. Tačna je teorija samo državne suverenosti, a to je produkt jednovremenog dejstva i čoveka i prirodnih zakona. Primećuje da čovekov razum vlada dokle on, služeći se njime, ne dođe do izvesnog uverenja, posle čega njime upravlja osećaj. Napredak društva ne može osigurati zakon istorijske nužnosti, niti zakon razuma. Dopušteno je o društvu i o državi imati ideje koje su sasvim drukčije nego one koje se datoga momenta nalaze ostvarene u društvu, te ideje širiti i raditi na njihovoj realizaciji, ali se u delo mogu sprovoditi samo pomoću zakonskih sredstava koja aktuelna društvena organizacija dozvoljava. “Preko principa legalnosti nema, u državi, nikakvog drugog principa. Upravo taj princip i daje jednoj zemlji, jednom društvu, karakter države. Ako se i kada iznad toga principa stavi kakav drugi, onda nemamo više države.”³⁶ Za demokratiju se kaže da bi želela da napusti racionalizam, čija je neosnovanost utvrđena, a da zadrži doktrinu njegovu, nelogičnost je u tome što se odbacuje škola a zadržava njeno učenje.

Profesor Perović ističe da se Perićev intelektualni i naučni integritet zasniva na ideji socijalne pravde koja se ostvaruje putem mira i pravnog poretka, a ne putem sile i nasilja, da je duboko verovao u pravo i pravni poredak i borio se za sigurnost pravnog poretka, bio je antipod svakom lokalizmu, isključivosti i nasilju, pacifist.³⁷

Perić se zalaže da se omogući svaka akcija intelektulanostima, u interesu napretka društva i razvoja društvenih odnosa, jer tako će pobediti samo tačne i zrele ideje. Nezrele ideje se sprovode nezakonitim sredstvima, jer kao što nezrela voćka koja je otpala usled jakog udara ne postaje zrela, ne postaju tačne niti napredne ideje koje se u delo sprovode nasilnim sredstvima. Rapoloženje pojedinca da se u cilju unapređenja društvenih odnosa posluže jedino sredstvima koja se u datom momentu smatraju kao dopuštena zove se pravna svest. Ideal naučni pak sastoji se u istraživanju nepoznatoga, onoga što svetom upravlja, pa i čovekom i društvom.

skom zakoniku, str. 5–6).

³⁵ O ulozi sudske vlasti po srpskom zakonodavstvu, str. 36.

³⁶ Isti rad, str. 17.

³⁷ Citirani rad.

*
* *
*

Perićevo shvatanje o odnosu zakonodavca i sudije, odvojenosti tih funkcija i da sudija ne može da postane zakonodavac, o čemu je bilo reči, ne znači da on sudskoj vlasti ne daje odgovarajuću kreativnu ulogu, pre svega ističući slobodu sudije: "Najzad, sloboda sudije kod interpretiranja zakona, sloboda za čiju upotrebu on odgovara samo pred Bogom i svojom savešću, najbolja je garantija za dobro suđenje, t.j. za pravilno tumačenje i primenu zakona, jer ona omogućava sav intelektualni polet kod sudije: svako ograničenje misaone aktivnosti i slobode štetna je i tu kao i inače."³⁸ Kod tumačenja nejasnih zakonskih tekstova "sudija funkcioniše kao živo biće koje rezonuje, kombinira i izvlači zaključke: od mašine, on postaje čovek, od materije, postaje duh."³⁹ Što je nesavršeniji zakonodavac savršeniiji je sudija i obrnuto. Ne može se ulaziti u ispitivanje pobuda zašto je sudija zakon netačno protumačio i primenio zakon, on može da promeni svoje mišljenje, jer je vezan zakonom a ne svojim ranijim mišljenjem.

O uzvišenosti čistog osećaja i uverenja sudije govore sledeće misli: "Nema sumnje da je to vrlo lep i prizor i primer kada neko može da samim sobom vlada, kada ne čini zlo ne stoga što ga od toga uzdržava bilo vlast bilo strah od kazne ili od nekih drugih rđavih posledica, već zato što smatra da mu je dužnost zlo ne činiti. Vladati, gospodariti samim sobom, biti jednovremeno i podmet i predmet, i gospodar i rob, to je vrlina za kojom čovečanstvo stalno teži i kojoj će se ono, ako se veruje u napredak i usavršavanje ljudi, sve više približavati. Sudije Kacionog suda, koje, iz čistoga uverenja da time samo vrše svoju dužnost, ne dopuštaju sebi, i ako bi to mogle, da se popnu na najveću visinu do koje čovek u društvu može dospeti, na visinu suverene vlasti, prikazuju nam se u svetlosti ljudi koji imaju snage da sobom upravljaju. Oni mogu da budu suvereni ali neće, oni mogu da budu na vrhu društvene piramide, ali to odbijaju, ostajući dole u nizini, mogu da budu gordi i ponositi, ali oni pretpostavljaju da budu ponizni. Jedna vrsta hrišćanskoga samopregora, moralna jačina kojom i treba da su naoružani ljudi sa zadatkom da, na zemlji, vrše božansku misiju pravosuđa!"⁴⁰

Pravna pravila se niti dodiruju niti je među njima prazan prostor, od jednog pravila do drugog nalaze se prelazi koji nisu potpuno obuhvaćeni ni jednim od dva antipodna pravila, odnosno obuhvaćeni su delimično i jednim i drugim. Perić se zato pita i daje odgovor: "Otkuda to dolazi da je Pravo tako puno niansa, da ono, sa svojim normama, toliko liči na prelive u jednom spektru boja? Da se pravni odnosi tako mešaju među sobom, da je često teško postaviti jednu otsečnu

³⁸ Odgovornost sudija u izbranim sudovima, Iz naše pravne baštine, "Arhiv", 1935, štampano i 1998, br. 3, str. 167.

³⁹ O školama u pravu, str. 17.

⁴⁰ O ulozi sudske vlasti po srpskom zakonodavstvu, str. 15.

granicu između njih? To je zato, mislimo, što je pravo slika, fotografija, onoga što čini njegov predmet a to je život: Pravo je život a život je Pravo. Život je, pak, nešto najkompliciranije, nešto najmešovitiije: to je jedan najveći spektar boja, sa nijansama mnogobrojnijim i finijim nego što je fizički spektar boja.”⁴¹

Koliko ljudi toliko volja, pa su društveni odnosi podložni najraznovrsnijim uticajima i otuda njihova promenljivost, nestabilnost, kolebljivost. Možda će ovo nestati kada pravo bude zamenjeno dužnošću, veruje Perić, kada bude “sila duha, regulator odnosa među pojedincima.”⁴².

TOMICA DELIBAŠIĆ, Ph.D.,
Judicial Advisor to the High Magistrate Court, Belgrade

REVIEW OF THOUGHT ZIVOJIN PERIC, CLASSIC RIGHTS

Summary

Legal thought had the real names of the classics whose work forms the basis of the most significant legal developments and information. The thoughts and ideas of prominent thinkers in our region not only probe into the source of previous achievements, but represented a significant step forward in the work of its time, and its vitality inspiration for future generations, and as enduring value is the foundation of the legal culture.

Živojin Perić famous law professor, a connoisseur of comparative law, and above all legal philosopher and thinker of broad education and sight. This thinker legal norms seen as a result of simultaneous combinations of natural law and the human mind, he analyzes the achievements and thoughts of the then law schools, especially looking at the evolutionary law school and giving her some limitations.

The lawmakers and judges have different roles, what the philosopher insists, as ruled by the uncertainty in the law when individuals not be able to count on a safe and established norms. Standardization should be in the spirit of the times in which the judge applies the law, which does not

⁴¹ Prelivi (nianse) u Pravu, Beograd, 1934, preštampano iz Spomenice Mauroviću, str. 267. Takve prelive i nianse Perić vidi između javnog i privatnog prava, prava ius cogens i prava ius imperativum, poslova inter vivos i poslova mortis causa, prava erga omnes i prava inter pates, između svojine (proprietas, dominium) i državine (possessio) koja može biti bonae i malae fidei, uračunljivosti i neuračunljivosti među kojima je smanjena uračunljivost, zatim među punovažnim, ništavim i rušljivim poslovima, i tako dalje. On vidi i neke nerešive probleme u pravu, analizirajući recimo pitanje državne suverenosti i slobode mišljenja, pravo slobode kretanja, teriju zloupotrebe prava, pravilo o međunarodnoj solidarnosti (Nerešljivi problemi u oblasti prava, preštampano iz “Pregleda”, Sarajevo, 1939).

⁴² Zakonitost i mir, Beograd, 1939, str. 3.

mean that judges may create law. The judge in the administration of justice does not take into account either the state or the private interests, but the law strictly and correctly applied.

Man is a natural being subject to physical laws that govern the entire universe. Unlike natural phenomena, social phenomena of the increasing role of the spirit, so that the social world have two laws, the law of physical and human, the mind of man. The foundation of the state and the private nature should be careful that this is not the foundation of the earthquake. There is a competitive action of physical laws and the mind of man, which may be called the sociological law, and the designer should recognize the role of the mind and recognize his freedom and independence to the extent of social relationships.

Peric is committed to provide every action intellectuals, in the interest of progress and for the development of social relationships, because that will win only correct and mature ideas.

STVARNA I PRAVNA ISTINA U KONCEPTU DOSTOJANSTVA

Pravo je normirana kategorija društvenog ponašanja ljudi u zaštiti njihovog dostojanstva, posmatrano iz prizme ostvarivanja individualnog prava i u poštovanju dostojanstva drugih, sa aspekta društvenosti delanja u uspostavljanju ljudskih odnosa, kao istinske ljudske vrednosti, zasnovano na prirodi bića čoveka.

Čovek, kao najplemenitije stvorenje ovog sveta, predstavlja najveću i trajnu vrednost, u svim svojim osobenostima posebnosti karaktera ličnosti i u svim vremenima, u čitavom nizu specifičnosti svojih individualnih svojstava, nezavisno od prostornih i vremenskih dejstava. Širina spektra delanja vezano sa osobenostima prirode čoveka, upućuje na zaključak priznavanja različitih pogleda na svet pojedinaca, koja se implicira pomeranjem objektivne istine prema subjektivnim ocenama događaja u svom okruženju, negaseću baklju njene opšte vrednosti. Stvarna istina, kao objektivna datost u svojoj biti, predstavlja večiti plamen, bez obzira na njenu svetlost, koja različito sjaji na individualnoj razini, dok pravo, u uniformnoj opštosti jednakog delovanja na sve ljude, sa dejstvom generalne primenljivosti, ima jednu opštu društvenu istinu.

Normativno pravo predstavlja kolektivnu društvenu svest u realnom društvenom životu, koja se odražava u odnosima ljudi iz međusobnog opštenja iz socijalnog života. Pravo, kao asocijacija društvenog života, u svom istorijskom razvoju, krčilo je put sredinom linije između širokog spektra delanja ljudi iz društvenosti života, ne odstupajućih od krajnjeg cilja - obezbeđenja mirnog zajedničkog života. U ulozi obezbeđenja ravnoteže između mnoštva osobenih karaktera ljudi, u svom evolutivnom napretku, u stalnoj težnji obezbeđenja dostojanstva u

životu čoveka, pravo se pomeralo ka stvarnoj istini, vodeći računa u očuvanju balansa društvenosti karaktera života datog vremena i prostora.¹

Istina je misaona slika čoveka o stvarnim događajima i posledicama delanja ljudi, u svim svojim različitostima posmatranja stvari, a dostojanstvo je odnos prema istini, kao opštoj vrednosti, prema generalno prihvaćenom shvatanju dobrog, posmatrano u kontekstu istorijskog razvoja ljudske civilizacije. Duboki snimak odnosa dostojanstva prema istini, posmatrano u kontekstu sublimacije determinisane vrednosti, odaće sliku koja bi ukazala na to da je istina odnos ljudi prema stvarima, a dostojanstvo bi predstavljalo odnos čoveka prema istini. Dostojanstvo je unutrašnji osećaj čoveka, koji se ispoljava u opštenju sa drugim.² Voleti ljude znači poštovati sebe, poštovati drugog je najveća garancija obezbeđenja ličnog dostojanstva. Dostojanstvo, kao velika moralna misaonost, koja, kroz istinu u domenu praktičnog vrednovanja čojstva, izgrađena u okrilju vaskolikog života kroz istorijska nasleđa razvoja ljudske civilizacije, nikada ne gubi svoj suštinski značaj u sveukupnoj humanosti delanja ljudi. Istina, u svojoj ljudskoj dimenziji, skopčana je sa iskrenošću, poštenjem, savesnošću, nepristrasnošću, moralom, etikom i čitavim nizom slične duhovne vrednosti, što čini lik dostojnog čoveka.³ Pravo na korišćenje ličnih atributa predstavlja identifikaciju objektivne personalizacije osobe, dok dostojanstva ličnosti predstavlja zaštitni žig ljudskog lika čoveka. Poštenje, gledano kroz prizmu objektivnosti, tesno je povezano sa čestitošću, kao vrlina ljudskosti čoveka. Istina će doživeti svetlost dana, u liku dostojnog čoveka. Istina, bez koje pravo ne bi moglo funkcionisati, predstavlja samo jednu granu, u zbiru stabla ljudske vrednosti. Dakle, istina i dostojanstvo, kao komplementarne grane prirodnog prava, koji zajedno dancuju u areni ljudskog prava, čini dva nerazdvojna cveta u bašti pratećih vrednosti. Istina predstavlja ljudsko dostojanstvo u izrazu nivoa opšte i pravne civilizacije čovečanstva. Dostojanstvo

¹ Od Platonovog pokušaja iznalaženja mogućnosti obezbeđenja društvenog mira, konstruisano u državi, kao < garantu pravičnosti, sumirana u rečenici: svako da ima svoje i da svako čini ono što treba; Aristotelove ideje pravde, koja se sastoji u odlučivanju šta je pravo, u izrazu mišljenja starog veka, preko Machiavellijevog anticipiranja vlasti građanske klase, te Bodinovog humaniziranja i Rousseauovog radikalizovanja, koji su karakterizali razvoj istine o društvenim kretanjima srednjeg veka, pa do savremenih shvatanja liberalne demokratije, koja bi obezbeđivala slobodu ljudi iz međusobnih odnosa na otvorenom tržištu, na putu univerzalizacije određene vrednosti, kao osnovu plasiranja istine za sreću ljudi u društvenom životu i i ličnog dostojanstva čoveka.

² Jeon Amery u svojoj knizi "Tortura" (pisano pod uticajem torture koju je doživeo od strane Gestapoa, u vreme nacističke okupacije Belgije, za vreme II Svetskog rata) ističe da dostojanstvo čoveka predstavlja izvesni psihički komfor.

³ Sokratova dijagnoza ličnosti izražena u ove tri reči: "Spoznaj samog sebe" nije samo objektivni sklop ponašanja čoveka, stečena životnom iskustvom od zaukopljenosti golog opstanaka, već predstavlja generator pitanja ljudskog identiteta, koja se ne završava na tačku rasterećenja faktičkog bitisanja, nego je većno pitanje u njenoj transpoziciji u fenomenološkom konceptu spoznaje čovekove prirode. U svetu se stvari kreću i određeni događaji nastaju prema potrebi čoveka, što upućuje ovo stvorenje da poznaje sebe radi zadovoljavanja svoje materijalne i duhovne potrebe. Spoznajuci sebe u Sokratovom smislu reči, čovek saznaje istinu, kao savršenstvo svog dostojanstva.

počiva na istini. Ako pravo nije kovano u istini, pravdi i dostojanstvu, onda će gubiti podlogu, skopčano sa ulogom obezbeđenja mirnog zajedničkog života. Istina je verovanje u tačnost logičkog suda, do koje se dolazi utvrđivanjem tačnosti. Put do pravne istine vodi primeni principa pravnog silogizma, primereno postupku prikupljanja procesne građe. U vokabularu vrednosti, koje pravo beleži iz svog domena regulacije života, kao što su pravda, pravičnost, red, sigurnost, sloboda, i slično, istina i dostojanstvo zauzimaju mesto jedan pored drugog u međusobnom dopunjavanju. Posmatrano u koherentnosti sa opštim shvatanjima društvene vrednosti, kao osnovi obezbeđenja zajedničkog života, istina je temeljni atribut vladavine pravde, te u toj korelaciji dostojanstvo bi igralo ulogu ostvarivanja pravičnosti. Ako za pravo, istina postaje razlog za njegovo postojanje i funkcionisanje, onda dostojanstvo bi bilo zajednička nit u vezi ljudi iz njihovog društvenog života. Sud o vrednosti prava se izvlači iz vrednosti obezbeđenja socijalibiliteta života, te istina i dostojanstvo, kao blizanci opšte duhovne vrednosti, služe celini vrednosti društvenosti opštenja međusobnih odnosa ljudi.

II

Istina je širi pojam od objektivnosti pojma date ekzistencijalizacije.⁴ Ona je stvarnost ljudskog delanja prema datim stvarima. Istina se prelama prema ljudskom gledanju na događaje, koje okupira njihovo životno delanje. Poštovanje individualnog i skupnog načina života, iz društvenosti njihovih ponašanja, dimenzira istinu prema njihovom ponašanju iz socijalibiliteta života. Pravna istina je društvena kategorija odnosa ljudi prema stvarima i događajima, skopčano sa realnosti ali nezavisno od stvarne – opipljive ekzistencijalnosti.⁵

Ne prestaje verovanje ljudi u višu silu zato što kosmonaut u Kosmosu nije video Boga, niti prestaju ljudske misli zbog toga što će hirurg konstativati da u mozgu čoveka nije video njegove misli.⁶ Čovek, kao vrednost u svojoj biti, proizvodi određene vrednosti, koja, kao opšta društvena vrednost, zaslužuje svoju za-

⁴ Gustav Radbruch, u svom delu "Filozofije prava" piše: "Pojam (pravne - RT) nauke nije istovetno sa vrednošću istine; nauka jednog dana ne obuhvata samo njegova naučna dostignuća, nego i njegove naučne zablude. Ali, ako mi radove toga doba, neuspele kao i uspele, obuhvatimo pojmom nauke, onda to biva stoga što su svi oni u najmanju ruku težili za tim i polagali pravo na to da bude istina: nauka je datost koja, bilo da dostigne ili promaši istinu, ipak ima značenje i smisao da služi istinu."

⁵ Ispitujući pojam reči "istina," Toma Akvinski, u svom delu Dve filozofske rasprave (u prevodu sa latinskog Vladimir Premec, Sarajevo, 1976) ističe da prema Aurelije Augustinu, pozivajući se na njegovo delo Soliloquia - Razgovori nasamo, istina je ono što jeste. Prema tome, kaže Akvinski, istinito uopšteno označava isto što i biće; I Aristotel, u drugij knjizi Metafizike kaže: "Koliko nešto postoji, toliko je istinito. Dakle, od drevne Atinske filozofije pa sve do današnjih dana, postoje bezbroj pokušaja određivanja pojma istine. Sobzirom da određivanja pojma istine je predmet i današnjih naučnika raznih oblasti i mnoštvo profila, valja konstatovati težinu koja se graniči sa nemogućnošću njenog suštinskog značaja.

⁶ Norveški pisac Justejn Gorder, opisujući razgovor kosmonauta i neurohirurgom ističe da, kosmonaut govori daje više puta bio na nebu, ali nije video Boga, a na to neurohirurg bi odgovorio, ja sam operisao više puta mozak, ali nisam video misli čoveka. Na ovom primeru, ovaj ugledni pi-

štitu, bez obzira na stvarnu vrednost u svojoj objektivnoj ekzistencijalnosti date stvari. Za pravo, društvena vrednost predstavlja sve ono čime ljudi služe u zajedničkom životu. Sledstveno tome, pravnu istinu predstavlja ukupna delanja u ponašanju ljudi iz njihove socijalnosti života, zbog koje, inače, pravo uzima u okrilju svoje zaštite. Istina, pravda i dostojanstvo, koji se inače nalaze u zbiru ukupne ljudske vrednosti, predstavljaju osobito čast i breme kolektivne odgovornosti,⁷ primereno pristojnom društvenom životu.

Dignitas je izraz ljudske vrednosti iz korpusa ljudskih prava, u konceptu ostvarivanja individualnih i svih drugih pojedinačnih i grupnih prava. Ljudska prava, u izrazu množine, predstavljaju skup individualnih prava svakog čoveka. Naime, svaki teži da čuva i gaji svoje dostojanstvo, te skup pojedinačne težnje pre-raste u opštu vrednost, koja se ispoljava kao opšta društvena vrednost. Razume se, samim tim ne misli se na uniformnost ravnopravnosti, već se pretenduje na istovetnost u srazmeri određivanja ravnopravnosti. Ravnopravnost, u tom smislu, uslovljava posebnost u srazmeri različitosti.⁸ Ratio, lično dostojanstvo dobija premise generalnog, u uslovima postojanja zdravih društvenih odnosa, u kome vlada načelo ravnopravnog tretmana svakog pojedinca, bez obzira na njegov društveni položaj i svih drugih posebnosti i osobenosti personalizacije.

Ravnopravnost, kao temeljna funkcija dostojanstva, uslovljena je sa odgovornošću u iskazu odnosa drugih prema datosti postupka, polazeći od racionalnog posmatranja svojih ponašanja prema drugima, na putu obezbeđenja ravnoteže iz međusobnih odnosa svih aktera zajednice.⁹ Usaglašavanje svojih postupaka prema ponašanjima drugih, jedina je zdrava garancija plasmana ličnog dostojanstva na društvenoj areni.¹⁰ Ako je istina mera za sve, a dostojanstvo objektivna so-

sac, skreće se pažnja da ove konstatacije ljudi od nauke, nisu zaustavili verovanje u boga, niti su ljudi prestali da misle svojim glavama.

⁷ S pravom kaže Goethe: "Mnogo je lakše razabrati zablude nego otkriti istinu. Zabluda, ističe on, leži na površini i s njom ćemo lako izaći na kraj. Istina počiva u dubini. Tragati za njim nije svačija stvar.

⁸ "Živeti zajedno kao jednaki u dostojanstvu" postalo je moto Bele knjige o interkulturalnom dijalogu, koju su usvojili ministri spoljnih poslova Savetu Evrope na 118. ministarskoj sednici održano 7.05.2008. u Strazburu. Uz ovu konstataciju treba reći, da u zadnje vreme Evropska unija sve više priznaje realnost o ujedinjenju u različitostima, te za razliku od ranijih pravnih akata, ova knjiga nije modelirano na principu jednodimenzionalnosti, u težnji univerzalizacije zapadne vrednosti.

⁹ Pokušajući da objašnjava suštinu ravnopravnosti, Ronald Dworkin, u primeru zaveštanja jednog bogatog čoveka navodi pretpostavku izmišljenog slučaja, sa kojim se inače stvarnost suočava. Naime, u pretpostavljenom slučaju on navodi da je jedno dete ostavio invalid, bez ikakve mogućnosti da svojim radom privređuje, što ukazuje na teškoću izmirenje njegove životne potrebe, drugo dete je po karakteru rasipnik, treći je neuspešan političar itd, te ističe da u tim slučajevima ravnomerna podela imovine ne bi bila ravnopravna deoba, u smislu poštovanja dosledne primene principa ravnopravnosti. Detaljnije o tome vidi: **Yildinm Torun, Ronald Dworkin' in Hukuk ve Siyaset Felsefesinde Adalet EŞitlik ve Özgürlük Sorunu - Pitanje pravedne ravnopravnosti u pravnoj i političkoj filzofiji Ronalda Dworkina, Ankara, 2008.**

¹⁰ Prema Entoni Apaji, građanima Asentoa, pre nego što su Engloezi pretvorili Ganu u svoju koloniju, glavna zaokupacija im je bilo očuvanje ličnog dostojanstva, za koje, inače, iz harmonič-

ciološka pojava, onda pravna zaštita ove vrednosti dobija svoju realnost u delanju na međusobne odnose iz njihove društvenosti života.

Dignitet ima više dimenzije u društvenosti života, te u pojmu ljudskog dostojanstva, ono se odnosi na ponos čoveka, na samopoštovanja i u okviru morala, etike i drugih vrednosti, učiljeno je na obezbeđenju kvaliteta života. Od istorijskog cilja ljudske civilizacije, do stvarnosti u izrazu pravnog poštovanja ljudskog dostojanstva, prolazili su vekovi. Dostojanstvo, kao neizostavna vrednost, u izrazu ljudskosti čoveka, krčilo je sve puteve vremena, opiralo se svim barijerama, koje su sprečili njen razvoj i uspeo je da dobije svoje mesto u pravnoj zaštiti njene vrednosti. Na putu svog napretka, u shvatanju značaja njegove vrednosti, dignitet se vremenom uzdizao na pijedestal entuzijazma, pogotovo kada je reč o potrebi poštovanja, očuvanja i njegovog gajenja, koja predstavlja senku ljudskosti život i istinska delanja čoveka, ostala je na sceni ideje u borbi za postizanja većeg nivoa civilizacije, uprkos raznim strujanjima, sa kojima se suočio istorijski razvoj čovečanstva. Za mnoge, istina i dostojanstvo su predstavljale vrhunsku vrednost, koju su negovali više od mnoge materijalne vrednosti.¹¹

Svi crni oblaci, koji su se pojavili nad dostojanstvom, sve oluje koje su pokušale da istinu izvuku iz stvarnog života čoveka, svi pokušaji da iz misli čoveka brišu ove vrednosti i mnogi drugi nebrojani negativni pokušaji, koji su ustreljeni da od srca ljudi izbace navedene duhovne odlike - nisu uspeali. Ovo stoga što, istina i dostojanstvo su nesalomljive vrednosti, bez kojih čovek ne pristaje da živi. Ove činjenice, potvrđene u raznim i različitim istorijskim događajima, dali su povoda potrebu ove misli i izgradnji temelja na kome su uzdignute ove vrednosti. Istina o potrebi za ljudskim dostojanstvom i dostojnost stvarnosti iskazana u istini, predstavljaju neporušene ljudske vrednosti, te kao takvi, ugrađeni su u sve civilizovane pravne sisteme. Ove vrednosti predstavljaju jedinstveni mozaik svih kulturoloških razlika, koja spaja čitavo čovečanstvo. Njihova vrednost je potvrđena njihovom trajnošću. Opstanak ove vrednosti, pred svim istorijskim procesima, iz mnoštva društvenih događaja, krunisano je ugradnjom u Opštu deklaraciju o ljudskim pravima iz 1948.¹²

nosti ustaljenog oblika zajedničkog života nije bilo teško obezbediti. Međutim, iz istorije navedenog pisca treba izvući zaključak, da građani Asentoa, posle toga izgubili su podlogu o daljem razvoju svesti za obezbeđenjem svoja dostojanstva.

¹¹ Zadovoljavanja samo sa ekonomskim dobrima, sa aspekta izvesnosti obezbeđenja golog fizičkog opstanka, u svom materijalnom biću, u nedostaku dostojanstva življenja, oduzima smisao života. Čovek postaje subjekt dešavanja u svom okruženju, postavljanjem sebe u središtu duhovne vrednosti, koji inače krasi ljudski lik svakog pojedinca. Homostaza su dohovne vrednosti, na čijem hodu materijalna dobra dobijaju svoje značenje i smisao ekzistencijalnosti. Njihova lestvica vrednosti se utvrđuje preko potrebe ljudi za njihovim korišćenjem, po meri duševne želje za datim stvarima. Vrednost materijalnog sveta predstavlja ljudski odnos prema objektivnoj stvari, u izrazu stvarne misli, kao duhovna percepcija njihove ekzistencijalnosti. Savremeni odnos materijalizovanog čoveka prema prirodi, u sve više eliminisanja uzvišene ljudske vrednosti, prirodna dobra doživljavaju svojevrсну kataklizam, što predstavlja veliki krah za budućnost čovečanstva.

¹² Opšte vrednosti, kao prirodni čin dostojnog ljudskog života, kroz neprekidnu tradiciju afirmacije ličnosti čoveka, preko francuske Deklaracije o pravima čoveka i građanina i američke Po-

Istina, poput druge uzvišene vrednosti, kao što je dostojanstvo, predstavlja svrhu postizanja ljudskosti u opštenjima iz međusobnih odnosa, kao cilj kome teži socijalna civilizacija. Ostvarivanje duhovne i sveukupne vrednosti razvoja društvenog života, predstavlja temeljni značaj u ostvarivanju pravde, kome teži razvoj pravednog prava. Istina, u svetlu dostojnstvenog ponašanja ljudi, predstavlja ugaoni kamen pravde, na kome pravo cilja u svom oživotvorenju.¹³ Baklju slobode, kao izraz ljudske dimenzije života, zapalilo je dostojanstvo, čiji oganj leži u dubini duše čoveka. Ta neviđena snaga je pokretač svih oslobodilačkih pokreta porobljenih naroda, potčinjenih kategorija ljudi (žena) potlačenih iz raznoraznih razloga (kao što je boja kože crnaca) i drugih vrsta omalovažavanja ljudi određenih grupacija, bez kojih pavo ne bi doživeo vaskrsenje. **S druge strane, u ostvarivanja osnovnih ljudskih prava, dostojanstvo čoveka sve više čini kolektivnom svešću. Iako stvarnost ne odslikava ideju vrednosti, navedeni atributi kolektivne svesti ljudi o opštem dobru, otvara put delanja u ostvarivanju željenog.**

Sloboda, kao mera opšte vrednosti u personalizaciji čoveka, deluje prema volji pojedinaca, sve dok ne dira u to isto pravo drugih. Dostojanstvo dobija epitet društvenosti, pod uslovom obezbeđenja uživanja ove ljudske vrednosti za svakog i za sve. Kakose vrednosti međusobno ne sukobljavaju, sloboda u smislu širine spektra delovanja čoveka, figurativno rečeno, ne može da preskoči zid ravnopravnosti, bez koje inače, posmatrano u širem smislu te reči, gubi svoj suštinski smisao. Istorijaska težnja ljudi za ravnopravnošću, dala je duhovnu snagu ljudima u borbi za obezbeđenjem slobode, a sloboda je uzvraćala sa garantovanjem ravnopravnosti ljudi. Sloboda, skopčano u njenoj društvenosti obaveze delanja, predstavlja osnovni atribut dostojnog izraza lične personalizacije svakog pojedinca, a ravnopravnost određuje osnovu dostojanstva svakog pojedinca.

III

Radbruhovo iskustvo nakon strahote II svetskog rata, rezultirano sa izgradnjom novog filozofskog pogleda na pojmovna određivanja položaja prava u društvenim zbivanjima, te predstavlja prekretnicu u reintegraciji prirodnog prava, pri određivanju društvenog uređenja države. Pravo, dakle, kao društvena vrednost, u svojoj prirodnoj biti, povezano sa drugim ljudskim vrednostima, predstavlja stvarnost, čiji je smisao, kako kaže ovaj ugledni nemački pravnik, da služi pravdi, a dostojanstvo bi predstavljalo ideju dobrog. Pravo, kao stvorena društvena

velje o pravima, pre svega i iznad svega, ušle su u opštu pravnu zaštitu, kao ideja kreiranja univerzalnih dobara, doživljavajući svoj vrhunac u Opštoj deklaraciji za ljudska prava. Koliko god ove vrednosti izgledali naivni (kao u koncepciji opisa od strane Kronbega i mnogih drugih), one predstavljaju realne potrebe čoveka, u svojstvu prirode, primerenosti biću čoveka, te kao ostvarljiva nada nikad ne gube u svom značaju.

¹³ Samo svojim metodološkim operacijama, bez drugih pomagala, pravo ne bi moglo da utvrdi istinu. Bez saznanja istine pravo ne bi moglo da funkcioniše. Svaki pokušaj da se sve dokaže dovelo bi do *circulus vicios*, gde bi dokaz nekog tvrđenja vodio u beskonačan regres, sa druge strane, neodmereno korišćenja pravnih prezumcija o istini, doveo bi pravo u neku mehaniku, u kome se melje istina, što bi pravo činilo nepodnošljivim, a njegove posledice nehumanim.

vrednost, u stvaralačkoj dimenziji ostvarivanja pravde, tesno je povezano sa drugim društvenim dobrima. Primereno naslovu ovog rada i temi ovogodišnjeg skupa Kopaoničke škole prirodnog prava, istina i obezbeđenje dostojnog života ljudi, polazni su osnovi u daljem razvoju prava.

Buduće pravo treba da se pomera, što više, od *ars demonstrandi* na *ars inveniendi*, od forme na sadržinu istine. Pravo, zasnovano na pretpostavkama istine, koja se pokrije određenim proceduralnim obrazloženjima, ne obećava svetlu budućnost u izgradnji obećanog sistema. Stvaralački aspekt procesa izricanja pravde, tesno je povezano sa iznalažanjem istine, fokusirano na sadržinu, a ne na puku formu. Društvena aspiracija za pravdom ne predstavlja голу ideju ljudi, odloženo za neku neizvesnu budućnost, nego želju, pretvorenu u dužnost, na putu usavršenosti prava, koja predstavlja krajni cilj svih pravnih civilizacija.

Pravo ne može dobiti ljudski kvalitet, a da u norme ponašanja ne ugradi moralnost ponašanja, etiku u odnosima iz međusobnih odnosa i slične vrednosti primereno čoveku. Najveća garancija zaštite ličnog dostojanstva se osigurava tretiranjem drugih, kako bi želeo da bude sam tretiran. Ovo potvrđuje činjenica da se socijalni život odražava sveprožimajućom vezom istovetnog tretmana iz međusobnih odnosa društvenosti delanja ljudi. Neizostavni zahtevi za afirmativnim i kreativnim kvalitetom života, upućuje ljude na dužnost poštovanja istine, pravde i druge ljudske vrednosti, od značaja za obezbeđenje dostojnog života pojedinaca unutar zajedničkog života. Izgrađeni reciprocitet u međusobnim odnosima iz grupnog života, u pravo se reflektuje primenom principa: isto postupanje prema istima, kroz odražavanje generalnosti norme u svojoj primeni. Poštovanje dostojanstva čoveka, iz ophođenog društvenog ponašanja, osnovna je dimenzija pravne zaštite elementarnih ljudskih prava, kao predispoziciono merilo afirmacije individualnih prava čoveka, na koje, inače, aludira savremeni svet.

Istorijsko insistiranje na distinkciji između prava i duhovne vrednosti čoveka, ne može se tretirati kao nepremostivi zid, podignuto na liniju dužnosti koja pravo obavezuje. Razume se, norme koji regulišu realnost međusobnih odnosa ljudi, ne bave se utopijom društvene želje za stvaranjem idealnog života. Pravo treba da štiti afirmativne društvene vrednosti, inspirisana za boljim i kvalitetnim društvenim životom. Pravo ne može da diskredituje rivalska dobra iz plemenitosti prirode čoveka, iskazana u društvenoj strukturi, koja mogu da generišu kolektivnu svest ljudi, kao opšti interes čovečanstva, bez obzira što ova društvena nauka još nije uspeła da izgradi jasan kriterijum u preciziranju puta za normiranjem i klasifikacijom ove vrednosti, u hijerarhiji pijedestala kolektivnog interesa. Zadatak prava je da se ne miri sa postojećim, niti da predviđa nedostižni sistem idealnog.

Pozajmljivanja vrednosnih pojmova, izgrađenih na osnovu ljudskosti opštenja iz međusobnih veza, kao svojevrsna emancipacija duha, u percepciji realnosti, koji proizilazi iz društvenosti života, ne može se zloupotrebiti u promociji prava sile, koje bi se opravdalo terminološkim normativnim pravom, u interpretativnoj funkciji ostvarivanja uskih interesa pojedinaca i određenih grupa. Pravom se ne može služiti kao sredstvom za ozakonjenje nepravde, niti može biti neka uteha za slabe, u njihovoj patnji, ispoljena pod pretnjom poštovanja prava, pri činjeni-

ci postajanja samoprisvojenog prava. Na ovo valja ukazati zbog realnosti života, koji nas uči istorija prava. Naime, hiperbolisana i zloupotreba prava datira od vremena izgradnje atinske civilizacije, pa sve do savremene izgradnje novog svetskog pravnog poretka zapadnog tipa konkurencije opstanka u životu.¹⁴ Pravo, kao potreba za uređenjem zajedničkog života, nije mnogo zaostalo u svojoj pisanoj formi, kroz izraze lepe ideje za opšte dobro ljudi, koliko u nefunkcionisanosti uticaja na trasiranje boljeg tretmana ljudi u njihovom grupnom životu. Lepi izrazi, koji pojmovno iskazuju ljudski odnos u opštenju čoveka sa drugima, ne daju pisanoj normi pravnu snagu, u nedostatku istinskog delanja ljudi u njihovim dobrim ponašanjima. Pravo, u svom prirodnom svojstvu, prožeto je ljudskim vrednostima u stvarnom ponašanju. U pravnim normama obitava dostojanstvo čoveka, njegova čast, poštenje u odnosima sa drugima, pravda, sloboda i druge ljudske vrednosti istinskog života, iskazano recima koji treba da odaju stvarnost, a ne da zamagle istinu putem pravne književnosti. Jezik prava dakle, kako je s pravom primetio prof. Gerges Kalinowski, pozvan je da obavlja funkciju komuniciranja, a ne lepog izražavanja. Ratio, cilj prava je da stvarno utiče na poboljšanje međuljudskih odnosa, te u tom smislu, ono se ceni prema pozitivnim ishodu u funkcionisanju socijalnog života i poboljšanju postojećeg stanja međusobnih odnosa ljudi.

Apsolutnost prava, prema načelu generalnosti primene, sa premisama opšteg dejstva na sve, zasnovano na objektivnim kriterijumima u zaštiti vrednosti, kroz postupanja prema istom aršinu u istim slučajevima, bez obzira na društveni položaj pojedinaca i svih vrsta individualnih i grupnih privilegija, koje istorija poznaje u određivanju hijerarhije ljudi iz njihove društvenosti života, odražava istinu o čoveku i istinu za čoveka. Istina je, dakle, prirodna objektivnost u izrazu realne stvarnosti, što čini temeljnu osnovu poziva i odziva povinovanja njoj. Načelni odnos prava prema istini predstavlja osnovanu garanciju zaštite svih individualnih prava, u čiji korpus može se smestiti i dostojanstvo čoveka. Istina je jedan od najznačajnih atributa prirodnog prava.

IV

U nastavku određivanja odnosa prava i dostojanstva u svetlu naslova ovog članka, valja reći da je dostojanstvo temeljni osnov organizovanja zajedničkog života, a pravo, kao nadgradnja u regulaciji postojećih društvenih odnosa, uz pretenziju poboljšanja datog stanja, predstavlja normirana uređenja međusobnih upućenosti ljudi iz socijalibiliteta života. Društveni esencijalitet prava je upućen na ostvarivanje pravde, koja se zasniva na stvarnoj istini, čije utvrđenje zavisi od drugih društvenih vrednosti, koji su inače prihvaćeni i potvrđeni kao opšte utvrđeno dobro. Razume se, međusobni uticaj ovih društvenih faktora, na putu poboljšanja

¹⁴ Od pretvaranja drugih naroda u robove, putem okupacije zemalja drugih naroda od strane Atinjana, preko oduzimanja prava na attribute ličnosti porobljenog čoveka u vreme izgradnje Rimskog prava, te afirmacije pravne misli Hugo Gracijusa u vezi sa slobodom korišćenja otvorenih mora samo od strane hrišćana, pa sve do opravdanja podela interesnih sfera od strane svetskih sila posle II Svetskog rata, te savremenog "humanitarnog" prava o ubijanju u ime ostvarivanja ljudskih prava, samo su neke od mnoštva istorijskih činjenica o zloupotrebi institucije prava.

postojećeg stanja ne deluje mehanički, po nekom šablonu ili nekoj želji u vidu političkih i drugih vrsta platformi, van stvarnog delovanja ljudi iz njihovog života, od značaja za funkcionisanja željenih društvenih odnosa. Čeliju socijalnog života sačinjavaju stvarni međusobni odnosi ljudi datog vremena i prostora. Egzistencijalni i vrednosni sudovi o dobrom, u smislu realnog sa kojima se ne može pomiriti, i željenog do kojeg se ne može dopreti, izriču se na bazi realne stvarnosti, na putu opšteg evolutivnog razvoja društvenih zbivanja. Evolucija razvoja pravne istine, na svom bezkrajnom putu usavršavanja ka stvarnoj istini, predstavlja krajni cilj u usmeravanju prema opštem dobru. Razmak između ideje i stvarnosti o dobrom je veći, koji služi pomeranju realnosti prema željenom, kroz stalna davanja novih prohteva za boljim životom. Pravo živi preko stalne težnje da dopire do stvarne istine, a dostojanstvo se pomera prema usavršavanju ljudskog karaktera. No, ne treba zaboraviti da, na trasiranom putu evolutivnog razvoja prava i dostojanstva, često se priključuju (u prikrivenom vidu, pod raznim usvojenim međunarodnim platformama) neviđene patološke pojave, u formi plasiranja izmišljene istine kao stvarne, te antiljudskim ponašanjima se prepisuju čin ljudskog dostojanstva, na koje pravo treba da reaguje, a dostojanstvo da odupire.

Istina, u svetlu poštovanja digniteta čoveka, ne predstavlja голу realnost iz stvarnosti događaja. Poštovanja ličnosti čoveka i njegovog dostojanstva često zahteva prećutkivanje istine, tretirana u sklopu njene ljudske vrednosti. Istina u iskazivanju povrede dostojanstva je štetna i pravno nedozvoljena, bez obzira što činjenično stanje iskazuje istinu. Dostojanstvo je neprikosnoveno pravo čoveka, iskazano u vidu zaštite intime individualnog svojstva, iskazano u svetlu opšteg dobra. Irelevantnost činjenice, kojim pravo služi, ne menja ekzistencijalnost stvarnosti, u njenoj biti, već deluje u svrhu ostvarivanja većeg cilja, u kontekstu krajneg ishoda zaštite ljudskih prava. Zaštita ugleda, časti i dostojanstva čoveka su dimenzirane sa slobodom razvoja ličnosti svakog pojedinca za nesmetano vršenje njegovih životnih i socijalnih funkcija. Istina je korelativni odnos u zaštiti ličnosti čoveka. Dignitet čoveka daje istini karakter dobrog. Dakle, istina kao pravna kategorija utvrđivanja stvarnog činjeničnog stanja, od značaja za primenu pravne norme na date događaje, trpi korekciju u meri poštovanja dostojanstva ličnosti. Zaštita individualnih prava, u svim svojim posebnostima ličnosti, predstavlja svojevrsnu legitimno prava u zaštiti dostojanstva. Dostojanstvo čoveka je tesno povezano sa nizom prava iz korpusa privatnosti života (kao fizički, psihički i moralni integritet, te pravo na lični razvoj, određivanje ličnog identita i slično). Pravna zaštita časti i ugleda ljudi, kao svojevrsne duhovne vrednosti, skopčane su sa poštovanjem dostojanstva, u vidu skupa ljudskog integriteta. Stvoreno stanje lakog dolaska do istinitih podataka iz privatnog života, izraženo kao posledica razvoja tehnologije, čije iznošenje bi povredilo dostojanstvo čoveka, budi pažnju pravniku u iznalaženju mogućnosti zaštite časti i ugleda čoveka. Jer tehnologija ne može da bude sredstvo za porobljavanje ličnog integritet čoveka, niti da bude monopol u rukama pojedinaca ili grupe ljudi, u zloupotrebi prava iz privatnosti života. Naime, čast je da se potčini istini, pod uslovom da služi čoveku. Istina treba da

služi u dobrom, njena zloupotreba nije dozvoljena.¹⁵ Istina treba da služi u zaštiti ugleda i dostojanstva.

Ratio, pravom na zaštitu privatnosti života ne može se pokriti nemoralne i nedozvoljene radnje pojedinaca, pozivajući se na dostojanstvo ličnosti čoveka. Nije dozvoljeno omekšanje istine, u ime zaštite ličnog integriteta pojedinaca, ako dotični, svojim društveno neprihvatljivim radnjama, sam povređuje svoje dostojanstvo. Pravo na intimnost privatnog ponašanja pojedinca granici sa pravom drugih, koji se susreću u društvenosti zajedničkog života, vezanih sa mnoštvom interakcija, koji proizilaze iz međusobnih upućenosti, na koje usmerava socijalna strana ljudske prirode. Slobodan prostor individualnog delanja je ograničena sa društvenim obavezama svakog pojedinca. Pravna zaštita ličnog dostojanstva nije individualna stvar pojedinca, nego društvena briga u obezbeđenju uživanja svakog sa ovim neprikosnovenim pravom, koje se implicira u jednakoj garanciji za sve članova zajednice. Dakle, reč je o grupnoj zaštiti pojedinačnih prava. Sledstveno tome, pravna istina ne može olako da prođe preko stvarne istine.¹⁶

V

Stvarna i pravna istina najviše se prelamaju u sferi dostojanstva, iskazano u primeni prava na zastarele obaveze. Naime, pozitivno normirano pravo, "lenjom" poveriocu oduzima pravo na sudsku zaštitu povraćaja duga, u slučaju pozivanja dužnika na zastarelost. U istom slučaju, posmatrano sa druge strane medalje, iste činjenice, tretirano prema pravilima delovanja prirodnog prava, zasnovano na prirodi ljudskih odnosa, u izrazu stvarne istine događaja, nastalih iz međusobnih obaveza, priznanje duga obavezuje dužnika na ispunjenje preuzete obaveze i dužnosti. U iznetom konceptu međusobnih odnosa pozitivnog i prirodnog prava, primat prirodnog prava nad pozitivnom regulacijom obligacionih odnosa, iskazano je kroz regulativu nemogućnosti zahteva povratka ispunjenje prirodne obaveze, bez obzira na protek roka potraživanja dugovanog.

Afirmacija prirodnog prava u iskazu prednosti stvarne istine nad pravnom fikcijom, u smislu utvrđivanja činjenice putem prezumpcije, nije puka želja pravnih teoretičara, niti goli pritisak ideja na legislativu, već i izraz ljudskosti čoveka. Dostojanstvo, u svom čovekoljublju, stvarnu istinu smatra svojom postojbinom, koju u mnogim slučajevima, mnogi ljudi ne žele da napuštaju i kada se radi na njihovu materijalnu štetu. Prirodno pravo je tu da ovu kategoriju ljudi ne vraća

¹⁵ Iznošenje istinite činjenice o ličnim prilikama čoveka, inkriminacija je kao krivično delo, u svim civilizovanim pravnim sistemima. Ovo stoga što, okolnosti iz ličnog života predstavljaju zaštitu intimnosti iz privatnog života, skopčano sa slobodom da bude kovač svoje sreće u načinu sopstvenog delanja.

¹⁶ Skoro sve zemlje sveta (članice Ujedinjenih nacija) na Svetskoj konferenciji o ljudskim pravima, održana 1993. godine u Beču, posredno ili neposredno, njih ukupno 171) izjasnili su se za privrženost istini, miru, pravdi, sreću čoveka i njegovog dostojanstva, te su se obavezali na podizanje pravnih standarda u zaštiti osnovne vrednosti života, ali u povratku, u svoje kuće, iz raznih razloga, za koje nalaze različito obrazloženja, nastavljaju da povredu mnoštvo osnovnih prirodnih prava ljudi.

sa njihovog pravednog puta. Na tom putu, dajući primat ljudskom karakteru postupka u svojim obavezama, koji proizilaze iz međusobnih društvenih opštenja, delovanje prirodnog prava u realizaciji naturalne obligacije, pospešuje socijalnu funkciju prava, od značaja za sticanje poverenja u saobraćaju izmirenja svoje dužnosti. Dosledno ispunjenje međusobne dužnosti, učvršćuje ljudsku stranu odnosa iz društvenosti života, što čini svojevrsnu garanciju opstanka zajednice. Odsustvo korelacije u ispunjenju suštinske obaveze, povređuje moralne i društvene dužnosti, bez kojih bi se teško održavala prirodna društvena veza, od osnova za normalno funkcionisanje društvene zajednice. Stvarna istina u funkciji opšte sreće zajedničkog života, temeljni je osnov zdravog delanja u socijabilitetu, koji inače doprinosi boljem životu svakog pojedinca, u posebnosti i u grupnosti. Maksimalno, u ovim slučajevima bi glasila: individualna sreća čoveka je opšta društvena dobit.

Moralnost prava, u izrazu prirodnog ponašanja ljudi, predstavlja putokaz delovanja na saglasje univerzalizacije. U tom kontestu, zamisao morala implicira mnoštvo zajedničkih osećaja ljudi, kao opšti imenitelj socijabiliteta života. Što više čovek evoluira u ljudskosti ponašanja, to bolje deluje u društvenosti života, kako bi rekao vodeći filozof evolucionističke teorije Herbert Spencer. Vezivanja prava na stvarnu istinu i na prirodni fragment ispunjenje naturalne obaveze, utiče na uzdizanje kulturnosti prava, od značaja za poboljšanja opšteg stanja međusobnih dobrih ponašanja ljudi.

Pravda se gradi na konceptu moralnosti i druge prirodne vrednosti, kao ispravni princip rešavanja međusobnih odnosa. Istina, u pravnom saobraćaju ljudi, predstavlja temeljni osnov dostojanstvenog života. Načela ekvivalencije, zasnovano na principu pravedne raspodele tereta iz međusobnih obaveza, predstavlja kamen temeljac u izgradnji pravde. Aristotelova komutativna pravda, ukazuje na obavezu ispunjenja dužnosti svih i svakog - bez izuzetaka. Prema Pompanijevoj izreci: "**Natura aeljuum est neminem cum alterius detrimento fieri locupetiorum**" koja je svoje mesto našla u Justinijanevim Digestama, 12, 6, 14, niko se ne može obogatiti na štetu drugog. Iz iznetog i još više iz ne navedenih pravnih načela, proizilazi da drevna civilizacija prava, preko afirmacije u ispunjenju naturalne obligacije, dala veliki podstrek razvoju drugih pravnih načela iz domusa prirodnog prava.

Sama reč *obligare* znači vezati, što u odnosima inter partes dobija karakter dužnosti, radi ispunjenju obaveze oba učesnika pravnih odnosa. Posmatrano sa čisto prirodnog pravnog aspekta, ovi odnosi se ne gase u nedostatku ispunjenja dogovorenog, te prema tome, ta veza dugovno-potraživanog odnosa treba da traje do potpunog ispunjenja međusobnih obaveza. Inače, sama regula o zastarelosti, zasnovano na protoku vremena potraživanja, posmatrano u kontekstu stvarne istine, ne osporava činjenično stanje iz nastalih društvenih odnosa. Protok vremena, gledano sa aspekta suštine stvari, ne gasi stvarnu istinu, o realnom stanju obaveze, te sledstveno tome, ne prestaju prirodne obaveze, nego se utuživa obligacija transformiše u naturalnu obavezu. Iz mnoštva regula obligacionih odnosa se može videti da pravo traži ljudsko ponašanje svih aktera koji učestvuju u datoj

vezi.¹⁷ Apromastički posmatrano, dužnik, u mnoštvim slučajevima, uglavnom je onaj koji se zadužuje radi izmirenja određene potrebe, apoverilac je lice koji mu izlazi u susret, te iz tog karaktera ljudskog odnosa, prirodne obaveze ne bi trebalo da gasi sudska odluka. Iz tog ljudskog postupka, gledano sa aspekta prirodnosti međusobnih odnosa, u suštini, ne može se govoriti o sukobu interesa, da bi se dužniku pružalo realna sudska zaštita. Načelo jednakosti davanja legitimise poverioca da se namiri sa dugom, dok pravni legalitet zastarelosti doprinosi neosnovanom obogaćenju.

Izneto upućuje na pitanje, do koje mere pravnoj istini može se dozvoliti da prerasta u privatnost i posesivnog individualizma u lični egoizam, a zastarelost u slobodu samoopredeljenja kod ispunjenja dugovanog, kao svojevrsnu destrukciju društvene obaveze. Pravo ne može nastati iz zlodela, da bi pružao zaštitu prevaranatima koji ne ispunjavaju obećano, prevrtljivih koji izigravaju istinu, demagoga koji vređaju ljudsko dostojanstvo. Na to Rimsko pravo je odavno odgovorilo rečima: **lus uduria non oritur. Kada se stvarnoj istini pomera pripadajuće prirodno mesto u naziva opšte potvrđene vrednosti, logički ishod korelacije u interakciji ljudi iz njihovog zajedničkog života, vodi povređivanju ravnoteža harmonizovane koordinacije međuljudskih odnosa. Neizvršenje obaveze prema pravnoj formi, smanjuje dejstvo poštovanje stvarne istine, koji negativno indicira na veru u čoveka. Sve ovo doprinosi posledici povećanja pravne regulative, sa tendencijom da se pro forma upliće u suštinske pore društvenog života, a sledstveno tome, sudbinu veza ljudi iz njihovog zajedničkog života određuju birokratizovani sudovi. Pravna zaštita slobode robe i usloge, ne može da stavi stvarnu istinu na oltar slobodnog tržišta. Istina nije stvar slobodnog prometa. To je samoobmana budućih poverenja među ljudima, sa strašnim posledicama po zajednički život. Pravo nije ono što koristi ličnim interesima pojedinaca. Pravo je društvena kategorija iz kulturnih nasleđa grupnosti života, koja se gradi evolucijom utvrđivanja i određivanja čitav niz vrednosti. Istina, kao vrednost sama po sebi, utvrđuje date vrednosti, a dostojanstvo potvrđuje. Stoga, prevrtanje stvarne istine u fikciju normiranog regula, radi ispunjenje forme, nije srećno rešenje koja bi bila otvarala put ostvarivanju pravde, ili bi našla neku adekvatnost u nekoj od načela prava. Instucija zastarelosti ne može se opravdati potrebom efikasnosti prava. Ne može se postići pravda, žrtvovanjem ispunjenja obaveze. Time se ne ispunjava zadatak prava u disciplinovanju ispunjenja svoje dužnosti. Naprotiv.**

VI

Moderno poimanje prava, u svom autonomnom segmentu regulacije međusobnih odnosa ljudi iz njihovog zajedničkog života, dejstvuje u okviru opšte

¹⁷ Po jednom notornom ekonomskom i pravnom pravilu, kako kaže prof. Slobodan Perović (vidi Predgovor Komentara Zakona o obligacionim odnosima), sve ugovore, kojima se obavlja razmena odgovarajućih dobara, karakteriše princip ekvivalentnosti, u označavanju načela jednake vrednosti davanja, koji je još i rimskom pravu bio iskazan formulom "do ut des." **Povređa načela ekvivalentnosti postoji, ističe prof. Perović, i u slučaju klauzule "rebus sic stantibus" iz nasleđa rimskog prava, koji živi u čl. 133 Kodifikovariog obligacionog zakona.**

kulturnosti delanja. Normativističko usmerenost prava na određeno ponašanje, po ceni zanemarivanja stvarnih odrednica prirodnog života, uobličeno u kulturu odnosa iz opštenja sa drugima, nije položio istorijski ispit ogleđa na budući razvoj pravne civilizacije. Law in books, iz pozitivističke pozicije, prestrojio se u law in action, profilirano u prirodno pravo racionalnog smera, u smislu najopštijih ideja i u istoj tolikoj meri, iz reakcije na stvarna dešavanja iz svakodnevnog života.

Zadatak aksiologije prava je tu da utvrdi ideju vrednosti norme, od uticaja na buduće ponašanje ljudi, sa tendencijom ispunjenja uloge poboljšanja postojećeg stanja iz delanja na međusobne odnose. Sud o vrednosti prava se izvlači iz celine vrednosti socijalibiliteta života, u duhu egzistencije postojećeg stanja i u nameri poboljšanja istog. Pri pristupanju uređivanju društvenih odnosa, moć prava, u smislu stvarnog delanja na odnose, valja odrediti u koherentnosti svih dobara koje ono zaštićuje. U ispunjenju tog zadatka, istina je seizmograf, koji određuje status pojedinca, u sklopu konstitutivne vrednosti, u primeni ideje očekivanog društvenog uređenja. U tom sklopu, ideja ljudskog dostojanstva je pojmovna sporna, koja stvarnu istinu povezuje sa životnim vrednostima, od velikog značaja u određivanju uzajamne zavisnosti, prilikom postavke uređivanja međusobnih odnosa ljudi. Poštovanje ljudskog dostojanstva je izraz civilizacije, u težnji prerastanja stvarne istine u životne pore čovečjeg delanja. Sledstveno tome, ako istinu posmatramo, u figurativnom smislu, kao glavu vrednosne porodice, dostojanstvo, u toj velikoj porodici, mogli bi tretirati kao potomak u tom lancu opštih društvenih dobara. Ratio, u tom kontekstu valja naglasiti potrebu povezanosti i koherentnosti ovih vrednosti, uz dužno poštovanje njihove odlike specifičnosti uticaja u konfiguraciji, kultumosti života, ne zanemarujući bazičnu struktura prirode ljudi.

Imajući u vidu prirodu čoveku u njegovom društvenom liku, poštovanje njegove socijalne funkcije se može proširiti do zajedničke prirodne crte opšteg zajedničkog ljudskog karaktera, od značaja pri određivanju taksonomije porekla dejstva prava na ponašanje ljudi. No, za pravo, kao društvenu pojavu teritorijalnog karaktera u specifičnosti regulative, usmereno određenim grupama ljudi, u duhu njihovih osobenosti delanja, u crtama posebnosti, formirane kulturološkim razlikama, od važnosti je **sistematizacija vrednosti, primereno oblikovanom načinu društvenog života**. Dakle, varijabilnost prirodnog delanja ljudi iz socijalnosti njihovog zajedničkog života, ne dozvoljava stereotipni pristup utvrđivanja univerzalnosti prava, zasnovana na gruboj generalnosti tipične crte čoveka. Mnoštvo podudarnosti ljudskog delanja iz njihovog zajedničkog prirodnog bića, predstavlja deo pravne konstatacije o zajedničkoj niti pristupa regulaciji međusobnih odnosa, bez da se ignoriše druga strana medalje, koja predstavlja društvenu vezu iz stvarnosti ponašanja.

Određivanja pojma istine i zaštita dostojanstva, kao priznate vrednosti iz društvenog života, imaju najstare korene u svim društvenim naukama, i nikada nisu prestali da budu u žiži događa, kroz celu evoluciju razvoja ljudske civilizacije, te kao takvi, uvek su bili predmet izgradnje zajedničkog života i budili interes svih aktera, koji su imali zadatak određivanja postulata uspostavljanja međuljudskih odnosa, nezavisno od naloga vlasnika političke i druge vreste moćnika vremena, kada se radilo o uređivanju društvenih odnosa. Oni nisu izgubili u aktuelnosti da

budu u fokusu ideje izgradnje savremenog prava i izgradnje novog svetskog poretku, iz prostog razloga, što nisu dozivali da budu u sastavu stvarnog života. Kao i kod drugih ideja opšte prihvaćene vrednosti, istina i dostojanstvo su sadržale svoje mesto u svežini, duž niz vekova, sve do današnjih dana. Inače, valja konstatovati da, sama logika nalaže dug život neostvarenim idejama, na koje čovečanstvo aludira. One se nikad ne sahranjuju zbog večite potrebe za dobrim životom, a svežinu iscrpljuju zbog neostvarivanja u stvarnosti.¹⁸ Ideja o nespornim vrednostima žive kao biljke pod senkom, koji rastu visoko, ali, bez nedostatka sunčane svetlosti, ne daju svoje plodove. Naime, ideja o stvarnoj istini o čoveku i njegovom dostojanstvu, visoko se ceni u opravdanju misli o ovim vrednostima, ali pod pritiskom raznih instrumenata moći, ne može da nikne u život.

VII

Sociološka istina živi u međusobnim opštenjima delanja, u meri razuma za potrebom neizbežnosti zajedničkog života. Ona se ispaljava u vidu realne istine, posmatrano sa aspekta stvorene ideje o prirodnim događajima, viđeno racionalnim okom laiciziranog pogleda na svet, što ukazuje na činjenici promenljivosti istine prema datim stvarima, shodno saznanju delovanja prirodnih zakona. Na drugoj strani, bažanjska istina se odlikuje konstatnim odnosom prema svim zbivanjima iz okruženja, te kod ovog slučaja, ona ne podleže analizi prema zdravom razumu čoveka. Sledstveno tome, tačnost istine, u iznetom kontestu, predstavlja vrednost sa svih aspekta njenog posmatranja, uz uvažavanja različitih oblika života iz bogatog mozaika delanja, shvaćeno prema prirodi društvenog bivstvovanja ljudi.

Posmatrano iz ugla izgradnje i primene prava, istina ima sociološku ulogu prilikom određivanja faktičkog stanja vladajućih odnosa, a sa aspekta opravdanosti društvene regulacije odnosa, u metapravnom obliku, istina određuje vrednost, koji bi zaslužili da budu pod opštedruštvenom zaštitom. Osim toga, ali u vezi sa iznetim, istina igra veliku ulogu u sistematizaciji normi, pri određivanju njihove hijerarhije, polazeći od utvrđene i potvrđene istine date vrednosti. Pravo, kao misaono dobro budućih ponašanja, zasnovano je na tezi istine, u očekivanju razvoja toka odnosa među ljudima, ne udaljavajući se od stvarnosti zbivanja, a sve to u težnji afirmacije potvrđene vrednosti, prizemljeno realnosti života datog vremena i prostora. Bratska uloga sociološke istine, primereno neizbežnoj potrebi zajedničkog života, pokazaće sebe kroz zaustavljanja utopijske ideje prava, te u toj meri će prkositi i vlasnicima vremena, koji su često skloni da kroz formu prava, neistinu prikazati istinitim. Čovečanstvo mora da preuzme brigu, radi spasa od haosa laži, prikriveno zvučnim pravnim aktima, u deklarativnom smislu o sreći čoveka i njegovog dostojanstva. Kod tog stanja stvari, stvarna istina prinudiće legislativu na vraćanje istini, a primenjivačima prava će ukazati na činjenicu potrebe korišćenja sa pojmovima pravne norme, kao sredstvo za postizanje pravde. Od prava, istina uvek zahteva da događaje konstruiše u odluku za implementaciju dostojnog za-

¹⁸ Mnogi savremeni pisci, svoje radove na temu ljudske vrednosti, počinju citirajući poznatu Aristotelovu izreku: "Volim Platona, a i Sokrata, ali više od njih volim pravdu i istinu."

jedničkog života. Pravo, u biti svog postojanja, predstavlja interpretaciju o saznanju istine. Norma treba da se oblici u službi identifikacije događaja sa istinom.

Videnje uloge prava u željenom vidu, predstavljaju osnovne postulate u potrebi njegovog pozitivnog delanje, na interakcije ljudi iz njihovih međusobnih veza. Razume se, pri tome treba dodati, da se radi o kompleksnom odnosu, koji se nesumnjivo oscilira između oprečnih interesa ljudi povodom istoga događa, iz kojeg treba utvrditi jednu istinu.¹⁹ No, ako je zadatak prava da spreči konfliktnu situaciju, izazvana subjektivnim prelomom istine, onda ono treba da zauzme objektivni stav povodom svakog slučaja posebne, na koje stvarna istina pomaže. Istina je deduktivni detektiv u pronalaženju pravednog rešenja.

Istina je realnost u tvrdnji činjenice, nastale kao prirodne posledice iz datog događa, na koje umno stvoreno pozitivno pravo, u rukama tvoraca i dobrih i loših naravi, ne može odgovarati.²⁰ Stoga, čisto pozitivistički pristup prava u regulaciji društvenih odnosa, bez premise prirodnog prava, kao matica izgradnje ljudskih odnosa, nije rešenje na koje čovečanstvo cilja, bez obzira na njegov pismeni sadržaj u lingvističkoj lepoti. Sledstveno tome, zapadna kultura života, koje pretenduje da svoje pravo plasira kao uzor u izgradnji pravnih sistema - čiji tragovi inkvizicije, lov na veštice i slične tamne stranice, koje je nedavna prošlost upisala u stranice istorije, koje, neki smatraju da su zatvorena porušenjem logora Holokausta – ni u kom slučaju ne može biti uzor pozitivnog prava. Zapadna pravna civilizacija, istinu, dostojanstvo i slične ljudske vrednosti, nije afirmisala u ime artikulacije ličnosti, već je polazila od principa oslobođenja čoveka od mučenja, opterećeno sa sećanjem na užase, koji su duboko urezane u svest Dakle, moralna linija, u određivanju dobrog, nije podvučena prema prirodi prosečnog čoveka zdravog razuma, nego između zlikovca i njihive žrtve. Dostojanstvo se ne može zadovoljiti spašavanjem od surovosti, već potpunom zaštitom digniteta ličnosti u svim ljudskim karakteristikama čoveka. Dostojanstvo je odraz civilizovane kulture u poštovanju svih ljudskih atributa ličnosti.²¹

Istina je odraz prirodne stvarnosti, na koje zdravi razum odgovara, bez potrebe za pravnu potvrdu. Istina, kao prirodna moć, samo po sebi, nema potrebu za dotanim silom za postupanja po njemu. U tom kontekstu valja reci da, uzdržavanje od sudske zaštite garantovanih prava pozitivnim normama, koja se često ilustruje na primeru **Japana, inače primereno istočnoj kulturi društvenog života**, ne može se svoditi na iracionalnost konfučijanstva i sličnih ideja, koji potiču iz ovog dela sveta, nego ima se smatrati kao stvarni mentalitet iz tradicije utvrđenog

¹⁹ Hegelova (Gerg Wilhem Fridrich) teza panlogizma u izrazu apsolutnog idealzma, iskazano rečima: "Što je umno, to je stvarno, a što je stvarno to je umno" ne može zaustaviti prirodnu istinu u njenoj biti.

²⁰ Pozitivistički pristup utvrđivanja osnovnih ljudskih prava, nalazima i u Konvenciji zaštite osnovnih prava čoveka, što se može zaključiti iz sadržine teksta čl. 17. Evropske Konvencije o osnovnim pravima i slobodama.

²¹ U čl. 1. Opšte deklaracije o ljudskim pravima, izraženo u opisu prirode čoveka, napisano je: "Sva ljudska bića rađaju se slobodno, jednaki u dostojanstvu i pravima."

socijalnog reda.²² Jer nedostatak transparentosti ove kulturnosti ljudskih opštenja, usled neprihvatljivosti ulaska u univerzalizacije multikulturnosti prava, kao zajednička odlika vrednosti različitih oblika socijabiliteta zajedničkog života, iz poznatih posebnih kultura prava, ne može biti prepreka, opštem razvoju priznatih kulture prava, sa kojima je svet suočen, bez obzira što više se skriva nego što se otkrivaju njihove vrednosti. Ovo stoga što, bez uvažavanja multikulturnog konteksta, u nemogućnosti vladavine jednodimenzionalnosti prava, teško je generalizovati istinu i uvažiti opšte dostojanstvo čoveka. Ovo stoga što, pravni razvoj ne potiče iz prenosa ili transplatacije, već iz evolutivne dimenzije razvoja opšte civilizacije.

REFKI TAČ
Lawyer, Prizren

THE REAL AND LEGAL TRUTH IN THE CONCEPT OF DIGNITY

Summary

The truth is human thought picture of the real events and the consequences of human actions, in all their diversity of observation on given things, while dignity is the relationship toward the truth as general value to the generally accepted opinion of good, viewed in the context of the historical development of human civilization. The principal relationship of the right toward the truth presents basic guarantee of protection of all individual rights, in whose corps can be placed and the human dignity. The truth is one of the most important attribute the natural right. The respect of human dignity is an expression of civilization in pursuit of moving from the real truth to the life pores of human action. Determining the concept of truth and protection of the dignity, as the accepted value of social life, have the oldest roots in all the social sciences and have never ceased to be the focus of the events through the whole evolution of the development of human civilization, and as such have always been the subject of building of community life and have aroused the interest of all actors, who have had the task of determining of the postulate of establishment of interpersonal relationships, independent of the order of the owner of political and other types of elites of the time, when it was about the regulation of social relations.

²² Zakon je jedini konstituens pravde, u izrazu etičkog smisla Rousseauve koncepcije zakona, prema navodu Fring Fetschera

PRAVO I LINGVISTIKA

– Lingvistički temelji prava kao garanta ljudskog dostojanstva –

PRISTUP PROBLEMATICI

1. Glavni nedostatak celokupne dosadašnje jurisprudencije shvaćene u smislu teorijske i primenjene pravne nauke, sastoji se u tome što svoj predmet posmatra gotovo isključivo na tradicionalan način, tj. u obliku objekta ili sistema apstraktnih ili bezličnih normi lociranih u idealnom svetu trebanja, a ne kao proces jezičko-komunikacijske prakse u vidu odašiljanja i primanja pravnih poruka,¹ koji je nezamisliv bez ključne uloge ljudskog faktora. Drugim rečima, jurisprudenciji u njenoj viševekovnoj istoriji, od antike do naših dana, nikada nije pošlo za rukom da tačno odredi prirodu svog predmeta, a bez te elementarne operacije nijedna nauka nije u stanju da izgradi vlastitu metodu.

Po svemu sudeći, najizgledniji put da jurisprudencija postane egzaktna disciplina, jeste uspostavljanje njene tesne saradnje sa modernom lingvistikom,² i to kako u oblasti saznanja tako i u domenu stvaranja i primene prava. Pravo je nesumnjivo jezički fenomen *par excellence*,³ odnosno umeće jezika, koji je istovre-

Dr Zoran Jelić, konsultant, Beograd.

¹ O tome šta se u najširem smislu reči podrazumeva pod *porukom*, vidi "Dictionnaire de Linguistique" par Jean Dubois etc., Larousse, Paris, 1973, str. 314–316.

² O značenju termina "Moderna lingvistika" vidi rad "Linguistique générale" par John Lyons, Larousse, Paris, 1979, str. 32–42.

³ Italijanski pravni teoretičar A.G. Conte tvrdi da "pravo jeste jezik, jer ono s čime ima posla pravnik jeste jezik i samo jezik". (Up. N. Visković: "Jezik prava", Naprijed, Zagreb, 1989, str. 44).

meno predmet i sredstvo glavne delatnosti pravnika – interpretacije pravnih tekstova čije se ispravno značenje, u krajnjem ishodu, uvek svodi na jedno od jezički mogućih značenja.

U skladu s tim, jedan od vodećih pravnih teoretičara minulog stoleća, *Norberto Bobio*, objavio je 1976. godine čuveni programski esej pod nazivom “Pravna nauka i analiza jezika”, u kojem se zalaže za kritičko ispitivanje jezika zakonodavca radi otklanjanja iz njega svih neodređenosti, nepotpunosti i nekoherentnosti, tvrdeći da svako istraživanje koje teži da bude naučno mora da se posveti izgrađivanju rigoroznog jezika, što predstavlja osnovni postulat savremene koncepcije nauke koja je problem naučnosti pomerila od istinitosti ka strogosti. Taj zahtev, razume se, u potpunosti važi i za jurisprudenciju koja takav zadatak, po nama, može da obavi samo uz sistematsku podršku moderne lingvistike i samo ako predmet svojih proučavanja sa jezika zakona proširi i na sopstveni jezik kako bi samu sebe osposobila da bude ravnopravna sa empirijskim i formalnim naukama.

2. Kao multidisciplinarno područje ljudskog znanja i nauka o čoveku i njegovom jeziku, moderna lingvistika je bitno doprinela svestranom izučavanju totaliteta ljudskog bića⁴ i afirmaciji njegovog subjektiviteta, ali i potvrdila valjanost teze, po kojoj je čovek *animal symbolicum*, a ne *animal rationale*. Tako je lingvistika postala najezgaktinija (u čemu je pretekla i ekonomiju!) i najhumanističkija među svim društvenim naukama i disciplina od strateškog značaja za metodologiju tih nauka koje se, za razliku od prirodnih nauka, ne bave fizičkim objektima već mentalnim fenomenima ili svetom subjekata. Bliže rečeno, u društvenoj teoriji objekt je subjekt, pa shodno tome, *Hajek* posebno naglašava da nije preterivanje ako se kaže da je svaki važan napredak npr. u ekonomskoj nauci tokom poslednjih sto godina bio korak napred u doslednoj primeni subjektivnog pristupa. Ovoj suštini subjektivni karakter čitave ekonomske teorije dugo je bio zamagljen pokušajima da se ekonomija učini “objektivnom” u smislu prirodnih nauka.⁵

Generalno posmatrano, valja se podsetiti da je još *Kant* ukazao na ključnu ulogu subjekta u gnoseologiji kada je izveo čuveni kopernikanski obrt, čiji je smisao u tome da naše saznanje ne treba da se ravna prema predmetu već pred-

No, mada jezik čini ključnu odrednicu prava, ono se, naravno, ne može redukovati na jezik (napomena autora).

⁴ Up. *Ranko Bugarski*: “Jezik i lingvistika”, Nolit, Beograd, 1972, str. 281 i “Lingvistika o čoveku”, BIGZ, Beograd, 1975, str. 11–26, kao i *Milorad Radovanović*: “Sociolingvistika”, Književna zajednica Novog Sada – Dnevnik, Novi Sad, 1986, str. 258–280. *M. Radovanović* smatra da je izraz “Kontekstualna lingvistika” najadekvatniji izraz za buduću integrisanu, kompleksnu nauku o čoveku i njegovom jeziku. Po *R. Bugarskom*, lingvistika doprinosi saznanju o čoveku kao biološkom biću, kao članu određene društvene zajednice i kao pojedincu, dakle, sa stanovišta opšteg, posebnog i pojedinačnog (v. “Lingvistika o čoveku”, str. 22).

⁵ Up. *Fridrih A. Hajek*: “Kontrarevolucija nauke”, CID Podgorica, 1999, str. 31–32 i *Bent Flivbjerg*: “Šta mogu društvene nauke”, “Službeni glasnik”, Beograd, 2012, str. 52.

met prema našem saznanju, pošto su sve naučne teorije i zakoni samo proizvođi ljudskog uma, pa se tu pre radi o odlikama našeg kategorijalnog aparata, a ne toliko o svojstvima same stvarnosti.⁶ U svojoj etici Kant čini čak korak dalje u pravcu afirmisanja čovekovog subjektiviteta i tvrdi da je čovečnost dostojanstvo koje poseduje svaki pojedinac kao umno biće koje se mora uvek upotrebljavati kao cilj, a nikada samo kao sredstvo. Ovaj moralni zahtev predstavlja kategorički imperativ i izraz je čovekovog humanizma, ali i temelj doktrine o ljudskim pravima. Dosledno tome, ljudske jedinice dužne su da se uzajamno uvažavaju i poštuju sopstveno dostojanstvo, jer kada neko svojevoljno od sebe načini crva, onda više nema prava da se žali što ga gaze nogama.⁷

S druge strane, u filozofiji i teoriji pravnog pozitivizma uočena je tendencija iščezavanja pravnog subjektiviteta, utemeljenog na autonomiji i samoodređenju, i shodno tome, rastuća devalvacija subjekta kao pravne kategorije uprkos ispravnom upozorenju *Pašukanisa* da je reč o atomu pravne teorije koji se ne može dalje deliti. Tako npr. *Kelzen* otvoreno sugerise da pravni subjekt nije neophodan pojam u pravnoj nauci, budući da predstavlja samo personifikaciju pravnog poretka i krajnju tačku računanja.⁸ Jednostavnije kazano, u čistoj teoriji prava nema mesta za čoveka koji je, u stvari, produkt normi, ličnost bez svojstava opisana u delu znamenitog austrijskog književnika *Roberta Muzila* (1880–1942), biće svedeno na objekt i koje se ponaša kao stvar u svetu objekata u kojem nema više subjekata. To je ideal egzaktne nauke inspirisan stavovima filozofije strukturalizma (*Fuko, Klod Levi-Stros* i dr.) koja proklamuje “metodološku smrt subjekta” ili “znanje bez subjekta”, s obzirom na činjenicu da je subjekt izvor nereda i proižvoljnosti i da predstavlja negaciju naučnih principa nužnosti i izvesnosti.

3. Izložene ideje filozofije strukturalizma, čiji je ideal svodenje ljudske jedinice na stvar kako bi se realizovao najviši stupanj objektivnosti tj. depersonalizacije i rigoroznosti društvenih, odnosno humanističkih nauka koji se može dostići u procesu njihovog metodološkog osposobljavanja po uzoru na prirodne nauke, ukorenile su se ne samo u pravnoj teoriji i filozofiji nego i u pozitivnom zakonodavstvu, naročito na području regulisanja savremenog najamnog rada. Doduše, u ustavnim dokumentima gotovo svih zemalja sa razvijenim pravnim poretkom, korpus neotuđivih ljudskih prava koji se svečano jemči radi očuvanja ljudskog dostojanstva i ostvarivanja slobode i jednakosti svakog pojedinca, po pravilu, za-

⁶ Up. *Dragan M. Mitrović*: “Put prava”, J.P. “Službeni list SRJ”, Beograd, 2000, str. 217. Ovaj autor (str. 215 op.cit) navodi, između ostalih, *Venera Hajzenberga*, koji kaže: “Prirodna nauka nije samo opisivanje i objašnjavanje prirode, ona je deo igre prožimanja između nas i prirode”.

⁷ Up. *Immanuel Kant*: “Metafizika morala”, Izdavačka knjižarnica Zorana Stojanovića, Sremski Karlovci–Novi Sad i Izdavački centar Cetinje, 1993, str. 264, paragraf 38.

⁸ Up. *Ljubomir Tadić*: “Filozofija prava”, Zavod za udžbenike, Beograd – “Službeni glasnik”, Beograd, 2006, str. 248 i *Zdravko Grebo*: “Marks i Kelzen”, “Svetlost”, Sarajevo, 1979, str. 241–242.

uzima počasno mesto.⁹ Nažalost, u sadašnjim okolnostima ovakve i slične ustavne proklamacije i garantije najčešće imaju minoran praktični značaj, budući da je usled sveopšte ekonomske krize nemoguće obezbediti materijalnu podlogu za njihovu efikasnu realizaciju, pri čemu nema sumnje da je prvi i najvažniji uslov ljudskog dostojanstva (koje počiva na načelu jednakosti) nesmetano i uspešno funkcionisanje tržišne privrede sposobne da obezbedi dovoljno sredstava za svestrani i slobodan razvoj svih građana. Ali ako nema mnogo smisla govoriti danas o ljudskom dostojanstvu u privrednoj sferi gde je na postojećoj skali vrednosti profit iznad ljudi, nema ni opravdanja što se ono ne štiti u oblastima gde je to objektivno moguće, npr. u sferi koja se tiče osnovnog prava građana na istinito, potpuno i blagovremeno obaveštavanje o pitanjima od javnog značaja koje se, generalno posmatrano, često krši prikrivanjem određenih segmenata stvarnosti ili događaja ili pak, podelom vesti na podobne i nepodobne za objavljivanje (sa gledišta interesa vlasti) odnosno pretvaranjem profesionalnog informisanja u ogoljenu političku propagandu.¹⁰

U tom smislu poljski lingvista *Ježi Bartminjski* podseća da su stanovnici bivših komunističkih zemalja na vlastistoj koži osetili ogroman uticaj koji je jezik vršio na formiranje slike sveta, na osećanja i ponašanja ljudi i da je nametanje komunističkog novogovora koji je doživljavan kao licemeran, predstavljalo jezičko nasilje i primat reči nad stvarnošću.¹¹ Unutar našeg informativnog prostora, pak, ideološka zloupotreba jezika ni danas nije okončana, jer se i sada verbalnim putem sugeriše, podmeće ili nameće, saglasno interesima političkih i ekonomskih moćnika, iskrivljena, odnosno marketinški oblikovana slika glavnih zbivanja u zemlji i svetu, koja realno postoji samo u štampanim i elektronskim medijima. Upravo u ovoj oblasti koja čini tzv. četvrtu granu vlasti, domaći pravni sistem može i mora da bude stvarni, a ne nominalni garant ljudskog dostojanstva, sa zadatkom da pravovremeno i delotvorno sankcioniše svaki oblik obezvređivanja i ponižavanja integriteta čovekove ličnosti i njegovog zdravog rasuđivanja.

4. Značaj, mesto i uloga jezika kao konstitutivnog faktora u formiranju naše slike o stvarnosti, najcelishodnije se može sagledati ukazivanjem na njegova pojedina obeležja koja najvećim delom imaju takoreći aksiomatski karakter. Prema tim opštim obeležjima, jezik je koncizno rečeno:

⁹ Up. čl. 19. i 23. Ustava Republike Srbije. Takođe, primera radi, vidi član 1. Osnovnog zakona (Ustava) SR Nemačke, koji proklamuje neprikosnovenost dostojanstva čoveka i proglašava ga za vrhovnu vrednost prava, pa obavezuje sve tri grane vlasti da se staraju o njegovom ostvarivanju i zaštiti.

¹⁰ Up. *Ranko Bugarski*: "Lica jezika", Biblioteka 20. vek i Čigoja štampa, Beograd, 2001, Beograd, str. 143.

¹¹ Up. *Ježi Bartminjski*: "Jezik-slika-svet", Beograd, Slovoslavia, 2011, str. 9–10.

1) *konkretni pogled na svet* (Humbolt, Bahtin), u okviru kojeg je sažeto ogromno iskustvo čitavih generacija; jezik je danas, zapravo, glavni predmet filozofije i njenih pojedinih disciplina;

2) *neposredna stvarnost misli* (Marks, Engels), odnosno sistem znakova (simbola) koji pored materijalne, fizičke, glasovne strane ima i svoju smisaonu stranu u obliku značenja;

3) *bitna komponenta pravnog fenomena*, imajući u vidu da se u novije vreme pravo smatra umećem jezika (linguistical art);

4) *specifična simbolička interpretacija stvarnosti* (Bartminjski) i sredstvo za pretvaranje obične u pravnu realnost ili instrument za modelovanje postojeće stvarnosti;

5) *drugo ime za komunikacije* kao cementa koji vezuje društveno tkivo (N. Viner);

6) *forma ljudske delatnosti* (Ostin, Serl), s obzirom na činjenicu da se pomoću jezičkih iskaza izvode razne socijalne radnje ili govorni činovi (*speech acts*) koji su na području prava posebno zastupljeni u sudskim i drugim pravnim postupcima;

7) *kuća bića* (*bivstva*), mesto gde bivstvo, po Hajdegeru, stanuje, obitava (das Haus des Seins);

8) *uvodni deo moderne logike* u obliku teorije značenja, konstitutivni činilac u celokupnom našem psihičkom životu i ključ za proučavanje mišljenja (Mih. Marković);

9) *faktor dominacije nad ljudskim mišljenjem i ponašanjem* (po Sapir-Vorfoj hipotezi);

10) *normativna tvorevina*, u kojoj se tesno prepliću “treba” i “jeste” i čine jednu nerskidivu celinu, a koja opslužuje sve sfere ljudskog društva;

11) *glavno obeležje nacionalnog identiteta* i fenomen kojem učeni teolozi i Biblija pripisuju, štaviše, božansko poreklo (“U početku beše reč i reč beše u Boga i Bog beše reč” tvrdi Jevanđelje po Jovanu), dok savremena psiholingvistika, pak, smatra da se čovek rađa sa jezičkim genom.¹²

*
* * *

Polazeći od iznetih konstatacija i ocena, u daljem izlaganju razmotrićemo problem izgradnje rigoroznog (maksimalno preciznog) pravnog jezika iz istorijske i savremene perspektive, kao centralnu temu ovog rada, s kojom je vezano i rešavanje pitanja pravnog subjektiviteta i ljudskog dostojanstva, a naročito kon-

¹² Up. Midhat Riđanović: “Praktična engleska gramatika”, Šahinpašić, Sarajevo, 2007, str. 20.

stitusanja pravne pragmatike kako bi pravo steklo potrebnu egzaktnost i postalo stvarni garant tog dostojanstva u svojstvu vrhovne vrednosti pravnog poretka.

Latinski kao maternji jezik prava

1. Latinski, taj jezik nad jezicima, kako ga naziva znameniti austrijski književnik *Štefan Cvajg (1881–1942)* – saglasno gotovo jednodušnom mišljenju romanista i eksperata za klasične studije – vekovima je predstavljao autentično i uzorno sredstvo pravnog izražavanja i opštenja, te istaknuti francuski autor *Mišel Vile (Michel Villey)*,¹³ sa razlogom, izvodi zaključak da “svaki specijalista za pravni jezik mora da počne od latinskog”, čiji lingvističko-pravni kvaliteti u modernim pravnim sistemima još uvek nisu dostignuti, akamoli prevaziđeni.

Istorijski posmatrano, nepobitna je činjenica da su stari Rimljani evropskoj civilizaciji ostavili u nasleđe svoje pravo kao najznačajnije i najsavršenije ostvarenje vlastitog duha, pa otuda nije ništa neobično što upravo u spisima rimskih pravnika nalazimo čisti izvor klasičnog latiniteta. U doba Renesanse taj latinitet postao je izraz novog, humanističkog pogleda na svet, prožetog idejom o ljudskom dostojanstvu i nadnacionalni i neutralni instrument za širenje humanističkog obrazovanja, s obzirom na činjenicu da su humanisti zastupali stav da ono oplemenjuje ljudsku prirodu i uzdiže ličnost čoveka kao mere svih stvari. Međutim, opšta težnja tog doba¹⁴ koju je najdoslednije formulisao *Laurencije Vala (1407–1457)*¹⁵ da se latinski obnovi u izvornoj antičkoj formi ili ciceronovskoj klasičnoj čistoti, neminovno je pretvorila ovaj jezik, prema francuskom lingvisti *Ferdinandu Brinou* u mrtvo govorno oruđe.

Počev od Reformacije, a naročito po okončanju Tridesetogodišnjeg rata (1618-1648) dolazi do opadanja uloge latinskog jezika u svim sferama društvenog života i njegovog kontinuiranog gašenja koje traje sve do danas, osim u Rimokatoličkoj crkvi u kojoj on još uvek ima status službenog jezika, i to kao “lingua viva

¹³ Up. *Michel Villey*, “Esquisse sur le mot responsable”, *Archives de Philosophie du Droit*, Number 22, Paris, 1977, str. 45–58.

¹⁴ Atmosferu pomenutog doba nadahnuto je dočarao pesnik *Ulrih fon Hutten (1488–1523)* u jednom programskom pismu iz 1518. godine: “O veliko doba nauke duhovi se bude, studije cvetaju, milina je živeti!”

¹⁵ Kao fanatični latinista, *L. Vala* radikalno je istupao protiv svih onih koji se nisu striktno pridržavali normi klasičnog latiniteta sadržanog u Ciceronovim spisima. U tom duhu nije se ustručavao da tvrdi kako već “stolećima niko ne govori latinski i da studenti filozofije ne razumeju filozofe, advokati oratore, pravnici juriste, a ostali čitaoci niti su razumeli niti razumeju stare knjige” (v. M. Nurdberg: “Renesansni čovek”, Čigoja štampa, Beograd, 2012, str. 39–40).

et non mortua”¹⁶ Sadašnje, pak, korišćenje latinskog u oblasti prava (ako se izuzme crkveno pravo i kapitalno delo Codex iuris canonici iz 1983), svedeno je na upotrebu pojedinih njegovih fragmenata u obliku pravnih pravila, izraza i eventualno definicija, i to uglavnom u naučnoj literaturi i obrazovno-nastavnoj delatnosti.

Pravna pravila, koja čine glavnu tekovinu rimske jurisprudencije, isprva su predstavljala čisto indikativne iskaze namenjene sažetom izražavanju pravnih stavova i mišljenja o pojedinim spornim pitanjima da bi se docnije, na osnovu volje rimskih imperatora a saglasno promenama u društvenim odnosima, transformisala u normativne iskaze sa odgovarajućom zakonskom snagom i, štaviše, stekla status dominantnog izvora pozitivnog prava.

Isto tako, ovde valja istaći da su pravna pravila učenih rimskih pravnika od posebnog značaja za moderno pravo kao civilizacijski standardi ili principi koji su manje-više prisutni u svakom valjano uređenom pravnom poretku, jer se bez njih ne može zamisliti nijedan takav poredak (kao što su npr. principi “In dubio pro reo”, “Audiatur et altera pars”, “Lex posterior derogat priori” i sl.).

Pravni izrazi su drugo ime za *latinsku pravnu terminologiju* (čija je upotreba manje ili više opšteprihvaćena u domaćem, uporednom i međunarodnom pravu, kao što je slučaj sa izrazima “norma”, “delikt”, “sankcija” itd.), ali i za *pravnu frazeologiju* ili način i tehniku pisanja koji su svojstveni rimskoj jurisprudenciji, a čiji su predstavnici bili pravi majstori u kreiranju izuzetno sažetih, jasnih i preciznih formulacija, izreka, sentencija, maksima, aforizama itd. Jedan od najvažnijih oblika pravne frazeologije koji i danas ima određenu inspirativnu vrednost, valja tražiti u formulama rimskog prava ili tipiziranim pisanim aktima za razne vrste tužbi. Pomenuti akti sadržavali su konstantne i promenljive elemente i u tom smislu predstavljaju začetke sadašnjih obrazaca (obaveznih i instruktivnih) namenjenih ubrzanju i efikasnosti rada i postupanja državnih organa i organizacija kojima je povereno vršenje javnih ovlašćenja, ali i početak standardizacije izražavanja u oblasti stvaranja pravnih normi i akata.

Pravne definicije kao posebna vrsta pravnih pravila su, sa razlogom, bile zapostavljena kategorija u delatnosti rimskih pravnika, saglasno poznatoj izreci učenog pravnika *Javolena* da je svako definisanje u građanskom pravu opasno,

¹⁶ Up. “Latinitas”, Vatikan, br. 4/1980, str. 307. U skladu sa zvaničnim stavom Rimokatoličke crkve da je latinski živ, a ne mrtav jezik, posebna komisija pod rukovodstvom eminentnog latiniste *Carolus-a Egger-a* izradila je krajem prošlog veka rečnik koji sadrži 15.000 latinskih neologizama, čija su značenja maksimalno prilagođena zahtevima moderne komunikacijske prakse. Vitalnost latinske leksike odnosno terminologije koja je po danskom lingvisti *O. Jespersenu* prodršla u sve jezike civilizovanih naroda potvrđuju i smernice UNESCO-a i ISO-a (“Guidelines” for adoption of new scientific and technical terms”) prema kojima za nove naučne i tehničke termine treba birati klasične jezike, poglavito latinski (v. časopis “Mostovi”, br. 1/1977, str. 4).

budući da ne postoji definicija koja se ne može oboriti, što je u skladu sa stavom moderne logike, po kojoj je definicija kao takva, u stvari, lingvistička operacija cirkularnog karaktera ili prevođenje s jednog jezika na drugi.¹⁷

Shodno tome, *Fridrih Karl fon Savinji* (1779–1861), vodeća ličnost istorijskoppravne škole, otvoreno priznaje da su definicije rimskih pravnika najvećim delom nesavršene, ali istovremeno ističe da oštrina i pouzdanost njihovih pojmova ni najmanje ne trpe od toga, pošto se njihov rad zasniva na korišćenju rukovodećih načela kojima se obezbeđuje maksimalna sigurnost u celokupnom njihovom postupanju tako da se bez preterivanja može reći da oni, praktično, računaju uz pomoć svojih pojmova, pogotovu što im pri tome na raspolaganju stoji jedno mnogo važnije, više nehotično sredstvo – izvrstan umetnički jezik, koji se tako slaže s njihovom naukom da s njom čini neraskidivu celinu.¹⁸

Mada *Savinji* ne pruža bliže objašnjenje u čemu se sastojao značaj latinskog jezika u radu i postupanju klasičnih pravnika, očigledno je da su oni smisao svojih reči, sintagmi i formulacija vezivali za konkretne pravne slučajeve, tj. za tačno određeni kontekst, za razliku od *Justinijanovih* kompilatora koji su težili da utvrde značenje upotrebljenih izraza nezavisno od konteksta iz kojeg su izvučeni, pa otuda, po prirodi stvari, u takvim nastojanjima nisu mogli biti uspešni i zato su u poglavlju pod nazivom “De verborum significatione (D.50.16)” umesto definicija, uglavnom davali samo obične, a često i međusobno oprečne, verbalne konstatacije.

2. Pravo je u prošlosti uživalo visok ugled i autoritet kada se služilo latinskim jezikom¹⁹ kao univerzalnim sredstvom opštenja na evropskom tlu, te se, zahvaljujući njemu, u neku ruku, po konciznosti i preciznosti izražavanja nadmetalo sa matematikom, što je navelo *Lajbnica* da primeti kako “posle knjiga o geometriji, ne postoji ništa što bi se po snazi i suptilnosti moglo uporediti sa spisima rimskih pravnika”.²⁰

Po gledištu, pak, savremenih vaticanologa, latinski je od Plauta do naših dana, posmatran po sebi i za sebe, jedan te isti jezik (“Lingua Latina ipsa, per se, inde a Plauto usque ad nostros dies una eademque est”),²¹ što drugim rečima zna-

¹⁷ Up. *Mihailo Marković*: “Dijalektička teorija značenja”, Nolit, Beograd, 1971, str. 406–430.

¹⁸ Up. *F.K. fon Savinji*: “Zakonodavstvo i pravna nauka”, CID Podgorica, 1998. godine, str. 29-34, 35-36 itd.

¹⁹ Up. *Ernst Robert Kurcijus*: “Evropska književnost i latinski srednji vek”, SKZ, Beograd, 1996, str. 47-48: “Jezik učenih ljudi, latinski, zove se grammatica, i on je za *Dantea* – kao već i za Rimljanina *Varona* – nepromenljiv, veštački jezik, koji su izmislili mudri ljudi ... Još vekovima je latinski ostao živ kao jezik nastave, nauke, uprave, prava, diplomatije. U Francuskoj ga je kao sudski jezik ukinuo tek *Fransoa Prvi* 1539. godine”.

²⁰ Dr *Obrad Stanojević*: “Rimsko pravo”, NIU “Službeni list”, SFRJ, Beograd, 1986, str. 8.

²¹ Up. časopis “*Latinitas*”, br. 3/1986, Vatikan, str. 185 (Colloquium de lingua Latina “viva”).

či da on predstavlja izuzetak od opšteg zakona lingvističke evolucije, koji je formulisao nemački mladogramatičar *Herman Paul* (1864–1921), a po kojem jezici tokom vremena postaju sve bogatiji u rečima i izrazima, a sve siromašniji u oblicima. Slavni ekonomista *Adam Smit* (1723–1790) je štaviše pre *Paula* jasno uočio da su moderni jezici usled ovakvog pojednostavljenja svojih oblika sve rasplintiji, pa ono što je Rimljanin hteo da kaže izgovarajući reč “amavissem”, Englezu je potrebno četiri reči – I should have loved. Isto tako, u latinskom se, po *Smitu*, glagol bez ikakvih teškoća može staviti na bilo koje mesto u rečenici, dok je u engleskom njegovo mesto gotovo uvek precizno određeno.²² Prema našem viđenju, navedene odlike latinskog kao tipičnog sintetičkog jezika, proističu iz njegove razučene i suptilne gramatičke strukture koja omogućuje koncizno izražavanje misli, ali, pre svega, dopušta slobodan redosled reči u rečenici, odnosno raznovrsne načine njihovog međusobnog povezivanja, što nesumnjivo predstavlja svojevrsnu prednost ovog jezika u odnosu na engleski i druge moderne analitičke jezike.²³

Problemi konstituisanja pravne pragmatike
– Prilog pitanju izgradnje savremenog rigoroznog jezika prava –

1. Postepeno opadanje upotrebe latinskog kao međunarodnog sredstva opštenja, dovelo je tokom 17. veka do aktualizacije ideje srednjovekovnih sholastičara o neophodnosti izgradnje jednog univerzalnog jezika (*lingua universalis*) na bazi fundamentalnih principa i pravila aristotelovske logike. Ova zamisao je najuspešnije realizovana u okviru francuske škole *Port – Royal-a* u znamenitom radu “*Grammaire générale et raisonnée*”, objavljenom 1660. godine u Parizu, u kojem je izneta teza da proučavanje gramatike treba da bude istraživanje čovekovih intelektualnih sposobnosti. U novije vreme takvu koncepciju je u potpunosti prihvatio *Noam Čovski*, istaknuti svetski borac za ljudska prava, za čije se ime vezuje revolucija u lingvistici 20. stoleća.

Svaki jezik je, po tvrđenju *Čovskog*, poseban slučaj opšteg odnosa između zvuka i značenja i obuhvata dva nivoa – *dubinski* na kojem se konstituišu značenja naših iskaza i *površinski* na kojem se oni glasovno ostvaruju. Između ta dva nivoa (dve strukture) posreduju transformaciona (gramatička) pravila određenog jezika; svi jezici su na dubinskom nivou isti ili veoma slični, ali se zauzvrat mogu veoma razlikovati na znatno manje interesantnom površinskom nivou. Tradicio-

²² Up. Adam Smit: “Teorija moralnih osećanja”, CID Podgorica, 2008, str. 331 i 332.

²³ Analitički jezici su oni koji gramatičke odnose padeža, lica i vremena i dr. pretežno izražavaju posebnim rečima (predlozima, zamenicama, pomoćnim glagolima), a ne promenom oblika reči kao u sintetičkim jezicima (v. Ivan Klajn–Milan Šipka: “Veliki rečnik stranih reči i izraza”, Prometej, Novi Sad, 2006, str. 110).

nalna nauka o jeziku (filologija) odlikovala se deskriptivizmom, smatrajući da je njen zadatak jedino da registruje i sređuje podatke o upotrebnim jezičkim elementima, što, bez sumnje, predstavlja jednu vrstu prirodopisa. Shodno tome, izgradnja savremenog strogog jezika prava podrazumeva analizu smisla aspekta izražajnih sredstava koja se koriste u pravnoj teoriji, pozitivnom zakonodavstvu i sudskoj praksi. Taj aspekt je univerzalne prirode, za razliku od površinske strane koja, po pravilu, ima nacionalno obeležje, dakle partikularan karakter.²⁴

2. Izgrađivanje i unapređivanje strogog jezika prava, u skladu sa tradicionalnim načelom "Caesar non supra grammaticos", što drugim rečima znači da su jezičke norme iznad svakog pojedinca, zahteva konstituisanje pravne pragmatike kao teorijske i primenjene (aplikativne) discipline koja bi se bavila izučavanjem jezičke delatnosti ili jezičkim komuniciranjem u oblasti prava. U sadašnjem trenutku ova disciplina još nije stekla status samostalnog područja istraživanja, zbog izuzetne složenosti svog predmeta²⁵, koji je, po stanovištu tvorca moderne lingvistike *Ferdinanda Sosira*, rezultat sinteze jezika i govora i spada u totalne društvene fenomene, što će, reći da prevazilazi okvire nauke o jeziku. Bliže rečeno, *Sosir* je predmet nauke o jeziku podelio na tri komponente, od kojih *la langue* označava apstraktnu celinu verbalnih znakova ili jezički sistem; *la parole* predstavlja naziv za govor ili konkretnu realizaciju jezičkog sistema²⁶, a *le language* – jezičku delatnost čija je osnovna namena uspostavljanje komunikacije među ljudima kao bažičnog socijalnog procesa.

Jezički fenomen u ljudskom društvu, po nama, čini, pak, sastavni deo opšte nauke o jezičkim sistemima ili lingvističke semiotike koja obuhvata tri međusobno povezane oblasti naučnog istraživanja, i to:

- 1) *sintaksu*, tj. proučavanje strukture jezičkih izraza i čisto formalnih operacija, nezavisno od njihovih značenja i korisnika jezika;
- 2) *semantiku* ili ispitivanje značenja jezičkih izraza i onih operacija koje se oslanjaju na smislaone odnose, takođe nezavisno od korisnika jezika;

²⁴ *Emil Benvenist*, znameniti francuski lingvista, ističe da "kad se pokuša dopreti do pravih okvira misli, dopire se samo do kategorija jezika" (v. "Problemi opšte lingvistike", Nolit, Beograd, 1975, str. 791).

²⁵ Up. Ranko Bugarski: "Jezik i lingvistika", Nolit, Beograd, 1972, str. 281: "Lingvistika živo saraduje sada kao ravnopravan partner, sa celim jednim spektrom disciplina (semantika, logika, matematika, kibernetika, komunikacije, elektronika, poetika, akustika, neurofiziologija, genetika, psihologija, antropologija, sociologija itd.)". Ovom spisku danas treba priključiti filozofiju i još neke discipline.

²⁶ Suprotno *Sosiru*, po stanovištu njegovog sunarodnika *Rolana Barta* (v. "Književnost, mitologija, semiologija", Nolit, Beograd, 1981, str. 323), jezik je proizvod i oruđe govora; fakti govora uvek prethode jezičkim faktima, odnosno govor pokreće razvoj jezika.

3) *pragmatiku*, koja izučava jezik u odnosu na korisnike, tj. jezičku delatnost ili jezičko komuniciranje, odnosno jezičko-komunikacijsku praksu.²⁷

Kao što se vidi, od pomenute tri discipline jedino pragmatika stavlja u prvi plan svojih razmatranja subjekta (čoveka), s tim što u oblasti prava njenu centralnu kategoriju čini *tekst* kao nadrećenična celina i najviši nivo lingvističkih istraživanja, koji se odlikuje semantičkom kohezijom i ima izrazito komunikacijsku funkciju, a sastoji se od iskaza ili kontekstualizovanih rečenica. Pomoću teksta se realizuju razne socijalne radnje ili govorni činovi (speech acts), koji se, generalno posmatrano, dele na *lokucione*, *ilokucione* i *perlokucione* iskaze; *prvima* se označava sâm čin kazivanja, *drugima* se izražava namera da se nešto saopšti, naredi, preporuči i sl., dok se *trećima* izazivaju određena dejstva na ponašanje i svest adresata i drugih učesnika u komuniciranju.

Danas je celokupno moderno pravo predstavljeno nizom tekstova u štampanom ili elektronskom obliku, odnosno, kako bi rekao francuski filozof *Žak Derrida*, u njemu “nema ničeg izvan teksta”. Kao jezički uzorak neodređene dužine, tekst može biti pisan ili izgovoren, pri čemu je tekstualizacija normativnih sadržaja u pisanoj formi samo drugi izraz za poznatu latinsku maksimu “Quod non est in actis non est in mundo” (“Čega nema u aktima ne postoji”).

3. *Pravna pragmatika*, tj. primena semiotičke pragmatike na sferu prava, objedinjuje, po našem viđenju, dve ključne komponente – *lingvističku* i *jurističku*; prvu čine elementi različitih lingvističkih disciplina (kao što su tekstualna lingvistika, teorija govornih činova, sociolingvistika i dr.), a drugu – ključni stavovi doktrine *Lona L. Fullera*, jednog od najuglednijih predstavnika modernog prirodnog prava.

Što se tiče *lingvističke komponente*, ona je svakako nezaobilazna i glavna egzaktna podloga pravnog fenomena, ali je na ovom mestu zbog ograničenog prostora nemoguće ulaziti u detaljnu analizu njenih mnogobrojnih i kompleksnih aspekata. Dovoljno je ukazati na činjenicu da su istraživački naponi moderne lingvistike usredsređeni na jačanje i unapređivanje *komunikacijske*, a na bespoštednu kritiku i maksimalno razobličavanje *ideološke funkcije* jezika kao konstitutivnog faktora u formiranju ljudske slike o svetu.

Jezik u svojstvu komunikacijskog fenomena usmeren je na obezbeđivanje sažetosti, jasnoće, pristupačnosti, preciznosti i razumljivosti izražavanja; na uspostavljanje efektivnog komuniciranja na bazi postizanja istovetnosti značenja poruka koje učesnici – sabesednici razmenjuju u procesu njihovog odašiljanja i primanja; na istinito, potpuno i pravovremeno informisanje građana; na sporazu-

²⁷ Up.O.Weinberger: “Rechtslogik”, Springer Verlag, Wien – New York, 1970, str. 23.

mevanje uz puno uvažavanje i ravnopravnost sagovornika u njihovom međusobnom opštenju i dr.

Nasuprot navedenom, *ideološka upotreba jezika*, tj. govora ogleda se u tome što se on od pokornog sluge pretvara u demonskog gospodara kome su svojstveni licemerna retorika, prikrivanje istine i informacija; širenje govora mržnje, dezinformacija, poluistina i gebelsovske propagande; stvaranje iskrivljene verbalne slike postojeće realnosti, tj. kreiranje virtualne stvarosti kako bi se npr. tranzicionim gubitnicima omogućilo bekstvo iz obične u blistavu bedu; dvosmisleni orvelijanski rečnik; idiotizacija, debilizacija i infantilizacija javnog mnjenja; forsiranje novogovora u smislu politički korektnog izražavanja, ispražnjenog od svakog konkretnog sadržaja; satanizacija čitavih naroda i njihovih nepočudnih vođa zbog otpora svetskim moćnicima; pretvaranje javnog obaveštavanja u sredstvo za ispiranje mozгова itd.

4. Moderni jusnaturalizam *Lona L. Fulera*, (1908–1978) savršeno se, po nama, uklapa u koncepciju *pravne pragmatike* zastupljenu u ovom radu, u tom smislu što se, kao i ona, dosledno zalaže za afirmaciju ljudskog dostojanstva utemeljenog na kanonima ili načelima bitnim za postojanje, odnosno ostvarivanje legalnosti u društvenom životu. Ta načela su opštost prava; objavljivanje zakona; zabrana zloupotrebe retroaktivnosti; jasnoća; neprotivrečnost; ostvarljivost zakonskih rešenja; postojanost pravnih normi i podudaranje između objavljenih pravila i njihove stvarne primene.

Za razliku od svojih oponenta predvođenih *Herbertom Hartom*, koji pomenute kanone svodi na principe efikasnosti, *Fuler* iznosi gledište da svako odstupanje od tih kanona ili načela predstavlja otvoreno vređanje dostojanstva čoveka kao odgovornog subjekta i, u krajnjem ishodu svodi ljudsko biće na stvar, objekat, odnosno običan predmet.²⁸

Druga plodna ideja ovog istaknutog jusnaturaliste američke pravne misli, svakako je ideja komunikacije kao minimalne sadržine suštastvenog prirodnog prava, koje je, nažalost, ostala nerazrađena.²⁹

Međutim, *Fuler* je ipak u odgovoru svojim kritičarima nagovestio da jezik među ljudskim aktivnostima predstavlja *par excellence* interakcioni fenomen, s obzirom na činjenicu da njegovi oblici nastaju i žive pomoću interakcije. Komuniciranje pomoću reči nije stvar odašiljanja paketa značenja iz jedne glave u drugu (što, po nama, postoji samo u *Danteovom* "Raju" gde se komunicira neposredno iz glave u glavu); ona uključuje napor da se u drugoj svesti iniciraju per-

²⁸ *Lon Fuller*: "Moralnost prava", Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2001, str. 181–182.

²⁹ *Lon Fuller*, op. cit. str. 203–206.

cepcijski procesi, koji će se, što je moguće više, poklapati sa onima koji se odigravaju u svesti one strane koja saopštava poruke.³⁰

Najzad, čini nam se da je ključna ideja *Fulera* izražena u stavu da pravo nije jednostrana projekcija vlasti, slična menadžerskom usmeravanju u kojem dominiraju odnosi nadređenosti i podređenosti, već predstavlja, kao i jezik, interakcioni fenomen, što znači da se ne može ignorisati društvena dimenzija prava, a to, nažalost, redovno čine pozitivisti. Takvim pristupom, oni, zapravo, svode čoveka na objekat, biće koje trpi prinudu, pa je onda teško ako ne i nemoguće govoriti o pravu kao garantu ljudskog dostojanstva. Stoga pravo kao saradnički poduhvat, po *Fuleru*, treba da služi uređivanju odnosa između građana, a samo na kolateralan način uspostavljanju veze sa sedištem organa vlasti od kojeg proističu pravne norme.

5. Osim izgrađivanja i unapređivanja rigoroznog jezika prava, glavni razlog za konstituisanje pravne pragmatike, jeste prevazilaženje *naučnog izolacionizma i čisto kontemplativnog karaktera dogmatske, odnosno pozitivističke jurisprudencije* (egzegetike i normativne teorije prava), ali i njenog fragmentarnog i nužno nepotpunog razumevanja značenja pravnih poruka, odnosno obrađivanja pravnog materijala odvojeno od subjekata pravnog komuniciranja, načina i toka komuniciranja i situacije (konteksta) u kojoj se komunikacija odvija, a neosporno je da svi ti faktori doprinose utvrđivanju tačnog i potpunog značenja pravnih tekstova.

Isto tako, važno je ovde naglasiti da pravna pragmatika, čiji je cilj stvaranje i ostvarivanje uslova za efektivno pravno komuniciranje, redovno insistira na uspostavljanju dijaloga velikih razmera između zakonodavca i adresata, te se, po prirodi stvari, zalaže za uvođenje instituta javne rasprave u procesu pripremanja zakona i drugih propisa, o čemu u domaćim metodologijama za izradu propisa usvojenim u 2010. godini, nažalost, nema ni pomena.³¹

U tom kontekstu treba istaći da je ugledni peruanski ekonomista *Ernando de Soto* izveo ispravan zaključak kada je konstatovao da je pravo proces otkrivanja i da zakonodavac mora utvrditi za kakva se rešenja adresati, u načelu, zalažu, čemu su spremni da se povinuju i šta je to što smatraju legitimnim. Ako takva svoja otkrića, na prikladan način, pretoči u zakonske odredbe, onda sa tako donetim normama, po pravilu, nema problema prilikom njihove primene u praksi.³²

³⁰ Naša je teza da postoji najgora vrsta formalizma ako zakonodavac smatra da je završio svoj posao objavljivanjem zakonskog teksta u službenom glasilu.

³¹ Reč je o Jedinstvenim metodološkim pravilima za izradu propisa ("Službeni glasnik RS", br. 21/2010) i Metodologiji za izradu podzakonskih propisa, usvojenoj zaključkom Vlade RS ("Službeni glasnik RS", br. 75/2010; ispravka ove metodologije objavljena je u "Službenom glasniku RS", br. 81/2010).

³² Up. Zbornik "Ekonomski dijalozi", JP "Službeni glasnik", Beograd, 2008, str. 276.

ZORAN JELIĆ, LL.D.,
Consultant, Belgrade

LAW AND LINGUISTICS

Summary

The article suggests the need to transform jurisprudence from its structural analysis of legal norms, located in an ideal world of necessity, into a critical analysis of the language in the domain of cognizance, creation and application of the law, founded on the exact principles and methods of modern linguistics as a science about man and his language.

Such a methodological orientation of the normative legal science enables full affirmation of the legal objectivity whose essence is rooted in the autonomy and self-determination.

Finally, the author expresses his belief that a permanent enhancement of legal communication practice constitutes optimum way of effective realization and protection of the constitutional concept of human dignity.

DIJANA ZRNIĆ

DUŠANOV ZAKONIK – IZMEĐU PRAVNOG I KNJIŽEVNOG AKTA

U V O D

Prema riječima Jovana Deretića književnost je oduvijek pokazivala afinitet prema svijetu prava, sve do danas, i takvi susreti se mogu naći u mnogim književnim vrstama. Međutim, takvoj privlačnosti, navodi Deretić, najmanje je bila podložna lirika, pošto su lirski govor i govor zakona veoma udaljeni i teže dijagonalno surotnim ciljevima.¹ Lirska diskusija se odvija u znaku jedne spontanosti koja se rijetko kada obazire na redoslijed, vrstu ili hijerarhiju argumenata², za razliku od pravnog govora, koji je logičan, koncizan, nedvosmislen i nadasve lišen svakog emotivnog naboja. Pripadajući generaciji modernog pjesničkog opredjeljenja, Desanka Maksimović je prilagodila svoju pjesničku koncepciju zahtjevima vremena i u svoj, u osnovi arhaični izraz i nekomplikovan stil, unijela i dah svježine – intertekstualno preplitanje istorije i aktuelnosti. Zbirka “Tražim pomilovanje” predstavlja veliki poetski duel sa istorijom i istinom o srednjovjekovnom porijeklu stvari.

o mišljenju Deretića, pjesnikinja se lukavo držala uloge branioca optuženih, ali je u stvari bila prikriveni tužilac koji dovodi u pitanje pravdu na kojoj se Za-

Mr Dijana Zrnić, asistentkinja Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjoj Luci.

¹ Jovan Deretić, “Zakonik kao inspiracija”, *Desanka Maksimović: Spomenica o 100-godišnjici rođenja*, ured. Velibor Berko Savić, Valjevo, 1998, 460-463.

² *Op. cit.*, Ivan Lalić, *Desanka Maksimović: izbor iz djela*, Narodna knjiga, Beograd, 1974, 12.

konik temelji.³ Ne poričući opšteprihvaćeni stav da Dušanov zakonik predstavlja simbol autoritarnih zakona i autokratske vlasti, pjesnikinja staje u odbranu njegovog autora i samog pravnog akta, naglašavajući da se tim zakonom kažnjavaju nasilnici, a štite siroti i skrajnuti, bez obzira na njihov društveni položaj. Afirmacija ideje o neprihvaćenim i odbačenim ljudima za koje pjesnikinja traži pomilovanje postiže se dvoglasnom kompozicijom zbirke, pri čemu pjesnikinja prvo daje riječ caru, što se očituje kroz neposredan tekstualni odnos prema pojedinim odredbama Zakonika. Drugostepeni glas je tek odjek misli, ideja i riječi Zakonika.⁴ Sudar carevog pravno normiranog i pjesničkog, ženskog molitvenog tona, poništava ovaj tipološki i vremenski kolorit glasova, ustupajući prostor jednom i jedinom, vladajućem glasu onoga koji se ne oglašava, koga ne vidimo, ali osjećamo njegovo prisustvo.⁵ To je glas božje milosti, koji jedini može i smije da kažnjava i prašta. Ima i onih kritičara, kao Aleksandar Petrov, koji vjeruju da je Desanka Maksimović ovim pjesničkim ciklusom latentno izvršila i neku vrstu političkog i društvenog kritikovanja aktuelnih tokova srpskog društva i kulture. Petrov smatra da je Dušanov zakonik u “Tražim pomilovanje” poetski simbol istorijske i neistorijske prisutnosti (*nunc stans*) dajući mu dihotomnu funkciju pravnog, ali i književnog akta.⁶

Dušanov zakonik – pravni akt

Zakonik blagovjernog cara Stefana Dušana objelodanjen i prihvaćen na državnom saboru u Skoplju 1349. godine, dopunjen 1354. godine u Seru, i nakon šest i po vijekova, djeluje svježije i zanimljivo. O tome svjedoči obilje stručne i naučne literature koja se iznova podjednako bavi kako samim zakonodavcem, tako i njegovim pravnim stvaralaštvom.

Nažalost, primjećuje Momčilo Spasojević, visoki stil, jednostavno restriktivno izražavanje, karakteristični za srpski feudalni dvor i njegovo pravosuđe, čini se, nisu ostavili traga na stil naših savremenih pravnih akata, koji su, po pravilu, opširni i zamršeni u tolikoj mjeri da su im gotovo redovno potrebni komentari i tumačenja.⁷ Ako se tome pridoda i činjenica da je car Dušan, iako je pretežno pi-

³ J. Deretić, “Zakonik kao inspiracija”, *Desanka Maksimović: Spomenica o 100-godišnjici rođenja*, ured. Velibor Berko Savić, Valjevo, 1998, 461.

⁴ *Ibid.*, 462.

⁵ *Op. cit.*, Svetlana Šeatović-Dimitrijević, “Intertekstualni oblici u zbirci *Tražim pomilovanje* u kontekstu modernih književnih tendencija dvadesetog veka”, *Desankini majski razgovori: zbirka Tražim pomilovanje*, ured. Ana Čosić-Vukić, Zbornik radova, Beograd, 2007, 67-80.

⁶ Aleksandar Petrov, “Ka novim vrijednostima”, *Kritičari o pjesništvu Desanke Maksimović*, ured. Milorad Blečić, Viktor Šećerovski, Književne novine, Beograd, 1982, 105.

⁷ Momčilo Spasojević, “O racionalnosti stila i izraza Zakonika cara Dušana”, *Dušanov zakonik – 650 godina od njegovog donošenja*, ured. Slavko Leovac et al., Akademija nauka i umjetnosti Republike Srpske, Banja Luka, 2000, 376.

sao na grčkom, želeći sebi pribaviti dostojanstvo kao nasljednik Rimske imperije, Zakonik napisao na narodnom starosrpskom jeziku kao rezultat jedne duboke vizionarske zamisli, potpuno je razumljivo divljenje pojedinih istraživača prema filantropskim i etičkim vrijednostima Zakonika. O sociokulturnom značaju Zakonika opširno je pisao Dimitrije Bogdanović, koji poredi autobiografska kazivanja carskog zakonodavca sa arengama vladarskih povelja⁸, što ga čini kodeksom “koji spaja retorski iskaz sa tačnim formulacijama jednog pravnčkog jezika; to je jezik visokog stila crkvenoslovenske tradicije u sprezi sa oplemenjenim narodnim jezikom”.⁹

U pravnotehničkom smislu, Zakonik posjeduje određene slabosti kao što je nedovoljna sistematičnost, zatim relativno loša i jednostavna forma, ali se u vremenu nepostojanja pravne nomotehnike, finija logička i dogmatska forma nije ni mogla očekivati.

Strukturno posmatrano, određeni broj istraživača konstitucionalnog opredjeljenja, među njima i Rajko Kuzmanović, smatraju da je Dušanov zakonik ustavni akt, koji se sastoji iz dva dijela: tekstualnog i normativnog.¹⁰ Tekstualni dio, ističe Kuzmanović, predstavlja neku vrstu preambule odnosno uvoda, po uzoru na savremene ustave, nakon kojeg slijedi normativni dio od 1. do 201. člana. Članovi su tek prividno tematski grupisani i bave se državnim uređenjem, pravosuđem, građanskostaleškim pravom, imovinskim pravom, porodičnim, krivičnim i crkvenim pravom i dr. Iako nastao po volji imperatora, ovaj najviši pravni akt, ipak je donesen kompromisom, odnosno saglasnošću cara i državnog Sabora, i samim tim nije nametnut, odnosno oktroisani akt. Time se car Dušan dobrovoljno povinovao slovu zakona, svjesno ograničavajući svoja prava kao apsolutnog monarha.¹¹

⁸ Arenga se može tumačiti kao retorički tekst koji predstavlja uvodni, svečani dio teksta povelje. Zadatak arenge je da objasni načelne, opšte motive nastanka pravnog čina. *Op. cit.*, Sima Ćirković i Rade Mihaljčić, *Leksikon srpskog srednjeg veka*, Knowledge, Beograd, 1999, 15.

⁹ Dimitrije Bogdanović, “Književni značaj Dušanovog zakonika”, *Dušanov zakonik*, Prosveta, SKZ, 1996, 54.

¹⁰ Rajko Kuzmanović, “Dušanov zakonik kao akt opšteg pravnog reda”, *Dušanov zakonik – 650 godina od njegovog donošenja*, ured. Rajko Kuzmanović et al., Akademija nauka i umjetnosti Republike Srpske, Banja Luka, 32.

¹¹ *Ibid.*, 33; Preambula Zakonika: “Ovaj Zakon postavljamo od pravoslavnog sabora našeg, s preosvećenim patrijarhom, kir Joanikijem, i svima arhijerejima i crkvenicima malima i velikim, i sa mnom, blagovernim carem Stefanom, i svom vlastelom Carstva mi, malom i velikom.” *Zakonik cara Stefana Dušana, bistrički prepis*, knjiga II, ured. Mehmed Begović, Srpska Akademija nauka i umjetnosti, Beograd, 1981; članovi 167 i 168 istog prepisa Zakonika, samo su neki od normativnih dokaza carevog prihvatanja pravne izreke *princeps legibus alligatus* (*vladar je vezan zakonima*), i oni glase: “Naredba carska: Ako car napiše pismo ili iz srdžbe, ili iz ljubavi, ili iz milosti za nekoga, a to pismo narušava Zakonik i nije po pravdi i po zakonu, kako piše Zakon, sudije tom pismu da ne veruju, samo da sude i vrše po pravdi” (član 167); “Sve sudije da sude po zakonu, pravo, kako piše u Zakoniku, a da ne sude po strahu od cara.” (član 168).

Od pomenutih 201. člana čak njih četrdeset je posvećeno i bliže uređuje sudstvo i strukturu pravosuđa, koje je zamišljeno kao samostalno, nezavisno i odvojeno od upravne vlasti. Takav odnos zakonodavne i sudske vlasti, posebno uređuje član 168, kojim se nalaže sudijama “da sude po zakonu, pravo, kako piše u Zakoniku, a da ne sude po strahu od cara”.¹² Zakonikom je ustanovljeno da u carskoj državi postoje crkveni sud, patrimonijalni sud, staleški sud, državni sud i dvorski sud, sa jasno definisanim nadležnostima.

Iako su zakonske odredbe predviđale strogo poštovanje načela pravičnosti i pravde, bez obzira na “ugled lica”, propisane kazne su ipak bile klasno uslovljene. Tako je krivičnopravni dio Dušanovog zakonika, s obzirom na stalešku strukturu države, sistematski sproveo razliku između delikata koje su učinili pripadnici privilegovanih staleža (svjetovna vlastela i sveštenstvo) i zavisnog stanovništva (meropah, sebar i otrok). Za isti delikt pripadnicima povlašćenih staleža izricana je blaža kazna, a pripadnicima potčinjenog staleža, stroža kazna.¹³ Iako je većina krivičnopravnih odredaba u Dušanovom zakoniku preuzeta iz vizantijskog zakonodavstva, kazne su često bile drakonske, vezane za tjelesno sakaćenje i mučenje, dok su pojedine kazne upućivale čak i na dublju vezu ne toliko sa ljudskim koliko sa božjim sudom. Tako, na primjer, član 104. propisuje da “dvorani vlasteoski, ako učini koje zlo neko od njih, ko bude pronijarevič da ga opravda očeva družina porotom; ako li je sebar, da zahvati u kotao”.

Iako je nesporno da je Zakonik sankcionisao postojeće društveno uređenje, mora se primijetiti da je u odnosu na ostale države toga doba Zakonik otišao i korak dalje, tako što je, po mišljenju Snežane Savić, “strogo zabranio samovolju i samovlašće pripadnika vladajućih staleža nad sebrima i meropasima pružajući ovima zaštitu”.¹⁴ Tako je meropah, u skladu sa članom 134, uživao punu zaštitu svojih ličnih prava, što je podrazumijevalo i pravo na sporenje ne samo sa vlastelom i sveštenstvom već i samim carom i caricom i njihovim namjesnicima, ako mu ovi učine nešto protiv zakona.

Sažetak istorijskopravne vrijednosti Dušanovog zakonika, nazire se u samom tekstu, koji, između ostalog, propisuje da je “zakon donijet na Saboru jači i

¹² *Zakonik cara Stefana Dušana*, knjiga II, bistrički prepis, ured. Mehmed Begović, Srpska Akademija nauka i umetnosti, Beograd, 1981, 215.

¹³ Milijan Popović, “Pravda i Dušanovo zakonodavstvo”, *Dušanov zakonik – 650 godina od donošenja*, ured. Rajko Kuzmanović et al., Akademija nauka i umjetnosti Republike Srpske, Banja Luka, 2000, 120; primjera radi navodimo član 49. koji kaže: “vlastelin koji uvredi i osramoti vlasteličića da plati 100 perpera, a vlasteličić ako uvredi vlastelina da plati 100 perpera i da se bje štapiovima”, zatim član 50. koji propisuje: “i ako vlastelin ili vlasteličić uvredi sebra, da plati 100 perpera; ako li sebar uvredi vlastelina ili vlasteličića, da plati 100 perpera i da se osmudi”, *Zakonik cara Stefana Dušana, bistrički prepis*, knjiga II, ured. Mehmed Begović, Srpska akademija nauka i umetnosti, Beograd, 1981.

¹⁴ Snežana Savić, “Načelo zakonitosti u Zakoniku cara Dušana”, *Dušanov zakonik – 650 godina od njegovog donošenja*, ured. Rajko Kuzmanović et al., Akademija nauka i umjetnosti Republike Srpske, Banja Luka, 2000, 133.

od samog cara. Ništavna je carska naredba koja je protivna zakonu i takvu naredbu koju je car izdao po sadržini života ili ljubavi prema pojedincu, sudije ne treba da izvrše. Svaki sudija ima da sudi samo po zakonu, a ne po strahu od carstva mi.” Time je, ističe Slobodan Perović, *Dušanov zakonik* već polovinom 14. vijeka snažno postavio temelje načela legitimiteta i legaliteta, kao i načelo nezavisnosti sudstva i vladavine prava kao osnovnih atributa pravne države koja se više vjekova kasnije formirala u evropskim zemljama.¹⁵

Dušanov zakonik – književni akt

Ne treba nikakvo kreativno promišljanje nadarenog pisca za pretpostavku kako je zakonodavstvo prvog srpskog cara toliko važno da je izazvalo veliko interesovanje ne samo domaćih, nego i stranih savremenika. Kontroverzna ličnost cara Stefana Dušana i veličina njegovog carstva, značaj koji je imao i mogao da ima u vrijeme najave raspada Vizantije i najezde osmanskih osvajača, utisnuli su svoj pečat u ondašnje i kasnije istorijske izvore i predanja. O tome svjedoče sačuvani rukopisi *Zakonika*, potpuni i nepotpuni, zatim primjena tog zakonodavstva kao inspiracije u narodnim predanjima, pričama i pjesmama, upravo u duhu carske milosti i pravednosti, koji je na svoj poetsko-retorički način izrazila i Desanka Maksimović u zbirci “Tražim pomilovanje - lirske diskusije s Dušanim zakonikom”, 1964. Vođene su ne samo istorijskopravne rasprave o *Zakoniku* cara Stefana Dušana, nego i brojne vanpravne polemike, među kojima se posebno ističu zanimljiva tumačenja Stojana Novakovića, Nikole Radojčića, Aleksandra Solovjeva, Dragomira Bogdanovića, Jovana Deretića i dr. Porastao je broj naučnih i nenaučnih radova o toj temi, sazrela su neka vjekovna ispitivanja i nova shvatanja srednjovjekovne srpske istorije, srpskih povelja i *Dušanovog zakonika*.

Posebno valja ukazati na kritička razmišljanja Dimitrija Bogdanovića, koji u kompozicijskom kolopletu *Zakonika* cara Dušana, kao spoja pravno kodiranih tekstova vizantijskog porijekla, retorike srpskog srednjovjekovnog pojanja i autobiografske ispovijesti autora zakona, vidi apodiktički argument da *Dušanov zakonik* predstavlja značajan književni tekst srpske srednjovjekovne književnosti.¹⁶ Sličnog mišljenja je i Milan Kašanin koji, između ostalog, kaže “da se rijetko gdje vidi kao u poveljama koliko srpska srednjovjekovna književnost ne podnosi modernu klasifikaciju književnih rodova”.¹⁷ Kako u srednjem vijeku nije bilo tako preciznih granica između književnog i neknjiževnog teksta, Duša-

¹⁵ Slobodan Perović, “Pozdravna riječ”, *Dušanov zakonik – 650 godina od njegovog donošenja*, ured. Rajko Kuzmanović et al., Akademija nauka i umjetnosti Republike Srpske, Banja Luka, 2000, 15.

¹⁶ Dimitrije Bogdanović, “Književni značaj *Dušanovog zakonika*”, *Dušanov zakonik*, Prosveta, SKZ, 1996.

¹⁷ Milan Kašanin, *Srpska književnost u srednjem veku*, Beograd, 1975, 253.

nov zakonik, ističe Bogdanović, može se smatrati književnim djelom jer je “pisan sa istim odnosom prema svečanom činu Riječi kakav se imao prilikom sastavljanja himni, žitija ili duhovnih pouka; ta su djela obilježena tipičnom srednjovjekovnom literarnošću”.¹⁸ Može se, dakle, reći da je i Desanka Maksimović preko Dušanovog zakonika došla u dodir s jednim od najživljih, najbogatijih i najizvornijih tradicija naše pisane kulture.

Zbirku “Tražim pomilovanje” pjesnikinja je napisala u jednom dahu, nakon letimičnog prelistavanja Zakonika.¹⁹ Osim direktne aluzije u samom naslovu knjige, razaznaju se i drugi obrisi i fragmenti ovog starog teksta u lirskoj diskusiji Desanke Maksimović. Kao cjelina, knjiga je komponovana na principu kontrasta: prvo se javlja glas vladara koji izlaže u lirskim formulacijama zakonski akt prestupa i kazne, zatim slijedi glas pjesnikinje koji osporava surovost zakona i zastupa stanovište liberalističkog čovjekoljublja nasuprot vladarevom neprikosnovenom zakonodavnom dogmatizmu.

Time je, strukturno posmatrano, zbirka, koju čini ukupno šezdeset i osam pjesama, poprimila dihotomnu formu, pri čemu se dvadeset i četiri pjesme oslanjaju na slovo Zakonika i u njima odzvanja glas cara – zakonodavca, dok su ostale plod lirskih varijacija na zadatu temu i u njima je prisutno autorkino stvaralačko Ja. U osnovi, pjesnikinja je preuzela model naslova iz pojedinih članova Zakonika: ili potpuno u istoj formi ili sa izvjesnim modifikacijama što se odnosi na pjesme koje se stavljaju caru u usta.²⁰ Tako sve takve pjesme, poput naslova pojedinih članova Zakonika, počinju slovom O (“O meropahu”, “O poklisaru”, “O preljubi” i dr.), a pjesme što ih izgovara pjesnikinja kao lirski junakinja, počinju prijedlogom Za (“Za apokriše”, “Za one koji carske drumove oru”, “Za pepeljugu” i dr.). Od tog skromnog zbira pjesama naslonjenih na Dušanov zakonik u nekoliko njih autorka ostaje dosljedna izvorniku, što se očituje kroz direktan citat. Samo ponegdje se mijenja red riječi, uvodi inverzija ili su date sintagme koje upućuju na odredbe Zakonika. U 128. članu Zakonika, naslovljen sa “O poklisarima”, kao i istoimena pjesma Desanke Maksimović, stoji zapisano: “Poklisar, što ide iz tuđe zemlje k caru, ili od Gospodina cara k svome gospodinu, gde dođe u bilo čije selo da mu se čini čast, da mu je svega dovoljno, ali da obeduje ili večera pa neka

¹⁸ *Supra note* 15, 53.

¹⁹ Dekanka Maksimović napominje na jednom mjestu šta je za nju značio podsticaj Dušanovog zakonika za nastanak zbirke “Tražim pomilovanje”: “Počela sam da ga prelistavam i odjedanput dao da me je munja ošinula: izbilo je eruptivno iz mene sve moje shvatanje o krivdi i pravdi, o kaznama i oproštajima, o grešnicima i pravednicima...ono što sam dugo nosila u sebi.” Citirano prema Ljubici Đorđević, *Pesničko delo Desanke Maksimović*, doktorska disertacija, Filološki fakultet, Beograd, 1973, 256.

²⁰ *Op. cit.*, Radovan Vučković, “Istorija i poezija u knjizi *Tražim pomilovanje*”, *Tradicionalno i moderno u stvaralaštvu Desanke Maksimović*, zbornik radova, Zadužbina Desanke Maksimović, Beograd, 2008, 215-231.

ide dalje u druga sela”²¹ Pjesma Desanke Maksimović ovako lirski doživljava gornju zakonsku odredbu: “Poklisar koji hita caru/iz zemlje tuđe,/ili od cara svome gospodaru,/da je neprikosnoven/ čim u oblasti/ carstva mi uđe/pa bio Vizantinac, Latin ili Sloven.//Gde u selo dođe/da mu pokloni vera,/da mu se kao gostu ukazuju časti,/ da mu se s puta skloni trn i kamen/ da se preda nj ne da/ razbojniku ni guji;/ pa pošto ruča ili povećera,/ drugome selu da se poklisar preda/ i uz put zaklanja/ kao plamen na oluji.”²²

Postoje i pjesame u kojima je inkorporirano nekoliko članova zakona, na primjer u pjesmi “O sirotaj kudeljnici”, koja se neposredno odnosi na članove 64. i 99. Zakonika. Prvi član nosi naslov “O sirotama”, i u njemu je riječ o zakonskoj zaštiti onih koji su siroti, nezaštićeni, kao što je kudeljnica. Taj član je lapidarno formulisan: “Sirota prelja da je slobodna isto kao i pop”²³ Član 99. mnogo je razvijeniji i u njemu je riječ o nasilju i o kažnjavanju nasilnika: “Nasilja da ne bude nikome ni za kakvu stvar u zemlji carskoj. Ako li ga snađe najezda ili sila obe-sna, oni konji najezni svi da se oduzmu, polovina caru, a polovina onome na koga su nasrnuli; i ljudi najeznici da budu kažnjeni kako piše u Zakonu svetih otaca, u Gradskim granama; da bude mučen kao i namerni ubica”²⁴ Evo, kako glasi tekst pjesme “O sirotaj kudeljnici”: “O oblastima zemlje carske/ ni za jednu stvar,/ nijednog dana,/ nasilja da nije nikome,/i sirota kudeljnica/ da je slobodna i poštovana.//Pogaze li konji najezdni/vlasteoska sena/ ili carska žita,/da se prognaju u carske ergele./Pogaze li kudelju/kudeljnice sirote,/ da im se zabije trnje u kopita,/da im se polome noge do kolena.// Da nema toga/ ko bi se usudio/ da se protivu njena doma roti,/ jer milost boga/ štiti najpre carske dvore/ i kolibe kudelj-nica sirotih.”²⁵

Tumačeći odnos lirskog teksta i njegovog pravnog podteksta, Deretić je i sam bio na pragu zaključka o dvoglasnom karakteru pjesme “O sirotaj kudeljnici”. On je naveo dva člana Zakonika koji se odnose na zaštitu sirote kudeljnice i primijetio da je prva strofa pjesme gotovo doslovna parafraza prve rečenice iz člana 99. i čitavog člana 64. U drugoj strofi motivi se razvijaju, ali po mišljenju Deretića, sasvim slobodno: izmišljaju se kazne za počinioce nedjela, a njihova surovost je sasvim u duhu Zakonika, kao i sasvim neočekivano izjednačavanje najvišeg i najnižeg sloja, carskih dvora i sirotinjskih koliba. Otuda i Deretićev zaključak da druga strofa pojačava osnovni smisao prve, odnosno da zakon vodi posebnu bri-

²¹ *Zakonik cara Stefana Dušana*, knjiga II, bistrički prepis, ured. Mehmed Begović, Srpska Akademija nauka i umetnosti, Beograd, 1981, 203.

²² Desanka Maksimović, *Tražim pomilovanje*, Beograd, 2005,10.

²³ *Supra note 20*, 187.

²⁴ *Ibid.*, 197.

²⁵ Desanka Maksimović, *Tražim pomilovanje*, Beograd, 2005,10.

gu o zaštiti sirotih i nezaštićenih.²⁶ Dodatnim naglašavanjem kazni kojih nema u spomenutim članovima Zakonika, pjesnikinja istupa kao branilac, a ne kao kritičar Zakonika. Autorka zapravo želi da istakne činjenicu da se tim zakonom kažnjavaju nasilnici, a štite siroti, bez obzira na njihov društveni stalež. Do istog zaključka dolazi i Aleksandar Petrov ističući da je pjesma “O sirotoj kudeljnici” odbrana cara Dušana i njegovog zakonika autorkinim glasom, kojem “tekst Zakona služi kao dokaz, a insistiranje na kaznama za nasilnike, u smislu hiperbolisanja kazni, služi da se podvuče da je zakon štit kako za cara tako i za kudeljnicu”.²⁷

Ono što se u pjesmi jasno ne vidi i ne čuje jeste glas optužbe, kao treći vrednosni kontest, koji se prijeteći nadvija nad slovom Zakona optužujući ga za nečovjekoljublje i klasnu pravdu odnosno nepravdu. Pjesnikinja svojom riječju branioca nastoji dokazati suprotno: riječ zakona jeste po svojoj prirodi autoritativna, ali nije autoritarna, jer Dušanov zakonik je iznad bilo čije lične samovolje. On je otjelovljene i izvorište samosvjesne slobode, a ne volja, samovolja ili nasilja jednih u odnosu na druge.²⁸ Odatle se može zaključiti da se Desanka Maksimović prema Dušanovom zakoniku odnosila s visokim poštovanjem. To je i razlog zašto je u prvi plan uvodne pjesme “Proglas” autorka stavila upravo one careve riječi kojima se ističe najviši autoritet samog Zakonika, a ipak ne skriva njegov klasni karakter. Taj klasni karakter se, navodi Petrov, na određeni način, čak i opravdava stavljanjem u onovremeni i naslijeđeni vrednosni kontekst: “Ja vlastelu, prema običajima otaca,/ od sebra izdvojih./ Prvosvešteniku i vlastelinu/ sudiće se blaže nego meropahu/ ali ne u strahu/ od carstva mi,/ i ne blaže/ nego što u zakonu stoji”.²⁹ Dakle, i pored opravdanja da djeluje po “milosti božjoj i blagoslovu svetitelja iz Rasa” ipak tvorac zakona ne daje sebi za pravo da radi išta mimo onoga “što u zakonu stoji”. Ono što ne dozvoljava sebi, nema pravo ni drugi da uživa, pa se u členu 168. nalaže da “sve sudije sude po zakonu, pravo, kako piše u Zakoniku, a da ne sude po strahu od cara.”³⁰ Time je car Dušan, prema riječima Stojana Novakovića, podigao sebi još za života “najlepši spomenik”.³¹

²⁶ Jovan Deretić, “Zakonik kao inspiracija”, *Desanka Maksimović: spomenica o 100-godišnjici rođenja*, Valjevo, 1998, 417.

²⁷ Aleksandar Petrov, “S Bogom ih je troje”, *Zbirka Tražim pomilovanje*, zbornik radova, ured. Ana Ćosić-Vukić, Zadužbina “Desanka Maksimović”, Beograd, 2007, 45-46.

²⁸ Slobodan Perović, “Pozdravna riječ”, *Dušanov zakonik – 650 godina od njegovog donošenja*, ured. Rajko Kuzmanović et al., Akademija nauka i umjetnosti Republike Srpske, Banja Luka, 2000, 16.

²⁹ Desanka Maksimović, “Proglas”, *Tražim pomilovanje*, prir. Staniša Tutnjević, Beograd, 2005, 7.

³⁰ *Zakonik cara Stefana Dušana*, knjiga II, bistrički prepis, ured. Mehmed Begović, Srpska Akademija nauka i umjetnosti, Beograd, 1981, 215.

³¹ Citirano prema dr Laza Kostić, “O Dušanovom zakoniku”, *Nikola Tesla i njegovo vreme*, prir. Sava N. Vujnović, Toronto, 1993, 25-29.

Pjesme prvog glasa, na kojima počiva i osnovna hipoteza ovog rada, u direktnoj su vezi sa Zakonikom i njegovim tvorcem. Posebno se ističu pjesme “Proglas”, “O poreklu” i “O praštanju” koje su komponovane u prvom licu i u njima car govori u svoje ime o zakonima koje ustanovljava, ali i o sebi samome. Moglo bi se reći da se pjesnikinja povelja za postupcima koji su bili uobičajeni u starim poveljama. Autori tih povelja unosili su u njih značajne i relevantne pojedivosti iz svog života, što ih čini autobiografskim zapisima njihovih izdavača. Slično je učinio i car Dušan, tako što je uz Zakonik sačinio i kratku autobiografiju “Žitija mojega dela”. Tri spomenute pjesme neposredno se naslanjaju na tekst te autobiografije. Desanka Maksimović je uspjela ono što su drugi bezuspješno pokušavali, a to je da velikom srpskom vladaru udahne pjesnički život uz pomoć teksta koji je ostao iz tog vremena. Sa tog stanovišta može se govoriti o dvostrukom odnosu autorke prema svom lirskom junaku, caru Dušanu. Ona ga od jednih optužbi brani, ali ga i izlaže kritici zbog negativnog odnosa prema mogućnosti praštanja. U pjesmi “O carskoj milosti” pjesnikinja zamjera caru, koji s ponosom ističe da vlada po milosti i zakonu Božjem, koji “za iste grehove istom kaznom/ preti i velmoži i meropahu”, i ne pravi razliku po klasnoj osnovi, što isključuje praštanje i traži pomilovanje za sve ljude bez obzira na težinu njihovog grijeha.

ZAKLJUČAK

Zakonik cara Stefana Dušana spada u red najznačajnijih spomenika srpske srednjovjekovne pravne misli. Još od trenutka njegovog donošenja, započinje naučna rasprava o značaju i vrijednostima Dušanovog zakonika, ne samo na etičkom, nego i na istorijskom, pravničkom, sociološkom i kulturološkom planu. Kao pravni akt koncipiran je tako da je on služba vjeri i državi u narodu o čemu svjedoči i sam car Dušan koji “požele nekoje vrline i najistinitije i pravoslavne vere zakone postaviti [...] da se ne bi umnožila u oblasti carstva našega neka zloga, zlo dimišljanje i lukava mržnja, nego da svi poživimo u punoj tišini i mirnome životu[...]”. Ovim Zakonikom već u 14. vijeku uzidani su u temelje srpskog prava načela legitimiteta i legaliteta, vladavine prava i nezavisnosti sudstva.

U sferi vanpravnih diskusija o Zakoniku, posebno se ističe poetičko-retorička rasprava “Tražim pomilovanje” Desanke Maksimović, koju su mnogi ocijenili kao pjesnički vrhunac autorke. Koncipirana kao dijalog između cara i pjesnikinje, zbirka predstavlja poetsku viziju srpske zakonodavne prošlosti i njenog autora, kroz alternaciju glasova dva lirska junaka. Ponekad se autorka direktno oslanja na slovo Zakona, a nekada su to jedva primjetni obrisi misli, ideja i tumačenja izvornog podteksta. Desanka Maksimović se prema Dušanovom zakoniku odnosi s velikim poštovanjem. Ona brani i ističe čovjekoljubivost i pravičnost Zakonika, ali njegovom izdavaču zamjera nemogućnost praštanja.

DIJANA ZRNIĆ, M.A.,
Assistant, Faculty of Law, University of Banja Luka

DUŠAN'S CODE – BETWEEN LAW AND LITERATURE

Summary

Dušan's Code served Desanka Maksimović in 1960-ies of XX century as inspiration for a collection of poems entitled "I seek amnesty", designed as a poetic discussion with one of the most significant artifacts of Serb medieval law, and further developed as an intellectual-emotional bond between a word of law and a literary expression. This paper is an attempt to understand the author's philanthropic vision of the Ruler's Code and an echo of her poetic interpretation of certain legal provisions against cultural, but also legal and historical mind of contemporary literary and legal intelligentsia. Special attention will be given to the forms of transposing Dušan's Code into a new, currently codified poetic text of Desanka Maksimović. Actually, the basic idea of this study is to prove that the book "I seek amnesty" is conceived as a poetic discussion with voices of the Ruler, who prescribes laws and the poetess, who defends the accused, i.e. seeks amnesty for all, including the Ruler and his severely just Code, exchanging alteratively.

VLADAN PETROV,
DARKO SIMOVIĆ

REGIONALNA DRŽAVA – (NE)ISPRAVAN PUT DECENTRALIZACIJE REPUBLIKE SRBIJE

U V O D

Iskustvo Republike Srbije sa teritorijalnom autonomijom je izrazito negativno. Ustavotvorac iz 2006. nije ustanovio diskontinuitet sa gotovo šest decenija dugom praksom decentralizovanja državne vlasti po liniji autonomnih pokrajina. Ustavno rešenje, iako korigovano u odnosu na Ustav od 1990, pokazalo se neadekvatno za postojeći društveno-politički ambijent u Republici Srbiji.¹ Nezadovoljstvo postojećim stepenom autonomnosti Vojvodina je nastojala da izrazi donošenjem statuta kojim je, umesto prava na samoorganizovanje, pretendovala na pravo na samoodređenje.² Otvoreno pitanje o stepenu teritorijalne autonomije u Republici Srbiji inspiriše na iznalaženje alternativnih predloga decentralizacije državne vlasti. Sve je veći broj zagovornika teze da je regionalizovanje Srbije najispravniji put transformisanja državnog uređenja. Pri tome, “skoro da je shvatanje o potrebi regionalizacije Srbije postalo aksiom, a da se ne zna tačno kako i kada je

Dr Vladan Petrov, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

Dr Darko Simović, profesor Kriminalističko-polijske akademije, Beograd.

¹ D. Simović, “Teritorijalna autonomija u Ustavu Srbije od 2006. godine”, *Pravni život*, 14/2008, str. 729-739; D. Simović, “Teritorijalna autonomija u svetlosti Odluke Ustavnog suda Srbije”, *Sveske za javno pravo* 11/2013, str. 75-87.

² D. Simović, “O (ne)ustavnosti Predloga statute AP Vojvodine”, *Predlog statuta AP Vojvodine*, Beograd 2009, str. 109-129.

taj aksiom nastao”³. Upravo iz tog razloga, čini se potpuno opravdanim usmeravanje kritičke svetlosti ka ideji o regionalizovanju Republike Srbije.

TEORIJSKI KONCEPT REGIONALNE DRŽAVE

Ideja regionalne države nastala je u okviru nemačke pravne nauke i njen tvorac je Hugo Projs (*Hugo Preuss*).⁴ Taj koncept je zasnovan na tradicionalnom srednjevekovnom nemačkom sistemu samouprave lokalnih zajednica i trebalo je da predstavlja protivtežu pruskom konceptu nemačkog jedinstva oličenom u Bizmarku.⁵ Međutim, ideja regionalne države nije naišla na plodno tle u Nemačkoj, već je svoje otelotvorenje doživela u španskom Ustavu od 1931. koji je konstituisao “integralnu državu” (*estado integral*), kao institucionalnu formu između federacije i unitarne države.⁶ Nakon ovog prvog, relativno kratkotrajnog, slučaja koji ne pruža dovoljno elemenata za donošenje bilo kakvih zaključaka, regionalna država je ustanovljena Ustavom Italije od 1947. i Ustavom Španije od 1978. godine. Dakle, postojeća uporednopravna praksa pruža primere samo dve regionalne države. Reč je o skromnom komparativnom iskustvu koje onemogućava ustanovljavanje konzistentne teorijske konstrukcije regionalne države. Međutim, pokušaji ipak postoje.

U srpsku ustavnopravnu književnost teorijski koncept regionalne države doneo je akademik Miodrag Jovičić. Po njegovim rečima regionalna država je “nešto između”, između unitarne i federalne države.⁷ Dakle, ona je *tertium genus*, treći oblik državnog uređenja, zapravo međuoblik između dva klasična oblika.⁸ Regionalna država se ustanovljava “tamo gde se javljaju značajni razlozi istorijske, etničke, jezičke, geografske, ekonomske prirode koji zahtevaju da se pojedinim područjima zemlje prizna poseban status”⁹. Njena osnovna vrлина je to što ona spaja određene vrline unitarne i federalne države, a da istovremeno otklanja slabosti i jednog i drugog oblika državnog uređenja. “Regionalna država više od federacije obezbeđuje `jedinstvo u različitosti`, ali, s druge strane, izbegava preteranu koncentraciju vlasti, inače svojstvenu unitarnoj državi. Ona vodi računa o

³ D. Milkov, “O regionalizaciji Srbije”, O. Vučić, K. Čavoški (ur.), *Ustavne promene*, Beograd, 2003, str. 298.

⁴ F. Lovo, *Velike savremene demokratije*, Sremski Karlovci-Novi Sad, 1999, str. 505.

⁵ Videti: D. Popovic, *European Regionalism*, Institute du Fédéralisme, Fribourg, 2002, p. 29.

⁶ *Ibid.*

⁷ M. Jovičić, *Regionalna država*, Beograd, 1996, str. 15.

⁸ *Ibid.*, str. 7.

⁹ *Ibid.*, str. 15.

posebnostima pojedinih delova zemlje i daje im pravo na sopstveno organizovanje, ali ne dopuštajući mogućnost ugrožavanja državnog jedinstva”¹⁰.

Regioni nemaju kvazi-državni status poput federalnih jedinica i po mnogim svojim odlikama oni su bliži statusu teritorijalnih jedinica najvišeg stepena u unitarnoj državi. Ipak, za razliku od jedinica lokalne samouprave, osobenost statusa regiona je u tome što oni učestvuju u vršenju centralne vlasti. To načelo participacije u regionalnoj državi se ostvaruje putem zastupljenosti regiona u gornjem domu centralnog parlamenta. Tako regioni, putem gornjeg doma parlamenta, učestvuju u vršenju ustavotvorne i zakonodavne vlasti, “ali to uvek samo posredno, preko svojih posrednika, a ne i neposredno kao federalne jedinice u nizu federacija”¹¹. Istine radi, neposredno učešće federalnih jedinica u vršenju federalne ustavotvorne i zakonodavne vlasti nije pravilo, već je pre izuzetak,¹² tako da se ova Jovičićeva konstatacija može smatrati neosnovanim uopštavanjem uporednopravne prakse federacija. Da ova *differentia specifica*, na kojoj je insistirao Jovičić, nije previše uverljiva može potvrditi i primer pojedinih unitarnih država koje imaju bikameralnu strukturu centralnog parlamenta u čijem formiranju učestvuju jedinice teritorijalne decentralizacije. Primer je Francuska, gde se Senat, kao gornji dom parlamenta, bira putem posrednih izbora, i to na način da on, kako je to formulisano u Ustavu, “obezbeđuje predstavništvo teritorijalnih zajednica Republike”¹³.

Po uzoru na Jovičića teorijski koncept regionalne države je prihvatio i Dragoljub Popović. Po njegovim rečima, regionalnu državu odlikuje vrlo visok stepen autonomije teritorijalnih jedinica, odnosno reč je o državi s daleko odmaklim procesom decentralizacije vlasti.¹⁴ “Regionalna država je jedan moderan oblik visoko decentralizovane države koja je svoj unitarni oblik prevazišla, postigavši nov i osoben kvalitet, ali nije postala federacija”¹⁵. Dakle, reč je o posebnom institucionalnom modelu koji je “teorijski zaokružen, kao i što je praktično održiv”. Na taj način, Popović potvrđuje Jovičićevu tezu da je reč o *tertium genus*, novom obliku državnog uređenja.

Međutim, za razliku od federacije, regionalna država nije država država i regioni ne učestvuju u obrazovanju državne volje, a to posebno važi za učešće u vršenju ustavotvorne vlasti. To je uostalom i osnovna razlika između statusa federalnih jedinica i regiona. Nakon toga, Popović dodaje da “način i oblik partici-

¹⁰ *Ibid.*, str. 16.

¹¹ *Ibid.*, str. 17.

¹² Više o tome videti kod: M. Jovičić, *Savremeni federalizam*, Izabrani spisi br. 4, Beograd, 2006, str. 305-325.

¹³ Videti: M. Jovičić, *Ustavni i politički sistemi*, Izabrani spisi br. 5, Beograd, 2006, str. 175.

¹⁴ D. Popović, B. Milosavljević, *Ustavno pravo*, str. 310.

¹⁵ *Ibid.*, str. 311.

pacije u vlasti na središnjem nivou razlikuje se u regionalnoj državi od federalnog načina odlučivanja, iako neke ustanove mogu u ovim državnim oblicima biti slične kao, na primer, dvodomno predstavničko telo¹⁶. U jednom drugom tekstu Popović piše kako regioni nužno ne učestvuju u procesu odlučivanja na centralnom nivou, ali da je i tako nešto moguće u određenom stepenu.¹⁷

Regioni na osoben način učestvuju u određivanju svog sopstvenog statusa (čl. 123 Ustava Italije, čl. 143-144 Ustava Španije), što je učestvovanje u postupku koji suštinski ima ustavnopravni karakter, iako je reč o običnom zakonodavnom postupku. To je uostalom i ključna razlika u odnosu na federalne jedinice i jedinice teritorijalne decentralizacije u unitarnoj državi. Čini se da, kao uostalom i Jovičić, ni Popović ne ustanovljava dovoljno jasne i uverljive elemente koji bi opravdali postojanje teorijskog modela regionalne države, kao posebnog tipa državnog uređenja. Koliko je koncept regionalne države sporan, može posvedočiti i činjenica da pojedine studije posvećene ovoj temi u našoj ustavnopravnoj literaturi u potpunosti izbegavaju da govore o pojmu regionalne države.¹⁸

Kada je reč o stranoj ustavnopravnoj literaturi, pokušaji ustanovljavanja teorijskog koncepta regionalne države retki su, skromni i ne previše inspirativni i podsticajni za dalje razvijanje teorijskog koncepta regionalne države. Tako, Bartole (S. Bartole) iznosi stav da je osnovna razlika između federacije i regionalne države u tome što regioni, po pravilu, ne učestvuju u formiranju centralnih državnih organa.¹⁹ Osim toga, Bartole ističe da su ustavni subjektivitet i politički identitet federalnih jedinica zajamčeni na potpuniji način, nego što je to slučaj sa regionima u regionalnoj državi.²⁰ Za razliku od regiona, federalne jedinice učestvuju u donošenju odluka na centralnom nivou i njihove granice ne mogu biti promenjene bez njihove saglasnosti.

Regionalna država je zasnovana na nekom obliku "regionalne devolucije".²¹ Za razliku od federalizma, regionalizacija predstavlja blažu formu decentralizacije u kojoj centralna vlast prenosi određene nadležnosti nižim nivoima vlasti, ali zadržava suverenost i može, bar teorijski posmatrano, jednostrano povratiti prenete nadležnosti. Po pravilu, centralna vlast zadržava i određen stepen kontrole i nadzora nad vršenjem regionalne vlasti. Kako se još u teoriji navodi, regioni u regi-

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ D. Popovic, *European Regionalism*, p. 31.

¹⁸ J. Komšić, *Principi evropskog regionalizma*, Novi Sad, 2007; M. Pajvančić, *Ustavni okvir regionalne države*, Novi Sad, 2009; B. Bojanić, *Regionalizacija i regionalna država*, Kosovska Mitrovica, 2013.

¹⁹ S. Bartole, "Regionalism and federalism in the Italian constitutional experience" in: M. Suksi (ed.), *Autonomy: applications and implications*, Kluwer Law International, The Hague, 1998, p. 183.

²⁰ *Ibid.*

²¹ M. Keating, *The New Regionalism in Western Europe*, Cheltenham, 1998, p. 113.

onalnoj državi ostaju podređeni centralnoj vlasti, pri čemu ona može ukinuti, izmeniti ili suspendovati regionalni nivo autonomije bez saglasnosti regiona.²²

Iznoseći ključne odlike federalne i regionalne države Bofaji (*Jean Beaufays*) pronalazi samo jednu razliku između ova dva oblika državnog uređenja. Po njegovim rečima, regione u regionalnoj državi ne odlikuje postojanje sudske vlasti.²³ Jedan drugi belgijski teoretičar, Perin (*François Perin*) mišljenja je da se regionalizam od federalizma razlikuje po dva suštinska obeležja.²⁴ Prvo, regioni raspolažu samo onim nadležnostima koje su mu izričito dodeljene ustavom ili zakonom kojima se uređuje njihov status, dakle, pretpostavka nadležnosti je u korist centralne vlasti. Drugo, centralna vlast vrši kontrolu nad zakonodavnom i izvršnom vlašću regiona. Pri tome, glavni problem nije u teorijskom razlikovanju federalne i regionalne države, već u iznalaženju opravdanja za samostalnu teorijsku egzistenciju regionalne države i za njeno jasno razlikovanje od decentralizovane unitarne države. Ako se ima u vidu činjenica da je, prema preovlađujućem načinu razmišljanja, ključna razlika između federacije i regionalne države u tome što regioni ne učestvuju u formiranju centralnih organa i donošenju odluka na centralnom nivou, onda nestaje svaki argument koji bi opravdao osamostaljivanje regionalne države kao samostalnog teorijskog modela.

Da je teorijski koncept regionalne države izrazito sporan mogu posvedočiti i različiti stavovi o državnom uređenju Španije i Italije. Mnogi pisci Španiju kvalifikuju kao federaciju²⁵, iako Ustav proklamuje da je država zasnovana “neraskidivom jedinstvu španske nacije, zajedničke i nedeljive otadžbine svih Španaca” (član 2). U španskoj literaturi, ona se naziva i “državom autonomija”, “politički decentralizovanom unitarnom državom”, “multi-regionalnom državom”, “decentralizovanom državom bliskoj federaciji”, “unitarno-federalnom državom”, i “federalno-regionalnom državom”.²⁶ Prema tome, ovi različiti načini kvalifikovanja španskog državnog uređenja svedoče o tome da struktura ove države “izmiče svakoj definiciji i bilo kom preciznom lociranju u klasifikaciji oblika državnog uređenja”.²⁷ Dakle, teorijski koncept regionalne države nije previše uverljiv da bi ga španski teoretičari bezrezervno prihvatili. Naprotiv, čini se da je ovo samo još jedan od razloga da teorijski koncept regionalne države, kao samostalnog oblika državnog uređenja, bude odbačen.

²² W. Swenden, *Federalism and Regionalism in Western Europe*, Palgrave Macmillan, 2006, p. 14.

²³ J. Beaufays, *Théories du Régionalisme*, Bruxelles, 1986, p. 56.

²⁴ Navedeno prema: *Ibid.*, p. 57.

²⁵ Videti: R. Watts, *Comparing Federal Systems*, Institute of Intergovernmental Relations, Montreal & Kingston, 2008, p. 41-42.

²⁶ M. Suksi, *Sub-State Governance through Territorial Autonomy*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2011, p. 111-112.

²⁷ *Ibid.*, p. 112.

Ukoliko se osvrnemo na državno uređenje Italije takođe se može dovesti u pitanje njena pravna priroda. Naime, bez obzira na to što se članovi Senata biraju na regionalnoj osnovi, Italiju ne bi trebalo odrediti kao regionalnu državu, jer njeni regioni sa običnim statusom predstavljaju oblike teritorijalne samouprave, a ne teritorijalne autonomije.²⁸ Prema tome, koncept regionalne države, ne samo da nema jasno iscrtane teorijske okvire, već može ostati i prazna ljuštura kojoj nedostaje realni sadržaj.

PREDNOSTI REGIONALNE DRŽAVE

Budući da regionalna država počiva na decentralizaciji državne vlasti putem teritorijalne autonomije, sve vrline regionalne države u osnovi bi počivale na vrlinama teritorijalne autonomije. Zbog toga se sasvim primerenim može smatrati elementarno upoznavanje sa preovlađujućim teorijskim stavovima o prednostima postojanja teritorijalne autonomije u okviru jednog ustavnog sistema. Benedikter (*Thomas Benedikter*) je izdvojio deset takvih prednosti.²⁹ *Prvo*, teritorijalna autonomija obezbeđuje manjinama ili regionalnim zajednicama minimalan stepen državne vlasti, jer proširuje demokratsku participaciju građana. *Drugo*, teritorijalna autonomija omogućava nacionalnim manjinama da na bolji način očuvaju svoju kulturu, jezik i identitet. *Treće*, teritorijalna autonomija može da ublaži ili neutrališe zahteve za secesiju. *Četvrto*, teritorijalna autonomija može da poveća stepen političkog integrisanja etničkih grupa ili nacionalnih manjina. *Peto*, teritorijalna autonomija doprinosi konstitucionalizmu, jer institucionalni aranžmani pomažu otelotvorenju vladavine prava, podeli vlasti i ulozi nezavisnih institucija, kao što je pravosuđe. *Šesto*, teritorijalna autonomija omogućava rešavanje etničkih problema bez fiksiranja etniciteta kao jedine paradigme, budući da se regioni mogu ustanoviti kao geografske celine, a ne isključivo kao etničke. *Sedmo*, teritorijalna autonomija je sredstvo koje omogućava regionalnim zajednicama da kontrolišu regionalne prirodne resurse. *Osmo*, teritorijalna autonomija može biti tranziciono rešenje za prevazilaženje manjinskih konflikata. *Deveto*, teritorijalna autonomija doprinosi razvijanju participativnih prava u modernoj demokratskoj državi. *Deseto*, teritorijalnu autonomiju odlikuje fleksibilnost, tako da se ona vremenom može prilagođavati promenljivim okolnostima, a sve to u cilju mirne koegzistencije u zajedničkom interesu.

Međutim, ne dele svi tako afirmativne stavove o teritorijalnoj autonomiji.³⁰ Postoje mišljenja da ovaj oblik teritorijalne decentralizacije može biti prvi korak ka federalizaciji države ili ka secesiji. Osim toga, ustanovljeni oblik teritori-

²⁸ M. Petrović, „Regions (Forms of Territorial Autonomy) in the Theory of Law and the History of Law”, *Facta Universitatis, Series: Law and Politics*, Vol. 1, No. 6, 2002, str. 709.

²⁹ T. Benedikter, *The World's Working Regional Autonomies*, Anthem Press, 2007, p. 61-65.

³⁰ Više o tome: *Ibid.*, p. 66-71.

jalne autonomije može biti neodgovarajući, pa tako tenzija može biti uvećana, a konflikti intenzivirani. Ustanovljavanje teritorijalne autonomije može podstaći iste zahteve u drugim delovima države koji do tada nisu imali takve pretenzije. Dakle, “domino efekat” je izvesna realnost pri konstituisanju neke jedinice teritorijalne autonomije. Razume se, ova primedba ne stoji ukoliko je čitava država regionalizovana i ukoliko je ustanovljeno simetrično državno uređenje. Ustanovljavanje teritorijalne autonomije može voditi stvaranju novih manjina i izazivanju novih, do tada nepostojećih, kriznih žarišta, jer svako iscrtavanje granica nosi u sebi klicu nezadovoljstva određenih grupacija. Pored svega toga, ukoliko je reč o suštinskoj decentralizaciji, a ne samo nominalnoj, država će izgubiti kontrolu na određenim delom prirodnih resursa i finansijskih prihoda, što neminovno vodi slabljenju centralne vlasti.

Zanemarujući sve njene moguće nedostatke, Jovičić je mišljenja da regionalna država ima nesumnjive prednosti u odnosu na unitarno ili federalno državno uređenje. Pet je načelnih prednosti ovog, relativno novog, tipa državnog uređenja.³¹ *Prvo*, regionalna država podrazumeva postojanje *jake države*, budući da “regioni ni u kom slučaju ne mogu da ugroze jedinstvo države onako kako to mogu federalne jedinice u federaciji”. Država ostaje jedinstvena, jer regionu ne raspoložu bilo kakvim elementima državnosti i ta autonomija kojom oni raspoložu je uvek kontrolisana. *Drugo*, regionalna država mora da počiva na *demokratiji*, jer takav oblik državnog uređenja podrazumeva pluralistički poredak i funkcionisanje ovih jedinica teritorijalne decentralizacije u skladu sa voljom većine građana izražene na institucionalizovan način. *Treće*, regionalna država mora da bude *pravna država*, zasnovana na vladavini prava, jer vertikalna raspodela vlasti ne može biti ostvarena ukoliko se ne poštuje hijerarhija propisa. *Četvrto*, regionalna država je samom svojom suštinom vezana za ideju *decentralizacije*, pod kojom se podrazumeva spuštanje ovlašćenja vlasti iz centra na niže teritorijalne jedinice, i za ideju *autonomije*, koja označava pravo tih jedinica da upravljaju same sobom. *Peto*, u odnosu na federaciju, prednost regionalne države je u tome što ona obezbeđuje *ravnopravan status svih građana*, kakav je slučaj i u unitarnoj državi. Naime, pluralitet pravnih poredaka u federaciji, po Jovičićevom mišljenju, neminovno vodi ka postojanju neopravdanih razlika u uređivanju pojedinih sloboda i prava, ali i dužnosti građana.

Čini se da ovi argumenti nisu previše uverljivog karaktera i da predstavljaju prevashodno teorijsko spekulisanje koje nije zasnovano na empirijskom istraživanju, zbog čega i ne mogu pretendovati na status neporecivih naučnih istina. Naime, tvrdnja da regionalna država podrazumeva postojanje *jake države* zasnovana je na proizvoljnom i uprošćenom uverenju da država ostaje jedinstvena, budući da regionu nemaju kvazi-državni status i da ne mogu da ugroze teritorijalni integritet države, jer je njihova autonomija kontrolisana. Međutim, dosadašnje

³¹ Videti: M. Jovičić, *op.cit.*, str. 143-146.

komparativno iskustvo ukazuje na to da pretežniji broj teritorijalnih autonomija neprestano nastoji da proširi stepen svoje samostalnosti. Dakle, regionalizovana država će permanentno biti pred zahtevom za daljim proširivanjem delokruga nadležnosti regiona, što je prirodno nastojanje svih jedinica teritorijalne decentralizacije. Svako iscertavanje regionalnih granica može samo da pospeši razvijanje i snaženje novih regionalnih identiteta koji mogu da vode i ka zahtevima za secesiju. Uostalom, secesija nije pravno, već faktičko pitanje koje zavisi od odnosa centripetalnih i centrifugalnih sila u jednoj državi. Koje će sile prevagnuti ne zavisi od pravnog statusa teritorijalnog entiteta koji nastoji da ostvari nezavisnost.

Uverenje da regionalna država mora da počiva na demokratiji je notorna istina, koja podjednako važi i za federalno državno uređenje. Tačno je, regionalna država počiva na vertikalnoj podeli vlasti, ali to isto važi i za federaciju. Nije regionalna država pretpostavka demokratije, već je demokratski oblik vladavine pretpostavka regionalne države. U suprotnom, ustavom ustanovljena regionalizovana država bi samo nominalno počivala na vertikalnoj podeli vlasti. Ipak, ne može se osporiti da svako deljenje vlasti može doprineti razvijanju demokratije, ali, kako je već istaknuto, to je podjednako karakteristično i za federaciju i decentralizovanu unitarnu državu, a ne samo za regionalnu državu. Zato, u odnosu na Jovičićevu tvrdnju, daleko primerenije i istinitije zvuči stav Ratka Markovića koji ističe da je teritorijalna autonomija “potencijalno i teorijski, demokratski oblik državnog uređenja”, jer “ona doprinosi demokratizovanju državnog uređenja unitarne države time što, deleći u njoj zakonodavnu vlast na dva različita nosioca, onemogućuje zakonodavni monopol centralne državne vlasti, smanjuje heteronomiju zakona, omogućuje da zakoni izraze i uvažavaju posebne prilike”³².

Teza da regionalna država mora biti pravna država, podjednako je primenljiva i na federaciju i decentralizovanu unitarnu državu. Naime, svaka vertikalna podela vlasti mora da počiva i na hijerarhiji propisa i na hijerarhiji vlasti pa, prema tome, regionalna država nije izuzetak i ne može se reći da ona sama po sebi doprinosi razvijanju pravne države.

Notorna je tvrdnja da je regionalna država vezana za ideje decentralizacije i autonomije. Pri tome, Jovičić ističe, da se u regionalnoj državi decentralizacija ostvaruje tako da ona ne slabi centralnu vlast, na jednoj, niti da uguši vlast jedinica lokalne samouprave, na drugoj strani. Takođe, autonomija “mora regionima da obezbedi uslove za učešće građana u organizovanju regionalnih vlasti i obavljanju regionalnih funkcija, bez uštrba po opštedržavne interese, ali i bez zadiranja u autonomiju jedinica lokalne samouprave”³³. Nesumnjivo, regionalizacija nije jedini institucionalni model koji u sebi objedinjava ideje decentralizacije i autonomije, budući da se one mogu ostvarivati i na drugačiji način. Mudrom i dobro izbalansiranim vertikalnom raspodelom vlasti isti efekat može biti ostvaren i federalnim

³² R. Marković, *Ustavno pravo*, Beograd, 2013, str. 440.

³³ M. Jovičić, *op.cit.*, str. 145.

državnim uređenjem. Višestepenost lokalne samouprave je, takođe, sredstvo za dosledno ostvarivanje ideja decentralizacije i autonomije. U tom smislu, regionalna država nema ekskluzivnu privilegiju da kao institucionalni model objedinjuje u sebi ideje decentralizacije i autonomije, a da to, pri tome, ne bude na štetu opštedržavnih interesa. Naprotiv, regionalna država isto tako može biti pogodno tle za razvijanje separatizma.

Naposletku, kao poslednji adut, Jovičić navodi da su svi građani u regionalnoj državi u ravnopravnom statusu, što nije slučaj u federalnom državnom uređenju, jer postoji pluralitet pravnih poredaka. Međutim, ne može se poreći, imajući u vidu normativnu autonomiju regiona, da je pluralitet pravnih poredaka karakterističan i za regionalnu državu. Uostalom, uniformnost pravnog poretka, karakteristična za unitarnu državu, ne predstavlja sama za sebe vrlinu. Naime, normativna autonomija omogućava negovanje i razvijanje posebnosti, što zapravo i doprinosi ravnopravnosti, budući da ova vrednost ne podrazumeva jednoobrazno tretiranje različitosti, jer autonomije i postoje da bi se one izrazile i sačuvala.

RAZLOZI “ZA” I “PROTIV” REGIONALIZACIJE SRBIJE

Sredinom 90-ih godina prošloga veka akademik Miodrag Jovičić je izneo stav da bi regionalizacijom Savezne Republike Jugoslavije, po ugledu na Italiju i Španiju, bili rešeni problemi koji su se ticali odnosa Srbije i Crne Gore u dvočlanoj federaciji, a takođe i problemi koji su se odnosili na nezadovoljstvo autonomnih pokrajina Vojvodine i Kosova i Metohije svojim stepenom autonomnosti u okviru Republike Srbije. U međuvremenu Srbija je postala samostalna država, Kosovo i Metohija je faktički izvan suverenosti Republike Srbije, tako da je preostalo rešavanje samo vojvođanskog pitanja. Bez obzira na takav razvoj događaja, ideja regionalizacije je dobijala sve veći broj poklonika.

Jedan od glavnih argumenata zagovornika ovakvog načina razmišljanja je činjenica da bi regionalizacija trebalo da usledi, baš kao i u Italiji i Španiji, nakon sloma autoritarnog režima, jer bi vertikalno deljenje državne vlasti istovremeno značilo i njeno ograničavanje što bi značajno doprinelo demokratskim procesima. Kako je regionalizacija ove dve države značajno pomogla sprečavanju međuetničkih sukoba, rešavanju manjinskih pitanja i konflikata između različito razvijenih socio-ekonomskih delova države, vladalo je uverenje da iz istih razloga i Srbija treba da prihvati takav model teritorijalne organizacije. Istovremeno, autonomne pokrajine u sastavu Republike Srbije su zaostatak komunističke ustavnosti i regionalizacijom bi konačno zauvek bila prekinuta svaka nit sa tim minulim nedemokratskim periodom.

Komparativno posmatrano, primetna je veoma jaka tendencija približavanja vlasti građanima zato što će na taj način njihove interese i potrebe zadovoljavati institucije koje su im bliže i koje istovremeno efikasnije reaguju na njihove potrebe. Tvrđnja da je Srbija složeno društvo sa različitim istorijskim, geograf-

skim, kulturnim, etničkim, jezičkim, konfesionalnim obeležjima, je takođe jedan od prisutnijih argumenata zbog čega bi Srbiju trebalo regionalizovati. Regionalizacija bi neminovno doprinela i ujednačenijoj alokaciji ekonomskih resursa i skladnijoj razvijenosti među različitim delovima države.³⁴

Razume se da ideja regionalizacije nije bila opšteprihvaćena i da je imala veoma oštre kritičare. Glavni argument oponenta je da regionalizacija Srbije nema istorijsko opravdanje, budući da su se prve takve ideje pojavile tek sredinom 90-ih godina XX veka u cilju rešavanja nekih problema koji su u međuvremenu prestali da postoje. Iznenađna aktuelnost regionalizacije bila je posledica podozrenja prema federalnom državnom uređenju koje je doživelo debakl na tlu bivše Jugoslavije.³⁵ Međutim, imajući u vidu činjenicu da se federacija, pa i državna zajednica Srbije i Crne Gore raspala, regionalizacija bi u postojećim okolnostima predstavljala veštačko rešenje, jer u Srbiji, izuzev Vojvodine, nema posebnih prirodnih i privrednih celina. Proizvoljno se iscrtavaju granice između pojedinih regiona koji u nedostatku istorijskog imena nose nazive po pojedinim stranama sveta.³⁶ Srbija nije uporediva sa Italijom i Španijom ni u jednom elementu. Srbija nije nastala ujedinjenjem posebnih država i nije velika država, ni po površini, ni po broju stanovnika³⁷. "Nijedna zemlja nije svoju teritoriju iscepkala na uže jedinice potezom pera i bez preke nužde. Regioni su rezultat nekih posebnosti koje su nastajale vekovima. Pa ni tada nijedna zemlja nije stvorila regione odmah"³⁸. Nimalo zanemarljiva nije činjenica da svaka podela državne teritorije na jedinice teritorijalne autonomije ima dezintegrativno dejstvo, jer postoji prirodna težnja ka većem stepenu samostalnosti. Na taj način virus separatizma bi mogao da zahvati i neke regione u kojima on trenutno ne postoji (Sandžak).

Međutim, ukoliko bi se i zanemarili prethodni argument izvesno je da bi za Srbiju, koja je mala i siromašna država, regionalizacija bila neracionalno rešenje koje bi doprinelo porastu administracije i stvaranju novih troškova. Nesumnjivo je da bi porast administracije u društvu koje je u procesu demokratske tranzicije zatrovano problemom korupcije izazvao samo dalje bujanje ove nepoželjne pojave. Regionalizacija Srbije bi pretpostavljala uvođenje i bikameralne strukture parlamenta, a to bi otvorilo čitav niz novih problema. Sa istom svežinom se i danas mogu čitati sledeće reči Milovana Milovanovića: "Srpsko narodno predstaništvo

³⁴ Z. Vacić, B. Mijatović, A. Simić, Z. Radović, *Regionalizacija Srbije*, Centar za liberalno-demokratske studije, Beograd, 2003, str. 9.

³⁵ V. Stanovčić, „Local and Regional Self-Government in a Democratic Theory”, *Facta Universitatis, Series: Law and Politics*, Vol.1, No.2, 1998, str. 264.

³⁶ R. Marković, „Stari i novi ustav Srbije”, O. Vučić, K. Čavoški (ur.), *Ustavne promene*, Beograd, 2003, str. 69.

³⁷ D. Milkov, *op. cit.*, str. 301.

³⁸ *Ibid.*, str. 302.

mora dakle biti jedno i jednostavno telo, ako se hoće da ono bude verna slika srpskog društva i da se njime zadovolje stvarne potrebe srpskog državnog života”³⁹.

Neminovno bi se pojavio i problem ljudskih resursa, jer bi se regionalizacijom umnožili centri odlučivanja pa bi se tako pružila prilika većem broju ličnosti da vrše vlast. U društvu bez nedovoljno razvijene demokratske i pravne kulture, regionalizacija bi bila generator novih problema. Može se pretpostaviti da bi u takvom ambijentu često dolazilo do sukoba nadležnosti, jer bi oba nivoa vlasti nastojala da maksimalizuju svoju vlast. Takođe, regionalizacija ne bi nužno značila i približavanje vlasti građanima, budući da bi u nedovoljno razvijenoj demokratskoj sredini regionalni nivo vlasti mogao da postane novi centar moći koji bi bio podjednako dalek građanima i koji bi mogao da guši lokalnu samoupravu. Dakle, regionalizacija, ukoliko ne bi bila praćena jačanjem i lokalne samouprave, ne bi nužno imala pozitivne efekte za približavanje vlasti građanima.

Argument da regionalizacija doprinosi ravnomernijem ekonomskom razvoju zemlje, takođe, nije previše uverljiv, jer “ekonomski razvoj zemlje, pa i njenih delova, uređuje se i podstiče ekonomskim merama, a ne podelom država na regione”⁴⁰. Dakle, regionalizacija sama po sebi nije jemstvo ujednačenijeg ekonomskog razvoja zemlje, a taj cilj se podstiče adekvatnom ekonomskom politikom. Čini se, da bi u postojećim okolnostima, regionalizacija Srbije mogla da ima samo jedno valjano opravdanje. Uspostavljanjem novih regiona, Autonomna pokrajina Vojvodina bi bila neutralisana, jer bi postala samo jedan od više ravnopravnih regiona. Još veća blagodan po državne interese Srbije bi bila deoba postojeće teritorije Vojvodine na više regiona. To bi mogle biti postojeće geografske celine Srem, Banat i Bačka.

Ipak, bar za sada to nije dovoljan razlog da bi se pristupilo konstituisanju Srbije kao regionalne države. Regionalizovanje Srbije bi vodilo samo njenom daljem slabljenju. Da koncept regionalizacije slabi državu može da posvedoči njegova neprestana aktuelnost na nivou Evropske unije, jer ovaj vid decentralizacije državne vlasti “služi i kao aparat slabljenja nacionalnih identiteta i institucija nacionalnih država, čime se stvara prostor za stvaranje nadnacionalnog, evropskog identiteta”⁴¹. Prema tome, dalja decentralizacija državne vlasti bi mogla da se ostvaruje putem ustanovljavanja regionalne autonomije, ali kao drugostepenog nivoa lokalne samouprave. Čini se nesumnjivim da bi na taj način bili izbegnuti negativni aspekti regionalizovanja po liniji teritorijalne autonomije, a da bi se iskoristile njegove pogodnosti.

³⁹ M. Milovanović, “Naša ustavna reforma”, R. Marković (pr.), *Državno pravo i druge ustavnopravne studije*, Beograd, 1997, str. 244.

⁴⁰ D. Milkov, *op.cit.*, str. 304.

⁴¹ K. Vukelić, „Regionalizacija danas, centralizacija sutra”, *Revija za sociologiju*, No. 1-2/2005, str. 84.

PRILOG: O DOSTOJANSTVU USTAVA

Kao što čovek ima dostojanstvo, tako ga ima i ustav. Jer, ustav je tvorevina ljudi; onih koji ga stvaraju, koji ga donose i onih koji ga primenjuju, na koje se odnosi. Rekli bismo da dostojanstvo ustava ima svoju objektivnu (formalnu i materijalnu) i subjektivnu komponentu.

Formalna (objektivna) komponenta dostojanstva ustava ogleda se u načinu na koji se on donosi. Pravilo je da se moderni ustavi donose po složenijem postupku od običnog zakonodavnog. Nije reč o pukom formalizmu. Činjenica da je ustav fundamentalno pravo (*fundamental law*) zahteva složeniji postupak njegovog donošenja. U doba tzv. demokratskog konstitucionalizma, složenost ustavotvornog postupka ne ogleda se samo u pojačanoj (kvalifikovanoj) većini koja se traži u skupštini za njegovo izglasavanje, već, po pravilu, i u obaveznoj potvrdi ustavnog teksta na referendumu (ustav kao izraz narodne suverenosti, demokratski ustav). Dostojanstvo ustava dovodi se u pitanje ukoliko se on donosi poput običnog zakona. Tako je, na primer, Ustavna povelja državne zajednice Srbija i Crna Gora od 2003. doneta kao običan zakon, prostom većinom u oba doma tadašnje Savezne skupštine. Takav postupak bio je jedan od pokazatelja da je državna zajednica tvorevina prelaznog karaktera iz koje će uskoro proizići dve samostalne države, Crna Gora i Srbija. Ipak, još uvek se mogu naći primeri stabilnih državnih tvorevina koje počivaju na ustavima donetim po običnom zakonodavnom postupku (na primer, Ustav Novog Zelanda od 1986).

S druge strane, formalna čvrstina ustava, tj. složeniji postupak za donošenje ustava, nije uvek i garantija da će biti poštovano dostojanstvo ustava, kako u momentu njegovog "rađanja", tako i za njegovog trajanja. Na primer, Ustav Srbije od 2006. izglasan je u Narodnoj skupštini gotovo jednoglasno ("za" je glasalo 242 od 250 narodnih poslanika), a zatim je potvrđen na referendumu. Referendum je, međutim, umesto jednog, kako jasno proizlazi iz važećeg zakona, trajao dva dana. U drugom danu, zbog opasnosti da dovoljan broj građana nije glasao, svi nosioci najviših funkcija (ne samo svetovnih) apelovali su na građane da izađu na glasanje. Prema faktičkom načinu na koji je donet, Ustav Srbije od 2006. nije rezultat bazičnog ustavotvornog konsenzusa, već ustav "iz nužde".

Materijalna (objektivna) komponenta dostojanstva ustava ispoljava se u dve oblasti. Prva je sadržina njegovih normi. Pod tim se podrazumevaju vrednosti koje ustav proklamuje i teži da ostvari, načela na kojima počiva ustavni poredak, normativni kvalitet teksta i usklađenost ustavnih normi sa zahtevima ustavnopravne nauke. Ustav nije kabinetska tvorevina. Kao najbolji primer navode se tzv. "profesorski" ustavi (Ustav Austrije od 1920, Ustav Nemačke od 1919, Ustav Španije od 1931), koji su, izuzev jednog (austrijskog), kratko živeli. Ipak, ustav koji ne otelovljuje vladavinu prava i ne sadrži norme koje ispunjavaju elementarne zahteve ustavnopravne nauke, u moderno doba je osuđen da bude "parče hartije". Danas je gotovo nezamisliv ustav koji ne proklamuje načelo podele vlasti i ne pokušava, manje ili više uspešno, da ga normativno razradi. Neusklađenost us-

tava za zahtevima ustavnopravne nauke češća je pojava. Ona je delom posledica “neukosti” ustavotvorca, a delom namere da se pojedine institucije i mehanizmi urede tako da služe nesputanom vršenju političke vlasti, a ne njenom ograničavanju putem objektivnog prava.

Za materijalnu komponentu dostojanstva ustava važno je šta, a ne koliko ustav sadrži. U tom smislu, od značaja je iznalaženje prave ravnoteže između onog što je u ustavu “zapisano” i što je “prećutano”. Mudar ustavotvorac vodi računa o odnosu pisane i nepisane norme; o efektivnoj ulozi ustavnih praznina i značaju ustavnog “ćutanja” u uređenju odnosa između političkih institucija. Današnji ustavotvorci su “brbljivi” (S. Milačić); teže da urede što više toga, nepotrebno šire ustavnu materiju, od ustava prave više političko-ideološki nego pravni tekst i tako urušavaju njegovo dostojanstvo kao najvišeg pravnog akta.

Materijalna komponenta dostojanstva ustava ispoljava se u još jednoj oblasti. Reč je o poštovanju ustava, njegovoj primeni. Primena ustava svakako zavisi i od sadržine ustava, od toga koliko norme ustava čine ustavni sistem funkcionalnim, kakve mehanizme zaštite proklamovanih ljudskih prava i sloboda predviđaju itd. Ipak, ona prevashodno zavisi od toga koliko je ustav “realno primenjiv”, odnosno koliko odgovara društveno-političkoj stvarnosti iz koje je proizašao i na koju se odnosi.

Odavno je utvrđeno da ustav mora biti “živ” (*living constitution*). To ne znači samo da ustav mora u trenutku “rođenja” odgovarati stvarnosti u kojoj otpočinje da živi, već da mora imati sposobnost da “preživi”. Rečima D. Štrausa, živi ustav “je onaj koji evoluirao, menja se tokom vremena i prilagođava novim prilikama, i bez formalne promene svog teksta”. Svakako, nije reč o jednosmernom, već uzajamnom uticaju. Prilagođavajući se, “živeći”, ustav deluje i na stvarnost na koju se primenjuje. Normativni kvalitet ustava i njegova početna prilagođenost društvenoj stvarnosti jesu neophodni, ali ne i dovoljni uslovi da bi ustav bio “živ”.

Jedan ustav može biti “živ” (dinamičan), a može biti i “mrtvoroden” (statičan). Kako ističe ugledni nemački konstitucionalista D. Grim, to nisu različiti “kvaliteti ustava, već različiti načini njegovog izlaganja”; to su “različiti tipovi ustavnog tumačenja, ne tipovi ustava”. Stoga, da bi ustav danas “živeo”, odnosno da bi se primenjivao, ustavno sudstvo, oličeno u posebnom organu ili u redovnom sudu, mora biti dovoljno aktivno. Pod aktivnošću ustavnog sudstva ne podrazumevamo, nužno i po svaku cenu, ulogu “pozitivnog zakonodavca”, pa čak i “pozitivnog ustavotvorca”. To je zavodljiv i katkad opasan put. Ustavni sud treba da radi, u osnovi, dve stvari. Prva je da tumači ustav vodeći računa ne samo o slovu, već i njegovom “duhu”. Druga je da dela promišljeno, ali pravovremeno. Kad je reč o tumačenju “duha” ustava, jasno je da se nalazimo na vrlo “trusnom” terenu na kojem se lako može s prava skliznuti u politiku, s aktivnog tumačenja u kreiranje ustava. Takav rizik nesumnjivo postoji. Ipak, i svest o riziku koji unošenje pojma “duha” ustava nosi sobom prilikom njegovog tumačenja, solidna je pretpostavka da se sudije ustavnog suda od čuvara neće pretvoriti u tvorce ustava.

Što se tiče pravovremenosti donošenja odluke, ona se ukazuje kao nužna pretpostavka ostvarivanja funkcije zaštite ustava. Nije svejedno kada će odluka ustavnog suda u pojedinim sporovima biti doneta. Donošenjem kasnije nego što je trebalo, propuštanjem pravog momenta, mogu nastupiti neotklonjivo štetne posledice.

Prema tome, ustavni sud nije samo, kako se to danas uobičajeno kaže, "čuvar ustava"; ustavni sud je čuvar dostojanstva ustava. Političke vlasti mogu da ne primenjuju ustav; mogu danga čak i "gaze". Njihova je prirodna sklonost da se "šire", da obesmišljavaju i otklanjaju barijere koje im objektivno pravo ustavom postavlja. I građani mogu da ne poštuju ustav iz neznanja, nerazumevanja, zbog niskog nivoa pravne kulture, pasivizma itd. Ustavni sud to "pravo" nema. Njega bi trebalo da čini "pravnička aristokratija", sposobna i spremna da nosi teret dostojanstva pravne nauke i struke, samim tim i dostojanstva ustava. Besmisleno je govoriti o dostojanstvu ustava, ako ustavni sud to dostojanstvo podređuje, izričito ili prećutno izraženim, željama nosilaca političke vlasti. U takvim uslovima, ustav i ustavni sud su instrumenti aktuelne političke volje, a ne najviša vrednost i nezavisna institucija koja tu vrednost treba da štiti.

Pored objektivne, formalne i materijalne, komponente dostojanstva ustava, veliki značaj ima i njegova subjektivna komponenta. To je svest većine učesnika u javnom životu, a prevashodno građana kao nosioca suverenosti, da je ustav vrhovni zakon (*lex superior*) i da se suprematija ustava ne svodi samo na formalnu usklađenost nižih pravnih akata sa njim, već da je ustav i najviša vrednost u javnom poretku jedne zemlje.

Ustav bi trebalo da bude trajna tvorevina, koja nadživljuje jednu generaciju, a pogotovo jednu generaciju političara. To je i nacionalna tvorevina koja nije nastala kao rezultat ksenofobije jednog naroda i njegove zatvorenosti, već otvorenosti ka pozitivnim uticajima spolja, onim koji ne ugrožavaju vitalne interese države i građana. Ipak, snaga jednog ustava ponajviše se nalazi u unutrašnjim činionicima, kao što su povoljne društvene prilike, solidan nivo pravne i političke kulture i funkcionisanje ustavnog suda kao institucije od najvećeg autoriteta.

Prilog o dostojanstvu ustava prirodno sledi nakon onog koji smo dali na prošlogodišnjoj, jubilarnoj 25. sesiji Kopaoničke škole prirodnog prava. Reč je o fragmentarnom, nedovršenom rezonovanju o pojmovima kao što su ustavni moral, ustavna kultura i dostojanstvo ustava koji se ređe spominju, a pogotovo objašnjavaju u srpskoj, pa i stranoj, ustavnopravnoj literaturi. Nije, međutim, reč o čisto teorijskim razmatranjima apstraktnih i nedovoljno utemeljnih pojmova u ustavnopravnoj nauci. Ova razmatranja su, po pravilu, "isprovocirana" postupanjem, a često i nepostupanjem Ustavnog suda Srbije u vremenu u kojem je njegova uloga u izgradnji vladavine prava od neprocenjive vrednosti. Ustavnopravna nauka ima svetu dužnost da opominje, ohrabruje, podstiče Ustavni sud kako bi ovaj presudjivao po meri Ustava, a ne po meri aktuelne politike.

U momentu predaje ovog rukopisa, Ustavni sud još nije "presekao" u jednom od najvažnijih ustavnih sporova normativne kontrole prava od 1990. Reč je

o oceni ustavnosti i zakonitosti Statuta AP Vojvodine. Do momenta kada će duhovna pravna elita na Kopaoniku imati prilike da se upozna sa sadržinom ovog rada, Ustavni sud će valjda doneti konačnu odluku. Neka ta odluka bude potvrda ispravnosti naše težnje da Ustavni sud u bliskoj budućnosti vidimo kao pravog čuvara ustavnog morala i dostojanstva Ustava!

VLADAN PETROV, LL.D.,
Associate professor, Faculty of Law, University of Belgrade
DARKO SIMOVIĆ, LL.D.,
Associate professor, The Academy of Criminalistic
and Police Studies, Belgrade

REGIONAL STATE – (IN)CORRECT WAY TO DECENTRALIZATION OF THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

Since the mid-1990s of the last century, there has been an increase in numbers of advocates of the idea that regionalization of Serbia is the most adequate response to the existing social and political situation in the country. Beside further democratization of the society, decentralization of state power would lead to more equitable regional development. It would imply breaking with traditional concept of decentralization by establishing autonomous provinces, but at the same time regionalization would help to resolve the problem of Vojvodina which still remains open. However, the idea of regionalization has many significant disadvantages. Political system with two levels of government would address the same problems as federal state. Such a solution would lead to artificial state boundaries which have no historical justification in Serbia. There is also a legitimate danger from sowing the seeds of separatism by establishing new state boundaries. In addition, regionalization of Serbia would mean at the same time multiplication of centers of decision making, growth of administration and creation of new costs.

MILE DMIČIĆ

KONSTITUTIVNOST NARODA KAO BOSANSKOHERCEGOVAČKI FENOMEN

U V O D

Ustavna kategorija “konstitutivnost Bošnjaka, Hrvata i Srba” je jedan od temelja društva i države, koja je potvrđena i odlukama Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u ustavnosudskom sporu o konstitutivnosti naroda i promjenama ustava i zakona entiteta.¹

Istovremeno, o tome šta podrazumijeva pojam i sadržaj ustavnog instituta vitalni (nacionalni) interes, teško je dati određen i opšteprihvatljiv odgovor. Svaki nacionalni interes nije i vitalno pitanje, a nije svaki nacionalni interes takvog kvaliteta, statusa i značaja da bi se mogao smatrati vitalnim interesom.²

Dr Mile Dmičić, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjoj Luci.

¹ Ustavni sud Bosne i Hercegovine, Djelomična odluka, Predmet U-5/98 III od 1. jula 2000, (“Službeni glasnik Bosne i Hercegovine” broj 23/00). U cilju provođenja “odluke o konstitutivnosti” potpisan je i Sporazum o njenom sprovođenju (2002), kojim su predviđeni mehanizmi i postupci i procedure za zaštitu vitalnih nacionalnih interesa.

² Vitalni nacionalni interes je živa materija, proces prožet višestrukim nitima mnogobrojnih ulaznih “referenci”, sastavljenih od različitih potreba, stremljenja, aktivnosti na uozbiljenju onoga što čini, odnosno od čega se sastoji stvarni ili pretpostavljeni, nacionalni interes. Nacionalna ravnopravnost dio je kompleksa nacionalnog pitanja kao skup političkih zahtjeva za slobodnim razvitkom nacije, za eliminisanjem svih oblika nacionalne nejednakosti i za ostvarenjem prava nacije na samoodređenje do otcjepljenja. U višenacionalnim zajednicama nacionalno pitanje postoji u punom smislu ako se odnosi među nacijama održavaju u bilo kojem obliku nacionalne nejednakosti i neravnopravnosti, ili na podgvrgavanju nacija nekoj nadnacionalnoj državnoj tvorevini. Naci-

S obzirom na to da postoji više shvatanja, orijentacija i pravaca u definisanju "vitalnog nacionalnog interesa"³, u njegovom određivanju neophodno je, prvenstveno, imati u vidu:

- najjednostavnije je definisati, artikulirati i ostvariti nacionalni interes, uključujući i vitalni, kod onih naroda koji imaju svoje nezavisne, stabilne i snažne države, uređene odnose sa drugim državama i narodima, čiji pripadnici govore istim jezikom, koji ispovijedaju istu vjeru, imaju zajedničku i blisku istorijsku prošlost i tradiciju, a većina savremenih nacija danas ne živi u takvim ambijentima i sa takvim performansama;

- svaki nacionalni interes nije i vitalni interes naroda, bez čijeg bi ostvarenja (jedan konstitutivni) narod bio ozbiljno uskraćen u pogledu svog subjektiviteta i identiteta, pa čak i egzistencije, jer se razlika najbolje pokazuje na tome da je interes svakog naroda da bude što razvijeniji, ekonomski bogatiji i socijalno sigurniji, ali i ukoliko sve to ne može postići, neće biti dovedeni u pitanje njegov politički subjektivitet, identitet i kulturna, duhovna, tradicijska, vjerska i druga posebnost;

- jednom definisani vitalni nacionalni interes nije nepromjenljiva, već dinamična i istorijski determinisana kategorija, čije je određivanje u višenacionalnim zajednicama veoma otežano;

- nacionalni interes determinisan je socioekonomskim, političkim, kulturnim, duhovnim i drugim činiocima koji su, u datom istorijskom periodu, odlučujuće uticali i na sve druge vladajuće odnose, procese i tendencije u toj epohi, a ne samo na određenje nacionalnog interesa;

- nacionalni interes, kao pravna i sociološko-politikološka kategorija, bitno je uslovljen time ko ga oblikuje, artikulira i ozvaničuje za svaki narod ponaosob, zbog čega je, u osnovi, fenomen nacionalni interes istovremeno i pravno i političko pitanje;

- sučeljavanje nacionalnih interesa i isticanje samo jednog od njih najčešće podstiče sukobe, posebno zbog nacionalne ili konfesionalne različitosti i protivječnosti, što je veoma važno kod definisanja, profilisanja i uozbiljenja nacionalnog interesa naroda.

Kod definisanja nacionalnog interesa neophodno je imati u vidu njegovu izmjenjivost i punu korespondenciju sa djelatnostima i akterima koji ga određuju, legalizuju i legitimišu kao način ispoljavanja i zadovoljavanja nacionalnih sadržaja, ciljeva i potreba.

onalno pitanje ne postavlja se tek u 4% država u svijetu. "Trebaviti razliku između sintagmi nacionalna grupa i etnička grupa. U zapadnim zemljama, nacionalni interes znači interes cijele nacije (naroda), odnosno države, zato je nacionalni interes identičan državnom interesu. U Bosni i Hercegovini, sintagma nacionalni interes označava interes jednog od tri konstitutivna naroda (Bošnjaka, Hrvata, Srba (!?)..." (Lj. Tadić, Politikološki leksikon, Beograd, 1996, 78-79).

³ Z. Seizović, Konstitutivni naroda i ustavne promjene, Banja Luka, 2008, 169. Autor ističe: "Trebaviti razliku između sintagmi nacionalna grupa i etnička grupa. U zapadnim zemljama, nacionalni interes znači interes cijele nacije (naroda), odnosno države zato je nacionalni interes identičan državnom. U Bosni i Hercegovini, sintagma nacionalni interes označava interes jednog od tri konstitutivna naroda (Bošnjaka, Hrvata, Srba (!?)..."

Uparedni pregled rješavanja u ustavima o institutu konstitutivni
(državotvorni) narodi

Konstitutivni narodi⁴ jedne državne zajednice su oni koji je tvore, odnosno od kojih je socijalna supstanca te države "sazdana".⁵ Sagledavajući konstitutivnost naroda i kao teorijski pojam i ustavnu kategoriju, ističe se to da u "političkim naukama i u ustavnopravnoj literaturi pojam, odnosno kategorija 'konstitutivni narod' nisu cjelovitije obrađeni. U političkim sistemima i ustavnim uređenjima zapadnih demokratija ova sintagma je nepoznata".⁶

U vezi sa temom koja je predmet ovog rada navodimo karakteristična iskustva nekih zemalja, a posebno u okruženju, u pogledu ustavnih rješenja o institutu državotvorni, konstitutivni ili autohtoni narodi, i to:

1) *Sjedinjene Američke Države*. – U Ustavu SAD navodi se "Mi, narod Sjedinjenih Država ... donosimo i utvrđujemo ovaj Ustav za Sjedinjene Države Amerike."

2) *Indija*. – Ustav Indije utvrđuje: "Mi narod Indije, pošto smo svečano odlučili da Indiju konstituišemo u suverenu socijalističku demokratsku republiku..."

3) *Francuska Republika*. – Ustav navodi da "francuski narod svečano proglašava svoju privrženost pravima čovjeka i načinima narodne suverenosti kako su bila utvrđena Deklaracijom iz 1789, potvrđenom i dopunjenom Preambulom Ustava od 1946, ... zajednica je zasnovana na jednakosti i solidarnosti naroda koji je sačinjavaju." Nema nikakvog razlikovanja vezano za etničku pripadnost u odnosu na pripadnike francuskog naroda.

4) *Švajcarska*. – U preambuli Ustava se koristi sljedeća formulacija: "U ime Boga Svemogućeg! Mi, narod Švajcarske i kantona ... usvajamo ovaj Ustav..."

5) *Savezna Republika Njemačka*. – U preambuli Ustava kaže se da: "Sa svijetom o odgovornosti pred Bogom i ljudima, sa voljom kao ravnopravni član u ujedinjenoj Evropi služi miru u svijetu, njemački narod je na osnovu svoje ustavotvorne moći sebi podario ovaj Osnovni zakon." Sintagma njemački narod je bez dodatnih referenci ko predstavlja njemački narod.

6) *Španija*. – U preambuli Ustava navodi se da je Ustav utvrdila "Španski narod, želi da ustanovi pravdu, slobodu i sigurnost i da unaprijedi dobrobit svih svojih pripadnika u okviru svog suvereniteta". Pod španskim narodom podrazumijevaju se svi oni koji su državljani Španije.⁷

7) *Hrvatska*. – Ustav u svojoj preambuli navodi da se "Republika Hrvatska ustanovljuje ... kao nacionalna država hrvatskog naroda i država pripadnika

⁴ Termin "konstitucija" potiče od latinske riječi *constitutio*, što znači uređenje. Riječ *constitutio* znači "sazdan". Termin "konstitutivan" bi se, u duhu jezika konstitutivnih naroda, mogao prevesti sa "tvoran" ili "tvoritelski" ili deskriptivna, "onaj koji nešto tvori, čin" (Z. Seizović).

⁵ Z. Seizović, *Konstitutivni narodi i ustavne promjene*, Sarajevo, 2008, 9.

⁶ K. Trnka, *Konstitutivnost naroda*, Sarajevo, 2000, 47.

⁷ Z. Seizović, "Konstitutivni narodi i ustavne promjene", Banja Luka, 2008, 9.

autohtonih nacionalnih manjina: Srba, Čeha, Slovaka, Talijana, Mađara, Židova, Nijemaca, Austrijanaca, Ukrajinaca, Rusina i dr., koji su njezini državljani kojima se jamči ravnopravnost s građanima hrvatske narodnosti i ostvarivanje nacionalnih prava u skladu s demokratskim normama OUN i zemalja slobodnoga svijeta.”

8) *Slovenija*. – Ustav navodi da je ova država “država svih njenih građana zasnovana na trajnom i neotuđivom pravu slovenske nacije na samoopredjeljenje”. Ustav takođe određuje: “Svako ima pravo da slobodno izražava pripadnost svojoj naciji ili nacionalnoj zajednici, da njeguje i izražava svoju kulturu i da upotrebljava svoj jezik i pismo.”

9) *Srbija*. – U Ustavu Srbije se ističe: “Republika Srbija je država srpskog naroda i svih građana koji u njoj žive...”

10) *Bosna i Hercegovina*. – Završna odredba preambule Ustava Bosne i Hercegovine glasi: “Bošnjaci, Hrvati i Srbi, kao konstitutivni narodi (zajedno sa ostalim), i građani Bosne i Hercegovine ovim odlučuju da Ustav Bosne i Hercegovine”, čime i cjelokupna struktura javne vlasti izvorno proizilazi iz konstitutivnosti i ravnopravnosti Bošnjaka, Hrvata i Srba i položaja pripadnika ostalih naroda i građana.

Određivanje konstitutivnih naroda i njihovog vitalnog nacionalnog interesa u ustavnopravnom sistemu Bosne i Hercegovine i entiteta

Ustavom Bosne i Hercegovine utvrđeni su (posljednja alineja Preambule) nosioci suverene vlasti – Bošnjaci, Hrvati i Srbi koji su istovremeno označeni kao konstitutivni narodi i građani BiH.⁸ S obzirom na njen “složen, umnogome specifičan, oblik državnog uređenja”, suverenost naroda izražava se i ostvaruje u međusobnom prožimanju i građanskog i nacionalnog interesa, na čemu se zasniva cjelokupna struktura javne vlasti u Bosni i Hercegovini. Ova nerazdvojna povezanost ostvaruje se u procesu odlučivanja o najvažnijim pitanjima u okviru institucija ustavnopravnog i političkog sistema. Međutim, Ustav Bosne i Hercegovine ne definiše pojam vitalnog nacionalnog interesa.

Ustav Bosne i Hercegovine⁹ obavezuje sve državne i entitetske organe da osiguraju najviše standarde međunarodno priznatih ljudskih prava i sloboda bez diskriminacije po bilo kojoj osnovi ili statusu. Međutim, ustavnopravni i političko položaj “Ostalih”¹⁰ nije dosljedno uređen Ustavom Bosne i Hercegovine. Oni su u preambuli označeni kao subjekti koji su učestvovali u donošenju ustava, mada

⁸ S. Savić, *Konstitutivnost naroda u Bosni i Hercegovini*, Banja Luka, 2002, 93.

⁹ Član II Ustav Bosne i Hercegovine, OHR, Sarajevo 25-35.

¹⁰ U kontekstu određenja ustavnopravnog modela Bosne i Hercegovine: jedna država, dva entiteta, tri konstitutivna naroda, “Ostali” nemaju svoje političke stranke i političke elite, tako da nema nikoga ko bi ih predstavljao, oni nemaju svoj politički identitet i subjektivitet. Tako je bilo i na mirovnim pregovorima u Dejtonu. Osim toga, kako Parlamentarna skupština Bosne i Hercegovine, neka druga državna institucija ili narod neposredno nisu odlučivali o prihvatanju Ustava, očigled-

je nejasno na koji način, a u normativnom dijelu izostavljeni su kao politički subjekt čiji predstavnici učestvuju u formiranju političkih institucija države. Tako je u Bosni i Hercegovini nastala kategorija građana (nacionalne manjine i nacionalno neopredijeljeni) koja nije naročito brojna¹¹ ali je diskriminirana uprkos izričitoj ustavnoj zabrani diskriminacije¹² na bilo kojem osnovu, uključujući i onu na osnovu nacionalne (etničke) pripadnosti. Njihova, i uopšte diskriminacija je "... suprotna i međunarodnim konvencijama o ljudskim pravima i slobodama koje je Bosna i Hercegovina usvojila i inkorporisala u svoj ustav, kao što su Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima i Okvirna konvencija za zaštitu nacionalnih manjina.¹³ Takođe, Venecijanska komisija je dala svoje mišljenje o "konstitutivnim narodima" sa stanovišta individualnih i kolektivnih prava, na način da "postoji ... jasna ustavna obaveza ne povređivati na diskriminatoran način individualna prava koja očigledno proizilaze iz člana II tačka 3 i 4 Ustava Bosne i Hercegovine..."

Ustavom Bosne i Hercegovine i entiteta utvrđeno je načelo nediskriminacije po bilo kojem osnovu ili statusu, pa i po nacionalnoj pripadnosti ili porijeklu.¹⁴ Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, koja se direktno primjenjuje i ima prednost nad svim zakonima, po mišljenju nekih autora, ima cilj da obezbijedi zaštitu individualnih, a ne kolektivnih prava.

Ustavno uređenje Bosne i Hercegovine obezbjeđuje da instrumentima za zaštitu svojih vitalnih nacionalnih interesa raspolažu samo odgovarajući Ustavom propisani predstavnici triju konstitutivnih naroda, a ne i predstavnici drugih naroda. U pogledu Ustava Bosne i Hercegovine konstitutivnost naroda utvrđuje se kao princip i norma samo u preambuli, ali su konsekvence ovog ustavnog principa razvijene i u drugim ustavnim odredbama među kojima su najvažnije: zabrana diskriminacije po osnovu nacionalne¹⁵, vjerske i druge pripadnosti ili ličnog svoj-

no je da su "Ostali" spomenuti u preambuli Ustava kao jedan od njegovih donosilaca možda samo iz razloga političke korektnosti.

¹¹ Prema popisu stanovništva iz 1991. godine, u Bosni i Hercegovini živjelo je 7,9% Jugoslavena i pripadnika nacionalnih manjina. Iako popis stanovništva nije vršen skoro dvije decenije, a u ratnom i poratnom vremenu drastično je izmijenjena struktura stanovništva, procenat građana koji pripadaju nacionalnim manjinama ili su nacionalno neopredijeljeni teško može biti veći od gore pomenutog.

¹² "Uživanje prava i sloboda, predviđenih u ovom članu li u međunarodnim sporazumima navedenim u Aneksu I ovog Ustava, osigurano je svim licima u Bosni i Hercegovini bez diskriminacije po bilo kojem osnovu kao što je pol, rasa, boja, jezika, političko i drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, povezanost sa nacionalnom manjinom, imovina, rođenje ili drugi status." Vidi: Ustav Bosne i Hercegovine, član II 4.

¹³ G. Marković, Ustavopravni položaj "Ostalih" u Bosni i Hercegovini, Godišnjak Pravnog fakulteta u Istočnom Sarajevu, Istočno Sarajevo, broj 1/2011 21-22.

¹⁴ Član II, tačka 4. Ustava Bosne i Hercegovine.

¹⁵ Nacionalna ravnopravnost dio je kompleksa nacionalnog pitanja kao skup političkih zahtjeva za slobodnim razvitkom nacije, za eliminiranjem svih oblika nacionalne nejednakosti i za ostvarivanjem prava nacije na samoodređenje do otcjepljenja. U višenacionalnim zajednicama naci-

stva; obaveza svih organa i institucija u Bosni i Hercegovini, uključujući i entitete, da sprovede zajemčena ljudska prava; ustavne garancije široke liste individualnih sloboda i prava, uključujući i ona koja proizilaze iz nacionalne i vjerske pripadnosti kao što su: sloboda misli, savjesti i vjere; sloboda izražavanja; pravo na imovinu; pravo na slobodu kretanja i prebivališta; prava izbjeglica i raseljenih lica na povratak i imovinu; obaveza primjene demokratskih principa u izgradnji i funkcionisanju svih organa i institucija u zemlji; dužnost entiteta da osiguraju pravnu sigurnost i punu zaštitu lica na svojoj teritoriji; nadređenost Ustava Bosne i Hercegovine ustavima entiteta i svim drugim propisima u zemlji; obaveza entiteta da svoje ustave, u roku od tri mjeseca od stupanja na snagu Ustava Bosne i Hercegovine, usaglase sa Ustavom Bosne i Hercegovine.

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 i promjenama ustava i zakona entiteta.¹⁶

Ustavnim promjenama (2002) entiteti su na identičan način uspostavili osnovna ustavna načela o konstitutivnosti naroda. Promjene su obuhvatile, naročito, strukturu i proces odlučivanja u zakonodavnoj vlasti na nivou entiteta i kantona, zatim u strukturi izvršne vlasti na nivou entiteta, u distribuciji najznačajnijih funkcija, te u pogledu obezbjeđenja srazmjerne nacionalne zastupljenosti u svim javnim institucijama u oba entiteta i to prema popisu stanovništva iz 1991. godine. U cilju obezbjeđivanja ravnopravnosti, odnosno konstitutivnosti sva tri naroda u zakonodavnoj vlasti i zaštite vitalnih nacionalnih interesa, u Federaciji je uspostavljen Dom naroda, a u Republici Srpskoj Vijeće naroda.

U Republici Srpskoj, kao i u Federaciji Bosne i Hercegovine, vitalni nacionalni interes konstitutivnih naroda njihovim ustavima je definisan na sljedeći način: "ostvarivanje prava konstitutivnih naroda da budu adekvatno zastupljeni u zakonodavnim, izvršnim i pravosudnim organima vlasti; identitet jednog konstitutivnog naroda; ustavni amandmani; organizacija organa javne vlasti; jednaka prava konstitutivnih naroda u procesu donošenja odluka; obrazovanje, vjeroispovijest, jezik, negovanje kulture, tradicije i kulturno nasljeđe; teritorijalna organizacija; sistem javnog informisanja; i druga pitanja koja bi se tretirala kao pitanja od vitalnog nacionalnog interesa ukoliko tako smatra dvije trećine jednog od klubova delegata konstitutivnih naroda u Vijeću naroda."¹⁷

onalno pitanje postoji u punom smislu ako se odnosi među nacijama održavaju u bilo kojem obliku nacionalne nejednakosti i neravnopravnosti, ili na podvrgavanju nacija nekoj nadnacionalnoj državnoj tvorevini. Nacionalno pitanje ne postavlja se tek u 4% država u svijetu.

¹⁶ Ustavni sud Bosne i Hercegovine, Djelomična odluka, Predmet U-5/98 III od 1. jula 200 ("Službeni glasnik Bosne i Hercegovine" broj 23/00).

¹⁷ Član 70. Ustava Republike Srpske (M. Dmičić, Ustavno pravo - dopuna osnovnoj literaturi, Banja Luka, 2011, 275-280).

Ustavima entiteta su pojedinačno nabrojane oblasti koje predstavljaju vitalni nacionalni interes, uz utvrđivanje da su od vitalnog nacionalnog interesa i "druga pitanja koja bi se tretirala kao pitanja od vitalnog nacionalnog interesa ukoliko tako smatraju dvije trećine jednog od klubova delegata konstitutivnih naroda u Vijeću naroda". Ustanovljeno je pravo klubovima konstitutivnih naroda da svako pitanje zakonodavne nadležnosti mogu tretirati kao pitanje od vitalnog nacionalnog interesa. Takvim definisanjem pitanja vitalnog nacionalnog interesa uspostavljen je sistem njihove zaštite, jer je dato generalno ovlaštenje delegatima, odnosno klubovima konstitutivnih naroda da u svakoj prilici i u svakom povodu dovedu u pitanje donošenje propisa iz nadležnosti zakonodavne vlasti, pa i onih propisa koji objektivno nemaju nikakvu vezu sa povredom vitalnog nacionalnog interesa jednog konstitutivnog naroda.

Međutim, "ovakvim problematičnim i ekskluzivnim pravom koje je dato samo konstitutivnim narodima krše se osnovna ljudska prava i slobode. Ustavni sud zapaža da status konstitutivnog naroda potiskuje status manjine. U praksi ostvarivanja konstitutivnosti, s obzirom na nejednaku brojčanu snagu triju konstitutivnih naroda, postavilo se kao otvoreno pitanje da li konstitutivnost jednog naroda isključuje njegov status manjine prema aktuelnim međuna-rodno pravnim sporazumima. Posljedica pozitivnog odgovora bila bi da se pripadnici te grupe ne mogu pozivati na status manjine, koji bi im, zapravo, pripadao da nemaju privilegiju konstitutivnosti"¹⁸ Postoji problem koji u suštini inauguriše stvarnu (ne)ravnopravnost naroda, koji proizilazi iz Odluke Ustavnog suda Bosne i Hercegovine o konstitutivnosti naroda, a na osnovu koje su amandmansi izmijenjeni ustavi entiteta, koja se u praksi izražavala kao očigledno nedemokratska i protivustavna.

Zaštita vitalnih nacionalnih interesa ostvaruje se putem Vijeća naroda u Republici Srpskoj i Doma naroda u Federaciji Bosne i Hercegovine.

Ustavom Republike Srpske je utvrđeno da "Srbi, Bošnjaci i Hrvati, kao konstitutivni narodi i ostali građani, ravnopravno i bez diskriminacije, učestvuju u vršenju vlasti u Republici Srpskoj" (član 1, stav 4), da se njeno ustavno uređenje temelji na "osiguravanju nacionalne ravnopravnosti i zaštiti vitalnih interesa konstitutivnih naroda" (član 5, alineja 2 stav 1), da se najviše dvije najvažnije funkcije "mogu popuniti iz reda jednog konstitutivnog naroda ili iz reda ostalih" (član 69). Posebno je značajno što su definisana pitanja koja su od vitalnog nacionalnog interesa, od kojih zavisi ostvarivanje ravnopravnosti sva tri konstitutivna naroda, uz ostavljenu široku mogućnost da se i svako drugo pitanje, pod određenim uslovima, proglasi pitanjem koje je od vitalnog nacionalnog interesa.

Takođe, Ustavom je utvrđeno da će zakonodavnu vlast u Republici Srpskoj vršiti Narodna skupština i Vijeće naroda. "Zakoni i drugi propisi koje izglasa Narodna skupština, a koji se tiču pitanja vitalnog nacionalnog interesa bilo kojeg od

¹⁸ Obavještenje o nekim pojavama od interesa za ostvarivanje ustavnosti i zakonitosti, Banja Luka, mart 2011, 13-14.

konstitutivnih naroda, stupaju na snagu tek nakon usvajanja u Vijeću naroda” (član 69, stav 3).

Amandmanom LXXVIII¹⁹ dopunjen je član 71. Ustava da najmanje četiri člana jednog konstitutivnog naroda moraju biti zastupljena u Narodnoj skupštini. Posebne izborne procedure propisuju način dodjele poslaničkih mandata, kako bi se obezbijedila ova minimalna zastupljenost konstitutivnih naroda u Narodnoj skupštini. Isti Amandman predviđa da ni jedan poslanik u Narodnoj skupštini odnosno opštinskoj skupštini ne može vršiti funkciju delegata u Vijeću naroda. Takođe, predsjednici i potpredsjednici entiteta su iz tri konstitutivna naroda, a biraju se u skladu sa ustavima entiteta.

Izvršna vlast – Vlada, do provođenja Aneksa VII – Sporazuma o izbjeglicama i raseljenim licima, sastavljena je od predsjednika i šesnaest ministara, od kojih su osam iz srpskog, šest iz bošnjačkog i tri iz hrvatskog naroda. Takođe, Vlada Federacije BiH, osim predsjednika, ima šesnaest ministara i to osam iz bošnjačkog, pet iz hrvatskog i tri iz srpskog naroda. Nakon potpunog provođenja Aneksa VII, najmanje 15% članova Vlade mora biti iz jednog konstitutivnog naroda, zatim najmanje 35% iz dva, a jedan član iz reda ostalih. Predviđena je i obaveza proporcionalne zastupljenosti naroda u javnim institucijama u oba entiteta.

Istovremeno, postoji potreba da se ustavni institut “vitalni nacionalni interes”, i kao teorijsko i kao praktičko pitanje, cjelovito i kontinuirano sagledava, ne samo sa pravnog i političkog stanovišta, već i u kontekstu socijalne strukture i dinamike razvoja i demokratizacije njenog društva. Bosna i Hercegovina sada ima formalnu obavezu izmjene svog ustava, a zatim Izbornog zakona. Iako su tu obavezu imale i dosad, niko nije mogao primoravati političke institucije da otklone diskriminaciju, jer ne postoji niti može postojati domaća institucija,²⁰ koja bi utvđivala protivrječnost ustavnog teksta i naređivala njegovo otklanjanje, niti utvrđivati da li su ustavne norme u saglasnosti sa normama međunarodnih konvencija koje su dio ustavnog sistema Bosne i Hercegovine. Pitanje je da li će Parlamentarna skupština Bosne i Hercegovine otkloniti diskriminaciju samo formalno ili i stvarno.

Ustavnopravni položaj “ostalih” u Bosni i Hercegovini

U Bosni i Hercegovini, čiji se politički režim ponekad kolokvijalno označava kao “etnokratija”, postoji kategorija građana koja nije naročito brojna,²¹ ali je

¹⁹ “Službeni glasnik Republike Srpske” broj 21/02.

²⁰ Tačnije, ne postoji kontrolna institucija koja bi se bavila time, pošto Parlamentarna skupština Bosne i Hercegovine, kao organ ustavotvorne vlasti, može izmijeniti ustavne norme koje su u suprotnosti sa prihvaćenim međunarodnim konvencijama ili sa drugim ustavnim normama kojima jamči veći obim ljudskih prava i sloboda.

²¹ Prema popisu stanovništva iz 1991. godine, u Bosni i Hercegovini živjelo je 7,9 Jugoslovena i pripadnika nacionalnih manjina. Iako popis stanovništva nije vršen skoro dvije decenije, a u

diskriminirana uprkos izričitoj ustavnoj zabrani diskriminacije.²² “Diskriminacija je suprotna i međunarodnim konvencijama o ljudskim pravima i slobodama koje je Bosna i Hercegovina usvojila i inkorporisala u svoj ustav, kao što su Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima i Okvirna konvencija za zaštitu nacionalnih manjina. Presuda Evropskog suda za ljudska prava u sporu Sejdić i Finci protiv Bosne i Hercegovine samo je potvrdila da diskriminacija postoji i da mora biti otklonjena.²³ Diskriminacija se ogleda u uskraćivanju pasivnog biračkog prava na izborima za Predsjedništvo Bosne i Hercegovine građanima koji ne pripadaju jednom od konstitutivnih naroda. Ustav u čl. 104, I i V st. 1 izričito predviđa da će u sastav ovih institucija ulaziti samo članovi iz reda bošnjačkog, hrvatskog i srpskog naroda. Kako se radi o institucijama koje su nosioci značajne političke moći, građanima koji pripadaju “Ostalima” uskraćeno je pravo da učestvuju u vršnju vlasti po osnovu svoje etničke pripadnosti. Oni imaju pasivno biračko pravo na izborima za Predstavnički dom Parlamentarne skupštine, ali ga ne ostvaruju kao “Ostali” nego kao građani, tako da se na ovaj način ne otklanja niti umanjuje njihova diskriminacija.

Ustavopravni i politički položaj “Ostalih” nije dosljedno uređen Ustavom Bosne i Hercegovine. Oni su u preambuli označeni kao subjekti koji su učestvovali u donošenju ustava, mada krajnje nejasno na koji način,²⁴ da bi u normativnom dijelu bili izostavljeni kao politički subjekt čiji predstavnici učestvuju u formiranju političkih institucija države.

Iako je Ustav u svojoj preambuli proklamovao da su i “Ostali” učestvovali u njegovom donošenju, ne može se reći da su oni jedan od titulara suvereniteta. Na to ukazuju i terminološke razlike – dok se tri dominantne etničke grupe nazivaju konstitutivnim ili državotvornim, etničke grupe koje se podvode pod pojam “Ostali” to nisu. Teoriji ustavnog prava jasna je ova razlika u pravopolitičkom položaju državotvornih i nedržavotvornih etničkih grupa. Iako nema jedinstve-

ratnom i poratnom vremenu drastično je izmijenjena struktura stanovništva, procenat građana koji pripadaju nacionalnim manjinama ili su nacionalno neopredijeljeni teško može biti veći od gore pomenutog.

²² “Uživanje prava i sloboda, predviđenih u ovom članu ili u međunarodnim sporazumima navedenim u Aneksu I ovog Ustava, osigurano je licima u Bosni i Hercegovini bez diskriminacije po bilo kom osnovu kao što je pol, rasa, boja, jezik, vjera, političko i drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, povezanost sa nacionalnom manjinom, imovina, rođenje ili drugi status.” – Ustav Bosne i Hercegovine, čl. II 4.

²³ G. Marković, Ustavopravni položaj “ostalih” u Bosni i Hercegovini, Godišnjak pravnog fakulteta u Istočnom Sarajevu, Istočno Sarajevo, broj 1, 2011, 21–22.

²⁴ “Ostali” nemaju svoje političke stranke i političke elite, tako da nije bilo nikoga ko bi ih predstavljao na mirovnim pregovorima u Dejtonu. Osim toga, kako Parlamentarna skupština Bosne i Hercegovine, neka druga državna institucija ili narod neposredno nisu odlučivali o prihvatanju Ustava, očigledno je da su “Ostali” spomenuti u preambuli Ustava kao jedan od njegovih donosilaca samo iz ragloga političke korektnosti.

nog stava o tome ko je titular suvereniteta u Bosni i Hercegovini,²⁵ mišljenja se kreću od stava da su to građani i konstitutivni narodi, do stava da su to samo građani ili samo konstitutivni narodi, ali nije rašireno i mišljenje da su i "Ostali" nosioci suvereniteta.

Pravo "Ostalih" da učestvuju u vršenju državne vlasti na nivou Bosne i Hercegovine ne proističe iz normativnog dijela Ustava, sa izuzetkom člana II, već iz njegove preambule i Aneksa I. Opšte norme sadržane su u članu II, kojima se jamči primjena međunarodnih akata o ljudskim pravima i slobodama i zabranjuje diskriminacija, u suprotnosti sa normama sadržanim u članovima IV i V Ustava, pa se može reći da je Ustav protivrječan u smislu priznavanja i primjene biračkog prava određenih kategorija građana, uključujući "Ostale". Stoga, ne može jedan pravni akt, pogotovo najviši i osnovni, jednom normom jamčiti određeno pravo, da bi je drugom negirao. Što se tiče Preambule Ustava Bosne i Hercegovine, ona je nejasna i deklarativna, pa dopušta različita tumačenja učešća "Ostalih" u političkim institucijama Bosne i Hercegovine.²⁶

Međutim, ustavi entiteta i kantona korektnije su normirali položaj "Ostalih", iako nisu otklonili diskriminaciju.²⁷ Prije svega, "Ostali" su određeni kao ustavo-pravni i politički subjekat u preambulama ustava entiteta, a garantuje im se zastupljenost u pojedinim političkim institucijama.

Akti Narodne Skupštine i postupak za donošenje odluka o povredi vitalnog nacionalnog interesa

Narodna skupština, pored Ustava, donosi zakone, prostorni plan, budžet, završni račun budžeta, deklaracije, rezolucije, preporuke, odluke i zaključke i daje autoentično tumačenje akata koje donosi. S obzirom na to da je Amandmanom LXXVI propisano da zakonodavnu vlast vrši Narodna Skupština i Vijeće naro-

²⁵ Vidi: K. Trnka, *Ustavno pravo*, Fakultet za javnu upravu, Sarajevo 2006, 177-178; N. Pobrić, *Ustavno pravo*, Slovo, Mostar 2000, 111; Z. Miljko, *Ustavno uređenje Bosne i Hercegovine*, Hrvatska sveučilišna naklada, Zagreb 2006, 227.

²⁶ Napredak Bosne i Hercegovine ogleda se u sledećem: stvorene su jedinstvene oružane snage, zemlja je pristupila programu Partnerstvo za mir, potpisan je Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju sa Evropskom unijom, usvojen je prvi amandman na Ustav Bosne i Hercegovine, država će imati svog predstavnika u Savjetu bezbjednosti Ujedinjenih nacija u dvogodišnjem periodu počev od 1. januara 2010. godine.

²⁷ "Neizjašnjavanje sadašnjih aplikanata kao pripadnika jednog od konstitutivnih naroda učinilo ih je nepodobnim za kandidovanje na izborima za Predsjedništvo. (...) Slijedi da ustavne odredbe koje čine aplikante nepodobnim za kandidovanje na izborima za Predsjedništvo takođe moraju biti smatrane diskriminatorским i suprotnim članu 1 Protokola 12, pri čemu sud smatra da se u ovom pogledu ne može povući ni jedna umjesna razlika između Doma naroda i Predsjedništva Bosne i Hercegovine" – Slučaj Sejdić and Finci v. Bosnia and Hercegovina, predstavka br. 27996 i 348367/06 § 56.

da, a Amandmanom LXXVII²⁸ je definisan vitalni interes, to je Amandmanom LXXXII predviđena procedura za zakone u vezi sa vitalnim interesima.

Vijeće naroda je u ustavnopravni sistem Republike Srpske uvedeno Amandmanom LXXVI²⁹, kojim je dopunjen član 58. Ustava, tako da je propisano: "Zakonodavnu vlast će u Republici Srpskoj vršiti Narodna skupština i Vijeće naroda. Zakoni i drugi propisi koje izglasa Narodna skupština, a koji se tiču pitanja vitalnog nacionalnog interesa bilo kojeg od konstitutivnih naroda, stupaju na snagu tek nakon usvajanja u Vijeću naroda."³⁰

Vijeće naroda je u sistem zakonodavne vlasti Republike Srpske uvedeno s primarnim ciljem zaštite vitalnih nacionalnih interesa konstitutivnih naroda, te, kao takvo, ne učestvuje u postupku donošenja zakona, propisa i drugih akata, nego je njegova nadležnost svedena na vršenje kontrole izglasanih zakona, propisa i akata u Narodnoj skupštini radi utvrđivanja da li se propisima ugrožavaju vitalni nacionalni interesi nekog od konstitutivnih naroda.

Dakle, Vijeće naroda je zakonodavni organ specifičnog kapaciteta. On nema uobičajen položaj drugog doma u savremenoj parlamentarnoj demokratiji, uglavnom složenih država, niti ima puni kapacitet u procesu donošenja zakona i drugih propisa i akata. Na aktima već usvojenim u Narodnoj skupštini, Vijeće naroda ima pravo ocjenjivanja vitalnih nacionalnih interesa koji su definisani članom 70. Ustava, dopunjenom Amandmanom LXXVII.

Sastav Vijeća naroda je paritetan tako da svaki konstitutivni narod ima isti broj delegata i to po osam, a četiri člana su iz reda "Ostalih", koji imaju pravo da ravnopravno učestvuju u postupku većinskog glasanja. Delegati Vijeća naroda biraju se posredno i bira ih odgovarajući *ad hoc* klub poslanika u Narodnoj skupštini, koji se formira samo za tu potrebu, na bazi nacionalne pripadnosti narodnih poslanika. U slučaju da broj članova jednog kluba delegata u Vijeću naroda bude veći od broja predstavnika u odgovarajućem klubu Narodne skupštine, dodatni broj delegata će birati klub koji se formira u tu svrhu iz reda odbornika, odgovarajuće nacionalne pripadnosti, u svim skupštinama opština u Republici Srpskoj. Procedura izbora delegata u Vijeće naroda je, dakle, višestepena, započinje nakon konstituisanja Narodne skupštine, nastavlja se konstituisanjem klubova u Narodnoj skupštini, u praksi uvijek do sada i konstituisanjem barem dva dodatna kluba odbornika iz svih skupština opština u Republici Srpskoj na osnovu nacionalne

²⁸ "Službeni glasnik Republike Srpske" broj 21/02.

²⁹ "Službeni glasnik Republike Srpske" broj 21/02.

³⁰ Amandmanom XCI na Ustav Republike Srpske, kojim je dopunjen član 138. Ustava, utvrđeno je da "nakon sljedećih opštinskih izbora konačan način biranja članova u Vijeću naroda uređuje Narodna skupština i Vijeće naroda".

pripadnosti, koji, uz angažovanje Centralne izborne komisije Bosne i Hercegovine, biraju delegate u Vijeću naroda.³¹

Na osnovu dosadašnjeg iskustva, vidljivo je da je vitalni nacionalni interes preširoko postavljen u Ustavu, da daje mogućnost opšte interpretacije i opstrukcije, da se koristi i kao političko sredstvo za osporavanje ili usporavanje zakonodavnog procesa u Republici Srpskoj.

Vijeće naroda razmatra zakone i druge propise ili akte koje Narodna skupština izglasa i dostavi Vijeću naroda, ako se oni odnose na vitalni interes utvrđen u Amandmanu LXXVII na Ustav Republike Srpske.

Predsjedavajući, potpredsjedavajući i klubovi delegata dužni su razmotriti dostavljene akte u roku od sedam dana od dana dostavljanja, a posljednjeg radnog dana do 15 časova o razmatranim aktima u pisanom obliku obavijestiti generalnog sekretara. Potom se, bez odlaganja, zakoni, drugi propisi ili opšti akti dostavljaju predsjedavajućem i potpredsjedavajućim Vijeća naroda, predsjednicima klubova kao i delegatima u klubovima Vijeća naroda.

Vijeće naroda odlučuje većinom glasova od ukupnog broja delegata u Vijeću naroda, ako Ustavom, zakonom i ovim poslovníkom nije drugačije utvrđeno. Glasanje je javno osim ako Ustavom Republike Srpske, zakonom ili poslovníkom nije utvrđena obaveza tajnog glasanja ili ako tako odluči Vijeće naroda 2/3 većinom. Procedura za zakone i druge akte u vezi sa vitalnim nacionalnim interesom kako je to definisano Ustavom. Ako više od jednog predsjedavajućeg ili potpredsjedavajućeg Vijeća naroda smatra da zakon spada u pitanja od vitalnog interesa zakon će biti uvršten na dnevni red Vijeća naroda kao pitanje od vitalnog interesa. Ako samo jedan predsjedavajući ili potpredsjedavajući tvrdi da zakon spada u pitanja od vitalnog interesa, dvotrećinska većina odgovarajućeg kluba može proglasiti da je riječ o pitanju sa liste vitalnih interesa. U tom slučaju slijedi dalja procedura propisana Poslovníkom. Predsjedavajući i potpredsjedavajući moraju donijeti odluku o roku od jedne sedmice te zaključkom obavijestiti generalnog sekretara Vijeća naroda, koji će bez odlaganja o odluci obavijestiti Narodnu skupštinu Republike Srpske. Ukoliko većina svakog kluba koji ima delegate u Vijeću naroda glasa za takve zakone ili druge propise i akte smatraće se da su oni usvojeni.

Ukoliko se u Vijeću naroda postigne saglasnost o amandmanima, takav zakon, propis ili akt se ponovo podnosi Narodnoj skupštini na odobravanje. Ukoliko saglasnost nije moguća u Vijeću naroda ili ukoliko se na prijedlog amandmana ne dobije saglasnost formiraće se Zajednička komisija od predstavnika Narodne

³¹ Zakonodavna vlast u Republici Srpskoj funkcioniše sa "nepotpunim" dvodomnim parlamentom, gdje "prvi dom" (Narodna skupština) ima sve nadležnosti parlamenta, a u "drugom domu" (Vijeće naroda) može se podići veto na akt donesen u Narodnoj skupštini i, u Ustavom utvrđenoj proceduri, utvrđivati destruktivnost tog akta po vitalni nacionalni interes. Vijeće naroda Republike Srpske imalo je do sada tri saziva (29.04.2003. – 04.12.2006; 14.12.2006 do 23.12.2010 i 23.12.2010 do danas).

Skupštine i Vijeća naroda³², koja je sastavljena na paritetnom osnovu i odluke donosi konsenzusom. Zajednička komisija usaglašava tekst zakona. Ukoliko se tekst zakona usaglasa zakon se smatra usvojenim. Ukoliko se ne postigne saglasnost, zakon neće biti usvojen, te se vraća predlagaču na novi postupak u kom slučaju predlagač ne može ponovo podnijeti isti tekst zakona, propisa ili akta.

Kada su u pitanju zakoni koji se odnose na vitalni nacionalni interes ukoliko je tako odlučeno dvotrećinskom većinom od klubova konstitutivnih naroda u Vijeću naroda zakon će se razmatrati u Vijeću naroda. Ukoliko većina svakog kluba zastupljenog u Vijeću naroda glasa za taj zakon, drugi propis ili akt, isti se smatra usvojenim. Ukoliko se Vijeće naroda usaglasa o amandmanima, zakon, propis ili akt se ponovo dostavlja Narodnoj Skupštini na odobrenje. Ako se u vijeću naroda ne postigne saglasnost o pokrenutom pitanju u vezi sa vitalnim interesom, Narodna skupština i Vijeće naroda formiraće Zajedničku komisiju. Zajednička komisija je sastavljena na paritetnom osnovu, a odluke donosi konsenzusom. Ona usaglašava tekst zakona, drugog propisa i akta. Ukoliko Zajednička komisija ne postigne saglasnost, pitanje se prosleđuje Ustavnom sudu Republike Srpske da donese konačnu odluku da li se predmetni zakon, propis ili akt odnosi na vitalni interes jednog od konstitutivnih naroda. Vijeće za zaštitu vitalnog interesa Ustavnog suda Republike Srpske odlučuje o prihvatljivosti takvih slučajeva u roku od jedne sedmice, a u roku od mjesec dana odlučuje o meritumu slučajeva koji se smatraju prihvatljivim. Ako proceduru pokrene 2/3 većina jednog od klubova, potreban je glas najmanje dvojice sudija da bi sud odlučio da se radi o vitalnom interesu. Ukoliko se na osnovu podataka i obavještenja podataka utvrđuje odgovor Ustavnom sudu, isti utvrđuje Predsjedništvo Vijeća naroda.³³

Ustavnosudska praksa u razmatranju i odlučivanju o predmetima koji se odnose na zaštitu vitalnog nacionalnog interesa pokazuje svu složenost i nedorečenost ustavne materije o vitalnom interesu i njegovom uređivanju u aktima niže pravne snage.

Mehanizam zaštite ovih interesa se pokreće i za sva druga pitanja, koja bi se tretirala kao pitanja od vitalnog nacionalnog interesa, ukoliko tako smatra dvotrećinska većina članova jednog od klubova delegata. Uvođenjem ovog dodatnog principa sama definicija navedenih vitalnih nacionalnih interesa, je dovedena u pitanje, jer je na osnovu ove dodatne nadležnosti ostavljena mogućnost da dvije trećine članova jednog od klubova pokrene proceduru zaštite za bilo koja pitanja, pa se opravdano postavlja pitanje zbog čega su predhodno uopšte i nabrojani

³² Vijeće naroda Republike Srpske pokrenulo je od svog nastanka do danas pitanje zaštite vitalnog nacionalnog interesa na 58 akata Narodne skupštine. Može se uočiti da je vitalni nacionalni interes, uglavnom, neopravdano pokretan i da je najčešći pokretač Klub Bošnjaka sam ili sa nekim drugim klubom, ili sa nivoa predsjedavajućeg/potpredsjedavajućeg Vijeća iz reda bošnjačkog naroda. Član 282. Poslovnika Narodne skupštine Republike Srpske ("Službeni glasnik Republike Srpske", broj 31/11).

³³ Član 125. Poslovnika Vijeća naroda Republike Srpske.

ostali pojedinačni vitalni nacionalni interesi, čime je stvoren i prostor za zloupotrebu ovog mehanizma.

U kontekstu toga, postojala je dilema da li je isti način odlučivanja i u slučaju da proceduru pokrene dvotrećinska većina jednog od klubova, jer je u Ustavu navedeno da je tada potreban glas najmanje dvojice sudija da bi se odlučilo da li se radi o vitalnom interesu. Mišljenje je da treba da postoji isti način odlučivanja u pogledu merituma, bez obzira na to kako je pokrenut postupak i da li je to suština ustavnih odredbi u ovom smislu. U ustavnosudskom postupku prvobitno je bilo sporno pitanje da li se može voditi postupak ako se radi o zaključcima, deklaracijama i rezolucijama, koji predstavljaju stavove parlamenta po pojedinim političkim pitanjima. Zauzet je stav i uvedena praksa da ti akti ne predstavljaju pravne, već političke akte i da Ustavni sud nema nadležnost da ispituje njihovu suštinu. Ali, ukoliko se radi o pravnim normama, koje sadrže i sankciju i čije sprovođenje može ugroziti vitalni interes, nesporno je da postoji potreba za reagovanje ustavnosudskih organa.

Nadalje, u ustavnosudskoj praksi pojavila se i dilema da li zahtjev za utvrđivanje povrede vitalnog nacionalnog interesa mora biti obrazložen ili ne. Zauzet je stav da se, ukoliko nema adekvatnih i vidnih razloga koje se odnose na eventualnu povredu vitalnog nacionalnog interesa, takav zahtjev smatra neprihvatljivim i ne smije da vodi postupak na osnovu pretpostavki, već jasno izražene volje i razloga za pokretanje postupka od one strane koja je postupak pokrenula.

Značajni problemi u funkcionisanju Vijeća naroda pojavljuju se u vezi sa postojanjem velikog broja situacija koje nisu ni predviđene, niti regulisane njegovim poslovníkom, kao što je slučaj sa rokovima u pojedinim procedurama, ili pak situacijom u kojoj jedan od klubova napusti sjednicu.

Ustavnosudska zaštita vitalnog nacionalnog interesa konstitutivnih naroda

Ustavima Republike Srpske i Federacije Bosne i Hercegovine na identičan način utvrđena su pitanja koja predstavljaju vitalni nacionalni interes konstitutivnih naroda. Osnovana su odgovarajuća tijela – Vijeće, odnosno Savjet pri ustavnim sudovima za zaštitu vitalnih interesa konstitutivnih naroda. Prema Ustavu Republike Srpske, Ustavni sud “odlučuje o saglasnosti zakona, drugih propisa i opštih akata Narodne skupštine sa odredbama Ustava o zaštiti vitalnog interesa konstitutivnih naroda.” U tom cilju, Vijeće za zaštitu vitalnog interesa Ustavnog suda “...odlučuje o pitanjima vitalnog interesa...” odnosno ono “...razmatra sva pitanja koja su od vitalnog interesa”.³⁴

³⁴ Član 116. stav 4. Ustava Republike Srpske i član 9. Zakona o Ustavnom sudu Republike Srpske (“*Službeni glasnik Republike Srpske*” broj 104/11). Ustavom Republike Srpske i Zakonom o Ustavnom sudu Republike Srpske utvrđeno je da se Vijeće za zaštitu vitalnog interesa sastoji od sedam članova, dva iz svakog konstitutivnog naroda i jedan član iz reda Ostalih. Članove Vijeća

Ukoliko Zajednička komisija Narodne skupštine i Vijeća naroda ne postigne saglasnost o pitanju da li se zakon, propis ili opšti akt odnosi na povredu vitalnog interesa jednog od konstitutivnih naroda³⁵, takav zakon, propis ili opšti akt dostavlja se Vijeću bez odlaganja.³⁶

O pitanjima prihvatljivosti zahtjeva o zaštiti vitalnih nacionalnih interesa utvrđenih Amandmanom LXXVII na Ustav Republike Srpske Vijeće odlučuje u roku od jedne sedmice, a u daljem roku od mjesec dana odlučuje o meritumu zahtjeva koji se smatraju prihvatljivim.

O prihvatljivosti zahtjeva Vijeće odlučuje: 1) Dvotrećinskom većinom svih članova Vijeća ako Zajednička komisija Narodne skupštine i Vijeća naroda ne postigne saglasnost i zahtjev bude proslijeđen ovom Vijeću u skladu sa tačkom b) stav 5 Amandmana LXXXII na Ustav Republike Srpske; 2) Glasom najmanje dvije članova Vijeća ako zahtjev pokrene dvotrećinska većina jednog od klubova konstitutivnih naroda u skladu sa tačkom b) stav 7 Amandmana LXXXII na Ustav Republike Srpske.³⁷

Vijeće će odlučiti o prihvatljivosti u roku od sedam dana od prijema urednog zahtjeva, ako su ispunjene pretpostavke za odlučivanje o postojanju vitalnog nacionalnog interesa konstitutivnog naroda utvrđene u Amandmanu LXXXII na Ustav Republike Srpske. Uz zahtjev za ocjenu vitalnog nacionalnog interesa podnosilac zahtjeva će Vijeću obavezno dostaviti: 1) Dokaz o sprovedenoj proceduri u smislu odredaba iz člana 70 Ustava Republike Srpske; 2) Obrazloženje zahtjeva sa naznakom povrede vitalnih nacionalnih interesa iz člana 70 Ustava Republike Srpske.

Ukoliko Vijeće odluči da zahtjev nije prihvatljiv, rješenje će dostaviti podnosiocu zahtjeva i Narodnoj skupštini Republike Srpske. Kad Vijeće odluči da je zahtjev prihvatljiv, to će utvrditi rješenjem koje se dostavlja podnosiocu zahtjeva.³⁸ Ukoliko podnosilac zahtjeva ne postupi po odredbama poslovnika Suda, Vijeće će donijeti rješenje da je zahtjev neprihvatljiv.³⁹ Ukoliko Vijeće odluči da je zahtjev prihvatljiv, može zatražiti od podnosioca da potpunije obrazloži zahtjev u smislu preciznijeg formulisanja pitanja koja bi trebalo tretirati kao vitalni nacio-

imenuje Sud. Organizacija i način rada Vijeća uređuje se Poslovníkom o radu Ustavnog suda Republike Srpske. Mandat člana Vijeća prestaje prestankom dužnosti sudije ovog suda. Vijećem predsjedava predsjedavajući Vijeća, kojeg biraju članovi Vijeća iz svog sastava, tako da je u svakom novom predmetu odlučivanja predsjedavajući Vijeća iz drugog konstitutivnog naroda ili iz reda Ostalih.

³⁵ Član 123. Poslovnika Vijeća naroda Republike Srpske i član 44. Poslovnika Ustavnog suda Republike Srpske ("Službeni glasnik Republike Srpske" broj 29/05).

³⁶ Član 44. Poslovnika Ustavnog suda Republike Srpske.

³⁷ Član 45. Poslovnika Ustavnog suda Republike Srpske.

³⁸ Član 46. Poslovnika Ustavnog suda Republike Srpske.

³⁹ Član 47. Poslovnika Ustavnog suda Republike Srpske.

nalni interes, ili da dokumentuje činjenice koje Vijeće smatra relevantnim za odlučivanje.

Prihvatljiv zahtjev se dostavlja na odgovor drugom klubu ili klubovima konstitutivnih naroda i Narodnoj skupštini Republike Srpske. Dopune i odgovori dostavljaju se Vijeću u roku od osam dana. Vijeće će nastaviti postupak i u slučaju da ne dobije tražene dopune i odgovore.⁴⁰

Vijeće o zahtjevu odlučuje na sjednici, po održanoj javnoj raspravi, u skladu sa Zakonom i Poslovníkom. Odluku o meritumu Vijeće donosi u roku od mjesec dana od dana donošenja rješenja o prihvatljivosti zahtjeva.⁴¹ Odluka Ustavnog suda Republike Srpske o vitalnom interesu dostavlja se predsjedavajućem i delegatima Vijeća naroda sa kojim se članovi Vijeća naroda upoznaje na njegovoj prvoj sjednici.

Ukoliko Sud donese pozitivnu odluku o vitalnom interesu taj zakon se smatra neusvojenim, a dokument se vraća predlagачu koji treba pokrenuti novu proceduru, u kom slučaju ne može ponovo dostaviti isti tekst zakona, propisa ili akta. Ako Sud odluči da se predmetni zakon ne odnosi na vitalni interes, smatra se da je zakon usvojen. Ustavni sud odnosno Vijeće za zaštitu vitalnih nacionalnih interesa do sada je rješavao 58 zahtjeva za zaštitu vitalnog interesa konstitutivnih naroda smatrajući ih prioriternim i nastojeći da održi veoma kratke ustavne rokove.

Sud, na osnovu analize vlastite prakse ostvarivanja svojih ustavnih nadležnosti, uočio je da u postupku odlučivanja o vitalnom nacionalnom interesu u zakonodavnom organu - Narodnoj skupštini, odnosno Vijeću naroda Republike Srpske - još nisu uspostavljeni odgovarajući kriterijumi i standardi koji treba da izražavaju pravi smisao ovog ustavnog instituta. Pri tome, prije svega, ima se u vidu da se propisana procedura odlučivanja o tome nedovoljno poštuje, te da se često ovakvi zahtjevi postavljaju i za pitanja koja nemaju takav značaj. Zahtjevi klubova su, u proceduralnom smislu, redovno prihvatljivi, ali često nepotrebni i necjelishodni. To objektivno otežava rad Suda, odnosno Vijeća za zaštitu vitalnog interesa konstitutivnih naroda, koji donosi odluke o predviđenim rokovima. Ustavni sud, nakon razmatranja dosad primljenih predmeta, smatra da navedena pojava, koja je i dalje prisutna, može značiti i određeno usporavanje rada zakonodavnog organa, što za dalju posljedicu ima izostanak zakonskog i drugog normativnog uređivanja značajnih pitanja, odnosno društvenih odnosa što uzrokuje i usporavanje, pa i izostanak rješavanja prisutnih društvenih protivrječnosti.

Vijeće, odnosno Savjet za zaštitu vitalnog interesa imaju zadatak da zaštite vitalne interese, što znači da oni meritorno moraju utvrditi da li postoji povreda ili ugrožavanje tih interesa, a ne samo da li se radi o postojanju vitalnog nacionalnog interesa. I Venecijanska komisija iskazala je rezervu i iznijela niz kritičkih primjedaba na sistem i mehanizme instituta vitalnog nacionalnog interesa.

⁴⁰ Član 48. Poslovníka Ustavnog suda Republike Srpske.

⁴¹ Član 49. Poslovníka Ustavnog suda Republike Srpske.

Uspostavljanje mehanizma za zaštitu vitalnih nacionalnih interesa konstitutivnih naroda podrazumijeva postojanje konzistentnih i koherentnih ustavnih i zakonskih rješenja kako bi se decidirano i nedvosmisleno utvrdio pojam vitalnog nacionalnog interesa ne samo konstitutivnih naroda nego i ostalih naroda koji žive u Bosni i Hercegovini.⁴²

Ustav Republike Srpske utvrdio je da se postupak pred Ustavnim sudom, pravno dejstvo njegovih odluka i druga pitanja njegove organizacije i rada uređuju zakonom. Poslovnikom Ustavnog suda uređen je način rada Ustavnog suda i, pored ostalog, predviđeno da će sud utvrditi odgovarajuće rješenje za svaki slučaj kada neko pitanje postupka nije uređeno Zakonom o Ustavnom sudu i da se u tim slučajevima primjenjuju odgovarajuća pravna načela i pravna pravila procesnih zakona.

Neophodno je, nadalje, da se ostvaruju simetrična rješenja i ujednačena praksa u oba entiteta kada se odlučuje o vitalnom nacionalnom interesu, kroz ustanovljeno Vijeće odnosno Savjet za zaštitu vitalnih interesa ustavnih sudova entiteta,⁴³ koji imaju isti broj sudija i istog nacionalnog sastava, kao i uspostavljanje odgovarajućeg tijela Ustavnog suda Bosne i Hercegovine. S obzirom na to da je Bosna i Hercegovina složena državna zajednica, mehanizmi ostvarivanja i zaštite ljudskih prava i osnovnih sloboda, analogno tome regulisani su na specifičan način – u entitetima i na nivou Bosne i Hercegovine. Međutim, da bi se oni ostvarili i zaštitili, potrebno je obezbijediti funkcionisanje i odgovoran odnos svih institucija Bosne i Hercegovine i njenih entiteta prema njihovim nadležnostima i obavezama u zaštiti i ostvarivanju osnovnih ljudskih prava i sloboda u Bosni i Hercegovini.

U sklopu ovih pitanja je i dodatni problem koji u suštini inauguriše stvarnu (ne)ravnopravnost naroda. Naime, Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine o konstitutivnosti naroda, a na osnovu koje su amandmansi izmijenjeni ustavi entiteta, u praksi se izražavala kao očigledno nedemokratska i protivustavna. Ovakvim problematičnim i ekskluzivnim pravom koje je dato samo konstitutivnim narodima krše se osnovna ljudska prava i slobode. Ustavni sud zapaža da status konstitutivnog naroda potiskuje status manjine. Zbog toga je dužnost svakog ustavnog suda, pa i ustavnih sudova entitetâ, da sve norme posmatra u cjelokupnom značenju koje ne smije povrijediti osnovna načela ravnopravnosti konstitutivnih naroda i ostalih, a posebno mora da prevaziđe sve protivrječnosti na osnovnim demokratskim načelima i opšteprihvaćenim rješenjima sadržanim u međunarodnom pravu i aktima. Ustavni sudovi, uz svu složenost i nedorečenost

⁴² K. Trnka, Konstitutivnost naroda, Povodom odluke Ustavnog suda Bosne i Hercegovine o konstitutivnosti Bošnjaka, Hrvata i Srba na nivou entiteta, Sarajevo, 2000, 117.

⁴³ Vidi: Obavještenje o nekim pitanjima ostvarivanja ustavnosti u Federaciji Bosne i Hercegovine ("Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine", broj 29/05 od 8. maja 2005) i Obavještenje o nekim pojavama od interesa za ostvarivanje ustavnosti i zakonitosti u Republici Srpskoj, Banja Luka, mart 2011. godine.

ustavne materije o vitalnom interesu i njegovo uređivanje u aktima niže pravne snage, u svojim aktima moraju obezbijediti očuvanje osnovnih ustavnih principa i utvrditi pravila da se u meritumu odluke donose dvotrećinskom većinom, jer je meritum završetak postupka, što pravila odlučivanja o meritumu čini mnogo strožim nego u prethodnom postupku.

*Rješavanje sporova povodom zaštite vitalnog interesa
pred Ustavnim sudom Bosne i Hercegovine*

Parlamentarna skupština Bosne i Hercegovine ima dva doma: Dom naroda i Predstavnički dom.⁴⁴ Dom naroda sastoji se od 15 delegata, od kojih su 2/3 iz Federacije Bosne i Hercegovine (5 Hrvata i 5 Bošnjaka) i 1/3 iz Republike Srpske (5 Srba).⁴⁵ Hrvatske i bošnjačke delegate biraju hrvatski, odnosno bošnjački delegati u Domu naroda Federacije, Delegate iz Republike Srpske bira Narodna skupština Republike Srpske. Parlamentarna Skupština Bosne i Hercegovine ima dvodomnu strukturu koju sačinjavaju Predstavnički dom i Dom naroda.⁴⁶ Predstavnički dom je reprezent svih građana Bosne i Hercegovine podijeljene na izborne jedinice, dok je Dom naroda izraz federalnog uređenja države u kojem se, međutim, ne štite prava federalnih jedinica, odnosno entiteta, već kolektivna prava konstitutivnih naroda. Sve odluke iz nadležnosti Parlamentarne skupštine moraju biti usvojene od strane oba doma bi dobile pravnu snagu.⁴⁷

Ovakvo ustrojstvo državnog predstavničkog tijela je rezultat specifičnog sui generis ustavnog uređenja Bosne i Hercegovine i njenog pluralnog etničkog sastava sa tri konstitutivna naroda. Kao "normalna" posljedica toga javlja se i više nego komplikovana zakonodavna procedura usredsređena, čini se, prevashodno na zaštitu kolektiviteta entiteta i konstitutivnih naroda kroz mehanizme "entitetskog glasanja" i zaštite vitalnog nacionalnog interesa konstitutivnih naroda.⁴⁸ Stoga, radi kompleksnosti ove procedure i, ujedno, da ne bi bespotrebno opterećivali rad pitanjima koja nisu u njegovom središtu, nužno je istaći samo najvažnije momente legislativne procedure u okviru Doma naroda. Dom naroda mogu da raspuste Predsjedništvo ili sam Dom, pod uslovom da je odluku o raspuštanju usvojila većina koja uključuje većinu iz najmanje dva naroda, bošnjačkog i hrvatskog ili srpskog." O funkcionisanju Doma naroda postoji mišljenje da: "Dom naroda je mali Dom koji je po nekim elementima specifičan. On je Dom triju konstitutivnih naroda. Za Republiku Srpsku podudara se entitet i narod. Međutim, Federacija je jedan entitet, jedna članica, a dva su konstitutivna naroda. To znači

⁴⁴ Član IV Ustava Bosne i Hercegovine.

⁴⁵ Član IV/3. c Ustava Bosne i Hercegovine.

⁴⁶ Član IV Ustava Bosne i Hercegovine.

⁴⁷ Član IV/3. c Ustava Bosne i Hercegovine.

⁴⁸ Više o proceduri donošenja odluka u Parlamentarnoj skupštini vidi: R. V.

da Dom naroda ne izražava položaj i ravnopravnost entiteta (država, članica) već ravnopravnost triju naroda.”⁴⁹

Akti Parlamentarne skupštine mogu se proglasiti destruktivnim po vitalne interese bošnjačkog, hrvatskog ili srpskog naroda većinom delegata jednog od konstitutivnih naroda (član IV tačka 3(e)).

Uz veto na osnovu vitalnog interesa, član IV 3d) Ustava Bosne i Hercegovine predviđa veto dvotrećinske većine delegata iz jednog entiteta.

Predložena i, još uvijek, neusvojena odluka u proceduri pred Domom naroda može biti proglašena destruktivnom po vitalni nacionalni interes nekog od konstitutivnih naroda većinom glasova delegata tog konstitutivnog naroda, odnosno sa najmanje tri glasa tih delegata. Da bi odluka kojom se utvrđuje destruktivnost po vitalni interes nekog naroda bila izglasana, neophodna je saglasnost većine delegata ostalih konstitutivnih naroda.⁵⁰

Međutim, ukoliko te saglasnosti nema, jer većina ostalih delegata iz reda drugih konstitutivnih naroda stavi primjedbu na tvrdnju o destruktivnosti odluke po vitalni interes, predsjedavajući Doma naroda sazvaće Zajedničku komisiju od tri delegata, sa po jednim predstavnikom iz reda svakog konstitutivnog naroda, s ciljem razjašnjenja tog pitanja. Ukoliko Zajednička komisija u tome ne uspije u roku od pet dana, “...predmet se upućuje Ustavnom sudu koji će po hitnom postupku preispitati proceduralnu ispravnost slučaja.”⁵¹ Iz navedenih ustavnih odredaba proizilazi da su ovi sporovi rezultat parlamentarne situacije u kojoj delegati, kao predstavnici konstitutivnih naroda, ne mogu da se dogovore da li je predložena odluka destruktivna ili ne po vitalni interes nekog konstitutivnog naroda. Takvo stanje ima za posljedicu blokadu rada Parlamentarne skupštine o tom pitanju, jer predložena odluka ne može da dobije povjerenje većine delegata nekog naroda. U vezi s tim, Ustavni sud bi trebao da, kao čuvar Ustava, svojom odlukom deblokira rad Parlamentarne skupštine, koja sama nije u stanju da prevaziđe nastalu situaciju.

Ustavni sud u navedenim slučajevima ispituje samo “proceduralnu ispravnost slučaja”, odnosno ispravnost Ustavom određenog zakonodavnog postupka. Međutim, Ustavni sud je svoju nadležnost u ovim predmetima proširio tako što je odlučivao i o tome da li se sporno pitanje može tretirati kao pitanje koje je vitalno po nacionalni interes te, nakon toga, i da li se osporenom odlukom zaista krši vitalni nacionalni interes nekog od konstitutivnih naroda. “Donošenje meritornog stava u pogledu postojanja ili nepostojanja destruktivnosti po vitalni interes jednog naroda, je veoma važno u situacijama kada je državi potreban zakon da bi regulisala određeno područje, a vijećanje i glasanje o tom zakonu je blokirano stavljanjem prigovora destruktivnosti po vitalni interes naroda”, obrazla-

⁴⁹ Vidi: R. Kuzmanović, *Novi eseji o ustavnosti i državnosti*, Akademija nauka i umjetnosti Republike Srpske, Banja Luka, 2010.

⁵⁰ Član IV/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine.

⁵¹ Član IV/3.f) Ustava Bosne i Hercegovine.

že Ustavni sud svoj stav o, *de facto*, proširenju nadležnosti iz člana IV/3.f) Ustava. “To znači da Ustavni sud preventivno djeluje na ustavnost akata koji su u parlamentarnoj proceduri u smislu eliminisanja destruktivnosti po vitalni interes jednog ili više konstitutivnih naroda”.⁵² U tim slučajevima Ustavni sud bi trebao da, kao čuvar Ustava i nezavisni arbitar, svojom odlukom deblokira rad Parlamentarne skupštine koja sama nije u stanju da prevaziđe nastalu situaciju i tako omogući nesmetano funkcionisanje jednog od centralnih organa javne vlasti na nivou države. Ustaljena praksa Ustavnog suda govori, *eo ipso*, da je njegova uloga u rješavanju sporova iz nadležnosti prema članu IV/3.f) Ustava postavljena mimo granica koje je odredio Ustav. Ustavni sud se na ovakav način samovlasno stavio u poziciju subjekta koji umjesto konstitutivnog naroda određuje sadržaj i postojanje povrede vitalnog nacionalnog interesa u svakom konkretnom slučaju.

Takav pristup Ustavnog suda koji bi mogao, primjenjujući princip proporcionalnosti na konkretan slučaj, predstavljati opravdanu mjeru radi prevazilaženja blokade u radu zakonodavca u postupku normativnog regulisanja naročito važnog pitanja za državu.⁵³ Time više što ustavna kategorija “konstitutivnost Bošnjaka, Hrvata i Srba” je jedan od temelja društva i države, što je potvrđeno odlukama Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u ustavnosudskom sporu o konstitutivnosti naroda i u promjenama ustava i zakona entiteta.⁵⁴

Zaštita vitalnog interesa zbog njegove povrede od strane šefa države

Prema Ustavu Bosne i Hercegovine (član V, tačka 2) Predsjedništvo svoje odluke donosi konsenzusom. Član Predsjedništva koji se ne slaže sa nekom odlukom Predsjedništva može da izjavi da je ona veoma štetna po vitalni interes entiteta za teritoriju sa koje je izabran, pod uslovom da to učini u roku od tri dana od njenog usvajanja. Član Predsjedništva iz Republike takvu izjavu odmah će uputiti Narodnoj skupštini Republike Srpske. Ako se ta izjava potvrdi dvotrećinskom većinom u roku od deset dana nakon upućivanja, osporena odluka Predsjedništva neće stupiti na snagu.

Odnos i saradnja vijeća prema drugim organima i institucijama Bosne i Hercegovine i entiteta

Vijeće naroda ostvaruje saradnju sa delegatima u Domu naroda Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine a u skladu sa Ustavom Bosne i Hercegovine. U pripremi delegata za sjednicu Doma naroda Parlamentarne skupštine Bosne i

⁵² Vidi: Odluka o dopustivosti i meritumu, broj U-2/04 od 28. maja 2004. godine, Ustavni sud Bosne i Hercegovine, *Bilten Ustavnog suda Bosne i Hercegovine 2004, Godina - I dio*, Sarajevo, 2005, tačka 27, 519-520.

⁵³ Lj: Ožegović, *Apelaciona nadležnost Ustavnog suda Bosne i Hercegovine*, Banja Luka, 2013, 107.

⁵⁴ Isto, 107.

Hercegovine kada to zatraže delegati, klubovi srpskih, bošnjačkih i hrvatskih delegata i klub Ostalih u Vijeću naroda, održavaju zajedničke sastanke sa delegatima u Domu naroda Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine radi zauzimanja zajedničkih stavova.

Odnos Vijeća naroda prema Vladi Republike Srpske zasniva se i ostvaruje u skladu sa pravima i dužnostima utvrđenim Ustavom Republike Srpske, zakonom i Poslovníkom. Tako Vijeće naroda Republike Srpske, u cilju ostvarivanja svoje uloge, od Vlade Republike Srpske može tražiti informacije u pogledu izvršavanja zakona, drugih propisa i opštih akata, za čije izvršavanje su odgovorni Vlada, ministarstva i drugi republički organi uprave. Vijeće naroda, odnosno predsjedavajući Vijeća naroda, kada ocjeni za porebno, poziva na sjednicu Vijeća naroda predsjednika Vlade ili resorne ministre, od kojih može zatražiti dodatna obrazloženja za zakone, druge propise i opšte akte, koje je Narodna skupština usvojila i koji su dostavljeni u proceduru Vijeći naroda Republike Srpske. Saradnja Vijeća naroda Republike Srpske i sudova Republike Srpske ostvaruje se u skladu sa Ustavom Republike Srpske i zakonom, a po potrebi, s obzirom na specifičnost funkcije Vijeća naroda.

O konstitutivnom narodu i njegovom ljudskom dostojanstvu

Dostojanstvo čovjeka kao pravnu vrijednost mora da prizna svaki pravni sistem i da ga štiti u najvećoj mogućoj mjeri, uz primjenu odgovarajućih sredstava.

Ljudska prava i dostojanstvo i "...kao politika i kao idolopoklonstvo", prema Univerzalnoj deklaraciji o ljudskim pravima, ukazuju na to da: „Sva ljudska bića rađaju se slobodna i jednaka u dostojanstvu i pravima. Ona su obdarena razumom i svijješću i treba jedni prema drugima da postupaju u duhu bratstva”.⁵⁵ Dakle, ljudska prava su utemeljena na slobodi i jednakosti i dostojanstvu, koja mora imati punu pravnu zaštitu (pravo na život, pravo na lični integritet, zabrana zlostavljalja i ponižavajućeg postupanja i kažnjavanja, zabrana ropstva i prinudnog rada).

“Sa antropološkog i moralnog stanovišta, svi ljudi su jednaki i shodno tome trebalo bi da uživaju isto ljudsko dostojanstvo, bez obzira na bilo kakve razlike koje inače među njima postoje – imovinske, rasne, ideološke. Dakle, ljudsko dostojanstvo je skup osobenih svojstava čovjeka koje ga određuju kao ljudsko biće, različito od drugih ljudskih bića po svom umu, slobodi, stvaralaštvu. Ljudsko dostojanstvo je u načelu jednako svim ljudima, jer su svi kao ljudi jednaki u svojoj slobodi i stvaralaštvu.” Sve odredbe kolektivnih ljudskih prava moraju biti usklađene sa garancijama individualnih prava i garancijama ljudskog dostojanstva, tako da pojedincima na kraju ne budu oduzete bitne slobode i ljudsko dostojan-

⁵⁵ Majkl Ignjatijef, *Ljudska prava kao politika i idolopoklonstvo*, Službeni glasnik, Beograd, 2006, 28.

stvo zarad grupe.⁵⁶ Čovjek može biti slobodan jedino u zajednici s drugim ljudima, uvažavanjem drugih kao slobodnih subjekata, te je tako slobodan pojedinac nezamjenjiv temelj i uvjet slobodne zajednice kao i obrnuto!⁵⁷

U tom smislu, analizirajući najznačajnije dokumente i mehanizme koji u sebi sadrže garancije ljudskih prava i osnovnih sloboda "...možemo navesti: pravo na dostojanstvo (kao zajednički nazivnik za pravo ljudsko dostojanstvo, pravo na život i zabranu ropstva i prinudnog rada), pravo na slobodu, pravo na jednakost (koje u sebi uključuje, pored brojnih drugih prava, i zabranu diskriminacije i jednake vjerske slobode), pravo solidarnosti (koje u sebi uključuje i različite pozitivne obaveze država), građanska prava, pravo na pravdu i princip proporcionalnosti u ograničavanju prava" (M. Petrović). Zato je postavljen okvir potrebno dopuniti i činjenicom institucionalne mogućnosti sudske zaštite prava pod posebnim nadnacionalnim sudskim organom – Evropskim sudom za ljudska prava. Postajanjem punopravnim i ravnopravnim članom u društvu evropskih zemalja, u ovoj zemlji može se ostvariti poštovanje ljudskih prava i sloboda zasnovanih na ljudskom dostojanstvu. Samo time će ljudsko dostojanstvo, kao bitan sadržaj prava i pravde biti osnovni predmet pravne, sudske i ustavnosudske zaštite.

ZAKLJUČAK

Neophodna je dogradnja ustavnih i zakonskih rješenja o vitalnim nacionalnim interesima otklanjanjem uopštenosti, nedefinisanosti, neodređenosti i njihovih široke ustavne formulacije, urediti šta sve čini vitalni nacionalni interes, koji se akti ocjenjuju, do kojih nivoa se štiti vitalni interes i u kojoj fazi parlamentarnog odlučivanja, te proširenje mogućih podnosilaca zahtjeva (jedinice lokalne samouprave, organi i institucije javne vlasti), preciziranja procedure njihovog ostvarivanja, uspostavljanje primjerenijih rokova za rad ustavnih sudova u postupku zaštite vitalnih interesa. Parlamentarna i ustavnosudska praksa ukazuje na neophodnost preciziranja i stogog normativnog definisanja pitanja vitalnog (nacionalnog) interesa, odnosno njegove povrede i zaštite, jer su odredbe ustava nedorečene, neuslađene i često protivurječne, što dovodi do različitog ponašanja, pa i do grube politizacije i zloupotrebe ovog ustavnog i pravnog instituta.

Jednom definisani vitalni nacionalni interes nije nepromjenjiva, već dinamična i višeznačno determinisana kategorija, čije je određivanje u višenacionalnim zajednicama veoma otežano

Potrebno je redefinisati ulogu Vijeća naroda kao "sui generis" organa zakonodavne vlasti, koje je osnovano s ciljem zaštite vitalnih nacionalnih interesa konstitutivnih naroda.

⁵⁶ Vidi: Peter Haberer, Ljudsko dostojanstvo i pluralistička demokratija, Politička misao, Vol. XLIII, broj 2, 2006, 3-41.

⁵⁷ Nikola Skledar, Tolerancija kao nužni uvjet ljudskoj zajedništva i dostojanstva, Zagreb, 1996, 299.

MILE DMIČIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty of Law University of Banja Luka

THE CONSTITUENCY OF THE PEOPLES AS A BOSNIA
AND HERZEGOVINA PHENOMENON

Summary

It is necessary to draft constitutional and legal solutions to vital national interests through diminution of generalities, obscurities, ambiguities and broad constitutional formulations of vital national interests, then determine the concept of vital national interest, the documents prone to evaluation, the level of protection of vital national interests and at what phase of parliamentary decision making, including expanding of possible applicants (local self-administration units, entities and public institutions), deliberating the procedure for their implementation, establishing reasonable terms for the work of constitutional courts in the process of protection of vital interests. Parliamentary and constitutional court practice implicate the need for precisising and strict normative defining of the vital national interest, i.e. its breach and protection, since constitutional provisions are incomplete, disaccorded and often contradictory, which provokes different conduct, including unbecoming politisation and abuse of this constitutional and legal institute.

Once defined vital national interest is not invariable, but dynamic and equivocal category, whose determining in multinational communities is highly difficult.

It is necessary to redefine the role of the Council of People as "sui generis" body of legislative power, established in order to protect vital national interests of the constituent peoples.

BROJ I VELIČINA OPŠTINA U SRBIJI

1. Osnovne tekovine liberalno-demokratske ustavnosti, koja je konstitucionalizovana u Ustavu Srbije od 2006, predstavljaju dva načela – načelo narodne suverenosti i načelo podele vlasti. Podela vlasti, uopšteno posmatrano, ima dva oblika. Prvi je horizontalna ili funkcionalna podela vlasti na zakonodavnu, izvršnu i sudsku, a drugi je vertikalna ili teritorijalna podela vlasti između centralne vlasti, s jedne, i federalnih jedinica, jedinica teritorijalne autonomije i jedinica lokalne samouprave, s druge strane. Za razliku od federalnih jedinica i jedinica teritorijalne autonomije, koje postoje samo u pojedinim državama, gotovo sve države u svetu poznaju neki od oblika lokalne samouprave, koja stoga predstavlja najrasprostranjeniji oblik vertikalne decentralizacije.

Ustav Srbije prihvata i razrađuje oba oblika podele vlasti, kako funkcionalnu tako i teritorijalnu. Teritorijalna ili vertikalna podela vlasti u Srbiji pojavljuje se u dva vida – u vidu lokalne samouprave i u vidu pokrajinske (teritorijalne) autonomije. Ustavotvorac je pravo građana na pokrajinsku autonomiju i lokalnu samoupravu postavio na nivo načela ustava (čl. 12). Nažalost, on je materiju pokrajinske autonomije i lokalne samouprave uredio na veoma konfuzan i kontradiktoran način, jer je prvo predvideo zajedničke odredbe za ove dve forme teritorijalne decentralizacije (čl. 176–181. Ustava), iako su one po svojoj prirodi i suštini veoma različite, a tek nakon toga posebne odredbe za svaku od njih. Time je, pre svega, degradirao pokrajinsku autonomiju, koja bi trebalo da odgovara te-

orijskom modelu teritorijalne autonomije i da podrazumeva značajno veću autonomnost njenih jedinica od obične lokalne samouprave. Osim toga, ustavne norme o teritorijalnoj decentralizaciji obiluju protivurečnostima među kojima, kao najvažnije, možemo navesti one koje se tiču nadležnosti opština i pokrajina (čl. 177. u suprotnosti sa čl. 183. i čl. 190. Ustava), njihovog prava na samoorganizovanje (čl. 179. u suprotnosti sa čl. 180) i prava da pokrenu postupak ocene ustavnosti i zakonitosti pred Ustavnim sudom (čl. 168. u suprotnosti sa čl. 187).

2. Lokalna samouprava je nesumnjivo jedan od osnovnih stubova vladavine prava. Karl Fridrih (Carl J. Friedrich) je govorio da ona čini “osnovu konstitucionalne demokratije”, koja “se često pokazala iznenađujuće otpornom prema pritiscima totalitarne vlade”.¹ Lokalna samouprava predstavlja realizaciju političkog prava građana da sami odlučuju o pitanjima od lokalnog značaja, zbog čega spada u ustavnu materiju. Ustav Republike Srbije od 2006. godine je, slično svom prethodniku, lokalnu samoupravu zasnovao na dva principa – jednostepenosti i monolitnosti. “Jednostepenost, jer je osnovna lokalna jedinica opština ujedno i jedina lokalna jedinica (gradovi i grad Beograd imaju izvornu nadležnost opštine), monolitnost, jer je jedinstvena u svim jedinicama lokalne samouprave (ista nadležnost, isti organi, isti pravni režim odnosa sa državom).”² Stoga je jasno da u Republici Srbiji ne postoji tri različita tipa jedinica lokalne samouprave, jer sve one – opštine, gradovi i grad Beograd – imaju identičnu izvornu nadležnost.³ Posebnim rešenjima za gradove i grad Beograd (glavni grad) samo se ublažava monolitnost i uniformnost opština, kao jedinih i osnovnih jedinica lokalne samouprave.

Pravo na lokalnu samoupravu je Ustavom definisano kao pravo građana, koje se ostvaruje na dva načina – neposredno i preko predstavnika koje su sami izabrali na neposrednim izborima (član 176. stav 1). Građani neposredno učestvuju u obavljanju poslova jedinica lokalne samouprave putem građanske inicijative, zbora građana, referenduma i mesne zajednice.⁴ S druge strane, u jedinicama lokalne samouprave se, radi obavljanja poslova u njihovoj nadležnosti obrazuju odgovarajući organi: 1) skupština opštine, odnosno grada; 2) predsednik opštine, odnosno gradonačelnik; 3) opštinsko, odnosno gradsko veće; i 4) opštinska, odnosno gradska uprava. S obzirom na to da Ustav Republike Srbije propisuje da je skupština “najviši organ” jedinice lokalne samouprave (član 180. stav 1), jasno je da najviši pravni akt predviđa organizaciju lokalne samouprave na načelima

¹ Karl Joakim Fridrih, *Konstitucionalna demokratija – teorija i praksa u Evropi i Americi*, Podgorica 2005, 199.

² Ratko Marković, *Ustavno pravo – Priručnici za polaganje pravosudnog ispita*, knjiga 1, Beograd 2009, 218.

³ Pogledati član 189, st. 3. i 5. Ustava Republike Srbije.

⁴ Opširnije o ovim institutima pogledati: Ratko Marković, *Ustavno pravo*, Beograd 2012, 425–427.

skupštinskog sistema vlasti.⁵ Ipak, zakonodavac nije u potpunosti sledio navedene ustavne norme, pa je propisao organizaciju organa lokalne samouprave koja ima mnoge elemente predsedničkog, menadžerskog i kabinetskog modela.⁶

3. Struktura i teritorijalna osnova jedinica lokalne samouprave u Srbiji u velikoj meri je nasleđena još iz perioda SFR Jugoslavije, koja je u drugoj polovini prošlog veka, uz Portugaliju, važila za zemlju sa “najvećim” opštinama u Evropi, sa prosečno oko 40 hiljada stanovnika.⁷

Teritorija Republike Srbije podeljena je na ukupno 174 jedinice lokalne samouprave – 150 opština, 23 grada i grad Beograd (glavni grad).⁸ Prosečan broj stanovnika u njima sličan je kao u SFRJ i višestruko premašuje evropski prosek, koji je oko deset hiljada stanovnika po opštini. Stoga je jasno da je broj jedinica lokalne samouprave u Republici Srbiji veoma mali, imajući u vidu veličinu državne teritorije i brojnost stanovništva. Kao ilustraciju, navešćemo nekoliko evropskih zemalja koje su po veličini teritorije i broju stanovnika slične Republici Srbiji. Na prvom mestu, kao države sa velikim brojem jedinica lokalne samouprave možemo pomenuti Švajcarsku i Austriju, koje imaju 2.551, odnosno 2.354 opštine. Zatim, tu su države sa srednjim brojem opština, kao što su Belgija sa 589 i Holandija sa 408 opština. Konačno, kao primere država sa relativno malim brojem opština možemo navesti Grčku sa 325 opština i Bugarsku, gde ih ima 262.

Kada je reč o državama nastalim posle raspada bivše SFR Jugoslavije, može se konstatovati da su neke od njih zadržale strukturu i teritorijalnu osnovu lokalne samouprave ustanovljenu pedesetih i šezdesetih godina prošlog veka, dok su je neke izmenile. Osim Srbije, gotovo nepromenjenu strukturu i teritorijalnu osnovu lokalne samouprave zadržala je i Crna Gora (jedina izmena je to što je 2013. godine formirana nova opština Petnjica, čime je broj jedinica lokalne samouprave povećan sa 20 na 21), dok je u Bosni i Hercegovini ona izmenjena posle Dejtonskog mirovnog sporazuma od 1995. godine, ali ne u velikoj meri (broj opština

⁵ U tom smislu: Marijana Pajvančić, *Komentar Ustava Republike Srbije*, Beograd 2009, 230.

⁶ Opširnije o modelima lokalne vlasti: R. Marković, (2012), 415.

⁷ Tzv. “komunalni sistem” u SFRJ uvođen je postepeno duže od dve decenije. Neposredno po okončanju Drugog svetskog rata, 1947. godine, Jugoslavija je imala između 7.000 i 8.000 opština, koje su u proseku brojale manje od 2.000 stanovnika. Već 1955. godine njihov broj je prepolovljen – bilo ih je 3.912. Godine 1957. broj opština je sveden na 1.139, da bi ih 1964. bilo dvostruko manje – 561. Pred sam kraj postojanja SFR Jugoslavije 1991–1992. godine, u njoj je bilo oko pet stotina opština.

⁸ Krajem osamdesetih godina prošlog veka, u tadašnjoj SR Srbiji bilo je 189 jedinica lokalne samouprave (opština), dok ih danas ima 174. Manji broj jedinica lokalne samouprave danas posledica je toga što su u vreme socijalističke Jugoslavije beogradske opštine (njih 16) imale svojstvo jedinica lokalne samouprave. One sada to svojstvo nemaju, već imaju status gradskih opština, koje nisu jedinice lokalne samouprave, već su izvedene jedinice – deo unutrašnje teritorijalne organizacije grada Beograda. Jednostavnije rečeno, ranije se u ukupan broj jedinica lokalne samouprave u Srbiji ubrajalo tadašnjih 16 beogradskih opština, a danas se ubraja samo jedna – grad Beograd, zbog čega se broj jedinica lokalne samouprave smanjio za 15.

je povećan sa 109 na 141, od čega se 79 nalazi u Federaciji BiH, a 62 u Republici Srpskoj). Temeljne izmene lokalna samouprava je pretrpela u tri bivše jugoslovenske republike – Makedoniji, Sloveniji i Hrvatskoj. U Makedoniji je za vreme SFRJ postojalo 34 opštine, a 1996. godine je broj jedinica lokalne samouprave gotovo učetvorostručen – bilo ih je 124, da bi 2004. taj broj bio smanjen na 85, a 2013. na 81 (80 opština i grad Skoplje). U Sloveniji su 1991. godine postojale 62 opštine, dok ih danas ima čak 212 (od čega 11 ima status gradskih opština, tj. gradova). Nesumnjivo najveće izmene u pogledu strukture i teritorijalne osnove, lokalna samouprava je pretrpela u Hrvatskoj, koja je jedina država na prostoru bivše SFRJ sa dvostepenom lokalnom samoupravom. Broj opština je povećan sa 115 opština, koliko ih je bilo 1991. godine, na čak 428 opština i 128 gradova, što čini ukupno čak 556 osnovnih jedinica lokalne samouprave (najmanja opština Civiljane ima svega 137 stanovnika). Stoga je logično što je u toj državi uveden i drugi stepen lokalne samouprave – županije, kojih ima 20.⁹

4. Veličina opština, generalno gledano, ima dva važna aspekta – teritorijalno prostranstvo i brojnost stanovništva. Obe komponente bi trebalo da budu dobro odmerene prilikom određivanja područja opštine. Kada je reč o veličini teritorije, zanimljivo je navesti primer Engleske, države koja predstavlja kolevku lokalne samouprave i koja je poznata po pragmatičnosti. U vreme kada su određivane teritorije engleskih parohija (koje predstavljaju najniži od tri stepena lokalne samouprave u toj državi), vodilo se računa o tome da svaki stanovnik parohije bude u mogućnosti da od izlaska do zalaska sunca krene od svoje kuće, obavi posao u parohijskim organima i vrati se kući. S druge strane, kada se radi o brojnosti stanovništva, interesantno je pomenuti gledište koje je izneo još Platon u “Republici” – da je idealna veličina grada 5040 stanovnika, jer se smisao života u gradu gubi ukoliko se svi njegovi stanovnici ne poznaju međusobno. Razume se, navedeni primeri su, usled promenjenih uslova života u savremenom svetu, prevaziđeni, ali veoma ilustrativno pokazuju da prilikom određivanja veličine opštine treba imati u vidu i teritorijalni i populacioni kriterijum. Pored toga, ne bi trebalo zemariti ni privredni razvoj, odnosno ekonomski potencijal odgovarajućih teritorijalnih zajednica. To su tri komponente koje se moraju uzeti u obzir da bi se državna teritorija podelila na jedinice lokalne samouprave koje će, s jedne strane, biti efikasne u obavljanju svojih funkcija, ali i čiji će stanovnici, s druge strane, osećati pripadnost lokalnoj zajednici. Brojnost stanovništva, pri tom, treba uzeti kao osnovni, a veličinu teritorije i privredni razvoj kao dopunske kriterijume. U što je moguće većoj meri je poželjno uvažiti i tradiciju, jer je stanovništvo naselja koje imaju istorijsko utemeljenje po pravilu vezano za svoja naselja i oseća jaku pripadnost lokalnoj zajednici.

⁹ O lokalnoj samoupravi u republikama bivše Jugoslavije pogledati: Aleksandar Đurđev, *Lokalna samouprava*, Novi Sad 1997, 98–102.

Prilikom podele državne teritorije na opštine, kao osnovne jedinice lokalne samouprave, moguća su, u osnovi, dva koncepta – velike opštine i male opštine. I jedno i drugo rešenje imaju niz prednosti i nedostataka, pri čemu su vrline jednog rešenja ujedno i mane drugog i obratno. Velika prednost malih opština jeste njihovo utemeljenje u tradiciji. Važna posledica takve, istorijske zasnovanosti malih opština je solidarnost među lokalnim stanovništvom koja otuda proizlazi, a koja vremenom dovodi do razvijanja tzv. lokalnog patriotizma. Malobrojno stanovništvo na relativno maloj teritoriji nesumnjivo omogućava i neposredniji odnos između građana i lokalne vlasti, pa čak i primenu neposredne demokratije, kao najčistijeg oblika demokratskog odlučivanja. Bitna odlika organizacije lokalne vlasti u malim opštinama jeste i relativno jednostavna organizacija javnih službi, koje su građanima pristupačne i pogodne za snalaženje. S druge strane, male opštine imaju i loših strana. Pre svega, među malim brojem stanovnika je gotovo nemoguće regrutovati dovoljan broj stručno osposobljenih ličnosti za vršenje lokalnih nadležnosti. Male opštine zbog toga nisu podesne za vršenje brojnih i značajnih funkcija i po pravilu ne raspolažu dovoljnom količinom materijalnih sredstava za njihovo obavljanje. Posledica svega navedenog je po pravilu potreba za uvođenjem jedinica lokalne samouprave višeg stepena (drugog, u nekim državama i trećeg), što je običnim građanima veoma komplikovano za snalaženje i razumevanje, a vodi i slabljenju opština, kao i lokalne demokratije i lokalne autonomije uopšte.

Struktura i teritorijalna organizacija lokalne samouprave koja za osnovu ima velike opštine, koje zahvataju veću teritoriju i obuhvataju veći broj stanovnika, takođe ima svoje vrline i mane. Logično je da će se među većim brojem stanovnika mnogo lakše naći stručni pojedinci za rad u opštinskim službama. Osim toga, na većoj teritoriji se ubira mnogo više finansijskih sredstava (od poreza i taksa), koja omogućavaju obavljanje brojnih i značajnih funkcija. Sve to ima za posledicu snažne opštine, pa nema potrebe za formiranjem jedinica lokalne samouprave višeg stepena. Ipak, velike opštine imaju i svojih slabih tačaka. Pre svega, formiranju velikih opština na državnoj teritoriji po pravilu neminovno pretihodi “poništanje” tradicije, odnosno ukidanje postojećih “istorijskih” opština, sa malom teritorijom i malobrojnim stanovništvom. Zbog toga velike opštine, naročito u prvim decenijama svog postojanja, imaju mnogo slabiju unutrašnju koheziju, a njihovi stanovnici ne osećaju u dovoljnoj meri pripadnost lokalnoj zajednici. Slabost velikih opština je i nemogućnost primene čiste, neposredne demokratije, kao i postojanje glomaznog službeničkog aparata u opštinskim organima, što stvara realnu opasnost od birokratizacije lokalne samouprave.¹⁰

Na kraju, treba pomenuti da su se u teoriji jedno vreme razmatrale mogućnosti i posledice primene načela “jedno naselje – jedna opština”, po kojem bi svako naselje trebalo da uživa status posebne jedinice lokalne samouprave. Jasno je,

¹⁰ Detaljnije o prednostima i manama malih i velikih opština pogledati: Miodrag Jovičić, *Struktura i teritorijalna osnova lokalne samouprave u evropskim zemljama*, Beograd 1974, 101–108.

međutim, da je u takvom slučaju broj opština velik, a njihova teritorija i stanovništvo mali, što neminovno stvara potrebu uspostavljanja dvostepene, a negde i trostepene lokalne samouprave. Načelo "jedno naselje – jedna opština" u svom čistom obliku primenjeno je u Francuskoj, u kojoj danas postoji preko 36 hiljada opština. Zbog toga ne čudi što je u toj državi uspostavljena trostepena lokalna samouprava (sa departmanima kao drugim stepenom i regionima kao trećim). Delimičnu primenu ovog načela poznaje Italija, koja broji oko osam hiljada opština. I u Italiji, osim opština, postoje još dva nivoa teritorijalne decentralizacije – provincije, kao drugi stepen lokalne samouprave, i regioni, kao oblik teritorijalne autonomije. Najbolji primer potpunog odstupanja od načela "jedno naselje – jedna opština" pruža upravo Republika Srbija, sa svega 174 jedinice lokalne samouprave, koja je jednostepena.

Analizirajući prednosti i nedostatke jednostepene i višestepene lokalne samouprave, Miodrag Jovičić, jedan od naših najvećih autoriteta u oblasti lokalne samouprave (i vertikalne podele vlasti uopšte), došao je do zaključka da bi sa idealnog gledišta, lokalna samouprava trebalo da bude jednostepena, "odnosno da kao jedini tip jedinica lokalne samouprave postoje opštine."¹¹ Uslovi za efikasnu jednostepenost, prema mišljenju ovog autora, jesu da opštine budu dovoljno velike i snažne, da postoje uslovi za neposredan kontakt između centralnih i lokalnih organa, da u državi prevlada shvatanje o smanjivanju centralizma i da se zanemari tradicionalna struktura i teritorijalna osnova lokalne samouprave (naročito u evropskim zemljama).¹²

Međutim, ne treba zanemariti ni argumente u korist višestepenosti. To je pre svega različit značaj pojedinih funkcija lokalne samouprave, od kojih su neke pogodnije za vršenje na užem, a neke na širem području. Osim toga, u nekim situacijama je nužno i korisno da postoji "posrednik" između opština i centralnih organa, pogotovu kada opština ima mnogo. To je naročito slučaj u zemljama koje su zadržale "tradicionalnu" podelu na opštine. S tim u vezi, više jedinice često imaju i karakter svojevrsnih "zajednica opština" i zaštitnika njihovih interesa. Konačno, višestepenost lokalne samouprave je pogodan instrument za centralizaciju države, jer je u višim jedinicama po pravilu mnogo manje samoupravnosti nego u osnovnim.

5. Naš zakonodavac se, kao što je već rečeno, opredelio da zadrži, sada već tradicionalnu, koncepciju velikih i snažnih opština, jer Zakon o teritorijalnoj organizaciji od 2007. godine (u daljem tekstu: ZTO) propisuje da opština po pravilu mora imati najmanje deset hiljada stanovnika, mada opštine koje su obrazovane do stupanja na snagu tog zakona mogu imati i manji broj stanovnika, a kada postoje posebni ekonomski, geografski ili istorijski razlozi, može se izuzetno osnovati i nova opština koja ima manje od deset hiljada stanovnika. Takvo rešenje ima

¹¹ M. Jovičić, 37.

¹² M. Jovičić, 37–38.

mnoštvo prednosti, pre svega odsustvo potrebe za uspostavljanjem drugog stepena lokalne samouprave i mogućnost da velike i jake opštine raspolažu respektabilnim nadležnostima i značajnim materijalnim sredstvima. Ipak, postojeće rešenje ima i niz nedostataka, od kojih se neki mogu ublažiti, a neki sasvim otkloniti.

Kao što je rečeno, prosečna jedinica lokalne samouprave u Srbiji ima oko 50 hiljada stanovnika (evropski prosek je oko deset hiljada stanovnika) i zahvata relativno veliku teritoriju. Zbog toga se javlja tzv. problem "udaljenosti od sedišta", jer je veliki broj građana nastanjen daleko od organa lokalne samouprave i njenih službi. Kao ilustrativan primer se može navesti grad Kraljevo koji zauzima površinu od oko 1.500 km² i u kojem živi oko 125 hiljada stanovnika. Stanovnici tog grada (i mnogih drugih gradova i opština) moraju da pređu i po 50 km da bi zadovoljili svoje osnovne potrebe – izvadili ličnu kartu, izvod iz matičnih knjiga ili overili dokument. Problem udaljenosti od sedišta može se ublažiti na više načina. Prvi način je uspostavljanje efikasne elektronske uprave, koja bi omogućila građanima da dobijaju lične dokumente bez odlaska u prostorije lokalnih organa. Drugo, neophodno je u mnogim slučajevima pojednostaviti administrativne procedure, čime bi se izbeglo da građani podnose državnim i lokalnim organima veliki broj različitih dokumenata da bi ostvarili svoja prava (građani trenutno faktički imaju ulogu "kurira" između tih organa). Treće, uvođenjem gradskih opština u gradovima, stanovnicima gradova bi bilo omogućeno da svoje potrebe i prava ostvare u svojim gradskim opštinama, koje bi bile mnogo bliže njihovom mestu stanovanja. I četvrto, trebalo bi ozbiljnije razmisliti o jačanju mesnih zajednica, kao ustanove stalnog neposrednog učešća građana u obavljanju polova u opštini, iako je njihov položaj u potpunosti zavisao od opština, odnosno njihove volje da im ustupe određene nadležnosti.¹³

Drugi veliki problem lokalne samouprave u Srbiji jeste problem neujednačene veličine opština. Čak i da se gradovi, kao poseban oblik jedinica lokalne samouprave, ovom prilikom ostave po strani, jasno je da su opštine u Srbiji veoma različite po broju stanovnika i teritoriji. Kao primer mogu se navesti dve opštine: Ruma, koja ima oko 60 hiljada stanovnika (na 582 kv. kilometra), s jedne strane, i Crna Trava sa oko 2.500 stanovnika (na 312 kv. kilometara), s druge. Opština Ruma, dakle, na skoro dvostruko većoj teritoriji, ima čak 24 puta više stanovnika od opštine Crna Trava (razlika bi bila mnogo veća da smo u obzir uzeli i gradove, npr. Novi Sad, sa oko 350 hiljada stanovnika, što je čak 140 puta više od Crne Trave). Iz ovakvih razlika u pogledu broja stanovnika i veličine teritorije, neminovno proizlaze i razlike u pogledu ekonomske i političke snage opština, sposobnosti za obavljanje izvornih i poverenih nadležnosti itd.

6. Kad je reč o gradovima u Republici Srbiji, zakon predviđa mogućnost da se ustanove gradske opštine na njihovom području (čl. 19. ZTO). Gradske opšti-

¹³ O položaju mesnih zajednica i drugih oblika mesne samouprave pogledati: R. Marković, (2012), 426–427.

ne, pri tom, nisu osnovne, već izvedene jedinice, i njihova organizacija i ovlašćenja se utvrđuju statutom grada. Ustanovljavanje gradskih opština je veoma korisna mogućnost, koja u Srbiji još uvek nije u dovoljnoj meri iskorišćena. "Gradska opština nema svojstvo jedinice lokalne samouprave već je deo unutrašnje teritorijalne organizacije grada."¹⁴ Od ukupno 23 grada¹⁵ (grad Beograd izuzimamo ovom prilikom, jer je posebna jedinica u odnosu na gradove), svega dva – Niš i Kragujevac – imaju konzistentnu unutrašnju podelu na gradske opštine, sa po pet gradskih opština. Čak ni Novi Sad, koji je, posle grada Beograda, najveća jedinica lokalne samouprave u Srbiji, sa svojih 350 hiljada stanovnika (prema popisu od 2011. bilo ih je tačno 341.625), nema adekvatnu podelu na gradske opštine, jer postoje svega dve – Novi Sad i Petrovaradin (iako je teritorija tog grada u periodu od 1980. do 1989. godine bila podeljena na čak sedam opština¹⁶). Osim tri navedena grada, unutrašnju podelu na gradske opštine u ovom trenutku ima još jedino Požarevac, koji je, slično kao i Novi Sad, podeljen na dve gradske opštine (od kojih jedna, isto kao i u Novom Sadu, nosi isti naziv kao i sâm grad) – Požarevac i Kostolac.

Prema Ustavu od 1990. godine (čl. 117, st 1), uspostavljanje gradskih opština na područjima gradova bilo je obavezno.¹⁷ To je, međutim, bilo i razumljivo, jer su po ranijim propisima, pored Beograda, status grada imali samo Novi Sad, Niš, Kragujevac i Priština, pa je obaveza formiranja unutrašnje podele na gradske opštine bila realno ostvariva.¹⁸ U situaciji kada postoje čak 23 grada, nametanje takve podele izazvalo bi u mnogima od njih nepotrebne komplikacije.¹⁹ Ali bi

¹⁴ Predrag Dimitrijević, Dejan Vučetić, *Sistem lokalne samouprave*, Beograd-Niš 2011, 235.

¹⁵ Jedan od zakonskih uslova za ustanovljavanje grada je brojnost stanovništva, jer ZTO u čl 17. definiše grad kao "ekonomski, administrativni, geografski i kulturni centar šireg područja" koji ima više od 100.000 stanovnika. Ipak, moguće je izuzetno, "kada postoje posebni ekonomski, geografski ili istorijski razlozi", da se utvrdi da je grad i teritorijalna jedinica koja ima manje od 100.000 stanovnika, "ako ispunjava sve ostale kriterijume predviđene zakonom". Većina gradova u Srbiji je ustanovljena po tom "izuzetnom" postupku (mada se u slučaju kada je većina formirana izuzetnim putem pitanje šta je pravilo, a šta izuzetak).

¹⁶ To su bile: Stari Grad, Podunavlje, Liman, Slavija, Petrovaradin, Detelinara i Sremski Karlovci. Godine 1989. grad Novi Sad je ukunut kao gradska zajednica opština. Šest opština je spojeno u jedinstvenu opštinu Novi Sad, dok je opština Sremski Karlovci izdvojena iz sastava Novog Sada, postavši posebna jedinica lokalne samouprave. Današnja podela na dve gradske opštine je ustanovljena 2002. godine. Gradska opština Novi Sad obuhvata bački deo, a Petrovaradin sremski deo grada Novog Sada.

¹⁷ Pogledati: Radivoje Marinković, *Lokalna samouprava – stare i nove nedoumice*, Beograd 1998, 353.

¹⁸ Taj status ovi gradovi su stekli 1991. godine, prema Zakonu o teritorijalnoj organizaciji Republike Srbije i lokalnoj samoupravi, mada im je on nakratko bio oduzet u periodu od 1999–2002. godine, za vreme važenja Zakona o lokalnoj samoupravi od 1999. godine. (Pogledati npr. P. Dimitrijević, D. Vučetić, 216).

¹⁹ Takvo rešenje uvedeno je Zakonom o teritorijalnoj organizaciji od 2007. godine.

svakako trebalo razmisliti o takvoj podeli u većim gradovima, koji obuhvataju veliku teritoriju i imaju veliki broj stanovnika (kao što su npr. Leskovac, Subotica, Kraljevo, Kruševac, Zrenjanin), jer je to dobar način da se ublaži problem udaljenosti od sedišta, a faktički čak i problem neujednačene veličine jedinica lokalne samouprave u Republici Srbiji. Neki autori čak iznose predlog da se uvede kategorija “velikog grada” u sistem lokalne samouprave u Republici Srbiji²⁰, na koji način bi se mogla predvideti i obaveza unutrašnje podele takvih gradova na gradske opštine.

7. Konačno, rešenje prema kojem grad Beograd ima poseban tretman u odnosu na ostale jedinice lokalne samouprave i prema kojem se pitanja vezana za njegov status i organizaciju uređuju posebnim zakonom je u potpunosti logično i opravdano. Odavno je, naime, u uporednom pravu prepoznata potreba za posebnim tretmanom velikih, milionskih gradova, tzv. metropola. Razlozi za to su očigledni. Pre svega, metropola ne može da predstavlja osnovnu lokalnu zajednicu za toliki broj stanovnika, jer se lokalna pripadnost može osećati samo prema daleko manjoj teritoriji i manjem broju ljudi. Zatim, višemilionski grad nije pogodan da bude organizovan kao “obična” opština, jer “obična” opština nije u stanju da zadovolji potrebe tako velikog broja građana. Osim toga, postoji neprestana potreba za širenjem gradskog područja, najviše usled povećanja broja stanovnika i razvoja gradske privrede. Konačno, poseban razlog za specijalan status postoji kod glavnih gradova, koji su sedišta najviših državnih organa. Svi navedeni razlozi važe za grad Beograd, u kojem živi gotovo četvrtina ukupne populacije Republike Srbije i koji sa svojih gotovo dva miliona stanovnika spada među petnaest najvećih glavnih gradova u Evropi.²¹

Ustav Republike Srbije od 2006. je predvideo da se o glavnom gradu donese poseban zakon, što je i učinjeno već 2007. godine, kada je donesen Zakon o glavnom gradu (u daljem tekstu: ZGG), kojim su bliže uređeni položaj, nadležnosti i organi grada Beograda. Na pitanja koja nisu uređena tim zakonom, razume se, primenjuju se odredbe Zakona o lokalnoj samoupravi. Donoseći poseban zakon o glavnom gradu, zakonodavac je položaj grada Beograda zadržao u okviru jedinstvenog koncepta lokalne samouprave koje je postavljen Zakonom o lokalnoj samoupravi. To se pre svega odnosi na organe grada Beograda, koji su u isti kao i u ostalim jedinicama lokalne samouprave (skupština grada Beograda, gradonačelnik, gradsko veće i gradska uprava). Kada je reč o nadležnostima, ZGG je za glavni grad predvideo neke dodatne nadležnosti u odnosu na one koje imaju opštine i gradovi, prevashodno u oblasti vodoprivrede, državnih puteva i medija. Zakon je, pri tom, prepustio statutu grada Beograda da detaljno uredi mnoga pitanja, kao što je materija koja se odnosi na prosvetu i stvari koje se odnose na gradske opštine, uključujući i njihovo formiranje, ukidanje ili promenu područja. Konačno,

²⁰ P. Dimitrijević, D. Vučetić, 272.

²¹ O pravnom režimu velikih gradova (metropola) detaljnije pogledati: M. Jovičić, 66–78.

kada je reč o neposrednom učešću građana u vršenju nadležnosti lokalne samouprave, ZGG je predvideo institute identične onima u opštinama i gradovima – građansku inicijativu, zbor građana, referendum i mesnu zajednicu. Sve u svemu, posebnost grada Beograda ogleda se pre svega u proširenom poverenom delokrugu u odnosu na opštine i gradove, kao i u unutrašnjoj podeli na 17 gradskih opština²², koje raspolažu brojnim nadležnostima, dok su organizaciona rešenja potpuno identična onima koja postoje u ostalim jedinicama lokalne samouprave.

8. Struktura i teritorijalna osnova lokalne samouprave u Republici Srbiji, generalno gledano, mogu se oceniti kao dobro ustanovljene, ali se one mogu i unaprediti. Konceptija velikih opština, stvorena za vreme socijalističke Jugoslavije, koju je naš zakonodavac zadržao i nakon donošenja Ustava od 2006. godine, omogućava da lokalna samouprava u Srbiji bude jednostepena i relativno efikasna. Ne treba zanemariti ni činjenicu da tako uspostavljena teritorijalna osnova opština funkcioniše već pola veka, pa se može reći da je već izgradila sopstvenu tradiciju.

U poslednjih nekoliko godina, pomak unapred svakako predstavlja rešenje prema kojem je povećan broj jedinica lokalne samouprave sa statusom grada, jer je u njima moguće formiranje gradskih opština i proširenje njihovog poverenog delokruga. S obzirom na činjenicu da je čak 19 od ukupno 23 grada u Republici Srbiji taj status steklo tek 2007. godine, potrebno je da prođe još nekoliko godina kako bi se videlo u kojoj meri će biti realizovana mogućnost ustanovljavanja gradskih opština u tim jedinicama lokalne samouprave. Formiranjem gradskih opština u nekim gradovima ublažili bi se ranije pominjani problemi udaljenosti građana od sedišta lokalnih organa, a donekle i neujednačene veličine opština. Osim toga, ostaje da se vidi u kojoj meri država proširiti povereni delokrug gradova u odnose na onaj koji je poverila “običnim” opštinama.

Predlozi pojedinih autora za uvođenje novih oblika jedinica lokalne samouprave, poput kategorije velikih gradova, doveli bi samo do nepotrebnog komplikovanja sistema lokalne samouprave u Srbiji.²³ Bez obzira na to što bi uvođenje kategorije velikih gradova imalo i svojih prednosti, treba uvek težiti tome da lokalna samouprava bude razumljiva i bliska običnom građaninu, koji bi trebalo da se bez problema snalazi i zadovoljava svoje potrebe, bilo pred državnim ili pred lokalnim organima. Stoga nisu na mestu ni predlozi koji podrazumevaju korenitu reformu strukture i teritorijalne osnove lokalne samouprave, poput onih

²² “Za razliku od gradskih opština u gradu, Zakon o glavnom gradu izričito kaže da gradska opština u gradu Beogradu ima, kao i grad Beograd, svojstvo pravnog lica.” (R. Marković, 2012, 418).

²³ Kao kuriozitet može se navesti da je Radivoje Marinković svojevremeno predlagao veoma složen “višetipski” sistem lokalne samouprave, u kojem je trebalo da postoji čak šest kategorija jedinica lokalne samouprave: 1) seoske i mešovite opštine, 2) malogradske opštine, 3) gradovi, 4) veći gradovi, 5) veliki gradovi i 6) metropolitanski gradovi. (R. Marinković, 406–412)

koji predviđaju uvođenje dvostepenosti i politipnosti²⁴ koja bi zamenila postojeću jednostепенost i monotipnost. Postojeća podela na opštine i gradove, uz poseban položaj glavnog grada Beograda, sasvim je dovoljna diferencijacija jedinica lokalne samouprave u našem sistemu. Položaj grada Beograda, koji je uređen posebnim zakonom, ne odstupa mnogo od položaja ostalih jedinica lokalne samouprave, pa se može reći da naš zakonodavac nije u dovoljnoj meri iskoristio ustavnu mogućnost da taj položaj reguliše na specifičan način.

Probleme neujednačene veličine opština i udaljenosti od sedišta moguće je rešiti u okviru postojećeg sistema, kombinacijom nekoliko instrumenata: uvođenjem elektronske uprave, pojednostavljivanjem administrativnih procedura, formiranjem gradskih opština i mesnih zajednica. Na pojedinim mestima bi možda trebalo razmisliti i o formiranju novih opština, tako što bi se neke od postojećih opština podelile na dve ili, izuzetno, tri opštine. Eventualna poboljšanja sistema lokalne samouprave u Srbiji, dakle, ne bi trebalo tražiti u temeljnoj reformi njene strukture i teritorijalne osnove, već pre svega u oblastima kao što su nadležnost lokalne samouprave, njeno finansiranje, izbor i imenovanje lokalnih organa i jačanje lokalne demokratije.

MARKO STANKOVIĆ, LL.D.,
Assistant Professor, Faculty of Law University of Belgrade

NUMBER AND SIZE OF MUNICIPALITIES IN SERBIA

Summary

The Constitution of the Republic of Serbia of 2006 predicted two forms of territorial decentralization – local government and territorial autonomy. Local government in Serbia, when it comes to its structure and territorial basis, did not suffer any serious reform for almost half a century. Therefore, one of the most pressing problems associated with this form of vertical division of powers in Serbia is the size of municipalities. This paper analyzes the current solution, presents its advantages and disadvantages and proposes some changes to the current system that could possibly make it more efficient.

²⁴ Pogledati npr. Bojan Bojanić, "Lokalna samouprava u Srbiji nakon donošenja Ustava iz 2006. godine", *Ustav Republike Srbije – pet godina posle (2006-2011)*, 277.

VLADIMIR ĐURIĆ

KONTROLA USTAVNOSTI NEČINJENJA (PROPUŠTANJA) ZAKONODAVCA

U V O D

Opštost i nužna nedovršenost zakona neminovno nameću pitanja načina i karaktera primene prava u slučajevima koji njim nisu regulisani. Ova su pitanja stara bezmalo koliko i samo pravo i njegovo organizovano i institucionalno stvaranje i primena, a osnovni odgovori na njih opredeljuju suštinu različitih teorijskih škola i pravaca. Zbog opštosti i neizbežne nedovršenosti zakona nikad se unapred ne može sa potpunom izvesnošću utvrditi koji će se sve slučajevi pod njega podvesti.¹

Neminovni izostanak pravnih pravila, odnosno, šire posmatrano, mogućnost nečinjenja (propuštanja) zakonodavca, nameće delikatnu teorijsku i praktičnu dilemu na koji način pomiriti političku aktivnost zakonodavca, tačnije slobodu institucije koja izražava suverenu volju *demosa* da (ne)donosi pravna pravila, sa imperativom vladavine prava da delanje zakonodavca u svemu bude podređeno ustavu i da se kontrolom ustavnosti, koja je u funkciji obezbeđivanja i ostvarivanja Ustava, obuhvati što veći broj akata i radnji? Najpre treba razmotriti mnoštvo različitih pojava u kojima se nužna nedovršenost prava (zakona) ispoljava i sagledati da li je nečinjenje zakonodavca samo jedan od tih oblika?

Dr Vladimir Đurić, naučni saradnik Instituta za uporedno pravo, Beograd.

¹ R. Vasić, K. Čavoški, Uvod u pravo II, Beograd, 1996, str. 211.

LACUNA LEGIS I NEČINJENJE ZAKONODAVCA

Pravo ne reguliše sve društvene odnose. Postoje društveni odnosi koji su pravno indiferentni. Reč je o *pravno praznom prostoru*², zapravo o odnosima koji po svojoj sadržini ne mogu biti predmet pravnog regulisanja.³ Prema jednodušnom stavu pravne teorije, pravne praznine (*lacuna legis*) ne obuhvataju pravno prazan prostor. Reč je o odnosima, činjenicama i slučajevima koji nisu obuhvaćeni i uređeni zakonom, a po svojim obeležjima bi to trebalo da budu,⁴ zapravo o o društvenim odnosima koji nisu regulisani pravom, iako bi zbog društvenog interesa trebalo da to jesu.⁵

Relativna saglasnost o pojmu pravne praznine ne znači i saglasnost u pogledu uzroka i tipova ove vrste manjkavosti prava. Jedan pristup ističe da pravnih praznina mora biti, jer je život uvek složeniji od prava i brže se razvije i menja nego pravo.⁶ Uz takvo isticanje *objektivnih* činilaca u nastanku pravnih praznina, ukazuje se i na *subjektivne uzroke* nastanka ove pojave, jer ni jedan zakonodavac, ma koliko dalekovid i uman bio, nije kadar da za sve složenije slučajeve unapred postavi jasna i određena pravila.⁷ Imajući u vidu način nastanka pravnih praznina, u teoriji se ističe njihova podela na *početne* koje postoje u trenutku donošenja normi, koje je tvorac *prevideo* i *naknadne*, one koje nastaju posle donošenja normi, jer su nastali novi odnosi koje tvorac prava nije *prevideo*.⁸ Ova podela istovetna je podeli koju u uporednom pravu ustavni sudovi pojedinih država označavaju kao *primarne* i *sekundarne praznine*, odnosno kao praznine *prava* (početne ili primarne) i *praznine u pravu* (naknadne ili sekundarne).⁹ Postoji i podela na prave i neprave pravne praznine. Pod *pravim prazninama* podrazumevaju se one koje postoje kad je neki složeniji društveni odnos regulisan opštom normom, ali neki odnos koji je njegov sastavni deo nije regulisan. *Neprave praznine* postoje kad cela oblast odnosa nije regulisana opštim normama.¹⁰

² D. Vranjanac, G. Dajović, Osnovi pravnog sistema sa metodologijom prava, Beograd 2006, str. 127.

³ R. Vasić, K. Čavoški, n. m.

⁴ R. Vasić, K. Čavoški, n. m.

⁵ R. Lukić, B. Košutić i D. Mitrović, Uvod u pravo, Beograd, 1999. str. 504, 505.

⁶ R. Lukić, B. Košutić i D. Mitrović, n.d. str. 505.

⁷ R. Vasić, K. Čavoški, Uvod u pravo II, Beograd, 1996, str. 211.

⁸ R. Lukić, B. Košutić i D. Mitrović, n. m.

⁹ General Report, XIV Congress of the Conference of European Constitutional Courts "Problems of Legislative Omission in Constitutional Jurisprudence", p. 8.

¹⁰ R. Lukić, B. Košutić i D. Mitrović, n.m. U mađarskoj jurisprudenciji smatra se da pravne praznine mogu da budu oličene u insuficijenciji (pomanjkanju normi), inkonzistentnosti (kada opšti akt sadrži kontradiktorne norme) i indeterminisanosti (kada odredbe opšteg akta nisu jasne) - L.Csink, P. Paczoly, Problems of Legislative Omission in Constitutional Jurisprudence,

Pravne praznine podrazumevaju “popunjavanje”, odnosno iziskuju da se u konkretnom slučaju pronađe pravilo koje će se primeniti. Pravne praznine se regulišu pravom, odnosno pravnom normom, ali ne i pravnim izvorima.¹¹ Popunjavanje pravnih praznina je drugačije od tumačenja prava. Prilikom popunjavanja pravnih praznina donose se (pojedinačne) norme kojima se rešava slučaj,¹² čime tumač, odnosno sudija preuzima posao zakonodavca.¹³

Iako se pravna praznina, u širem smislu, može pripisati nečinjenju, odnosno propustu zakonodavca, sasvim je jasno, bar što se tiče osnova njihovog nastanka i načina popunjavanja, da postoje razlike između pravnih praznina nastalih u slobodnom ostvarivanju i primenjivanju ustava, oličenom u političkoj aktivnosti zakonodavca koja se ostvaruje u načelnim ustavnim okvirima i uz poštovanje izričito propisanih zabrana, sa jedne strane, i propusta u slučajevima kada je ustavotvorac za zakonodavca propisao izvesne smernice, zahteve i obaveze, sa druge strane. U drugom slučaju, budući da na strani zakonodavca postoje ustavom normirane smernice, zahtevi i obaveze, jasno je da bi njihovo propuštanje predstavljalo izvestan vid kršenja naloga činjenja, odnosno da bi se moglo smatrati nečinjenjem u užem i pravom smislu te reči. U uporednom pravu jasno se uočava da nečinjenje zakonodavca podrazumeva neodgovarajuće izvršavanje ustavnih zahteva da se donese neophodna pravna norma, suprotno dužnostima definisanim ustavnim tekstom.¹⁴ Nečinjenju može postojati i u kontekstu ostalih ustavnih nadležnosti koje su dodeljene zakonodavcu, ali, zbog značaja zakonodavne funkcije, pažnju treba usmeriti na nečinjenje u vezi sa tom funkcijom.

USTAV I NEČINJENJE ZAKONODAVCA

Razmatranje nečinjenja zakonodavca podrazumeva utvrđivanje na koji sve način ustav može zakonodavcu propisati izvesne smernice, zahteve i obaveze, kao i da li je stepen obaveznosti takvih ustavnih naloga uvek isti. U tome se prelamaju neke od najslabijih ustavnopravnih dilema.

Prva od tih dilema je da li se i kada se može smatrati da ustav zakonodavca obavezuje i implicitnim, nepisanim načelima? Davno je istaknuto da se čitavo ustavno pravo nije nigde uspelo iscrpiti u samom pisanom ustavu i da bi se, čak i da se u određenom momentu pretpostavi da je tako nešto moguće, razvojem

Hungarian National Report for the 14th Conference of Constitutional Courts, p. 1. sa pozivom na A. Peczenik: *On Law and Reason*, 1989, p. 24.

¹¹ R. Lukić, B. Košutić i D. Mitrović, n. d. str.507.

¹² R. Lukić, B. Košutić i D. Mitrović, n.m; D.V ranjanac, G. Dajović, n.d. str. 129.

¹³ R. Vasić, K. Čavoški, n. d. str. 212.

¹⁴ Portuguese Report for the XIVth Congress of the Conference of European Constitutional Courts, 2008. r. 10.

društvenog života formirala nova ustavna pravila, mimo pisanog ustava.¹⁵ Ustav se ne može svesti samo na *expressis verbis* postavljene norme. U slučaju orijentacije ka vrednostima poštovanja ljudskih prava i sloboda, on ne može da bude identifikovan samo sa važećim ustavnim tekstom.

Druga dilema u vezi sa nečinjenjem zakonodavca odnosi se na veliki broj ustavnih odredbi koje u svakom ustavu sadrže neodređene pojmove, ili programska pravila, kao što su pravednost, socijalna pravda, javna bezbednost, moral, javni poredak, itd. Neodređeni ustavni pojmovi ne preciziraju tačno određenu stvar ili pravni odnos, već samo tipiziraju dajući široku pravnu kategoriju.¹⁶ To rađa pitanje da li neodređeni pojmovi i programska načela ograničavaju slobodno područje zakonodavca i da li mogu da budu osnov za sagledavanje eventualno protivustavnog nečinjenja zakonodavca?

Ustavi mogu da predvite tzv. "zakonske rezervate", pod kojima se može smatrati određena materija koju može urediti samo zakonodavac.¹⁷ Predviđanje zakonskih rezervata nameće obavezu zakonodavcu da materija koja u te "rezervate" spada bude regulisana zakonom, ali ne nameće obavezu donošenja zakona. Ukoliko zakonodavac reši da reguliše tu materiju, on će to morati da učini zakonom, ali samo predviđanje zakonskih rezervata ne nameće obavezu činjenja. U vezi sa materijom koja može da bude regulisana samo zakonom, treba učiniti nekoliko važnih napomena. Ustavi mogu predvideti da se zakonom uređuje način ostvarivanja pojedinih ljudskih prava i sloboda, pa se, u tom kontekstu, u određenim slučajevima, može smatrati da je donošenje zakona neophodno za ostvarivanje pojedinih ljudskih prava i sloboda. Sledstveno tome, oglašavanje zakonodavca da normativno uredi način ostvarivanja pojedinih ljudskih prava i sloboda, suštinski može da vodi njihovom kršenju. Drugi slučaj koji iziskuje posebno razmatranje moguć je u federativnim državama i u teoriji se određuje kao paralelna nadležnost. Ustavom federacije može se predvideti da je federacija nadležna da svojim zakonom određenu materiju reguliše samo načelno, dok se federalnim jedinicama prepušta da svojim zakonodavstvom, na osnovu načela sadržanih u saveznom zakonu, razrade odnosnu materiju. U takvom slučaju, može doći i do izvesnog nečinjenja zakonodavca u federalnim jedinicama. Unekoliko je sličan slučaj tzv. prenosnoizvršnih međunarodnih ugovora, odnosno ugovora čija implementacija iziskuje donošenje posebnog zakonodavstva.¹⁸ Posebno ustavnopravno relevantno nečinjenje zakonodavca može da postoji u slučaju nadležnosti parlamenta koje se vrše u formi zakona, kao što je to slučaj sa ustavnopravnom ratifikacijom međunarodnih ugovora, ili donošenjem budžeta.

¹⁵ I. Krbek, Ustavno sudovanje, Zagreb 1960, str. 10.

¹⁶ Isto, str. 26.

¹⁷ R. Marković, Ustavno pravo i političke institucije, Beograd 1995. str.13.

¹⁸ Više o takvim ugovorima u mom radu Ustav i međunarodni ugovori, Beograd 2007.

Postupanje zakonodavca može biti i izričito propisano ustavnim odredbama. Različiti ustavni nalozi zakonodavcu mogu da budu nomotehnički postavljene i izraženi na različite načine, što se može odraziti na stepen njihove obaveznosti. Ustav sadrži najopštije pravne norme u kojima, osim neodređenih pojmova i programskih pravila, mogu da budu propisani i izvesni zahtevi za činjenje zakonodavca čija se sadržina, a time, u izvesnom smislu i obaveznost, mogu kretati u širokom luku od uopštenih naznaka i smernica, poput pojmova kao što su “vodi računa”, “stara se”, “prati”, “uzima u obzir”, preko nužnosti razmatranja “neophodnosti” donošenja zakona, do vrlo jasno postavljenih obaveza i dužnosti, kako u pogledu donošenja zakona, tako i u pogledu određenih faza zakonodavnog postupka, ili vrsti zakonodavnog postupka, kao što je to slučaj u pojedinim ustavnim sistemima koji propisuju obavezu utvrđivanja opšteg interesa za povratno dejstvo pojedinih odredbi zakona. Razume se da se relevantnost propusta ispunjavanja ustavnopravnih naloga različite sadržine i stepena obaveznosti ne može u svemu izjednačiti.

Posebno pitanje moglo bi da se odnosi na vremenski okvir u kojem zakonodavac treba da ispuni određene naloge sadržane u ustavu. Ustavne odredbe koje propisuju izvesne naloge zakonodavcu ne moraju uvek da sadrže i jasno određene rokove za postupanje. U tom smislu, može se postaviti pitanje da li je za konstituisanje nečinjenja zakonodavca nužno da postoji i izvesno propuštanje ustavnopravno postavljenih rokova, ili se o nečinjenju može govoriti i onda kad je ustavotvorac, propisujući određeni nalog činjenja zakonodavcu, sâm propustio da utvrdi rok u kojem zakonodavac taj nalog treba da ispuni?

Organi koji vrše kontrolu ustavnosti susreću se sa izloženim različitim aspektima odnosa ustava i nečinjenja zakonodavca, odnosno pitanja ustavnopravno relevantnog nečinjenja zakonodavca u različitim vrstama postupaka.

KONTROLA USTAVNOSTI NEČINJENJA U UPOREDNOM PRAVU

Teorijska shvatanja o mogućnosti kontrole nečinjenja

Teorijska shvatanja o mogućnosti i potrebi kontrole ustavnosti nečinjenja zakonodavca, mogu izražavati dve različite ravni posmatranja.

Najpre mogu da budu sagledani u kontekstu određenja organa kontrole kao “negativnog” zakonodavca.¹⁹ Budući da je “negativni zakonodavac”, ustavni sud bi mogao isključivo da vrši kontrolu ustavnosti postojećeg prava. Da li kontrola nečinjenja “pozitivnog” zakonodavca nužno znači i svojevršno zakonodavno činjenje “negativnog” zakonodavca? Ova dilema je naročito važna i posebno izražena u kontekstu pitanja da li ustav zakonodavca obavezuje i implicitnim, nepisanim načelima? Ako ustav čine i norme i principi koji nisu *expressis verbis* postavljene

¹⁹ H. Kelsen, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, in: *Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 5, Berlin und Leipzig, 1929, S. 55.

ni i ako se kontrola ustavnosti može vršiti i s obzirom na nepisano ustavno pravo, onda takav stav nužno vodi zaključku da kontrola ustavnosti mora biti dinamična. Takvu kontrolu, naročito ako se vrši s obzirom na nepisana pravila ustava, unekoliko je teško *a priori* i u svemu pomiriti sa zahtevom da organi koji je vrše budu podređeni ustavu i da se od “negativnog” ne pretvore u “pozitivnog” zakonodavca. Kelzen je stajao na stanovištu da nadpozitivne norme (*überpositiven Normen*) moraju biti isključene kao merilo ustavnosudske kontrole.²⁰

Razmatranje mogućnosti i potrebe kontrole ustavnosti nečinjenja zakonodavca u vezi je i sa dilemom da li je delanje zakonodavca u razvijanju ustava jednako ostvarivanju i primenjivanju zakona podzakonskim i pojedinačnim aktima. U okviru te ravni posmatranja, kontrola ustavnosti nečinjenja zakonodavca najpre može biti sagledana kroz pitanje da li se institut diskrecione ocene može primenjivati i na zakonodavstvo?²¹ Pitanje je naročito važno budući da ustavne odredbe sadrže i neodređene pojmove, ili programska pravila. Ukoliko se takvi pojmovi shvate kao svojevrsno ograničavanje slobodnog područja zakonodavca, utoliko oni mogu da budu osnov kontrole ustavnosti (ne)činjenja zakonodavca. Ovim se pitanjem bavio i Kelzen koji je stajao na stanovištu da norme koje na bilo koji način još nisu pozitivirane (*Normen die noch in keiner Weise positiviert sind*), poput opštih ustavnih izraza kao što su “pravda”, “sloboda” “jednakost”, treba smatrati pravno neobavezujućim postulatima. Prema Kelzenu, one upućuju na slobodu izvršioca ustava, a mogućnost njihovog shvatanja od strane zakonodavca je neograničena,²²tako da sud, na osnovu njih, ne bi mogao da vrši kontrolu ustavnosti.²³

Nečinjenje kao predmet kontrole

Pravni sistemi uglavnom ne poznaju postupke za ispitivanje neustavnosti propusta zakonodavca.²⁴ U uporednom ustavnom pravu jedini izuzetak od pravila da se kontrola ustavnosti nečinjenja ustavom ne predviđa kao jedna od nadležnosti ustavnog suda, može se naći u ustavu Portugalije. Prema članu 283. st.1. portugalskog ustava, Ustavni sud može ocenjivati i proveravati svaki propust u poštovanju ustava do kojeg je došlo posredstvom izostanka zakonodavnih mera potrebnih za izvršavanje ustavnih odredbi. Ustav ne određuje pojam nečinjenja (propusta) zakonodavca, ali se, na osnovu ograničavanja delovanja Ustavnog suda na slučajeve u kojima su zakonodavne mere potrebne za operativnost ustavnih pravila koja po sebi nisu izvršna, smatra da je Ustav insinuirao da svako “ćutanje” zakonodavca ne treba da bude uzeto u obzir prilikom odlučivanja o postojanju

²⁰ Isto, S. 68.

²¹ Videti o tome I. Krbek, n. d. str. 26.

²² N. Kelzen, n. d. S. 68.

²³ Isto, S. 69.

²⁴ J. Steinberger, *Models of Constitutional Jurisdiction*, 1993. p.16.

nečinjenja. U tom smislu, u portugalskoj pravnoj teoriji pravi se razlika između ustavnopravno značajnog nečinjenja i ostalih vidova nečinjenja zakonodavca.²⁵ Većina portugalskih pisaca stoji na stanovištu da se ova podela pravi na osnovu tipa ustavnih pravila u pogledu kojih zakonodavna vlast pokazala inertnost ili pasivnost. U tom smislu, uz ogradu da ne postoje ustavni kriterijumi na osnovu kojih bi se utvrdilo da li su neka pravila samoizvršna, zaključuje se da nije moguće da se utvrdi postojanje neustavnosti uzrokovane nečinjenjem u odnosu na ustavni sistem u celini, već se nečinjenje procenjuje u odnosu na određena pravila čije neizvršavanje narušava ispunjavanje uslova sadržanih u Ustavu. Teorija priznaje da nečinjenje može da se odnosi kako na kršenje normi, tako i kršenje principa Ustava. Da bi uopšte nametale potrebu usvajanja zakonodavnih mera za svoje izvršavanje, ustavne odredbe treba da budu konkretne i detaljne, što načelno, isključuje mogućnost da se ustavnopravno relevantno nečinjenje odnosi na nepisana ustavna načela.²⁶ Ustavnopravno relevantno nečinjenje zakonodavca mora da bude u vezi sa ustavnim nalogom određene aktivnosti, a propust može da postoji u tri pojavna oblika – u vidu izostanka aktivnosti, u vidu neodgovarajuće aktivnosti i u obliku nedovoljne aktivnosti. Pravo, ili apsolutno, odnosno neuslovljeno potpuno nečinjenje zakonodavca, postoji samo u slučaju izostanka akcije, a u pravnoj teoriji i praksi ustavnog sudstva ističe se da se delimično nečinjenje može kontrolisati i kroz prizmu neustavne aktivnosti, a ne samo neustavnog nečinjenja.²⁷

Prema portugalskim autorima, pogrešno je neustavnost prouzrokovanu nečinjenjem smatrati neustavnošću *ratione temporis*. Osim u izuzetnim i retkim slučajevima u kojima ustavne odredbe određuju rok koji je zakonodavna vlast dužna da poštuje, prost protok vremena ne može da bude dovoljan kriterijum za određivanje da li postoji ustavnopravno relevantno nečinjenje zakonodavca. Osnovni pokazatelj da li je nečinjenje zakonodavca ustavnopravno relevantno treba da budu pravne posledice inercije. Nečinjenje je važno samo ukoliko inercija, ili pasivnost zakonodavca, konkretno, ili u svetlu okolnosti do kojih je došlo u određenom trenutku vremena, vode “promeni ustavnog plana”.²⁸ Ustavni sud stoji na stanovištu da neustavnost nastala nečinjenjem zakonodavca može da postoji samo kada Ustav nameće specifičan zahtev zakonodavnoj vlasti koja ga ne ispunjava.²⁹ Zakonodavni propust, čak i u restriktivnom značenju, podrazumeva, prema shvatanju Suda, konkretnu i specifičnu odgovornost koju Ustav nameće zakonodavnoj vlasti, onu čije su značenje i obim potpuno definisani, bez ostav-

²⁵ Portuguese Report for the XIVth Congress of the Conference of European Constitutional Courts, 2008. r. 10.

²⁶ Isto, r. 12, 13.

²⁷ Isto, r. 13.

²⁸ Isto, r. 16.

²⁹ Acórdão N.º 474/02 r 2 - uma inconstitucionalidade por omissão só é verificável, quando existir em concreto uma específica incumbência dirigida pela Constituição ao legislador e que este se abstenha de a satisfazer.

ljanja zakonodavcu prostora za manevar u pogledu odluke da li da interveniše, ili ne, a u kojoj bi svrha ustavne odredbe bila ispunjena čim bi se usvojile primjenjive odredbe.³⁰

U pojedinim zemljama kontrola ustavnosti nečinjenja predviđena je odredbama zakona kojima se reguliše rad ustavnog suda. U Mađarskoj je članom 49. Zakona o Ustavnom sudu iz 1989. prvobitno bilo predviđeno da Ustavni sud ima pravo da ustanovi da nadležni organ nije uspeo da ispuni svoj normativni zadatak koji proističe iz njegovog pravnog autoriteta i da je, stoga, prouzrokovao neustavnost. Nadležnost Ustavnog suda da utvrdi propust zakonodavnog organa bila je kvalifikovana kao dalje proširivanje njegovih ovlašćenja za koja se i inače smatralo da su velika.³¹ Bjeekat postupka bilo je nečinjenje koje je prouzrokovalo neustavnost. Stoga se smatralo da dva uslova moraju biti ispunjena: propust zakonodavnog organa i sledstvena neustavna situacija.³² U praksi Ustavnog suda držalo se da propust postoji ne samo kad se zakonodavni organ ne pridržava obaveze koja proističe iz konkretnog ovlašćenja, odnosno obaveze da donese zakon određene sadržine,³³ nego i u slučaju kad organ nije konkretno ovlašćen, odnosno obavezan da nešto čini, već postoji pitanje koje treba regulisati zakonom. Da određeno pitanje treba da bude regulisano zakonom i bez izričitog ustavnopravnog naloga zakonodavcu, smatralo se da postoji kad je nedostajuće zakonodavstvo neophodno za ostvarivanje pojedinih ustavnih prava,³⁴ pa i kad je zakonodavac usvojio relevantne zakone, ali je njihov sadržaj neodgovarajući, što generiše neustavnu situaciju.³⁵ Posebni slučajevi neustavnosti nečinjenja postojali su kad je parlament propustio da donese amandmane na zakon koji je promenama Ustava postao neustavan, kao i u slučaju propusta u harmonizovanju domaćeg prava sa međunarodnim.³⁶

³⁰ Acórdão N.º 424/2001 r.2 - "omissão legislativa" (mesmo acolhendo uma visão restritiva do conceito), pois se configurava uma muito concreta e específica incumbência cometida pela Constituição ao legislador, perfeitamente definida no seu sentido e alcance, sem deixar qualquer margem de liberdade quanto à sua decisão de intervir ou não, mostrando-se cumprido o desiderato constitucional logo que emitidas as correspondentes normas.

³¹ M. Dszó, *Constitutional Law in Hungary*, 2010, p. 196.

³² Isto, n. m.

³³ Ustavni sud je utvrdio da Zakonom o pravima nacionalnih i etničkih manjina političko predstavljanje manjina nije regulisano u obimu i na način koji je predviđen Ustavom. - Decision 35/1992. (VI. 10.)

³⁴ U Odluci 22/1990 Ustavni sud je stao na stanovište da zahtevi zaštite ustavnog poretka i prava građana mogu da nameću obavezu da se izvrši dužnost normativnog regulisanja, čak i bez specifičnog ovlašćenja - Decision 22/1990. Treba ipak istaći da se u tom slučaju radilo o propusti Saveta ministara, a ne parlamenta.

³⁵ Decision 15/1998.

³⁶ L. Csink, *Problems of Legislative Omission in Constitutional Jurisprudence*, Hungarian National Report for the 14th Conference of Constitutional Courts, p. 11-13.

Novi mađarski Zakon o Ustavnom sudu iz 2012. u članu 46. donekle menja dosadašnji koncept kontrole ustavnosti nečinjenja. Za razliku od rešenja Zakona iz 1989. koji je kontrolu ustavnosti nečinjenja uređivao kao apstraktni postupak, novi Zakon kontrolu ustavnosti nečinjenja ne poznaje kao posebnu nadležnost Ustavnog suda,³⁷ već propisuje da se utvrđivanje (deklarisanje) neustavnosti vrši u proceduri sprovedenoj u okviru vršenja (ostalih) nadležnosti Ustavnog suda. Zakon izričito određuje koji će se slučajevi smatrati nečinjenjem. U njih, prema stavu 2. člana 46. spada: 1. kad zakonodavac propusti da izvrši zadatak koji se izvodi iz međunarodnog ugovora, 2. kad odgovorajući propis nije usvojen uprkos činjenici da se zadatak donosioca normi može izvesti iz izričitog ovlašćenja sadržanog u pravnom propisu i 3. kad nije potpun suštinski sadržaj pravnog propisa koji se može izvesti iz Ustava.

Budući da pitanje nečinjenja može da bude pokrenuto i efikasno razmotreno u kontekstu drugih procedura pred ustavnim sudom, pojedini autori smatraju da nema potrebe da se uvodi poseban postupak za ocenu ustavnosti propusta zakonodavca.³⁸ U SR Nemačkoj načelno se smatra da propusti zakonodavca, kao takvi, nisu pogodni da budu predmet postupka apstraktne normativne kontrole.³⁹ Savezni ustavni sud je to jasno formulisao: zakon se ne može kasirati ukoliko nešto ne reguliše.⁴⁰ Drži se, međutim, da nekompletna pravna norma može da bude predmet apstraktne normativne kontrole, ali u takvom slučaju pravna praznina nije izolovana, već je uzeta u obzir i kontrolisana kao deo norme.⁴¹ Istovetno je i sa postupkom konkretne kontrole ustavnosti zakona.

U SR Nemačkoj nečinjenje zakonodavca može da bude predmet postupka rešavanja spora između federacije i federalnih jedinica, kao i spora između ustavnih organa. Prema odredbi člana 64. Zakona o Saveznom ustavnom sudu, aplikacija će u takvim postupcima biti prihvatljiva samo ako njen podnosilac tvrdi da su mu postupak, ili propust suprotne strane, naškodili, ili ga direktno ugrozili. Pravno je relevantno u takvim slučajevima da li je protivnik aplikacije dužan da preduzme akciju, a u nauci se ističe da zakonodavni postupak nudi nebrojane varijante pogrešnog nečinjenja.⁴²

Kontrola ustavnosti nečinjenja može u SR Nemačkoj da bude predmet i postupka po ustavnoj žalbi. Propusti svih vlasti se smatraju "merama javne vlasti" pa su podobni da predstavljaju samostalni predmet ustavne žalbe.⁴³ Pojedini čla-

³⁷ Péter Raczolay, Shanges in the Sompetences of the Hungarian Sonstitutional Sourt, p. 1.

³⁸ J. Steinberger, n. m.

³⁹ C. Pestalozza, Verfassungsprozessrecht, 1991. S. 125.

⁴⁰ ...ein Gesetz kann nicht für nichtig erklären werden, soweit es etwas nicht regeln... – BverfGE 22, 349.

⁴¹ C. Pestalozza, n. m.

⁴² Takvi su, primera radi, slučajevi kad Bundesrat predlog zakona nije uputio Bundestagu u skladu sa čl.76. Osnovnog zakona, ili kad Bundesrat razmatra i odlučuje o zakonu koji mu nije ni upućen, itd - C. Pestalozza, S. 111.

⁴³ R.Zück, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 1988, S. 227.

novi Zakona o Saveznom ustavnom sudu izričito spominju propuste organa vlasti. Član 92. propisuje da će se u razlozima žalbe precizirati akt, ili propust organa javne vlasti za koji se tvrdi da narušava prava. Ipak, propusti zakonodavne vlasti bili su posebno problematični predmet žalbe. U teoriji su postavljena tri značajna pitanja: 1. da li je ustavna žalba protiv legislativnih propusta uopšte moguća, 2. kada je takva ustavna žalba dopuštena i 3. kada je takva ustavna žalba osnovana. Na prvo pitanje, na osnovu izričitih članova Zakona, daje se nedvosmislen odgovor da je takva žalba moguća. Dopuštenost ustavne žalbe protiv propuštanja zakonodavne vlasti ravna se po opštim zahtevima za ustavnu žalbu, ali da bi do pravog propuštanja došlo neophodno je da postoji izvesna ustavna dužnost postupanja zakonodavca. Pretpostavka svake dužnosti postupanja zakonodavca je pozitivnopravno određena ustavna norma koja legislativu obavezuje na specifično činjenje, odnosno, kako to Savezni ustavni sud određuje, na donošenje određenog zakona.⁴⁴ Isprva je Savezni ustavni sud negirao mogućnost osporavanja zakonodavnog propusta posredstvom ustavne žalbe, stajavši na stanovištu da pojedinac ne može da ima mogućnost podnošenja sudu zahteva kojim bi se zakonodavac naterao da deluje. Prvi Senat Saveznog ustavnog suda je ukazivao da Ustavni sud nije zakonodavno telo i da nije na njemu da uzima ulogu zakonodavca.⁴⁵ Pri tome su "opšta obavezivanja" zakonodavca kao što su ustavno određivanje SR Nemačke kao socijalne države, ili "dužnost unapređivanja zakona" diskutabilne dužnosti nametnute zakonodavcu. Prvi Senat Saveznog ustavnog suda jasno je istakao da princip socijalne države iz člana 20 Ustava nije konkretizovan što, u pojedinim njegovim aspektima, ostavlja slobodu zakonodavcu da odluči kako će taj nalog biti ispunjen.⁴⁶ Samo ukoliko bi zakonodavac proizvoljno, odnosno bez činjeničnog osnova, propustio ustavnu dužnost da u socijalnoj sferi postigne podnošljivu ravnotežu suprotstavljenih interesa, kao i podnošljivih uslova života za sve, tada bi pojedinac ustavnom žalbom mogao da podnese zahtev koji bi bio podoban za sudsko ispitivanje.⁴⁷ U komentarima je istaknuto da se iz takve, donekle nejasne formule, ne može izvesti nikakav praktičan zaključak.⁴⁸ Savezni ustavni sud je svoj stav da princip socijalne države ne govori o pojedinostima svog ispunjenja, što ostavlja slobodu odlučivanja zakonodavcu, zasnovao i na sledećem rezonovanju: da je drugačije, princip socijalne države bi dospeo u koliziju sa prin-

⁴⁴ BVerfGE 6, 257, 256 - Führt der Gesetzgeber den Verfassungsauftrag zum Erlass eines bestimmten Gesetzes ...so kann auch gegen ...Unterlassen eine Verfassungsbeschwerde erhoben werden.

⁴⁵ U svom Zaključku od 19. decembra 1951 - BVerfGE 1, 97 - Das Bundesverfassungsgericht ist keine gesetzgebende Körperschaft, und es ist nicht seine Sache, sich an die Stelle des Gesetzgebers zu setzen.

⁴⁶ BVerfGE 1, 97 - Das Wesentliche zur Verwirklichung des Sozialstaates aber kann nur der Gesetzgeber tun...

⁴⁷ Isto.

⁴⁸ E. Friesenhahn, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland, 1962, S. 66.

cipom demokratije, a demokratsko uređenje, kao poredak slobodnog političkog procesa, bi bilo bitno ograničeno, kada bi političkom obrazovanju volje unapred bila zadata ustavnopravna obaveza koja se ne može drugačije rešiti.⁴⁹

Poseban slučaj ulaganja ustavne žalbe protiv propusta zakonodavca u SR Nemačkoj može da nastane u vezi sa klauzulom jednake zaštite. Ako zakon favorizuje određene grupe lica, dok propuštanjem isključuje druge i narušava klauzulu jednake zaštite, onda se takav vid nečinjenja zakonodavca može smatrati neustavnim i može biti predmet ustavne žalbe pripadnika isključene grupe.⁵⁰ Reč je zapravo o neizvornim (relativnim) propustima zakonodavca, o slučajevima kada, za razliku od apsolutnog propuštanja, ipak postoji pravna norma koja ne odgovara zahtevu jednake zaštite, jer iz nje isključuje određene grupe.⁵¹ U praksi Ustavnog suda, u takvim slučajevima, donošene su i posebne interpretativne odluke (videti dalji tekst).

Postupak kontrole nečinjenja i dejstvo odluka

U vezi sa kontrolom nečinjenja zakonodavca, posebno je teorijski važno sagetati da li postoji mogućnost da sâm ustavni sud pokrene postupak, ili da postupak pokrenu građani. Priroda i domašaj pravnog dejstva odluka opredeljuju karakter kontrole ustavnosti nečinjenja.

Ustav Portugalije propisuje u članu 283. st.1. da se postupak pokreće na zahtev predsednika Republike, Ombudsmana ili predsednika zakonodavnih tela autonomnih provincija, u slučaju kršenja jednog ili više prava autonomnih regiona. U praksi Ustavnog suda te države veoma je mali procenat slučajeva odlučivanja o neustavnosti nečinjenja i svi su pokrenuti na zahtev ombudsmana.⁵² Sud nema mogućnost da pokrene postupak *ex officio*. Prema stavu 2. istog člana Ustava, kad Ustavni sud utvrdi da postoji nečinjenje (propust) o tome *obaveštava* zakonodavca. Takvo rešenje odražava ideju da Sud, kad utvrdi da postoji zakonodavni propust, zapravo ukazuje na potrebu da se takav propust ukloni. To je poziv sa političkim i pravnim značajem koji Ustavni sud čini nadležnim organima da bi oni preduzeli akciju i doneli pravne akate koji treba da doprinesu izvršavanju ustava.⁵³ Odluka Ustavnog suda ne ukazuje ni na kakav kriterijum za oblikovanje nedostajuće zakonske regulative, niti daje bilo kakvu preporuku o rokovima u ko-

⁴⁹ BVerfGE 59, 231.

⁵⁰ BVerfGE 15, 46.

⁵¹ Problems of Legislative Omission in the Federal Constitutional Court's case-law, Report by the Federal Constitutional Court for the XIVth Congress of European Constitutional Courts 2008, p. 18.

⁵² Portuguese Report for the XIVth Congress of the Conference of European Constitutional Courts, 2008. r. 34, 35.

⁵³ G. Canotilho, *Direito Constitucional*, Almedina, 7th ed., p. 1039. navedeno prema Portuguese Report for the XIVth Congress of the Conference of European Constitutional Courts, 2008. r. 50.

jima promene treba da budu izvršene. Iako nema sumnje da, pružajući osnov za svoju odluku i objašnjavajući razloge zbog kojih je utvrdio da se Ustav ne poštuje, Ustavni sud određuje smisao i obim zakonodavnog propusta, to ipak ne podrazumeva da odluka definiše normativni kriterijum koji bi imao efekat promene ili potiskivanja zakonodavnog propusta. Odluka je ograničena samo na nalaz neustavnosti i potonje informisanje nadležnog zakonodavnog organa.⁵⁴

Prema članu 49. st. 1. nekadašnjeg Zakona o Ustavnom sudu Mađarske, postupak utvrđivanja nečinjenja zakonodavca mogao je da bude pokrenut *ex officio*, ili na bilo čiji zahtev (*actio popularis*). U teoriji je isticano da pokretanje postupka *ex officio* može u praksi da ustanovi permanentnu funkciju monitoringa ustavnog suda, koja bi jasno bila u suprotnosti sa originalnom ulogom tog tela.⁵⁵

Ukoliko bi utvrdio neustavnost, prema istoj odredbi Zakona, Ustavni sud Mađarske bio je ovlašćen da pozove zakonodavca da ispuni svoju dužnost, određujući mu rok. U obrazloženju svojih odluka Ustavni sud je navodio argumente na osnovu kojih je utvrđen propust. Iako se za ovu nadležnost Ustavnog suda smatralo da logično polazi od pretpostavke da zakonodavac treba da eliminiše propust i da se od Ustavnog suda ne može očekivati da preduzme odgovornost zakonodavca, u praksi je Ustavni sud koristio ovu nadležnost na aktivan način, nametavši pozitivne uslove za donošenje zakona što je pojedine sudije navelo da takve odluke smatraju svojevršnim *mandamus* – *om*, ustavnim mandatom za vršenje zakonodavstva.⁵⁶ Zapravo, u slučaju nečinjenja koje se sastoji u propustu da se ispuni jasno naznačena legislativna dužnost, Ustavni sud nije činio ništa drugo do utvrđivanja takvog propusta, bez davanja zakonodavcu bilo kakvih smernica o sadržini norme koja treba da bude usvojena, dok je u slučaju praznina u zakonu, odnosno situacija kada je neustavnost nastala kao posledica izostanka odredbi specifične sadržine (naročito onda kada takav izostanak onemogućava ostvarivanje određenih ustavnih prava), Ustavni sud određivao pozitivne zahteve zakonodavcu kako da reguliše određeno pitanje, čime je, po, shvatanju pojedinih autora, jasno prekoračio ulogu negativnog zakonodavca.⁵⁷ Legislativa je bila u obavezi da usvoji normu koja uklanja neustavnu situaciju. U slučaju ponovnog propuštanja, odnosno izostanka normi koje bi uklonile neustavnost, nije bilo nikakvih pravnih sankcija, budući da ni poslovnik parlamenta, ali ni poslovnik vlade, nisu sadržavali odredbe o implementaciji odluka Ustavnog suda kojima je utvrđena neustavnost. To je rodilo pitanje odnosa ove nadležnosti prema drugim nadležnostima Ustavnog suda, naročito zbog toga što je u praksi Ustavni sud ponekad pribega-

⁵⁴ Isto, n. m.

⁵⁵ M. Deszo, n. d. r. 197.

⁵⁶ P. Paczolay, Experience of the Execution of Constitutional Court's Decisions Declaring Legislative Omission in Hungary, Report for Conference on Execution of the Decisions of Constitutional Courts: A Cornerstone of the Process of Implementation of Constitutional Justice, CDL-JU(2008)029, p. 3.

⁵⁷ Isto, n. m.

vao prekidanju postupka kontrole ustavnosti koji može da vodi ukidanju nekompletnog zakona i optirao za deklarisanje neustavnosti nečinjenjem.⁵⁸ Pojedini autori stajali su na stanovištu da zbog pomanjkanja sankcija za izostanak izvršavanja odluka Ustavnog suda, deklarisanje neustavnosti nečinjenjem ne treba da zameni poništavanje neustavnih odredbi.⁵⁹

Novi Zakon o Ustavnom sudu, iako propisuje da se utvrđivanje (deklarisanje) neustavnosti vrši u proceduri koja se sprovodi u okviru vršenja (ostalih) nadležnosti Ustavnog suda, zadržava rešenje prema kome Ustavni sud poziva zakonodavca da ispuni svoj zadatak u roku koji mu odredi. Na koji način će takvo ovlašćenja Suda biti spojivo sa prirodom i sadržinom odluka koje se donose u vršenju (ostalih) nadležnosti Ustavnog suda, ostaje da se vidi.

U SR Nemačkoj kontrola ustavnosti nečinjenja koja je predmet postupka rešavanja spora između federacije i federalnih jedinica, kao i spora između ustavnih organa započinje na način na koji započinju ti postupci. Prema članu 67. Zakona o Saveznom ustavnom sudu, Sud se u svojoj odluci izjašnjava da li je ožalbeno nečinjenje protivnika aplikanta prekršilo odredbu Osnovnog zakona. U odluci mora da bude navedena odredba Osnovnog zakona koja je prekršena. U slučaju da je o nečinjenju odlučivano u okviru postupka po ustavnoj žalbi, postupak mogu da pokrenu i pojedinci. Da bi stranački sposoban pojedinac mogao da uloži ustavnu žalbu protiv nečinjenja zakonodavca potrebno je da bude lično, trenutno i neposredno pogođen u svojim pravima. Uslov da je žalilac lično i trenutno pogođen načelno je ispunjen ukoliko on ukaže da postoji određeni stepen verovatnoće da su njegova prava ugrožena zakonodavčevim propustom da udovolji obavezi zaštite, odnosno ukoliko žalilac spada u (isključenu) grupu koja je pogođena nečinjenjem zakonodavca. Neposredna pogođenost podrazumeva povredu prava bez daljih izvršnih akata koji bi sledili zakonodavčevom (ne)činjenju.

Ako Sud utvrdi da je došlo do povrede osnovnih prava, može da pribegne različitim rešenjima. Načelno, Sud poništava zakon koji sadrži pravnu prazninu. Međutim, u slučaju izvornog propuštanja, odnosno u prilici kada zakon nije ni donesen, razume se, ne može ni da bude poništen. Tada Sudu na raspolaganju ostaje jedino da svojom odlukom utvrdi da je došlo do povrede osnovnih prava, odnosno da, u skladu sa čl. 95. st. 1. Zakona o Saveznom ustavnom sudu, navede koja je odredba Osnovnog zakona povređena nečinjenjem zakonodavca. Pod određenim okolnostima Sud ne proglašava zakon ništavim, već inkompatibilnim sa Osnovnim zakonom, što predstavlja posebno ovlašćenje Ustavnog suda SR Nemačke. U kontekstu zaštite jednakosti, takva odluka ima svoj *ratio*, jer bi poništavanje zakona napalo i sve druge grupe, pravilno uključene u zakonsko regulisanje.⁶⁰ Ukoliko zakonodavcu stoji na raspolaganju više mogućnosti za ispravljanje

⁵⁸ M. Deszo, n. d. r. 199.

⁵⁹ P. Paczolay, n. d. r. 4.

⁶⁰ H. Steinberger, *Judicial Protection of Human Rights at the National and International Level – Report on The Federal Republic of Germany, Judicial Protection of Human Rights at the National and International Level I*, 1991, p. 195, 196.

povrede Ustava, utoliko se postavlja pitanje može li Ustavni sud SR Nemačke da ukaže na takve mogućnosti, i ako može, na koji način to čini? Takođe, može se postaviti pitanje da li Ustavni sud može da utiče na zakonodavca regulišući konkretne posledice svoje odluke?

U odluci kojom zakon proglašava inkompatibilnim Osnovnom zakonu, Ustavni sud može u samom dispozitivu odluke da navede grupu koja je izuzeta iz zakonskog regulisanja, što se u teoriji smatra intervencijom Ustavnog suda u cilju unapređenja statusa ugrožene grupe.⁶¹ Sud može da reguliše i konkretne posledice svoje odluke, odnosno da obaveže legislativu da u određenom vremenskom okviru uskladi svoje činjenje sa Ustavom.⁶² Posebno pitanje u vezi sa odlukama Ustavnog suda kojima se deklariše inkompatibilnost je koji je propis na snazi dok se ne donese novi zakon? Odluka Suda kojom se deklariše inkompatibilnost zakona sa Ustavom zbog favorizovanja određenih grupa, uz izostavljanje drugih, najčešće deluje tako da zakon ostaje na snazi, ali da se ne može primenjivati na konkretne slučajeve povodom kojih je pokrenut postupak akcesorne kontrole, (tada se zastaje u postupku pred redovnim sudom), ili postupak po ustavnoj žalbi.⁶³ U obrazloženju odluke, Sud može da specifikuje mogućnosti koje zakonodavcu stoje na raspolaganju za ispravljanje neustavnosti. Posebno pitanje je međutim da li Ustavni sud raspoláže određenim sredstvima u slučaju da se zakonodavac ogлуši o odluku kojom se deklariše inkompatibilnost? Načelno, Sud nema mogućnosti da zakonodavca natera da u okviru određenog vremenskog perioda ispravi inkompatibilnost. Međutim, u pojedinim, doduše retkim slučajevima, Sud je svojom odlukom sugerisao redovnim sudovima da po isteku vremenskog perioda koji je ostavljen zakonodavcu za ispravljanje inkompatibilnosti, nastave sa zastalim postupcima i da ih okončaju u skladu sa Ustavom, odnosno u skladu sa neophodnim izmenama zakona, čak i ukoliko se zakonodavac ponovo ogлуši o svoju obavezu.⁶⁴ U dva slučaja u vezi sa zakonskim rešenjima o prekidu trudno-

⁶¹ K.Schlaich, Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux – Tribunal constitutionnel federal allemande, Revue internationale de droit compare, 1981, p. 371. Primeira radi, u odluci BVerfGE 116,243 Ustavni sud, deklarišući inkompatibilnost, jasno naznačava da Zakon otransseksualcima nije u skladu sa Ustavom jer *izuzima transseksualce strance* ...iz prava na promenu imena...

⁶² U navedenoj odluci o Zakonu o transseksualcima Sud je u dispozitivu odredio rok zakonodavcu da do 30. juna 2007. donese novi propis koji je u skladu sa Ustavom.

⁶³ K. Schlaich, n. d. r. 373.

⁶⁴ BVerfGE 115, 259 – Odluka je donesena u postupku konkretne kontrole zakonodavstva koje se odnosilo na promociju zapošljavanja, a za koje je Ustveni sud držao da predstavlja propust zakonodavca, budući da nije predvidelo da se u kvalifikovani period osiguranja za slučaj nezaposlenosti računa vreme u kojem žena prekine obavezno osiguranje po osnovu zaposlenosti, zbog zabrane zapošljavanja po osnovu zakonodavstva o zaštiti materinstva. Sud je utvrdio inkompatibilnost sa Ustavom i odredio rok zakonodavcu za njegovo ispravljanje, ali je takođe predvideo da se u sudskim i upravnim postupcima koji nisu pravosnažno, odnosno konačno završeni, u slučaju da se zakonodavac u ostavljenom periodu ogлуši o nalog Suda, primenjuju odredbe zakonodavstva o promociji zapošljavanja, ali uz neophodne izmene!!

će Sud je izričito odredio pravila koja će biti upotrebljavana, dok novo zakonodavstvo ne stupi na snagu.⁶⁵ Iako se u naučnim komentarima smatra da je to primer kako ustavni sud u kontroli propusta zakonodavca deluje kao “privremeni pozitivni zakonodavac”,⁶⁶ treba ipak istaći da pravila koja je Sud odredio zapravo predstavljaju postojeća rešenja čiju je važnost proširio i na pitanje koje je ostalo neregulisano.

ZAKLJUČAK

Pravne praznine koje nužno postoje u pravnom poretku nisu uvek propusti zakonodavca, u pravom smislu te reči. Suštinu zakonodavnog nečinjenja predstavljaju propusti u slučajevima kada je ustavotvorac propisao izvesne smernice, zahteve i obaveze zakonodavcu, tako da se propust zakonodavca može smatrati neodgovarajućim izvršenjem ustavnih naloga i dužnosti vršenja zakonodavne funkcije. Kontrola ustavnosti nečinjenja zakonodavca izražava suprematiju ustava i predstavlja, možda i najdoslednije izvedeno, zalaganje da se njom obuhvati što veći broj akata i radnji. Pristupu prema kome delotvorna zaštita ustava iziskuje da se kontroli ustavnosti podvrgnu i određeni propusti zakonodavca, odgovara dinamično i aktivno ustavno sudstvo, što je vidljiv trend savremene sudske kontrole ustavnosti.

Nečinjenje zakonodavca može da bude predmet kontrole ustavnosti u različitim postupcima pred ustavnim sudovima. U Evropi je samo jedna država u svom ustavu izričito opredelila nadležnost ustavnog suda da vrši kontrolu ustavnosti nečinjenja u posebnom postupku. Uprkos tome, ustavni sudovi pojedinih država, na osnovu zakona kojima se uređuje njihov rad, ili bez izričitog ustavnopravnog uporišta, započeli su da kontrolišu ustavnost nečinjenja zakonodavca. Oni su to počeli da čine, imajući u vidu raznolikost mogućnosti narušavanja ustava nečinjenjem i potrebu zaštite temeljnih ustavnih vrednosti. Pritom, u narušavanja ustava koja su kontrolisali nisu uvrštavali svako “ćutanje” zakonodavca, ili njihove “propuste” da udovolje velikom broju ustavnih odredbi koje sadrže neodređene pojmove i programska načela i na taj način nisu iskoračili iz svoje pozicije “negativnog zakonodavca”. Naprotiv, u pitanju su ustavnopravno relevan-

⁶⁵ Prva odluka je BVerfGE 39, 1 – Reč je o veoma složenom predmetu ocene ustavnosti krivičnog zakonodavstva prema kome je abortus u prvih dvanaest nedelja od začeća nekažnjiv. Sud je smatrao da je takvo rešenje ništavo, jer je prekid trudnoće izuzelo iz kažnjavanja i onda kad ne postoje razlozi koji bi mogli opstati pred ustrojstvom ustavnih vrednosti. Sud je smatrao da prevashodno zakonodavac odlučuje kako će država ispuniti svoje obaveze na efektivnu zaštitu života, ali i da zakonodavac može da bude obavezan da za zaštitu života koji se razvija upotrebi sredstva krivičnog zakonodavstva. Međutim, Sud je, za period dok zakonodavac ne donese nova rešenja, zapravo ukazao na slučajeve kada bi prekid trudnoće, prema važećim rešenjima, u prvih dvanaest nedelja od začeća, bio opravdan, što bi se smatralo osnovom isključivanja krivične odgovornosti.

⁶⁶ A. R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, u K.B.Brown, D.V. Snyder (ed.) *General Reports of the XVIIIth Congress of the International Academy of Comparative Law*, 2012. p. 564.

tni propusti. Oni mogu da se odnose na raspodelu nadležnosti u federaciji, ili između ustavnih organa, kao i na nedostajuće zakonodavstvo neophodno za ostvarivanje određenih prava, ili izostanak pojedinih normi kojim se narušava jednaka zaštita. Dakle, potreba i nužnost zaštite ustavom raspodeljenih nadležnosti i ustavom garantovanih ljudskih prava i temeljnih ustavnih principa u vezi sa ljudskim pravima, u velikoj meri su opredelili kontrolu ustavnosti nečinjenja zakonodavca.

Kada utvrde neustavnost nečinjenja, ustavni sudovi mogu o svojoj odluci da obaveste zakonodavca, mogu izričito ili implicitno da odrede kako zakonodavac treba da reguliše određeno pitanje, mogu da pribegnu deklarisanju ustavne inkompatibilnosti zakona koji ne sadrži odgovarajuće norme, uz navođenje roka zakonodavcu da svoje činjenje uskladi sa ustavom, pa čak, u pojedinim slučajevima, kao što to pokazuje primer SR Nemačke, da ukažu kako sudovi treba da deluju, ili da odrede pravila koja će se privremeno primenjivati. Da li je sve to dovoljno da se zaključi da se ustavni sudovi ne uklapaju u ulogu "negativnog zakonodavca"? Čini se međutim da bi takav zaključak bio tentativan i da se, naročito na osnovu činjenica da ne postoje sankcije za eventualno oglašavanje zakonodavca o zahteve ustavnog suda za ispravljanje neustavnosti nečinjenja, ili na osnovu činjenice da ustavni sudovi, upućujući na privremenu primenu određenih pravila, ipak ukazuju na pravila koja je usvojio zakonodavac, još uvek može smatrati da su takvi zahtevi i delovanje ustavnih sudova u okvirima njihove, doduše veoma aktivne, ali ipak prihvatljive i poželjne uloge zaštite ustavnosti.

VLADIMIR ĐURIĆ, Ph.D.,
Research Fellow, Institute of Comparative Law
Belgrade

CONSTITUTIONAL REVIEW OF LEGISLATIVE OMISSION

Summary

In this paper the author analyses the possibility of controlling the constitutionality of legislative omissions and the comparative law solutions relation to that issue. The legislative omission may be considered as improper execution of requirements of the constitution and the duty to legislate. Comparative analysis shows that the legislative omission may be subject to the control of the constitutionality in various proceedings before the constitutional courts and constitutional courts issue decisions that have different legal effects. The author is of the opinion that is tentative the conclusion according to which control of constitutionality of legislative omission means that constitutional courts do not fit in the role of a "negative legislator". This standpoint is based on the fact that there is no sanctions for legislature's eventual failure to meet the constitutional court's requests for correcting its unconstitutional omissions. It is also based on the fact that the constitutional courts, if they, in their decisions on the unconstitutionality of omission, refer to the provisional application of certain rules, however, point to the rules adopted by the legislature.

MIODRAG N. SIMOVIĆ,
MILENA SIMOVIĆ

ZAŠTITA PRAVA NA IMOVINU U POSTUPCIMA PRED USTAVNIM SUDOM BOSNE I HERCEGOVINE

U V O D

Pravo na imovinu, tačnije pravo na mirno uživanje imovine u Bosni i Hercegovini garantuje se članom II/3k) Ustava Bosne i Hercegovine i članom 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda¹. Član 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju obuhvata tri posebna pravila: (1) mirno uživanje imovine; (2) ne lišavati nikoga njegove imovine, osim ako je to u interesu društva i ako je u skladu sa zakonom i opštim principima međunarodnog zakona; (3) upotrebljavanje imovine prema opštem interesu i plaćanje poreza i drugih prinosa i novčanih kazni. Ova pravila nisu "razdvojena" u smislu da su međusobno nepovezana. Drugo i treće pravilo se tiče određenih slučajeva sukobljavanja sa pravom na mirno uživanje imovine i trebalo bi, dakle, da bude konstruisano u svjetlu principa iskazanih u prvom pravilu.

Kao i kod mnogih prava koje garantuje ova konvencija, države mogu ograničiti uživanje prava na imovinu ali samo pod određenim uslovima. Iz teksta člana 1 Protokola 1 uz Evropsku konvenciju proizlazi da država može pojedinca lišiti

Akademik prof. dr Miodrag N. Simović, potpredsjednik Ustavnog suda Bosne i Hercegovine i redovni profesor Pravnog fakulteta u Banjoj Luci, dopisni član Akademije nauka i umjetnosti Bosne i Hercegovine i inostrani član Ruske akademije prirodnih nauka.

Dr Milena Simović, zamjenik direktora u Sekretarijatu za zakonodavstvo u Vladi Republike Srpske i docent Fakulteta za bezbjednost i zaštitu u Banjoj Luci.

¹ U daljnjem tekstu: Evropska konvencija.

njegove imovine ali samo u javnom interesu i pod uslovima predviđenim zakonom i može da primjenjuje takve zakone koje smatra potrebnim da bi nadzirala korišćenje imovine u skladu sa opštim interesima ili da osigura naplatu različitih kazni, poreza itd. Prvo pitanje kojim se Ustavni sud Bosne i Hercegovine bavi u procesu rješavanja predmeta koja se odnose na pravo na imovinu je pitanje da li je član II/3(k) Ustava Bosne i Hercegovine i član 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju primjenjiv u konkretnom slučaju.

Prema Ustavu Bosne i Hercegovine, sva lica na teritoriji Bosne i Hercegovine uživaju ljudska prava i slobode iz stava 2. ovog člana, što uključuje i pravo na imovinu (član II/3.k). Protokol broj 1 uz Evropsku konvenciju (član 1) utvrđuje da svako fizičko ili pravno lice ima pravo na neometano uživanje svoje imovine. Niko ne može biti lišen svoje imovine, osim u javnom interesu i pod uslovima predviđenim zakonom i opštim načelima međunarodnog prava. Prethodne odredbe, međutim, ni na koji način ne utiču na pravo države da primjenjuje takve zakone koje smatra potrebnim da bi nadzirala korišćenje imovine u skladu s opštim interesima ili da bi osigurala naplatu poreza² ili drugih doprinosa ili kazni.³

Član II/3.k) Ustava BiH ograničava se na citiranje prava na imovinu kao jednog od prava iz Evropske konvencije koje treba da bude zagarantovano svim licima na teritoriji BiH. Zaštita prava na imovinu, prema ovoj ustavnoj odredbi i prema stavu Ustavnog suda BiH⁴, ne prevazilazi obim zaštite prema članu 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju⁵.

POJAM IMOVINE

U skladu sa praksom Evropskog suda za ljudska prava⁶ i Ustavnog suda riječ "imovina" uključuje širok obim imovinskih interesa koji predstavljaju određene

² U presudi Evropskog suda za ljudska prava *N.K.M. v. Hungary*, 66529/11, od 14. maja 2013. godine, oporezivanje u visini od 98 odsto jednog dijela otpremnine nakon otpuštanja s posla, isplaćene mađarskoj državnoj službenici - dovelo je do povrede prava na imovinu. U ovom predmetu, državna službenica se žalila naročito na činjenicu da ovo oporezivanje predstavlja neosnovano lišenje imovine. Unatoč velikom stepenu diskrecionog prava, koje uživaju mađarske vlasti u pogledu nametanja poreza, Evropski sud je smatrao da su upotrijebljena sredstva nesrazmjerna legitimnom cilju kojem se teži, odnosno zaštititi javnog trezora od isplate prekomjernih otpremnina. Osim toga, aplikantica nije imala prelazni period koji bi joj omogućio da se prilagodi novom sistemu nakon otpuštanja s posla. Nadalje, lišavanjem stečenog prava, koje ima za cilj da služi društvenom interesu u smislu reintegracije lica, koja su ostala bez zaposlenja, na tržište rada – mađarske vlasti su na aplikanticu prebacile prevelik teret.

³ Vidi Evropski sud za ljudska prava, *James i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 21. februara 198. godine, serija A broj 98, stav 37 *in fine* i *Lithgow i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 8. jula 1986. godine, serija A broj 102. stav 106.

⁴ U daljenjem tekstu: Ustavni sud.

⁵ Odluke Ustavnog suda BiH, br. U 16/00, U 11/01 tačka 18, U 12/01 tačka 34 i U 27/01 tačka 30.

⁶ U daljenjem tekstu: Evropski sud.

nu ekonomsku vrijednost.⁷ Dalje, prema jurisprudenciji Evropskog suda, “imovina” koja se štiti može biti samo “postojeća imovina”⁸ ili barem imovina za koju apelant ima “opravdano očekivanje” da će je dobiti.⁹ Takođe, “legitimna očekivanja” moraju da budu mnogo konkretnija od same nade ma koliko ona bila razumna i zasnovani se na zakonskoj odredbi ili zakonskom aktu kao što je sudska odluka.¹⁰ U Odluci broj U 19/03 od 17. marta 2004. godine Ustavni sud je zauzeo stav da pojam “imovina”, koji se navodi u članu 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju, ne treba da se tumači na restriktivan način, nego ga treba shvatiti tako da uključuje i stečena prava pojedinca, kao što su novčana potraživanja i druge ekonomske vrijednosti

U svojoj praksi Ustavni sud je brojna prava utvrdio kao ekonomske vrijednosti. Navešćemo samo neke od njih: – sporedni tužbeni zahtjev, kao što je kamata, predstavlja imovinu u smislu člana 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju¹¹; – zakonski opravdano očekivanje na isplatu zarađenih plata predstavlja imovinu u smislu člana 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju¹²; – bankovna garancija¹³; – stanarsko pravo predstavlja *sui generis* vlasničke interese koji predstavljaju ekonomsku vrijednost¹⁴; – postupak podjele bračne imovine tiče se imovine u smislu člana 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju¹⁵; – izdavanje certifikata, dozvola i uvjerenja kojim neko lice dolazi u situaciju da ostvaruje materijalne interese na osnovu takvih dokumenata, može se tretirati kao imovinsko pravo u smislu značenja člana 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju¹⁶; – ekonomski interes raspolaganja, odnosno “manipulisanja” novčanim sredstvima sa žiro-računa lica koje se bavi finansijskim poslovanjem je takvog karaktera da predstavlja “imovinu” koja uživa zaštitu člana 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju;¹⁷ – prema svojoj pravnoj prirodi, autorsko pravo predstavlja oblik intelektualnog vlasništva koje nije neko konkretno, materijalno vlasništvo nad ne-

⁷ Odluka Ustavnog suda, broj U 14/00 od 4. aprila 2001. godine.

⁸ Vidi Evropski sud, *Van der Musselle*, presuda od 23. novembra 1983. godine, serija A, broj 70, tačka 48.

⁹ Vidi Evropski sud, *Pine Valley Developments Ltd i drugi*, presuda od 29. novembra 1995. godine, serija A, broj 332, tačka 31.

¹⁰ Vidi Evropski sud, *Kopecný protiv Slovačke*, 2004-XI, 41 EHRR 944, st. 48 i 49.

¹¹ Odluka broj U 4/99 od 13. avgusta 1999. godine.

¹² Odluka o dopustivosti i meritumu, broj AP 384/03 od 21. januara 2004. godine.

¹³ Odluka broj AP 834/04 od 17. novembra 2005. godine.

¹⁴ Odluka o dopustivosti i meritumu, broj AP 380/04 od 26. aprila 2005. godine.

¹⁵ Odluka o dopustivosti i meritumu, broj AP 222/04 od 9. decembra 2004. godine.

¹⁶ Odluka o dopustivosti, broj AP 179/02 od 14. oktobra 2004. godine.

¹⁷ Odluka o dopustivosti i meritumu, broj AP531/04 od 27. maja 2005. godine.

kim predmetom, već pravo, odnosno skup ovlašćenja koje pravni poredak države priznaje nosiocu intelektualnog vlasništva. Osim toga, prema Zakonu o autorskom i srodnim pravima u BiH, autorsko pravo štiti moralne i materijalne interese autora u vezi s njegovim djelom, pa imajući u vidu iznesene principe Ustavni sud smatra da autorsko pravo predstavlja “imovinu” koju štiti član 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju¹⁸; – pravo služnosti prolaza na zemljištu je “imovina” u smislu člana 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju¹⁹; – razlika u iznosu otpremnine dosuđene pravnosnažnom presudom i one koja je dosuđena osporenom revizionom presudom može se smatrati apelantičinom imovinom prema članu 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju²⁰; – prema praksi Evropskog suda, plate se ubrajaju u djelokrug zaštite člana 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju.²¹ Na ovo ne utiče činjenica da apelant nije dobio plate, jer on ima zakonski opravdano očekivanje da će one biti isplaćene²²; – prava *in personam* iz domena socijalne politike spadaju pod pojam “imovine” u smislu ustavne zaštite, ukoliko osoba koja traži njihovu zaštitu ima konstituisano takvo pravo i ukoliko imaju novčanu vrijednost. Takođe, legitimna očekivanja da će se određeni uslovi primjenjivati spadaju pod pojam “imovine”²³; – različite vrste novčanih potraživanja Ustavni sud je takođe podvodio pod pojam imovine. Na primjer, potraživanja iz ugovora o poslovnoj saradnji i novčana potraživanja na ime naknade štete.²⁴

S druge strane, u praksi Ustavnog suda veliki je i broj predmeta u kojima je Ustavni sud utvrdio da se ne radi o zaštićenoj “imovini” u smislu člana 1 Protokola broj 1: – prekarij. Prostorija koju apelant koristi u svojstvu prekariste (na osnovu izmoljene posudbe – prekarija) u konkretnom slučaju ne smatra se imovinom²⁵; – stan stečen na osnovu ništavog ugovora ne smatra se imovinom²⁶; – oduzeta roba, kao predmet krivičnog djela, ne predstavlja imovinu u smislu člana 1 Protokola broj 1 uz Konvenciju i člana II/3.k) Ustava Bosne i Hercegovine²⁷; – nacionalizovana imovina. Nema povrede prava na imovinu, jer se u konkret-

¹⁸ Odluka o dopustivosti i meritumu, broj AP 1223/06 od 13. septembra 2007. godine.

¹⁹ Odluka o dopustivosti i meritumu, broj AP 1292/05 od 27. juna 2006. godine.

²⁰ Odluka o meritumu, broj AP 218/05 od 23. februara 2006. godine.

²¹ Vidi presudu Evropskog suda, *Smokovits i dr. protiv Grčke*, presuda od 11. aprila 2002. godine, aplikacija broj 46356/99, stav 32.

²² Odluka o meritumu, broj AP 1105/05 od 12. aprila 2006. godine, stav 23.

²³ Odluka o dopustivosti, broj AP 1061/04 od 13. oktobra 2005. godine.

²⁴ Odluka o meritumu, broj AP 951/04 od 13. septembra 2005. godine.

²⁵ Odluka broj U 11/02 od 26. juna 2003. godine.

²⁶ Odluka o dopustivosti i meritumu, broj AP 497/04 od 28. juna 2005. godine.

²⁷ Odluka o dopustivosti i meritumu, broj AP 393/04 od 12. aprila 2005. godine.

nom slučaju radi o stanu koji je nacionalizovan na osnovu Zakona o nacionalizaciji najamnih zgrada i građevinskog zemljišta, pa se sporni stan ne može smatrati apelantičinom imovinom u smislu člana 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju i člana II/3.k) Ustava Bosne i Hercegovine²⁸; – nema kršenja prava na imovinu u slučaju kada apelantica nije mogla, prema odredbama Porodičnog zakona, imati “legitimno očekivanje” da će uspjeti s dijelom zahtjeva koji se odnosi na posebnu imovinu bivšeg supruga, pa stoga nema ni “imovinu” u smislu navedenog člana²⁹; – vlasnička i druga prava koja apelant u toku jednog pravičnog postupka nije mogao dokazati. Takve situacije opisane su npr. u sljedećim stavovima Ustavnog suda: apelant nije stekao “imovinu” u smislu člana 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju, jer pravo na imovinu ne postoji do trenutka do kada osoba nema konstituisano pravo na određenu imovinu³⁰; donošenje presuda u smislu člana 25 Zakona o svojinskopравnim odnosima, prema tužbenom zahtjevu za utvrđivanje prava svojine na stanu, ne može predstavljati povredu apelantovog prava na imovinu iz člana II/3.k) Ustava Bosne i Hercegovine, odnosno iz člana 1. Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju³¹; – nema kršenja prava na imovinu iz člana II/3.k) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju, jer je apelant tražio isplatu naknade za oduzetu imovinu, a u sudskom postupku nije utvrđeno da se radi o apelantovoj imovini³².

MIJEŠANJE U PRAVO NA IMOVINU

Praksom Ustavnog suda i Evropskog suda utvrđeno je da član 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju sadrži tri različita pravila. Prvo pravilo, navedeno u prvom stavu, opšte je prirode i iskazuje princip mirnog uživanja imovine. Drugo pravilo, sadržano u drugoj rečenici istog stava, obuhvata lišavanje imovine i čini ga podložnim određenim uslovima. Treće pravilo, koje se nalazi u drugom stavu, priznaje da države članice imaju pravo, između ostalog, kontrolisati korišćenje imovine u skladu sa javnim interesom. Ova tri pravila nisu “različita” u smislu da su nepovezana: drugo i treće pravilo se odnose na pojedinačne slučajeve ometanja prava na mirno uživanje imovine, te ih se stoga treba tumačiti u svjetlu opšeg principa iskazanog u prvom pravilu.

Sljedeći primjeri iz prakse Ustavnog suda odnose se na pitanje miješanja u pravo na imovinu: – nije bilo miješanja u apelantovu imovinu zaštićenu čla-

²⁸ Odluka o meritumu, broj AP 68/05 od 20. decembra 2005. godine.

²⁹ Odluka o dopustivosti i meritumu, broj AP 2349/06 od 27. februara 2008. godine.

³⁰ Odluka o dopustivosti i meritumu, broj U 43/03 od 17. maja 2004. godine.

³¹ Odluka o dopustivosti i meritumu, broj AP 91/02 od 23. jula 2004. godine.

³² Odluka o dopustivosti i meritumu, broj AP 1050/04 od 26. aprila 2005. godine.

nom II/3.k) Ustava Bosne i Hercegovine i članom . Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju, s obzirom na to da je utvrđeno da apelant nije uspio dokazati da kod tuženog postoji građanskopravna legitimacija, temeljem koje se tuženi tereći određenom obavezom, a apelant ima ovlaštenje da zahtijeva ispunjenje takve obaveze³³; – rješenja Vrhovnog suda i carinskih organa, kojim je izrečena mjera oduzimanja vozila za koje je apelant prodavcu isplatio kupoprodajni iznos i koje je apelantovo vlasništvo, nesumnjivo predstavljaju miješanje u apelantovo pravo na mirno uživanje imovine i lišavanje apelanta imovine³⁴; – osporena sudska odluka kojom je odbačena apelantova tužba radi smetanja posjeda zbog apsolutne nenadležnosti suda ne predstavlja miješanje u apelantovu imovinu, te nema povrede njegovog ustavnog prava iz člana II/3.k) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju³⁵; – osporavana sudska rješenja kojima se apelantu nalaže uzdržavanje od ometanja i omogućavanje tužiocu korišćenja prava služnosti prolaza preko zemljišta koje je apelantovo vlasništvo, nesumnjivo predstavljaju miješanje u njegovo pravo na mirno uživanje svoje imovine³⁶; – presuda Vrhovnog suda, kojom se apelantima osporava pravo na isplatu novčanog duga usljed monetarnih i zakonskih promjena koje su nastupile poslije zaključivanja ugovora, odnosno u vrijeme kada je oročeni dinarski depozit, u skladu sa zaključenim ugovorom, trebalo vratiti, nesumnjivo predstavlja miješanje u imovinu i lišavanje prava apelanata na mirno uživanje njihove imovine³⁷; – nedonošenje odluke o apelantovom tužbenom zahtjevu usmjerenom na predaju u posjed predmetnih nekretnina predstavlja miješanje u apelantovo pravo na mirno uživanje imovine. Nadalje, nesporno je da je apelant zbog pretjerano dugog trajanja predmetnog postupka onemogućen u mirnom uživanju svoje imovine u periodu od 20 godina i četiri mjeseci, od kojeg perioda 13 godina i četiri mjeseca je bio predmet analize Ustavnog suda. Ustavni sud smatra da je odugovlačenje suda da donese konačnu odluku o apelantovom tužbenom zahtjevu stavilo na apelanta “pretjeran teret” i da za takvo miješanje nije postojao legitiman cilj³⁸.

³³ Odluka o meritumu, broj AP 1231/05 od 12. aprila 2006. godine, stav 26, objavljena u “Službenom glasniku Bosne i Hercegovine” broj 61/06.

³⁴ Odluka o meritumu, broj AP 2078/05 od 12. aprila 2006. godine, stav 42, objavljena u “Službenom glasniku Bosne i Hercegovine” broj 7/07.

³⁵ Oduka o meritumu, broj AP 570/05 od 9. maja 2006. godine, stav 26, objavljena u “Službenom glasniku Bosne i Hercegovine” broj 87/06.

³⁶ Odluka o dopustivosti i meritumu, broj AP 1292/05 od 27. juna 2006. godine, stav 22, objavljena u “Službenom glasniku Bosne i Hercegovine” broj 87/06.

³⁷ Odluka o dopustivosti i meritumu, broj AP 2158/05 od 21. decembra 2006, stav 39, objavljena u “Službenom glasniku Bosne i Hercegovine” broj 34/07.

³⁸ Odluka o dopustivosti i meritumu, broj AP 393/07 od 13. maja 2009, stav 40, objavljena u “Službenom glasniku Bosne i Hercegovine” broj 34/07.

LIŠAVANJE IMOVINE

U Odluci broj U 74/03 od 24. oktobra 2003. godine Ustavni sud je, ukazujući na praksu Evropskog suda u predmetu *Lithgow protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, istakao da, u principu, lišavanje imovine postoji samo onda kada se na osnovu zakona ili korišćenjem pravnih ovlašćenja sva prava vlasnika gube. Samo fizički posjed zemlje (imovine) se može smatrati lišavanjem *de facto*.³⁹ Isti oblik fizičkog posjeda zemlje se također može smatrati *de iure* (formalnim) lišavanjem ako je lišavanje nezakonito.⁴⁰

Evropski sud razlikuje tzv. formalno i *de facto* lišavanje prava vlasništva. Pod formalnim lišavanjem prava imovine podrazumijeva se oduzimanje imovine na osnovu akta zakonodavne, izvršne odnosno sudske vlasti ili, pak, akta privatnopravnog karaktera koji ima za posljedicu da se gasi pravo titulara imovine, a da se na istom predmetu imovine uspostavlja vlasništvo države ili drugih lica privatnog prava. Za lišavanje prava vlasništva nije i nužno da je država već preuzela i posjed stvari. U formalne oblike lišavanja prava vlasništva spadaju npr. nacionalizacija, konfiskacija ili eksproprijacija bez naknade. S druge strane, *de facto* lišavanje prava vlasništva ne počiva ni na kakvom formalnom pravnom aktu, bilo opštem ili pojedinačnom. Ono postoji kada država preduzima mjere koje imaju za posljedicu da je titular prava *de facto* lišen mogućnosti da uživa svoje pravo iz člana 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju tako da je, u dejstvima, formalno i *de facto* lišavanje prava imovine izjednačeno. S druge strane, pravo na imovinu je ograničeno kada se njen titular ometa ili sprečava u vršenju ovog prava. Do lišavanja ili ograničavanja prava na imovinu može da dođe samo kada je to predviđeno zakonom i kad se to čini u javnom, odnosno opštem interesu. U oba slučaja se radi o zahvatima u pravo na imovinu pojedinca koje država pravda ostvarivanjem legitimnih političkih ili privrednih, odnosno socijalnih ciljeva. Ovakvi javni interesi su ujedno i opšti, jer služe zadovoljavanju potreba čitavog društva ili pak realizaciji pravno-političkih ciljeva od kojih dobrobit imaju svi članovi društva.

Odluka Ustavnog suda broj U 3/99 od 17. marta 2000. godine jedan je od primjera *de facto* lišavanja imovine. U konkretnom slučaju radilo se o postupku povrata napuštene imovine. Odlukama redovnih sudova apelant je onemogućen da na zakonit način ponovo uđe u svoju kuću. Apelant je dakle nekoliko godina bio *de facto* lišen svih svojih vlasničkih prava, te je Ustavni sud zaključio da je bio lišen svoje imovine u smislu druge rečenice prvog stava člana 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju.

De facto lišavanje imovine utvrđeno je i u Odluci broj AP 774/04 od 20. decembra 2005. godine gdje se radilo o zakonskoj zabrani izvršenja pravnosnažnih

³⁹ *Papamichalopoulos protiv Grčke*, presuda iz 1993. godine, serija A 260-B.

⁴⁰ *Hentrich protiv Francuske*, presuda iz 1994. godine, serija A 296-A, st. 34 i 35.

odluka, tačnije neizvršavanju pravosnažnih sudskih odluka kojima je apelantima dodijeljena materijalna i nematerijalna šteta na ime "ratne štete".

O *de jure* lišavanju imovine govorilo se u odluci broj AP 498/04 od 23. marta 2005. godine. U tački 22 ove odluke navedeno je da se izrečene novčane kazne mogu smatrati imovinom u smislu člana 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju. S druge strane, izricanje novčanih kazni se može definisati kao "lišavanje" imovine u smislu druge rečenice stava 1 člana Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju, te, prema tome, ono mora ispunjavati uslove iz navedenog člana.

U Odluci broj AP 2078/05 od 12. aprila 2006. godine *de jure* lišavanje imovine utvrđeno je u slučaju oduzimanja kupljenog vozila koje je uvezeno na nezakonit način.

Sljedeći primjeri iz prakse Ustavnog suda odnose se uopšteno na pitanje lišavanja imovine: – apelant je lišen svoje imovine u slučaju kada su redovni sudovi proizvoljnom primjenom materijalnog prava odbili njegov tužbeni zahtjev radi naknade štete zbog nesreće koju je pretrpio na radu⁴¹; – izricanje novčanih kazni se može definisati kao "lišavanje" imovine u smislu druge rečenice prvog stava člana 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju, te, prema tome, ono mora ispunjavati uslove iz navedenog člana⁴²; – nema lišavanja imovine u konkretnom postupku u kojem je apelantica tražila predaju u posjed nekretnine, s obzirom na to da se u tom postupku uopšte nije odlučivalo o apelantinom pravu na imovinu⁴³; – lišavanje imovine postoji u slučaju kada se osporenim presudama redovnih sudova apelant lišava prava na naplatu duga u traženom iznosu⁴⁴; – dugotrajna nemogućnost da vlasnici izuzete imovine dođu do realizacije svoga prava na imovinu, tj. da naplate iznose nematerijalne i materijalne štete koja im je dosuđena, iako posjeduju pravnosnažne sudske presude, sporazume o naknadi zaključene sa nadležnim organima uprave, ugovore i druge pravne akte donesene na temelju odredbi relevantnih zakona, uključujući pripadajuće zatezne kamate, s jedne strane, te dugo odlaganje definisanja "novih prava", s druge strane, predstavlja *de facto*

⁴¹ Odluka o dopustivosti i meritumu, broj U 36/03 od 15. juna 2004, stav 35, objavljena u "Službenom glasniku Bosne i Hercegovine" broj 38/04.

⁴² Odluka broj U 65/03 od 22. septembra 2004. godine, stav 18, objavljena u "Službenom glasniku Bosne i Hercegovine" broj 60/04 (prekršajni postupak radi počinjenog carinskog prekršaja) i Odluka o dopustivosti i meritumu broj AP 498/04 od 23. marta 2005, stav 22, objavljena u "Službenom glasniku Bosne i Hercegovine" broj 32/05.

⁴³ Odluka o dopustivosti i meritumu, broj AP 267/03 od 30. novembra 2004, stav 22, objavljena u "Službenom glasniku Bosne i Hercegovine" broj 15/05 (parnični postupak za predaju u posjed nekretnine koji je prekinut do rješavanja prethodnog pitanja).

⁴⁴ Odluka o dopustivosti i meritumu, broj AP 538/04 od 28. juna 2005, stav 25, objavljena u "Službenom glasniku Bosne i Hercegovine" broj 27/06 (građanski postupak naplate duga na ime "ratnog poreza", nedostatak pasivne legitimacije u odnosu na distrikt Brčko, jer je obaveza nastala prije njegovog proglašenja, pri čemu Distrikt sa entitetima nije zaključio sporazum o preuzimanju ovih obaveza; nema povrede člana 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju i člana II/3.k) Ustava BiH).

lišavanje imovine⁴⁵; – zakonski utvrđena nemogućnost naplate pravnosnažno do-
sudeanih zatezanih kamata na iznose utvrđene materijalne i nematerijalne štete, na
bilo koji način i bilo kada, pokreće pitanje “lišavanja” podnosilaca prijave prava
na imovinu⁴⁶; – nemogućnost nadovjere zaključenog ugovora o korišćenju spor-
nog stana u skladu sa relevantnim zakonskim odredbama i nalog apelantu, nakon
toga, da se iseli iz spornog stana, ne predstavlja lišavanje apelanta postojeće imo-
vine⁴⁷.

Da bi miješanje u imovinu, odnosno lišavanje imovine bilo u skladu sa
drugom rečenicom stava 1 člana Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju, ono
mora biti (a) predviđeno zakonom, (b) u javnom interesu i (c) u skladu sa op-
štim principima međunarodnog prava. U pogledu zakonitosti, miješanje u imo-
vinu je zakonito samo ako je zakon koji je osnova za takvo miješanje (a) pristu-
pačan građanima, (b) formulisan sa odgovarajućom tačnošću i preciznošću da bi
se građanima omogućilo da prilagode svoje postupke i (c) kompatibilan sa vlada-
vinom prava, što znači da pravna sloboda odlučivanja koju uživaju izvršni organi
ne smije biti neograničena, odnosno zakon mora građanima osigurati odgovara-
juću zaštitu od proizvoljnog miješanja.⁴⁸ U pogledu javnog interesa, mora postoi-
jati razuman odnos proporcionalnosti između korišćenih sredstava i cilja kojem
se teži. Drugim riječima, nadležni organ mora utvrditi da li je uspostavljena pra-
vična ravnoteža između potreba javnog interesa i interesa pojedinca.⁴⁹ Prilikom
utvrđivanja postojanja pravične ravnoteže, država ima široku slobodu odlučivanja
u pogledu odabira sredstava primjene i utvrđivanja opravdanosti posljedica takve
primjene u javnom interesu – radi ostvarivanja svrhe predmetnog zakona.

PRINCIP ZAKONITOSTI

Prema praksi Evropskog suda, prvi i najvažniji zahtjev iz člana 1 Protokola
broj 1 uz Evropsku konvenciju je onaj koji traži da miješanje javnih vlasti u pra-
vo na imovinu bude “zakonito”. Naime, druga rečenica prvog stava člana 1 Pro-

⁴⁵ Odluka o meritumu, broj AP 774/04 od 20. decembra 2005, stav 382, objavljena u “Služ-
benom glasniku Bosne i Hercegovine” broj 39/06 (neizvršavanje pravnosnažnih sudskih odluka ko-
jima je apelantima dodijeljena materijalna i nematerijalna šteta na ime “ratne štete”; utvrđena po-
vreda člana 1 Protokola br. 1 uz Evropsku konvenciju i II/3.k) Ustava BiH).

⁴⁶ Odluka o meritumu, broj AP 774/04 od 20. decembra 2005, stav 385.

⁴⁷ Odluka o dopustivosti i meritumu, broj AP 1812/05 od 8. jula 2006. godine, stav 40,
objavljena u “Službenom glasniku Bosne i Hercegovine” broj 87/06 (stanovi u kojima se stanuje na
osnovu stanarskog prava).

⁴⁸ Vidi Odluku Doma za ljudska prava za BiH, broj CH/02/8202 od 4. aprila 2003. godine,
stav 144.

⁴⁹ Vidi Odluku Evropskog suda u predmetu *Sporrong i Lönnroth* od 23. septembra 1982. go-
dine, serija A, broj 52, st. 69 i 73.

tokola broj 1 uz Evropsku konvenciju dopušta lišavanje prava na imovinu samo “pod uslovima predviđenim zakonom”, a drugi stav člana 1 priznaje državama pravo da kontrolišu korišćenje imovine “donošenjem zakona”. Princip pravne sigurnosti je prisutan u cijeloj Evropskoj konvenciji i mora biti ispoštovan bez obzira na to koje se od tri pravila iz člana 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju primjenjuje. Ovaj princip podrazumijeva postojanje i poštovanje adekvatno dostupnih i dovoljno preciznih domaćih zakona koji zadovoljavaju osnovne zahtjeve pojma “zakon”.⁵⁰ Tek kada je ovaj zahtjev ispunjen, može se razmatrati da li postoji pravična ravnoteža između zahtjeva od opšteg ili javnog interesa i zahtjeva za zaštitu pojedinačnog prava na imovinu.

Dalje, prema praksi Evropskog suda, izraz “zakon” odnosi se na određene kvalitativne kriterije norme i zahtijeva da ona bude spojiva sa vladavinom prava koja je izričito navedena u Preambuli Evropske konvencije.⁵¹ Ovo uključuje nekoliko elemenata. Prvo, zakon mora biti podjednako pristupačan: pojedinac mora imati “adekvatnu naznaku” o tome koja su pravna pravila primjenljiva na konkretan slučaj.⁵² Drugo, norma se ne može smatrati “zakonom” ukoliko nije formulisana dovoljno precizno da omogući građanima da regulišu svoje ponašanje: pojedinac mora biti u mogućnosti – ako je potrebno i uz odgovarajući savjet – da predvidi, u mjeri koja je u datim okolnostima razumna, posljedice koje određeno ponašanje može imati.⁵³

U praksi Ustavnog suda zabilježeni su sljedeći primjeri: – lišavanje imovine nije zakonito u situaciji kada nadležni sud primijeni zakon koji u vrijeme donošenja presude nije mogao biti primijenjen, odnosno prestao je da važi⁵⁴; – miješanje u imovinu nije predviđeno zakonom u slučaju kada su redovni sudovi odbacili apelantovu tužbu, jer je o istom tužbenom zahtjevu, navodno, već pravnosnažno odlučeno iako ne postoji objektivni identitet tužbenih zahtjeva iz ranije tužbe i tužbe koja je rezultovala osporenim odlukama⁵⁵; – u slučaju kada redovni sudovi

⁵⁰ Vidi, Evropski sud, *Iatridis protiv Grčke*, presuda od 25. marta 1999. godine, Izvještaji o presudama i odlukama 1999-II, stav 58. Takođe, Ustavni sud, Odluka o dopustivosti i meritumu, broj AP 2843/07 od 12. januara 2010. godine, objavljena u “Službenom glasniku BiH” broj 23/10, stav 27.

⁵¹ Vidi, Evropski sud, *Malone protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 2. avgusta 1984. godine, serija A broj 82, stav 67.

⁵² Vidi, Evropski sud, *Sunday Times protiv Ujedinjenog Kraljevstva (broj 1)*, presuda od 26. aprila 1979. godine, serija A broj 30, stav 49.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ Odluka o dopustivosti i meritumu, broj AP 36/03 od 19. aprila 2004. godine, st. 28 i29, objavljena u “Službenom glasniku Bosne i Hercegovine” broj 34/04 (utvrđena povreda prava na imovinu u vezi sa pravom na porodijsku naknadu).

⁵⁵ Odluka o dopustivosti i meritumu, broj U 32/03 od 15. juna 2004. godine, stav 25 i dalje, objavljena u “Službenom glasniku Bosne i Hercegovine” broj 40/04 (parnični postupak za utvrđenje prava vlasništva na individualnom stambenom objektu).

odbiju tužbeni zahtjev za isplatu neisplaćenih plaća jer je vlasništvo tužene nalogom Supervizora preneseno na Brčko Distrikt BiH, postoji kršenje prava na imovinu jer miješanje u apelantovu imovinu nije u skladu sa zakonom, te kada je do takvog miješanja u imovinu došlo proizvoljnim tumačenjem Konačne odluke Arbitražnog tribunala i naloga Supervizora za Brčko Distrikt⁵⁶; – redovni sudovi su pravilno utvrdili da u postupku koji se tiče isplate stare devizne štednje nije mogao biti primijenjen član 3 Zakona o utvrđivanju i ostvarivanju tražbina građana, donesen u 1997. godini, kada je apelant na isplatu “stare devizne štednje tuženima” obavezan pravnosnažnom sudskom presudom iz 1993. godine⁵⁷; – postoji povreda apelantovog prava na imovinu, kao rezultat pogrešne primjene zakona, u slučaju kada je u parničnom postupku odlučeno o pravnoj stvari koja se ubraja u izvršni postupak;⁵⁸ – povrijeđeno je pravo na imovinu u slučaju kada redovni sud nije na sporni odnos primijenio relevantni međunarodnopravni bilateralni ugovor koji se u konkretnom slučaju morao primijeniti⁵⁹; – miješanje u pravo na apelantovu imovinu nije slijedilo princip zakonitosti u slučaju kada nije proveden postupak eksproprijacije, a tužena je ušla u apelantov posjed⁶⁰; – primjena odredbe člana 69 stav 10 Zakona o izvršnom postupku, prema kojoj se dozvoljava mogućnost izvršenja na nepokretnostima koje su u zajedničkom vlasništvu, u konkretnom slučaju na stanu koji je u knjizi položenih ugovora uknjižen kao vlasništvo apelanta sa dijelom 1/1, zbog obaveze koja nije obaveza za koju braćni drugovi odgovaraju solidarno, predstavlja miješanje u apelantovu imovinu kojim se ne postiže pravična ravnoteža između zahtjeva od opšteg interesa i zahtjeva za zaštitom ustavnog prava na imovinu apelanta i koje nije u skladu sa principom pravne sigurnosti, čime se krši apelantovo ustavno pravo na imovinu⁶¹; – miješanje u imovinu u skladu je sa zakonom ukoliko se zasniva na pravnosnažnoj sud-

⁵⁶ Odluka o dopustivosti i meritumu, broj AP 1/05 od 18. maja 2005. godine, stav 35, objavljena u “Službenom glasniku Bosne i Hercegovine” broj 58/05.

⁵⁷ Odluka o dopustivosti i meritumu, broj AP-531/04 od 27. maja 2005. godine, stav 30, objavljena u “Službenom glasniku Bosne i Hercegovine” broj 67/05 (isplata novčanog iznosa na ime devizne štednje; nema povrede člana 1 Protokola br.oj 1 uz Evropsku konvenciju i II/3.k) Ustava BiH).

⁵⁸ Odluka o meritumu, broj AP 740/04 od 13. septembra 2005. godine, stav 30, objavljena u “Službenom glasniku Bosne i Hercegovine” broj 3/06 (isplata neisplaćenih penzija, pogrešna primjena zakona; utvrđena povreda člana 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju i člana II/3.k) Ustava BiH).

⁵⁹ Odluka o meritumu, broj AP-625/04 od 23. septembra 2005. godine, st. 38 i 39, objavljena u “Službenom glasniku Bosne i Hercegovine” broj 83/05 (naknada štete -troškova liječenja - u slučaju kada postoji element inostranosti, primjena međunarodnih bilateralnih ugovora; utvrđena povreda člana 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju i člana II/3.k) Ustava BiH).

⁶⁰ Odluka o meritumu, broj AP 1048/04 od 13. oktobra 2005. godine, stav 28, objavljena u “Službenom glasniku Bosne i Hercegovine” broj 4/06.

⁶¹ Odluka o dopustivosti i meritumu, broj AP 1086/04 od 2. decembra 2005. godine, stav 47, objavljena u “Službenom glasniku Bosne i Hercegovine” broj 20/06.

skoj presudi, koja se u suštini zasniva na internim pravilima preduzeća koji u odnosu na apelanta imaju djelovanje “zakona” i koji su u skladu sa standardima iz Evropske konvencije (transparentnost i jasnost)⁶²; – usvajanjem principa zastarjelosti potraživanja osigurava se princip pravne sigurnosti. Naime, država ima interes da se zadrže pravni odnosi koji su trajali određeni period, kao i da se zakonom propišu rokovi u okviru kojih je moguće tražiti sudsku zaštitu za povredu imovinskih i drugih prava⁶³; – zbog odluke suda da odbije tužbeni zahtjev apelanta primjenom odredbe člana 226 Zakona o udruženom radu bez obrazloženja, zbog čega se u konkretnom slučaju u kojem se radi o odnosu fizičkih (građanskih) lica, na jednoj strani, i društvenopravnog lica, na drugoj strani, trebaju primijeniti odredbe tog zakona kojima se reguliše položaj “društvenopravnih lica u prometu društvenim sredstvima”, imajući u vidu sadržaj i cilj navedenog zakona, povrijeđeno je pravo apelanta na imovinu iz člana II/3.k) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju, jer miješanje u njegovu imovinu nije izvršeno na temelju zakona⁶⁴; – postoji kršenje prava na imovinu iz člana iz člana II/3.k) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju kada miješanje u to pravo ne zadovoljava princip “zakonitosti” zato što propis koji je primijenjen nije nikada bio javno objavljen i podjednako dostupan svima, već je samo odštampan u službenom glasilu koje nosi oznaku “državna tajna”⁶⁵; – postoji povreda prava na imovinu iz člana II/3.k) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju, jer je redovni sud povrijedio princip “zakonitosti” tako što je arbitrarno primijenio pravo s obzirom na to da je nedostatak odredbi u Kolektivnom ugovoru i Pravilniku o radu kojim bi bila regulisana mogućnost umanjenja, ali ne i potpunog gubitka plate srazmjerno vremenu provedenom u štrajku u smislu člana 9 Zakona o štrajku, protumačio na način da apelanti gube pravo na platu za vrijeme provedeno u štrajku, iako se radi o jednom od prava proisteklih iz rada koje je zakonom, kolektivnim ugovorima i aktima samog poslodavca izričito garantovano⁶⁶; – osporenim odlukom Vrhovnog suda kojom je utvrđeno da apelantu ne pripada stinarsko pravo na predmetnom stanu, te da taj stan ne može biti predmet otkupa za koji je utvrđeno da nije službeni, povrijeđeno je apelantovo pravo na imovinu, jer su sudska odluka kojom je to pravo osporeno donesena proizvoljnom primjenom materijalnog prava, s obzirom na to da organi davaoca stana na korišćenje nisu

⁶² Odluka o dopustivosti i meritumu, broj AP 559/04 od 2. decembra 2005. godine, stav 35, objavljena u “Službenom glasniku Bosne i Hercegovine” broj 41/06 (isplata plate za rad u inostranstvu, Drittwirkung efekt; nema povrede člana 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju I člana II/3.k) Ustava BiH).

⁶³ Odluka o meritumu, broj AP 1380/05 od 12. aprila 2006. godine, stav 27, objavljena u “Službenom glasniku Bosne i Hercegovine” broj 68/06 (zastarjelost potraživanja).

⁶⁴ Odluka o dopustivosti i meritumu, broj AP 1769/08 od 13. oktobra 2010. godine, stav 28.

⁶⁵ Odluka o dopustivosti i meritumu, broj AP 3679/08 od 12. maja 2011. godine, stav 36.

⁶⁶ Odluka o dopustivosti i meritumu, broj AP 2581/08 od 29. juna 2011. godine, stav 52.

nikad donijeli formalnu odluku da se stan proglašuje službenim, u skladu sa članom 4 stav 3 Zakona o stambenim odnosima⁶⁷; – postoji povreda prava na imovinu iz člana II/3.k) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju, jer se javna vlast odlukom Vrhovnog suda, kojom su preinačene presude prvostepenog i drugostepenog suda kojima je proglašen ništavim ugovor o razmjeni nekretnina i naređena istovremena restitucija pozivanjem na član 104 Zakona o obligacionim odnosima i odbijen apelantov tužbeni zahtjev za proglašavanje ništavim ugovora za koji je utvrđeno da je zaključen protivno prinudnim propisima, umiješala u pravo na apelantovo mirno uživanje na način koji ne zadovoljava standarde zakonitog miješanja u navedeno apelantovo pravo⁶⁸; – miješanje u apelantovo pravo na imovinu bilo je nezakonito zbog arbitrarne primjene Zakona o nasljeđivanju, što predstavlja povredu prava na imovinu iz člana II/3.k) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju⁶⁹; – postoji kršenje prava na imovinu iz člana II/3.k) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju kada miješanje u to pravo ne zadovoljava princip “zakonitosti” zato što je sud u svojoj odluci proizvoljno primijenio odredbu člana 28 stav 2 Zakona o izvršnom postupku čime je onemogućio apelanta da u skladu s tom odredbom naplati u izvršnom postupku zateznu kamatu na troškove postupka dosuđene u izvršnoj ispravi, te što je pozivanjem na u odredbu onemogućio apelantu naplatu kamate na troškove izvršenja, iako je apelant takav zahtjev eksplicitno postavio u prijedlogu za izvršenje⁷⁰.

MIJEŠANJE U PRAVO NA IMOVINU U JAVNOM INTERESU

Ukoliko je miješanje zakonito u smislu Ustava Bosne i Hercegovine odnosno Evropske konvencije, mora biti ispunjena još jedna pretpostavka a to je da miješanje koje je predviđeno zakonom mora biti preduzeto u nekom legitimnom interesu. Tako je Ustavni sud u nekoliko predmeta utvrdio da ne postoji povreda prava na imovinu u slučaju kada redovni sudovi, pravilnom primjenom relevantnih odredaba materijalnog prava, utvrde da je apelantica priznanjem duga prekinula zastarijevanje potraživanja koje je tužilac u sudskom postupku potraživao od apelantice, jer je takvo lišavanje imovine u javnom interesu ostvarivanja pravne

⁶⁷ Odluka o dopustivosti i meritumu, broj AP 2004/08 od 12. oktobra 2011. godine, stav 36.

⁶⁸ Odluka o dopustivosti i meritumu, broj AP 3766/08 od 12. oktobra 2011. godine, stav 63, objavljena u “Službenom glasniku Bosne i Hercegovine” broj 99/11 (zamjena nekretnina; utvrđena povreda člana 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju i člana II/3.k) Ustava BiH).

⁶⁹ Odluka o dopustivosti i meritumu, broj AP 69/09 od 23. februara 2012. godine, stav 39.

⁷⁰ Odluka o dopustivosti i meritumu, broj AP 3744/09 od 6. decembra 2012. godine, stav 28.

sigurnosti i ispravnog funkcionisanja pravnog sistema, a ova ograničenja imovinskih prava su opravdana i proporcionalna cilju koji se želi postići⁷¹.

U odluci broj AP 706/05 od 12. aprila 2006. godine Ustavni sud je utvrdio da su odluke kojim se nalaže apelantu da napusti uzurpirano državno zemljište, donesene u javnom interesu i princip proporcionalnosti je zadovoljen, jer je apelant svojim ponašanjem prouzrokovao radnju oduzimanja uzurpiranog zemljišta od države, zbog čega se ne može izvesti zaključak da je država stavila neprimjeren teret gubitka imovine bez naknade na samog apelanta.

Takođe, postoji i niz slučajeva gdje je Ustavni sud utvrdio miješanje u apelantovo pravo na imovinu. Primjera radi, to su bili sljedeći slučajevi: – rješenja Vrhovnog suda i carinskih organa, kojim je izrečena mjera oduzimanja vozila za koje je apelant prodavcu isplatio kupoprodajni iznos i koje je apelantovo vlasništvo, nesumnjivo predstavljaju miješanje u apelantovo pravo na mirno uživanje imovine i lišavanje apelanta imovine⁷²; – osporavana sudska rješenja kojima se apelantu nalaže uzdržavanje od ometanja i omogućavanje tužiocu korišćenja prava služnosti prolaza preko zemljišta koje je apelantovo vlasništvo, nesumnjivo predstavljaju miješanje u njegovo pravo na mirno uživanje svoje imovine⁷³.

PROPORCIONALNOST (*fair balance*)

U slučajevima kada Ustavni sud utvrdi da postoji miješanje u pravo na imovinu, to ne znači istovremeno i utvrđivanje povrede člana 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju. Prvo je potrebno utvrditi da li je miješanje u pravo na imovinu zadovoljilo uslov proporcionalnosti, odnosno da li je uspostavljena pravična ravnoteža između zaštite imovine i zahtjeva opšteg interesa.

Navodimo nekoliko primjera u kojima je Ustavni sud, ocjenjujući pitanje proporcionalnosti u konkretnim slučajevima, utvrdio povredu člana 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju: – postoji kršenje prava na imovinu kada je miješanje u apelantovu imovinu izvršeno na način da je primjenom materijalno-pravnih propisa o utvrđivanju prava na naknade štete, Statuta distrikta Brčko i

⁷¹ Odluka o meritumu, broj AP 288/05 od 9. februara 2006. godine, stav 34, objavljena u "Službenom glasniku Bosne i Hercegovine" broj 37/06; Odluka o meritumu broj AP 325/05 od 14. marta 2006. godine, stav 44, objavljena u "Službenom glasniku Bosne i Hercegovine" broj 49/06 i Odluka o meritumu, broj AP 562/05 od 14. marta 2006. godine, stav 30, objavljena u "Službenom glasniku Bosne i Hercegovine" broj 57/06.

⁷² Odluka o meritumu, broj AP 2078/05 od 12. aprila 2006. godine, stav 42, objavljena u "Službenom glasniku Bosne i Hercegovine" broj 7/07 (oduzimanje vozila zbog carinskog prekršaja).

⁷³ Odluka o dopustivosti i meritumu, broj AP 1292/05 od 27. juna 2006. godine, stav 22, objavljena u "Službenom glasniku Bosne i Hercegovine" broj 87/06 (pravo služnosti).

naloga Supervizora narušena ravnoteža između javnog interesa i interesa apelanta pretjeranim ličnim teretom koji apelant mora trpjeti u vidu lišavanja “legitimnog očekivanja” svoje imovine⁷⁴; – ostvarenje legitimnog cilja – osiguranje pravne sigurnosti – ne može biti opravdanje za gubitak već stečenog prava pojedinca, jer mjera koja za posljedicu ima gubitak stečenog prava, djelimično ili u cijelosti, predstavlja pretežak teret za korisnika osiguranja, čime je narušen princip proporcionalnosti⁷⁵; – postoji kršenje prava na imovinu kada su redovni sudovi (nezavisno od utvrđenja da je predmetni prostor davalac stan dodijelio apelantici na korištenje “kao novom nosiocu stanarskog prava” i nezavisno od činjenice da su apelantica, a prije toga i njen pravni prednik, predmetni prostor koristili dugi niz godina isključivo kao stambeni prostor) odbili apelanticin tužbeni zahtjev isključivo iz razloga što taj prostor nije priznat kao “stan” u smislu člana 3 Zakona o stambenim odnosima. Takvom primjenom navedene odredbe, u okolnostima konkretnog slučaja, na apelanticu je stavljen pretjeran teret, jer nije postignuta pravična ravnoteža između legitimnog javnog interesa i prava apelantice na mirno uživanje imovine⁷⁶.

Neki od primjera u kojima je Ustavni sud utvrdio da je miješanje proporcionalno su sljedeći: – miješanje u apelantovu imovinu je bilo proporcionalno i postoji fer balans između zahtjeva za opšti interes zajednice i interesa apelanta, s obzirom na to da je apelant svojevrijedno pristao da predmetni pravni posao bude osiguran bezuslovnom garancijom iz člana 1087 Zakona o obligacijskim odnosima⁷⁷; – odluke kojim se nalaže apelantu da napusti uzurpirano državno zemljište donesene su u javnom interesu i princip proporcionalnosti je zadovoljen, jer je apelant svojim ponašanjem prouzrokovao radnju oduzimanja uzurpiranog zemljišta od države, zbog čega se ne može izvesti zaključak da je država stavila neprimjeren teret gubitka imovine bez naknade na samog apelanta⁷⁸; – obustavljanje vanparničnog postupka za određivanje naknade za oduzetu imovinu, pokrenutog po zahtjevu apelanta, kako je to određeno posebnim zakonom Visokog predstavnika za BiH, ne stavlja na apelante “poseban i pretjeran” teret, te je primjena ovakve mjere proporcionalna legitimnom cilju koji se želi postići ovim zakonom. Stoga je, u konkretnom slučaju, uspostavljena pravična ravnoteža iz-

⁷⁴ Odluka o dopustivosti i meritumu, broj AP 1362/06 od 28. marta 2009. godine, stav 44.

⁷⁵ Odluka o dopustivosti i meritumu, broj AP 2843/07 od 12. januara 2010. godine, stav 32.

⁷⁶ Odluka o dopustivosti i meritumu, broj AP 3773/08 od 12. oktobra 2011. godine, stav 40.

⁷⁷ Odluka o dopustivosti i meritumu, broj AP 912/04 od 1. aprila 2006. godine, stav 44, objavljena u “Službenom glasniku Bosne i Hercegovine” broj 57/06.

⁷⁸ Odluka o meritumu, broj AP 706/05 od 12. aprila 2006. godine, stav 36, objavljena u “Službenom glasniku Bosne i Hercegovine” broj 57/06.

među zaštite prava apelanata na imovinu i opšteg interesa, odnosno u ovoj situaciji nije na apelante prenesen neprimjeren teret radi ostvarenja zakonitog cilja⁷⁹.

ZAKLJUČAK

Pošto se radi o pravnom pojmu, obaveza je zakonodavca da definiše šta se smatra imovinom. Istovremeno, prema članu 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju, "imovina" se smatra autonomnim pojmom, tako da se neka pravna pozicija može smatrati imovinskom, prema Evropskoj konvenciji, čak i ako domaće zakonodavstvo tu poziciju ne tretira kao takvu.⁸⁰ Ova ambivalentna pozicija zakonodavca, koji je, s jedne strane, vezan pravom na imovinu (član II/1 i 6 Ustava BiH), a, s druge strane, sadržaj i obim tog prava treba da definiše sâm, pokazuje koliko je neophodno običnom domaćem zakonodavstvu postaviti apsolutne ustavnopravne granice.⁸¹

Član 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju i član II/3.k) Ustava BiH štite samo postojeće vlasništvo i u principu ne štite pravo na sticanje imovine⁸² Međutim, član 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju obuhvata i "legitimno očekivanje" da će se steći neko imovinsko dobro ukoliko je to zasnovano na nekom važećem pravnom aktu.⁸³ "Legitimno očekivanje" podrazumijeva da određeno lice može dokazati da mu po osnovu određenog pravnog akta pripada određena imovinskopravna pozicija koju zahtijeva.⁸⁴ U oblast zaštićenog imovinskog prava ubrajaju se, prije svega, neograničene stvarnopravne (*in rem*), kao i obligacionopravne (*in personam*) pozicije koje predstavljaju ekonomsku vrijednost.⁸⁵

⁷⁹ Odluka o meritumu, broj AP 805/05 od 9. maja 2006. godine, stav 41, objavljena u "Službenom glasniku Bosne i Hercegovine" broj 77/06.

⁸⁰ Evropski sud, *Van Marle et al. protiv Holandije* od 3. juna 1986. godine, serija A broj 101, stav 41.

⁸¹ Stainer i Ademović, 370.

⁸² Odluke Ustavnog suda broj U 16/00, tačka V.b i U 7/01, stav 23.

⁸³ Odluka Doma za ljudska prava za BiH, broj CH/98/1040-D, stav 20.

⁸⁴ Stainer i Ademović, 370.

⁸⁵ *Ibid*, 371.

MIODRAG N. SIMOVIĆ, Ph.D.,

Vice-President of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina

and Full Professor of the Faculty of Law of Banja Luka,

Corresponding Member of the Academy of Sciences and Art of Bosnia and Herzegovina

and Foreign Member of the Russian Academy of Natural Sciences

MILENA SIMOVIĆ, Ph.D.,

Deputy Director in Secretariat for Legislation of the Government

of Republika Srpska and Assistant Professor at the Faculty of Security

and Protection in Banja Luka

PROTECTION OF RIGHT TO PROPERTY IN PROCEEDINGS BEFORE CONSTITUTIONAL COURT OF BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary

Right to property or more precisely right to peaceful enjoyment of property in Bosnia and Herzegovina is guaranteed by Article II(3)(k) of the Constitution of Bosnia and Herzegovina and Article 1 Protocol no. 1 to the European Convention for Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Article 1 of Protocol no. 1 to the European Convention contains three distinct rules: (1) peaceful enjoyment of possessions; (2) no deprivation of possessions, unless in the interest of society and in accordance with the law and general principles of international law; (3) use of possessions in the general interest and payment of taxes and other contributions and penalties. These rules are not “separate” in the sense that they are not interconnected. The second and third rules relate to specific cases of conflict with the right to peaceful enjoyment of possession and should be interpreted within the general principle specified in the first rule.

As with many other rules guaranteed by this Convention, the state can limit enjoyment of right to property but only subject to the certain conditions. From the text of Article 1 of Protocol no. 1 to the European Convention it follows that the state may deprive individual of his possessions but only in the public interest and subject to the conditions provided for by law and can apply such laws it finds necessary to supervise use of property in accordance with general interests or to secure payment of different penalties, taxes etc. The first issue the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina dealt with in the process of deciding cases relating to right to property is the issue whether Article II(3)(k) of the Constitution of Bosnia and Herzegovina and Article 1 of Protocol no. 1 to the European Convention is applicable in the instant case.

NATAŠA RAJIĆ

O MOGUĆEM KODEKSU PONAŠANJA NARODNIH POSLANIKA U REPUBLICI SRBIJI

U V O D

Savremene države temelje se na vrednostima koje tvore opšti koncept vladavine prava. Te vrednosti, pored garancije ljudskih prava, slobodnih i neposrednih izbora, podele vlasti, nezavisnog sudstva, uključuju i povinovanje vlasti ustavu čime se potvrđuje davno uočena razlika između “konstituišuće” i “konstituisane” vlasti. Ustavima su, dakle, postavljene granice organima vlasti u okvirima kojih oni postupaju. Takav normativni okvir, iako omeđen jasnim granicama u pogledu nadležnosti i osnovnih principa, nužno ostavlja prostor za delovanje po odgovarajućim diskrecionim merilima, bar kada je reč o političkim organima vlasti. U tome nema ničeg spornog, jer to predstavlja esenciju suverenosti prilikom vršenja vlasti. Primer za to predstavlja ovlašćenje parlamenta da donese odluku o uvođenju vanrednog stanja kojom se mehanizam funkcionisanja institucija vlasti prevodi u poseban režim. Ovakva odluka parlamenta izmiče kontroli ustavnosti u materijalnom smislu (jer ustavni sud ne može procenjivati osnovanost postojanja ustavom propisanog razloga za donošenje ovakve odluke) i tipičan je primer suverenog odlučivanja. Upravo u ovakvom prostoru, gde granice prava nisu i ne mogu biti precizno postavljene, postavlja se pitanje da li organi vlasti zaista postupaju u javnom interesu. Naravno, postupanje u javnom interesu se može otvoriti i prilikom vršenja bilo koje druge nadležnosti parlamenta.

Nataša Rajić, asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu.

Potreba donošenja Kodeksa ponašanja narodnih poslanika u Republici Srbiji podrazumeva analizu pravnopolitičkog ambijenta u kojem se odvija parlamentarna delatnost (a koji se koncentriše se oko dva ključna pitanja: pitanja ostvarivanja osnovne uloge parlamenta u smislu vršenja “deliberativne vlasti” kroz tri osnovne kategorije koje čine supstrat načela slobodne rasprave: slobode govora, slobodnog poslaničkog mandata i parlamentarnog imuniteta nepovredivosti (i neodgovornosti) kao i pitanje položaja parlamenta kao organa vlasti u ustavnom sistemu, posebno u relaciji sa vladom, i “merenje” njegovog stvarnog uticaja na ostvarivanje svojih ustavom propisanih nadležnosti) kao i analizu normativnog okvira koji definiše osnovne smernice u načinu vršenja parlamentarne funkcije (predmet analize su odgovarajuće ustavne i zakonske odredbe, kao i odredbe Poslovnika Narodne skupštine). U tom smislu, rad će pokušati da odgovori na pitanje da li je Kodeks ponašanja narodnih poslanika uopšte potreban; ako jeste, koja oblasti treba da reguliše i na koji način; da li bi bio dovoljna mera u postizanju odgovarajućeg nivoa parlamentarne kulture u Republici Srbiji.

Pre prelaska na obradu teme u vezi sa potrebom donošenja Kodeksa u Republici Srbiji, biće obrađena opšta pitanja u vezi sa kodeksom ponašanja članova parlamenta u smislu definisanja ključnih oblasti koje treba da budu obuhvaćene ovim aktom, prirode pravila ovog akta, mehanizama kontrole nad primenom ovih pravila kao i sankcija za njihovo nepoštovanje.

Kodeks ponašanja članova parlamenta kao instrument jačanja odgovornosti pri vršenju poslaničke funkcije

Postoji nekoliko pitanja koja je neophodno razmotriti u vezi sa donošenjem Kodeksa ponašanja članova parlamenta. Prvo pitanje koje treba razmotriti tiče se preduslova u pogledu delotvorne primene pravila sadržanih u Kodeksu, merenih opštim društveno političkim ambijentom u kojem se Kodeks donosi. Zatim, potrebno je definisati pravnu prirodu Kodeksa; ključne oblasti koje treba da budu obuhvaćene tekstem Kodeksa; mehanizme nadzora nad primenom Kodeksa i najzad sankcije za nepoštovanje pravila sadržanih u Kodeksu.

Kodeksi ponaša članova parlamenta moraju, najpre, biti izraženi u pisanoj formi, jasno definišući koji su to standardi koji se očekuju od članova parlamenta. Standardi sadržani u Kodeksi, pak, moraju biti prilagođeni političkoj kulturi države koja je u pitanju, kompatibilni i uklopivi u opšti pravnopolitički okvir. Oni, dakle, moraju pratiti dostignuti nivo političke svesti u parlamentarnom delovanju, koncipirani umerenom ambicijom u pravcu njenog postepenog podizanja. Kodeksi, dakle, moraju biti “autohtoni i skrojeni prema ustavu i političkoj kulturi svake države pojedinačno” kako bi zaista ostvarivali svoju funkciju.¹ Reforme

¹ Studija: *Profesionalni i etički standardi za poslanike*, Kancelarija OEBS-a za demokratske institucije i ljudska prava, 2011.

koje se uvode veštački nemaju izgleda da zažive u praksi, dok reforme koje uvažavaju specifičnosti konkretnog pravno-političkog okruženja kao polazišnog osnova mogu postepeno da dovedu do napretka u svakoj, pa i ovoj oblasti.

Kodeksi ponašanja članova parlamenta su, po pravilu, posebni dokumenti koji postavljaju standarde koji se od poslanika očekuju u vršenju poslaničke funkcije. U većini država postoje odgovarajuća pravila, često rasuta po brojnim pravnim aktima različite pravne snage, kojima se reguliše postupanje članova parlamenta u vršenju svojih nadležnosti.² Međutim, i pored toga brojne države pristupaju izradi i donošenju Kodeksa kao sveobuhvatnog dokumenta koji na jednom mestu objedinjuje pravila ponašanja članova parlamenta i koji egzistira u pravnom sistemu kao dopunjujući, dodatni akt zakonskim i podzakonskim pravilima. Kodeks ponašanja, međutim, može biti utvrđen u formi pravnoobavezujućeg akta, što je slučaj u Nemačkoj i Letoniji, u kojima su kodeksi, praktično, aneksi njihovih parlamentarnih poslovnika.³

U vezi tesnoj vezi sa ovim pitanjem je i formulacija sadržine Kodeksa. Tekst Kodeksa može biti izražen u formi pravila ili u formi opštih principa. Prednost Kodeksa čiji je tekst formulisan u obliku odgovarajućih načela je u tome što se, praktično, širim tumačenjem svako ponašanje može podvesti pod odgovarajuće načelo, dok je nedostatak ovakvom pristupu nepreciznost u definisanju stvarnog sadržaja standarda odnosno nedostatak konkretizacije. Formulisanje teksta Kodeksa, pak, u formi pravila pruža veću sigurnost u pogledu očekivanog ponašanja, ali preči da pojedine slučajeve ostavi nepokrivenim.

Postoji nekoliko oblasti koje treba da budu obuhvaćene parlamentarnim Kodeksom. To su: sukob interesa (prijava imovine i prijava interesa), naknade i troškovi, odnosi sa lobistima, ponašanje u parlamentu i zapošljavanje nakon prestanka poslaničke funkcije. U pogledu, pak, mehanizama kontrole nad primenom Kodeksa ponašanja članova parlamenta komparativna praksa pruža tri modaliteta. Nadzor može biti poveren organu ili instituciji koja se nalazi u okviru samog parlamenta, zatim, organu ili instituciji koji se nalaze izvan parlamenta, kao i kombinovani model nadzora koji uključuje elemente i interne i eksterne kontrole.

Najzad, sankcije za kršenje pravila ponašanja članova parlamenta u vršenju poslaničke funkcije javljaju se u različitim formama i kreću se od blažih formi opomene pa do veoma ozbiljnih kao što su privremena suspenzija sa funkcije kao i sam prestanak funkcije. Pitanje sankcija je usko povezano sa pitanjem pravne prirode akata kojima se propisuju pravila o postupanju članova parlamenta. Prevladuje opšti stav da sankcije treba da budu "efektivne, srazmerne i odvrćaju-

² Više o tome: *Kodeks ponašanja poslanika u zemljama članicama EU*, Istraživanje biblioteke Narodne skupštine Republike Srbije br. 3-01/13.

³ *Studija: Profesionalni i etički standardi za poslanike*, opet citirano.

će” s obzirom da opšti cilj propisa treba da bude konstruktivan, u smislu stvaranja uslova za profesionalno i etičko ponašanje poslanika.⁴

Kodeks ponašanja narodnih poslanika u Republici Srbiji

Pravno politički ambijent u Republici Srbiji. – Kodeks ponašanja članova parlamenta, u sadržinskom smislu, mora biti prilagođen opštem pravopolitičkom okviru određene države i mestu parlamenta u tom sistemu. U tom smislu, sadržina Kodeksa se nužno mora oslanjati na “specifične institucionalne i političke uslove”⁵ i ostvareni stepen političke kulture koji tvore osnovu delotvorne primene ovog dokumeta.

Opšti pravopolitički okvir u ovom slučaju koncentriše se oko dva ključna pitanja: pitanje ostvarivanja osnovne uloge parlamenta u smislu vršenja “deliberativne vlasti” kroz tri osnovne kategorije koje čine supstrat načela slobodne rasprave: slobode govora, slobodnog poslaničkog mandata i parlamentarnog imuniteta nepovredivosti (i neodgovornosti) kao i pitanje ukupnog položaja parlamenta kao organa vlasti u ustavnom sistemu, posebno u relaciji sa vladom, i “merenje” njegovog stvarnog uticaja na ostvarivanje svojih ustavom propisanih nadležnosti. U tom okviru treba definisati prostor za donošenje parlamentarnog kodeksa koji bi, kao dopunjujući akt, služio opštem cilju osnaženja parlamenta da “autonomno odlučuje o pitanjima koja su u njegovoj isključivoj nadležnosti”.⁶

Osnovno problemsko mesto u vezi sa ostvarivanjem “deliberativne vlasti” parlamenta u našem sistemu postoji u pogledu ustavnog formulisanja pravne prirode poslaničkog mandata. Mandat narodnih poslanika je, praktično, ustavom definisan kao vezan poslanički mandat, ali ne u relaciji narodni poslanik – birači, već u relaciji narodni poslanik – politička stranka sa čije je kandidatske liste narodni poslanik izabran. Formulacija da je narodni poslanik slobodan da svoj mandat stavi na raspolaganje političkoj stranci na čiji predlog je izabran, upućuje da je intencija ustavotvorca bila da se narodni poslanik shvati ne u smislu slobodnog predstavljanja birača već u smislu prostog predstavnika stranke sa čije je liste izabran.⁷ Ovakvim definisanje pravne prirode poslaničkog mandata krše se tri temeljna principa predstavničke demokratije: princip da poslanici predstavljaju birače, princip da se poslanici opredeljuju i glasaju prema sopstvenom uverenju

⁴ Smernice o propisima za političke stranke (Warsaw, ODIHR, 2010), str. 80, navedeno prema: Studija: *Profesionalni i etički standardi za poslanike*, opet citirano.

⁵ Studija: *Profesionalni i etički standardi za poslanike*, opet citirano.

⁶ Petrov V., *Parlamentarno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Biblioteka udžbenici, Beograd, 2010, str. 46.

⁷ Marković R., *Ustavno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Biblioteka udžbenici, Beograd, 2009, str. 246.

i princip da poslanici ne mogu biti opozvani.⁸ Ovako deformisan oblik poslaničkog mandata ugrožava (čak i ukida) slobodu govora, obesmišljava institut neodgovornosti i čini ozbiljnu smetnju ostvarivanju kvalitetne i konstruktivne rasprave koja predstavlja supstrat ostvarivanju deliberativne vlasti parlamenta.⁹ Pitanje pravne prirode predstavničkog mandata pojavilo i u praski Ustavnog suda u vezi sa ocenom ustavnosti odgovarajućih odredbi Zakona o lokalnim izborima.¹⁰ Zanimljivo je pogledati obrazloženje ove odluke, budući da njom Ustavni sud menja tradicionalnu fizionomiju negativnog zakonodavca, upuštajući se u kritiku ustavnog rešenja o pravnoj prirodi poslaničkog mandata.¹¹

Ovo pitanje nesumnjivo uključuje analizu uloge političkih stranaka u političkim procesima. Sudeći prema rešenjima izbornog zakonodavstva, njihova uloga je ključna u pogledu sticanja poslaničkog mandata. Ostvarivanje pasivnog prava kandidovanja je, praktično, nezamislivo bez političkih stranaka koje su zakonom definisane kao ovlašćeni predlagači izbornih lista u našem izbornom sistemu. Dosadašnje rešenje Zakona o izboru narodnih poslanika davalo je široka ovlašćenja političkim strankama u fazi distribucije osvejnih mandata, što je dodatno ojačavalo moć političkih stranaka u izbornom postupku. Izmenom ovog rešenja, kojim se propisuje da se osvojeni mandati dodeljuju kandidatima redosledom na listi, umanjena je takva "vlast" političkih stranaka u odnosu na predložene kandidate. Međutim, ostali nedostaci vezanih izbornih lista u sistemu proporcionalnog osvajanja mandata u državi kao jednoj izornoj jedinici, kakva je naša, i dalje daju priličan prostor političkim strankama da se "umeću" između birača i svojih predstavnika.¹² To za posledicu ima "skrivanje" narodnih poslanika iza svojih političkih stranaka, što dodatno umanjuje ličnu odgovornost u pogledu vršenja poslaničke funkcije.

Političke stranke imaju nesumnjivo važnu ulogu u političkim procesima i to nije sporno. Međutim, isto tako je nesporno da političke stranke ne mogu po jedina zakonska rešenja staviti u službu ostvarivanja unutarpartijske discipline. U tom smislu treba jasno razdvojiti pitanje statusnih prava narodnih poslanika, kao

⁸ Isto.

⁹ Više o tome: Petrov V., Zakon o izmenama i dopunama Zakona o izboru narodnih poslanika od 2011 – da li je poslanički mandat konačno slobodan? u: *Izbori u domaćem i stranom pravu*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2012, str. 94–106, Orlović S., Priroda i pripadnost poslaničkog mandata u ustavnom sistemu Srbije, *Zbornik radova pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 3/2009, str. 231–255 i drugi.

¹⁰ Odluka Ustavnog suda IUz-52/2008, *Službeni glasnik RS*, br. 34/2010.

¹¹ Više o tome: Petrov V., "Odluka Ustavnog suda o neustavnosti čl. 43. i čl. 47. Zakona o lokalnim izborima – prilog raspravi o prirodi mandata narodnog predstavnika", *Zbornik radova Pravni sistem i društvena kriza*, Kosovska Mitrovica 2011, str. 81–93.

¹² Treba naglasiti da su u vezi sa pripadnošću političkim strankama ranije postojala dva zakonom propisana osnova za razrešenje narodnih poslanila. Odredbe Zakona kojima je bilo regulisano to pitanje oglašene su neustavim. Videti: Odluka IU-197/2002, *Službeni glasnik RS*, br. 57/2003.

pravnog, od razvijanja kohezije u parlamentarnom delovanju narodnih poslanika izabраних sa izborne liste određene političke stranke, kao političkog pitanja.¹³

Uticaј političkih stranaka, koji se oslanja na ukupnost rešenja izbornog zakonodavstva i nedovoljno izgrađen politički pluralizam, ostvaruje se i prilikom konstituisanja predstavničkog tela. Fragmentisanost sastava parlamenta, koji proizlazi iz brojnosti parlamentarnih stranaka sa nedovoljno profilisanim političkim kursom, vodi stvaranju nestabilne parlamentarne većine i formiranju nekohezivne vlade prinuđene na različite "međuustupke". U takvom političkom ambijentu parlament nema dovoljno čvrsto uporište i autoritet kakav se od njega očekuje, pa kao takav, ne tvori uzajamnu ravnotežu sa vladom što je ključna odrednica parlamentarnog sistema vlasti.¹⁴

Konačno, upitna je činjenica da je sam tekst Ustava, u celini posmatrano, nekoherentan, nedorečen, a vrlo često i protivrečan i da ne sadrži saglasnost oko osnovnih društvenih vrednosti koje praktično definišu kategoriju javnog interesa kao ključnu vrednosu orijentaciju delovanja organa vlasti. Takvi sistemski nedostaci svakako negativno utiču na rad svih ključnih ustavnih organa vlasti, pa i postupanju narodnih poslanika u vršenju svoje funkcije.

Ovakav, nimalo povoljan, pravno-politički ambijent zahteva odgovarajuću regulativu smislu izgradnje određenih vrednosnih smernica u postupanju prilikom vršenja javne funkcije i naročito prilikom vršenja funkcije narodnog poslanika.

Normativni okvir koji definiše postupanje narodnih poslanika u Republici Srbiji. – Potreba donošenja Kodeksa ponašanja narodnih poslanika prethodno zahteva analizu postojećeg normativnog okvira u pogledu onih pitanja koja čine sadržinu ovog dokumenta. U tom smislu, analiziraće se isključivo najznačajnije odredbe koje se odnose na vršenje poslaničke funkcije u našem pravnom sistemu.

a) *Ustavni okvir.* – Odredbe Ustava Republike Srbije, koje čine normativni okvir postupanja narodnih poslanika u vršenju svoje funkcije, mogu se grupisati kao, najpre, opšti principi na kojima počiva moderna država izraženi u formi načela narodne suverenosti, vladavine prava, podele vlasti kao i opšte zabrane sukoba interesa; zatim, odredbe kojima se definiše nespojivost funkcije narodnog poslanika sa drugim funkcijama kao i odredbe koje se odnose na institut imuniteta narodnih poslanika. Od značaja je i odredba kojom se definiše priroda poslaničkog mandata.

b) *Zakonski okvir. Zakon o Narodnoj skupštini.*¹⁵ – Zakon o Narodnoj skupštini, pored ponovljenih odredbi Ustava o imunitetu i parlamentarnoj inkompati-

¹³ Više o tome: Pejić I., Granice "slobode" u parlamentarnom mandatu, *Zbornik Pravnog fakulteta u Kosovskoj Mitrovici*, 2012, str. 21–37.

¹⁴ O položaju parlamenta videti: Petrov V., (Ne)moć modernog parlamenta, *Pravni život*, tom VI, broj 14/2008, str. 693–710.

¹⁵ Zakon o Narodnoj skupštini ("Službeni glasnik RS", br. 9/10).

bilnosti, sadrži odgovarajuće principe i pravila kao polazišne vrednosti u oblikovanju standarda ponašanja narodnih poslanika. Takav vrednosni princip sadržan je u zakletvi koju narodni poslanici polažu prilikom stupanja na dužnost i koja glasi: “*Zaklinjem se da ću dužnost narodnog poslanika obavljati predano, pošteno, savesno i verno Ustavu, braniti ljudska i manjinska prava i građanske slobode i po najboljem znanju i umeću služiti građanima Srbije, istini i pravdi!*”¹⁶ Tome je pridodato pravo narodnih poslanika da se opredeljuju, istupaju i glasaju po sopstvenom uverenju, što je s obzirom na ustavnu formulaciju prirode poslaničkom mandata u velikoj meri upitno.¹⁷

U daljem tekstu Zakona preciziraju se dužnosti narodnih poslanika koje služe doslednom ostvarivanju i očuvanju sopstvenog, kao i integriteta institucije čiji su članovi. Zakonom se propisuje da su narodni poslanici dužni: da u vršenju poslaničke dužnosti i svojim ukupnim ponašanjem čuvaju ugled, poštuju dostojanstvo i red na sednici Narodne skupštine, odbora i poslaničkih grupa; da se obraćaju drugim narodnim poslanicima sa uvažavanjem, bez uvredljivih izraza i iznošenja činjenica i ocena koje se odnose na privatni život drugih lica; da se odnose odgovorno i racionalno prema sredstvima budžeta Republike Srbije koja su namenjena za rad Narodne skupštine, da podnose izveštaj nadležnom državnom organu o svojoj imovini i prihodima, u skladu sa zakonom, i izvršavaju druge obaveze, u skladu sa zakonom i Poslovníkom i dr..¹⁸ Posebnim članom je izdvojena dužnost narodnih poslanika da u obavljanju svojih funkcija, odnosno poslova, savesno i namenski postupaju sa imovinom koju koristi Narodna skupština.¹⁹

Od značaja za regulisanje materije Kodeksa važan je i deo Zakona koji se odnosi na režim utvrđivanja, odobravanja i kontrole trošenja budžetskih sredstava potrebnih za rad Narodne skupštine. Autonomnost institucije parlamenta ogleđa se, između ostalog, i u načinu na koji se opredeljuju sredstva ovog budžetskog korisnika.²⁰

*Zakon o Agenciji za borbu protiv korupcije.*²¹ – Posebno značajan zakon u oblasti odgovornog vršenja poslaničke funkcije predstavlja Zakon o Agenciji za borbu protiv korupcije. Stupanjem na snagu ovog zakona prestao je da važi Zakon o sprečavanju sukoba interesa pri vršenju javnih funkcija (“Službeni glasnik RS”, broj 43/04) koji, usled brojnih nedostataka, nije načinio vidljiviji pomak u pogledu jačanja odgovornosti funkcionera. Ovim Zakonom obrazovana je Agen-

¹⁶ Član 17 Zakona.

¹⁷ Član 37 Zakona.

¹⁸ Član 45 Zakona.

¹⁹ Član 63 stav 3 Zakona.

²⁰ Videti članove 65, 66 i 67 Zakona.

²¹ Zakon o Agenciji za borbu protiv korupcije (“Službeni glasnik RS”, br. 97/2008, 53/2010 i 66/2011 – odluka US).

cija za boru protiv korupcije, kao samostali i nezavisni državni organ u čijoj je nadležnosti rešavanje o sukobu interesa; vođenje registra funkcionera kao i registra njihove imovine i prihoda, pokretanje postupka i izricanje mera zbog povrede ovog zakona i drugo.²²

Zakonom o Agenciji za borbu protiv korupcije obuhvaćene su dve ključne oblasti oko kojih se koncentriše imperativ poštovanja "javnog interesa" kao osnovne vrednosne odrednice u postupanju svih funkcionera (uključujući i narodne poslanike), a to su oblasti koje se odnose na sprečavanje sukoba interesa pri vršenju javnih funkcija kao i prijavljivanje imovine lica koja vrše javne funkcije. U tom smislu, zakonski tekst sadrži iscrpne odredbe kojima se regulišu obaveze funkcionera, čije neopštovanje, u određenim slučajevima, povlači za sobom krivičnu odnosno prekršajnu odgovornost.

a) *Sukob interesa.* – Zakonom se propisuju opšte obaveze funkcionera u vezi sa vršenjem javne funkcije. To su sledeće obaveze: da funkciju vrši tako da javni interes ne podredi privatnom; da se pridržava propisa koji uređuju njegova prava i obaveze; da stvara i održava poverenje građana u savesno i odgovorno vršenje javne funkcije i da izbegava stvaranje odnosa zavisnosti prema licu koje bi moglo da utiče na njegovu nepristrasnost u vršenju javne funkcije. Opštom zabranom da funkcioner ne sme da koristi javnu funkciju za sticanje bilo kakve koristi ili pogodnosti za sebe ili povezano lice zaokružuje se prostor koji predstavlja okvir za savesno i odgovorno postupanje funkcionera.²³ Sva ova pravila se, naravno, odnose i na narodne poslanike, koji u smislu ovog zakona potpadaju pod režim izabranih funkcionera.

U pogledu broja javnih funkcija koje napredni poslanik može obavljati, primenjuje se odredba Zakona po kojoj funkcioneri koji su izabrani na javnu funkciju neposredno od građana, (što je slučaj sa narodnim poslanicima) mogu vršiti više javnih funkcija koje se, takođe, stiču neposrednim izborom od strane građana, izuzev u slučajevima nespojivosti utvrđenih Ustavom (kakva bi, recimo, bila funkcija poslanika u pokrajinskoj skupštini).²⁴ Zakonom se dalje propisuju i druge obaveze narodnog poslanika: da može vršiti funkciju u političkoj stranci, odnosno političkom subjektu i učestvovati u njenim aktivnostima, ukoliko se time ne ugrožava vršenje poslaničke funkcije, uz uslov da ne može da koristi javne resurse za promociju političkih stranaka, odnosno političkih subjekata, izuzev ukoliko to potrebno radi zaštite lične bezbednosti;²⁵ da, po pravilu, ne može da obavlja drugi posao ili delatnost za vreme vršenja poslaničke funkcije, izuzev naučnoistraživačkog rada, nastavne, kulturno-umetničke, humanitarne i sportske delatnosti, pod uslovom da se time ne ugrožava nepristrasno vršenje i

²² Član 5 Zakona.

²³ Član 27 Zakona.

²⁴ Član 28 Zakona.

²⁵ Član 29 Zakona.

ugled poslaničke funkcije; da za obavljanje i drugih poslova, odnosno delatnosti mora imati prethodnu saglasnost Agencije;²⁶ da, ukoliko u trenutku stupanja na javnu funkciju obavlja drugi posao ili delatnost, u odgovarajućem roku obavesti Agenciju o obavljanju tog posla ili delatnosti;²⁷ da prilikom stupanja na dužnost i tokom poslaničke vršenja funkcije, u roku od osam dana, pismeno obavesti neposredno pretpostavljenog i Agenciju o sumnji u postojanje sukoba interesa ili o sukobu interesa koji on ili sa njim povezano lice ima;²⁸ da ne može osnivati privredno društvo ili javnu službu za vreme vršenja javne funkcije, da ima odgovarajuće obaveze u slučajevima ostvarivanja upravljačkih prava u privrednom društvu (iznad 3% udela)²⁹ kao i u postupku javnih nabavki.³⁰

Posebno je značajna odredba Zakona koja reguliše zabranu zasnivanja radnog odnosa ili poslovne saradnje po prestanku javne funkcije u okviru delatnosti u vezi sa funkcijom koju je funkcioner vršio, osim po dobijenoj saglasnosti Agencije, a koja se ne odnosi se na funkcionera izabranog neposredno od građana.³¹

b) *Prijavljivanje imovine.* – Zakonom o Agenciji za borbu protiv korupcije koncipiran je kompleksan sistem praćenja imovine funkcionera (u ovom slučaju narodnog poslanika) koji unakrsno udružuje različite obaveze: sa jedne strane, propisana je obaveza funkcionera da prijavljuju imovinu na početku i na kraju mandatnog perioda, kao i bitnije promene koje nastanu tokom tog perioda i u periodu od dve godine nakon prestanka obavljanja funkcije; sa druge strane, propisana obaveza organa u kome funkcioner vrši javnu funkciju da obavesti Agenciju o stupanju funkcionera na funkciju, odnosno prestanku funkcije kao i obaveza Agencije da vodi Registar funkcionera i Registar imovine. Time je zaokružen sistem višestrukog nadzora na sticanjem imovine tokom perioda obavljanja javne funkcije.³² Obavez prijavljivanja imovine proširena je na bliska lica te je tako funkcioner dužan da podnese izveštaj o svojoj imovini i prihodima, odnosno pravu korišćenja stana za službene potrebe kao i izveštaj o imovini i prihodima supružnika ili vanbračnog partnera i maloletne dece ukoliko žive u istom porodičnom domaćinstvu.

v) *Pravni režim poklona.* – Zakonom se zabranjuje funkcioneru odnosno narodnom poslaniku da primi poklon u vezi s vršenjem javne funkcije, izuzev protokolarnog ili prigodnog poklona, uz uslov da to nije poklon u novcu ili har-

²⁶ Član 30 Zakona.

²⁷ Član 31 Zakona.

²⁸ Član 32 Zakona.

²⁹ Član 33 i 35 Zakona.

³⁰ Član 37 Zakona.

³¹ Član 38 stav 4 Zakona.

³² Članovi 43, 44 i 47 Zakona.

tijama od vrednosti. Zakonom je detaljno regulisano postupanje u vezi sa prijemom i primljenim poklonom.³³

g) *Utvrđivanje povrede Zakona.* – Agencija za borbu protiv korupcije je nadležna da postupa i odlučuje o tome da li je došlo do povrede ovog Zakona kao i da izriče odgovarajuće mere. U slučaju povrede zakona od strane narodnih poslanika, Agenciji stoji na raspolaganju mera upozorenja kao i mera javnog objavljivanja odluke o povredi zakona. Odluku kojom se utvrđuje povreda i izriče mera donosi direktor Agencije na koju se može uložiti žalba. O žalbi odlučuje Odbor Agencije čija je odluka konačna i protiv koje se može voditi upravni spor. Ako se utvrdi da je funkcioner odnosno narodni poslanik vršio drugu javnu funkciju, posao ili delatnost, suprotno odredbama ovog zakona, propisana je obaveza vraćanja tako stečene imovinske koristi.³⁴

Odredbama ovog zakona propisano je, kao krivično delo, neprijavlivanje imovine ili davanje lažnih podataka o imovini, kao i pravne posledice osude koje su saobrazne smislu i prirodi ove inkriminacije. Za ovo krivično delo propisana je zatvorska kazna u trajanju od šest meseci do pet godina. Izrečena kazna povlači sa sobom prestanak funkcije kao i zabranu sticanja javne funkcije u roku od deset godina od dana pravnosnažnosti presude. Pored ovog krivičnog dela zakonom je propisan i niz prekršaja.³⁵

d) *Odredbe Poslovnika Narodne skupštine.*³⁶ – Odredbe Skupštinskog Poslovnika takođe regulišu deo materije Kodeksa i odnose se prevashodno na regulisanje ponašanja narodnih poslanika tokom plenarnog zasedanja Skupštine. Skupštinskim Poslovnikom je propisana opšta dužnost narodnih poslanika da poštuju dostojanostvo Narodne skupštine tokom izlaganja kao i zabrana neposrednog međusobnog obraćanja, korišćenja uvredljivih izraza i iznošenja činjenica i ocena koje se odnose na privatni život drugih lica.³⁷

Kršenje obaveza propisanih Poslovnikom praćene su odgovarajućim sankcijama koje izriče Predsednik Narodne Skupštine u čijoj je nadležnosti staranje o redu na sednicama. Predsednik Skupštine ima na raspolaganju tri različite mere, gradativno postavljene, koje može izricati u slučaju nedoličnog ponašanja poslanika. To su: opomena, mera oduzimanja reči i mera udaljenja sa sednice.³⁸ Izricanje ovih mera praćeno je i odgovarajućim novčanim kaznama, kao vidom dodatnog uticaja na suzbijanje neprihvatljivih ponašanja kojima se narušava ugled ove institucije.

³³ Član 39 i 41 Zakona

³⁴ Članovi od 50 do 56 Zakona.

³⁵ Članovi 72, 73, 74 i 75 Zakona.

³⁶ Poslovnik Narodne skupštine (Službeni glasnik RS, broj 52/10).

³⁷ Član 107 Poslovnika.

³⁸ Član 108 stav 2 Poslovnika.

ANALIZA NORMATIVNOG OKVIRA

Analizom normativnog okvira može se zaključiti da su pravila o vršenju poslaničke funkcije, koji čine materiju Kodeksa, prisutna u pravnom sistemu Republike Srbije. Regulatorna je, međutim, nesistematizovana i rasuta u priličnom broju propisa različite pravne prirode i snage. Normativni okvir pokriva veći deo materije Kodeksa, pri čemu ta regulatorna ima izvesnih dobrih, ali i loših strana.

Među dobrim stranama normativnog okvira svakako je značajan segment kojim se reguliše finansijska sfera poslanika. Iscrpno i relativno potpuno je regulisana oblast prijavljivanja imovine narodnih poslanika u smislu podnošenja izveštaja o imovini i prihodima kao i svakoj bitnijoj promeni koja u vezi sa tim nastane tokom mandatnog perioda. Ova obaveza je, pri tom, dodatno proširena i na bliske srodnike narodnog poslanika, kako bi se predupredilo eventualno izigravanje ove zakonske obaveze. Uspostavljen je Registar imovine u koji se ovi podaci unose i koji su izloženi uvidu javnosti, uz istovremenu zaštitu privatnosti podnosioca izveštaja (u razumnoj i prihvatljivoj meri). Dobro rešenje predstavlja i obaveza narodnog poslanika da prilikom stupanja na dužnost i tokom vršenja javne funkcije obavesti neposredno pretpostavljenog i Agenciju o sumnji u postojanje sukoba interesa ili o sukobu interesa koji on ili sa njim povezano lice ima, što bi bilo ekvivalentno izjavi o interesu. Takođe su dobra rešenja kojima se uređuje ukupnost pravila ponašanja u parlamentu u smislu čuvanja ugleda i dostojanstva Skupštine izražena kroz naloge pristojnog i uljudnog govora i obraćanja, racionalnog odnosa prema imovini, zabrani korišćenja javnih resursa za promociju političke stranke kojoj poslanik pripada i drugo.

U postojećem normativnom okviru postoje i određena sporna, problemska mesta na koje je neophodno ukazati. Jedna nepravilnost sadržana u Zakonu o izmenama i dopunama Zakona o Agenciji za borbu protiv korupcije nedavno je otklonjena odlukom Ustavnog suda.³⁹ Naime, oglašena je neustavnom odredba koja je regulisala pravila za rešavanje sukoba interesa u obavljanju javnih funkcija takozvanih "zatečenih" funkcionera odnosno funkcionera koji su se u momentu primene zakona zatekli u obavljanju više funkcija (ova odredba koja je svoje mesto nalazila u zakonu samo pokazuje koliko se prilikom formulisanja i korekcije predloga ovog Zakona brinulo o sopstvenom, a koliko o javnom interesu).

Jedno od spornih mesta je problem prirode odnosa narodnog poslanika i političke stranke sa čije je izborne liste poslanik izabran. Ovaj problem ogleda se, najpre, u ustavnom oblikovanju prirode poslaničkog mandata kojim se praktično poslanički mandat indirektno određuje kao "vlasništvo političke stranke na čiji predlog je narodni poslanik izabran. Ovaj ozbiljan problem ne umanjuje, niti može da umanji, zakonoska norma kojom je propisano pravo narodnih poslanika da se opredeljuju, istupaju u glasaju po sopstvenom uverenju, kao norma niže pravne snage. Ovakvu odredbu treba ukloniti u postupku ustavne revizije. Treba

³⁹ Odluka Ustavnog suda IUz-1239/2010.

zatim, ojačati ličnu odgovornost narodnih poslanika kroz jačanje odnosa poslanika prema biračima u postupku izbora narodnih poslanika uvođenjem većinskog izbornog sistema ili zadržavanjem proporcionalnog sistema, uz uvođenje odgovarajućih tehnika glasanja kojima se bi se omogućilo biračima da se opredeljuju za konkretne kandidate. Korekcija je moguća i zadržavanjem proporcionalnog sistema, uz obrazovanje više izbornih jedinica u kojima bi se pasivno pravo kandidovanja uslovalo prebivalištem na teritoriji izborne jedinice u odgovarajućem vremenskom trajanju.

Sporno mesto predstavlja i problem radnog angažovanja nakon prestanka funkcije narodnog poslanika. Potrebno je uvesti zabranu zasnivanja radnog odnosa ili poslovne saradnje nakon prestanka obavljanja poslaničke funkcije. Zakonom je propisana zabrana zasnivanja radnog odnosa ili poslovne saradnje po prestanku javne funkcije u okviru delatnosti u vezi sa funkcijom koju je funkcioner vršio, osim po dobijenoj saglasnosti Agencije, pri čemu se ova zabrana ne odnosi na funkcionera izabranog neposredno od građana. Takvu zabranu bi trebalo proširiti i na narodne poslanike. Zabrana bi se mogla odnositi na poslove čija je priroda vezana za delatnost parlamentarnog odbora čiji je narodni poslanik bio član.

Sledeće sporno mesto u normativnom okviru predstavlja problem pravne prirode Agencije. Agencija za borbu protiv korupcije je zakonom definisana kao samostalan i nezavisan državni organ što je po pravnoj prirodi ravno sudovima opšte i posebne nadležnosti i Ustavnom sudu kao ustavnim organima vlasti. Isto tako, zakonom je uspostavljena njena odgovornost Narodnoj skupštini. Mora se primetiti da osnivanje ovog organa nema jasno uporište u Ustavu (iako se njime upućuje na zakonsko regulisanje drugih vidova sukoba interesa). Drugo pitanje koje se ove može uputiti je da li je, prema merilima predviđenim za izbor sastava Odbora Agencije (koji inače bira i razrešava Direktora) Agenciji zaista obezbeđena samostalnost i nezavisnost, naročito ako se uzme u vidu da je ona odgovorna Narodnoj skupštini čije članove i sama treba da kontroliše. U tom smislu bi možda ipak bilo uputno razmišljati o kombinovanom modelu mehanizma nadzora nad kontorlom narodnih poslanika, što je kao oblik prisutno u stabilnim, demokratskim državama. U vezi sa tim, potrebno je razmotriti obim i širinu diskrecionih ovlašćenja Agencije u postupku utvrđivanja povrede zakona kojim se sprečava korupcija. Zakonom su Agenciji data prilično široka diskreciona ovlašćenja, recimo kada je reč o odlučivanju da li je druga javna funkcija ili drugi posao i delatnost spojiva sa vršenjem poslaničke funkcije. Ovaj problem postaje uočljiv kada se pogleda pravni režim zaštite poslanika u postupku koji po tom osnovu vodi Agencija. Akti Agencije, naime, podležu sudskoj kontroli prema pravilima upravnog spora. Međutim, zbog prirode postupka (upravni spor) u kojem se ova kontola vrši, a koji uključuje samo ispitivanje zakonitosti tih akata, kontrola dela odluke koji se donosi na osnovu diskrecione ocene ostaje praktično bez pravne zaštite. To je ozbiljna manjkavost mehanizma zaštite poslanika kojima se na teret stavlja kršenje zakonskih pravila ponašanja, ali i prilična nadmoć Agencije u

odnosu na legitimno izabranog predstavnika naroda. Sigurno bi bilo bolje da su zakonom taksativno precizirane funkcije, poslovi i delatnosti koji su nespojivi sa poslaničkom funkcijom, čime bi odluke Agencije u većoj meri bile vezane zakonom, manje podložne njenoj ličnoj percepciji.

Sporno mesto svakako bi predstavljao i problem ograničenja izbornog prava. Pravne posledice pravnosnažne osude za krivično delo neprijavlivanje imovine sastoji se u zabrani sticanja javne funkcije u narednih deset godina, što predstavlja oblik neizbornosti odnosno ograničenja izbornog prava već u fazi kandidovanja (pasivno pravo kandidovanja). Mera je odvratajuća i u skladu sa ciljem koji treba postići, međutim, njeno uvođenje zakonom je upitno sa obzirom na činjenicu da Ustav ne propisuje mogućnost ograničenja ovog prava. Ustav dozvoljava generalnu mogućnost da se zakonom propiše način ostvarivanja ljudskih prava, ali uz izričit nalog da zakon ni u kom slučaju se sme da utiče na suštinu zajemčenog prava, pa bi se moglo postaviti pitanje da li je u ovom slučaju upravo reč o tome. Pored toga, problesko mesto u normativnom okviru postoji u nedostatku precizne regularive u pogledu lobiranja, što predstavlja veoma značajno pitanje u vezi sa odvijanjem parlamentarnog delovanja.

ZAKLJUČAK

Odgovori na pitanja postavljena na početku rada odnosno pitanja *da li je Kodeks ponašanja narodnih poslanika uopšte potreban; ako jeste, koja oblasti treba da reguliše i na koji način kao i da li bi bio dovoljna mera u postizanju odgovarajućeg nivoa parlamentarne kulture u Republici Srbiji* nužno se oslanjaju na ukupan normativni okvir koji definiše pravni i politički ambijent delovanja parlamenta.

Politički ambijent delovanja parlamenta karakteriše naglašena uloga političkih stranaka koje crpe takvu moć, pre svega, iz ustavne formulacije prirode poslaničkog mandata, ali i iz osnovnih karakteristika izbornog zakonodavstva. Ovakav ambijent, u mnogo čemu nepovoljan za razvijanje i jačanje odgovornosti pri vršenju poslaničke funkcije, ne može (ili vrlo malo može) biti) korigovan pravno neobavezujućim dokumentom kakav je Kodeks.

Normativni okvir takođe nije zadovoljavajući kada je reč o definisanju standarda odgovornog postupanja narodnih poslanika. Odgovarajuće obaveze u pogledu odgovornog vršenja poslaničke funkcije postoje, ali je regulativa u tom smislu nesistematizovana, rasuta u brojnim propisima različite pravne prirode i snage sa priličnim brojem spornih rešenja. U tom smislu, prostor za donošenjem Kodeksa postoji. Njegovo usvajanje, međutim, ne bi bila dovoljna mera u postizanju odgovarajućeg nivoa parlamentarne kulture u Republici Srbiji. Uporedo sa donošenjem Kodeksa potrebno je izvršiti i odgovarajuće korekcije osnovnog zakona iz ove oblasti, Zakona o Agenciji za borbu protiv korupcije, kako bi došlo do celovitog sistema utvrđivanja, sprovođenja i nadzora nad sprovođenjem obaveza u pogledu odgovornog postupanja narodnih poslanika.

Zbog nedovoljno razvijene političke kulture na našoj političkoj sceni, pošlo se od strožijeg pristupa regulisanju pitanja odgovornog vršenja javne funkcije i to je učinjeno u formi zakona sa jasnim pravnim sankcijama. To, međutim, nije prepreka da se pristupi donošenju jednog sveobuhvatnog, upućujućeg dokumenta koji bi mogao pozitivno uticati na postepeno podizanje elementarnog nivoa odgovornosti narodnih poslanika u vršenju svoje funkcije. Ipak, ne treba se očekivati velike pomake na ovom polju, jer je proces podizanja opšte svesti u pogledu vršenja javne funkcije postupan, spor i uslovljen nizom društvenih, socijalnih i ekonomskih uslova. Postoji, dakle, prostor da se u našoj zemlji pristupi izradi i donošenju jednog ovakvog Kodeksa, uz uslov da bude uklopiv u postojeći normativni okvir, koji i sam mora biti u odgovarajućoj meri korigovan.

NATAŠA RAJIĆ

Assistant, Faculty of Law, University of Novi Sad

ON THE POSSIBILITY OF CODE OF CONDUCT OF DEPUTIES IN THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

The subject of the analysis is the question: whether the Code of Conduct for Members of Parliament is necessary at all, and if it is, which areas should be regulated, and would it be sufficient measure to achieve appropriate level of parliamentary culture in the Republic of Serbia. The analysis provided the following conclusions. The corresponding duties of the responsible exercise of parliamentary functions exist in our legal system. The regulation is unsystematic, scattered over quite number of regulations of different legal nature, with a big number of contentious solutions. The existing normative framework is not entirely satisfactory. There is a scope for adoption of the Code that would supplement existing normative framework. But, it would not be sufficient measure to achieve the appropriate level of parliamentary culture in Serbia. Beside the adoption of the Code, it would be also necessary to amend the basic statute in this area.

USTAVNI POLOŽAJ PREDSEDNIKA REPUBLIKE SRPSKE

1. Republika Srpska se razvijala u dve etape. U prvoj(1992.-1995. god.), razvijala se kao nezavisna vlast i država, a u drugoj(od novembra 1995. do danas), razvijala se kao deo Bosne i Hercegovine.

2. Ustav Republike Srpske, donesen jepočetkom 1992. godine, nije bio proizvod i rezultat nekog dugotrajnog, unapred smišljenog i pažljivo organizovanog političkog procesa i političkog delovanja. Suprotno! Bio je u prvom trenutku samo reakcija na javne i veoma ozbiljne, a po Ustavu SFR Jugoslavije i Ustavu SR Bosne i Hercegovine, pravno neprihvatljive secesionističke pokušaje ondašnjih hrvatskih i muslimanskih političkih stranaka i nekih političkih stranaka koje (navodno) nisu organizovane s obzirom na nacionalnost odnosno nacionalnu pripadnost njihovih članova. Kao radni tekst, kojido donošenja nije u bitnom menjan, nastao je u veoma kratkom vremenskom periodu, od samo nekoliko dana, a kao pravni akt u periodu od samo dve-tri sedmice! Njegova prva i osnovna svrha bila je da uspori najavljeni proces protivustavne secesije Bosne i Hercegovine od SFR Jugoslavije i da političke procese u SR Bosni i Hercegovini usmeri ka ozbiljnom i u dobroj veri preduzetom pregovaranju između parlamentarnih političkih stranaka o ustavnom uređenju Bosne i Hercegovine.

3. Ustav Republike Srpske je, kao tekst, nastao za svega nekoliko dana.Nisu mu prethodile odgovarajuće (dugotrajne) pripreme, jer je bio proizvod tadašnjegmučnog trenutka borbe za očuvanje savezne jugoslovenske države. Prvobitna

namenabila mu je tačno određena - da onemogući jednostranusecesiju SR BiH od SFRJ, a da omogućiti da se budućnost SR BiH odredi pregovorima i sporazumom tri nacije.¹ S obzirom na takvu kratkoću vremena, ovaj Ustav je morao da ima i neku vrstu svog uzora. Ulogu takvog uzora nesumnjivo je imao Ustav Republike Srbije² od 1990. godine.³

4. Sličnost rešenja „ustava uzora“ nije mogla da izmakne ni organizacija najviših organa Republike srpskog naroda Bosne i Hercegovine.⁴ A u njenom okviru ni institucija predsednika Republike, mada su već tada redaktori teksta u radni tekst uneli i neke izmene, za koje su smatrali da odgovaraju istorijskom vremenu i političkom trenutku, a koje, kako će se kasnije pokazati i obrazložiti, nisu bile lišene odgovarajućeg kasnijeg praktičnog uticaja i nisu bile od neznatnog odnosno malog značaja.

5. Ustav Republike Srpske nastao je u vreme velike krize socijalističke ustavnosti, koja je, *inter alia*, obuhvatala i krizu horizontalne organizacije državne vlasti i načela jedinstva vlasti. Zato je ovaj Ustav izričito prihvatio načelo „podele vlasti na zakonodavnu, izvršnu i sudsku“, a s njim i bicefalnu izvršnu vlast, koju čine predsednik Republike i Vlada.

6. Ustavni položaj predsednika Republike Srpske menjan je nekoliko puta ustavnim amandmanima, kojim je proširivana njegova nadležnost u materiji odnosa ovog ustavnog organa sa Narodnom skupštinom Republike Srpske i sa Vladom Republike Srpske.⁵

¹ Ovaj Ustav trebalo je daoživi zamrle pregovore koji su vođeni u okrilju ondašnje međunarodne konferencije o Jugoslaviji, uz posredovanje međunarodnog posrednika Hoze Kutiljera, portugalskog karijernog diplomate, u okviru radne grupe za Bosnu i Hercegovinu.

² Do takvog zaključka može da se dođe već i površnim upoređivanjem ova dva ustavna teksta, posle čega se dolazi do zaključka o njihovoj veoma velikoj sličnosti u pogledu dužine teksta, zatim u pravno-tehničkom i, na kraju, u pogledu obuhvata same ustavne materije i pojedinačnih ustavnih rešenja.

³ Na kraju krajeva o tome može da svedoči i sam autor ovog rada, koji je učestvovao u izradi ovog ustavnog teksta, a koji je zajedno sa prof. dr Gašom Mijanovićem napisao Deklaraciju o proglašenju Republike Srpskog Naroda Bosne i Hercegovine i, takođe sa prof. dr Gašom Mijanovićem, izvršio i konačnu redakciju ovog teksta pred njegovo usvajanje, koje je obuhvatilo ne samo redakciju teksta u uskom smislu te reči, već i korekciju nekih od predloženih rešenja, uz saradnju i tehničku pomoć Vidoja Ijačića, tada zaposlenog u kabinetu predsednika Skupštine SR Bosne i Hercegovine.

⁴ Prema Deklaraciji o proglašenju Republike srpskog naroda Bosne i Hercegovine to je bio prvi naziv ove državne organizacije. Prvobitnim tekstom Ustav on je zamenjen nazivom Srpska Republika Bosna i Hercegovina, a Amandman VII na Ustav uvodi današnji naziv Republika Srpska

⁵ Osim ovih, bilo je i faktičkih i pravnih promena ustavnog položaja predsednika Republike Srpske putem faktičkog i pravnog širenja nadležnosti zajedničkih institucija Bosne i Hercegovine i putem faktičke i pravne izgradnje mehanizma za ostvarivanje načela konstitutivnosti naroda.

7. Predsednik Republike Srpske je inokosni organn. Inokosnost ne dovodi u pitanje ni postojanje potpredsednika Republike.

Prvobitni tekst Ustava određivao je da postoji samo predsednik Republike Srpske, dok postojanje potpredsednika Republike nije bilo određeno.

Ustanovapotpredsednika (množina) uvedena je u organizaciju državne vlasti amandmanom XXI, koji je donesen 17. decembra 1992. godine.⁶ To neobično organizaciono rešenje zamenjeno je 1996. godine rešenjem sa samo jednim potpredsednikom Republike.⁷ Nova izmena usledila je 2002. god. Amandmanom LXXXIII iz 2002. godine prema kojima postoje dva pogpredsednika Republike. Ovaj Amandman je rezultat „provedenja“ odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine o povredi odgovarajućim odredbama Ustava Republike Srpske načela o konstitutivnosti naroda iz Ustava Bosne i Hercegovine. Sada predsednik Republike Srpske i potredsednici Republike Srpske ne mogu da pripadaju istom konstitutivnom narodu.

Postojanjem potpredsednika Republike Srpske nijevelo bilo koji oblik ili vid kolegijalnosti. Potpredsednici su predsedniku Republike samo pomagali u njegovom radu, a mogli su da obavljaju samo one posčove koje im predsjednik Republikepoveri.⁸

Prvobitni tekst Ustav Republike Srpske, koji nije poznavao ustanovu potpredsednika Republike,određivao je da predsednika Republike u slučaju kada predsedniku Republike mandat prestane pre vremena ili je sprečen da ga obavljnjazamenjuje predsednik Narodne skupštine, što i nije u skladu sa načelom podele vlasti, makar se radilo samo i o privremenom obavljanju poslova predsednika Republike. Tek Amandman XL, koji je donesen čak dve godine posle amandmana XXI, uvodi u organizaciju državne vlasti rešenjekoje je primereno načelu podele vlasti, po kome predsednika Republike u takvim situacijama zamenjuje potpredsednik koga predsednik Republike odredi.

⁶ Uvođenje potpredsednika u organizaciju vlasti Republike Srpske nije bilo izraz nekog ozbiljnog naknadnog promišljanja o potrebi postojanja potpredsednika, već je bilo ishod rešavanja jedne praktične situacije i rešavanja personalnih pitanja, personalnog kontinuiteta i odnosa u političkom vođstvu Republike Srpske, koji su nastupili onda kada je trebalo razrešiti pitanjepolitičkog položaja dva člana ranijeg odnosno bivšeg Predsedništva SR Bosne i Hercegovine (Nikola Koljević i Biljana Plavšić), izabrana na prvim višestranačkim izborima, koji su u Bosni i Hercegovini održani 1990, a sa njima i pitanje eventualnog političkog kontinuiteta, pošto su oni izabrani na zakonitim i legalnim izborima, i to neposredno. Zbog toga je navedeni amandman XXI na Ustav uveo u organizaciju državne vlasti Republike Srpske ustanovu potpredsednika (množina, bez određivanja broja potpredsednika) Republike Srpske, što je neuobičajeno, za razliku od uobičajenog rešenja o samo jednom potpredsedniku.

⁷ Potpredsednik Republike , kao što je bio slučaj i sa potpredsednicima, bira sa iste liste tj. liste predsednika Republike, jer su jednu listu činili predsednik Republike i potpredsednik Republike i o njima se glasalo jedinstveno

⁸ Amandman XXI na Ustav Republike Srpske.

8. Prvobitni tekst Ustava iz 1992. godine predviđao je neposredan izbor predsednika Republike i potpredsednika Republike. Tako je i danas.

Do AmandmanaLXXXIIIpredsednik Republike i potpredsednici, potom samo jedan potpredsednik Republike, birani su sa jedinstvene liste. Od ovog amandmana iz 2002. godine ne postoje više ovakve jedinstvene liste. Od tada su kandidature pojedinačne i postoji samo mogućnost kandidature za predsednika Republike. Predsednik i potpredsednici moraju da pripadaju različitim konstitutivnim narodima ili grupi Ostalih. Kandidat koji na neposrednim izborima dobije najveći broj glasova (relativna većina, pošto su izbori za predsednika Republike i potpredsednike Republike jednokružni) osvaja mandat predsednika Republike, a 2 kandidata koja su posle njega osvojili najveći broj glasova osvajaju mandat potpredsednika Republike, pod uslovom da ne pripadaju istom konstitutivnom narodu ili grupe Ostalih.

9. Prvobitni tekst Ustava Republike Srpske određivao je damandat predsednika Republike Srpske traje5 godina, i da postoji mogućnost samo još jednog reizbora, bez obzira da li je reizbor neposredno sledio posle prvog izbora, tj. da li se radilo o dva uzastopna izbora ili drugi izbor za predsednika Republike nije bio uzastopan i usledio je kasnije, posle najmanje 5 godina mandata nekog drugog kandidata.Amandmanom XL dužina mandata je skraćena sa 5 na 4 godine.Zabrana reizbornosti svedena je na samo dva uzastopna mandata, čime je omogućeno višestruko biranje istog lica, uz „preskakanje“ jednog izbornog ciklusa.

Mandat predsednika Republike produžava se za vreme ratnog stanja i neposredne ratne opasnosti, kao i drugim ustavnim organima, pošto tada ne postoje uslovi za održavanje i sprovođenje slobodnih i poštenih izbora.

Čini se da su prvobitna ustavna rešenjao trajanju mandata imogućnosti reizbornosti bili bliže zahtevu da se spreči personalna vlast, i pored toga što je dužina mandata bila određena na 5 godina. Kasnije izmene, kojima je uvedeno relativno ograničenje reizbornosti,sadrže, ipak, znatno slabije zapreke eventualnom ostvarivanju personalne vlasti i višestrukum biranju, uz prekide od četiri godine.

10. Opšta uloga predsednika Republike određena je u st. 3 čl. 69 i to kaopredstavljanje Republike i izražavanje njenog (državnog)⁹ jedinstva.¹⁰Time je je uloga predsednika Republike u predstavljanju Republike u unutrašnjim i, pre svega, spoljnim odnosima, veoma naglašena.S obzirom na postojanje više različitih državnih organa Republike i moguća neslaganja među njima, ovim je predsednik Republike ustavno ovlašćen da, ustavom i zakonom predviđenim sredstvima, obezbedi teritorijalno, organizaciono i političko jedinstvo Republike.

⁹ Reč „državnog“ unesena je u tekst Ustava Amandmanom XXXIII, koji je donesen 11. Novembra 1994. godine.

¹⁰ U istom članu određeno je da ustavotvornu i zakonodavnu vlast vrši narodna skupština, izvršnu vlast Vlada, sudsku vlast sudovi, a da zaštitu ustavnosti i zakonitosti obezbeđuje Ustavni sud.

Ovo načelno određenje opšte ustavne uloge predsednika Republike osnov je za precizno određivanje njegovih nadležnosti.

11. U nadležnosti predsednika Republike Srpske nalaze se odgovarajuća ovlašćenja prema Narodnoj skupštini Republike Srpske. Ona su znatno proširena u toku 1996. godine (pravom da raspusti Narodnu skupštinu), u tolikoj meri da se postavlja pitanje da li je reč o jednom te istom ili novom tipu obliku organizacije vlasti.

Prema prvobitnom tekstu Ustava, u skladu sa jednom dimenzijom podela vlasti, predsednik Republike nema samostalno pravo sazivanja sednice Narodne skupštine. Svaka vlast je „gospodar“ svog načina rada. Umesto toga, predsednik Republike ima pravo da od predsednika Narodne skupštine zahteva sazivanje sednice Narodne skupštine, a predsednik Narodne skupštine dužan je da posle tog zahteva (obavezno) sazove sednicu.

Ustav snabdeva predsednika Republike pravom zakonodavne inicijative. Predsednik Republike nije do sada koristio ovo pravo¹¹. Ono može dati određenim međunarodno-političkim i unutrašnjo-političkim stanjima doprinesti rastu političkog uticaja predsednika Republike u odnosu na Vladu.

Predsednik Republike Srpske od 1994. godine raspolaže i pravom odlažućeg veta, koje je u uskoj vezi sa njegovim pravom da proglašava zakone Narodne skupštine. Predsednik Republike ima pravo i obavezu da ukazom proglasi zakon¹² koji je na ustavom propisan način (zasedanje, sednica, propisana većina, autentičan tekst) donela Narodna skupština. Ustav nije sadržavao izričite odredbe o roku u kome se zakon mora proglasiti i samom postupku proglašavanja. Tačkom 2 Amandmana XL izričito je određen rok u kome predsednik Republike mora ili da proglasi zakon ili da uloži odlažuću veto i njime zahteva od Narodne skupštine da ponovo „odlučuje“¹³ o zakonu. U ponovnom odlučivanju Ustav ne zahteva strožiju većinu u Narodnoj skupštini od one kojom je zakon usvojen. Narodna skupština inače donosi zakon apsolutnom većinom, tj. glasova svih narodnih poslanika¹⁴. Ustav je izbegao postavljanje kvalifikovane većine od 2/3 ili čak 4/5 od ukupnog broja narodnih poslanika u ponovljenom glasanju. Ako Narodna

¹¹ Ovakav ishod u korišćenju prava zakonodavne inicijative sasvim je očekivan u redovnim okolnostima s obzirom na golemu razliku u činovničkom aparatu Vlade i ministarstava i činovničkom aparatu predsednika Republike.

¹² Prvobitni ustavni tekst je u čl. 80 sadržavao sledeće određenje: „4. ukazom proglašava zakone;“

¹³ Izbeći ćemo na ovom mestu i ovom prilikom analizu značenja i obuhvata značenja reči „odlučuje“, što je od značaja za sam postupak u Narodnoj skupštini, odnosno da li „ponovno odlučivanje o zakonu“ obuhvata samo glasanje ili raspravu i amandiranje zakona.

¹⁴ Pervobitni ustavni tekst određivao je da se zakoni (kao i sve druge odluke iz nadležnosti Narodne skupštine) donose većinom glasova na sednici kojoj prisustvuje većina narodnih poslanika, dakle, moguće je čak i relativnom većinom od ukupnog broja svih narodnih poslanika.

skupština usvoji ponovo zakon u istovetnom tekstu, isti Amandman određuje da je predsednik Republike „dužan da proglašiti“ takav zakon. Iako se izričito ne određuje rok za proglašenje u ovom slučaju, upotrebom analogije može da se zaključiti da se radi o roku od 7 dana, koji je, na neki način, opšti rok za proglašenje zakona koje je Narodna skupština usvojila.

Prvobitni ustavni tekst nije snabdevalo predsednika Republike pravom da raspusti Narodnu skupštinu. Prvobitni tekst Ustava nije uopšte predviđao mogućnost (ranijeg) prestanka mandata Narodne skupštine. To stanje je po prvi put izmenjeno, Amandmanom XXXIX iz novembra 1994. godine, kojim je predviđena mogućnost samoraspuštanja Narodne skupštine, o kome je odlučivala sama Skupština¹⁵, posle koga su „gospodari“ njenog mandata bili su samo ustav i Narodna skupština. Izvršna vlast nije uopšte imala nikakvog uticaja na skraćivanje mandata Narodne skupštine. Situacija je radikalno izmenjena u junu 1996. godine, Amandmanom LX¹⁶. Po svemu sudeći zbog sasvim praktičnih političkih razloga i političkih borbi u Republici Srpskoj posle zaključivanja i početka primene Opšteg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini¹⁷. Ovim Amandmanom u organizaciju vlasti uveden je instrument koji je omogućavao instrumentalnu ravnotežu između Narodne skupštine i izvršne vlasti. Do tada Vlada je bila podređena Narodnoj skupštini, koja je birala Vladu i mogla da joj izglasa nepoverenje, dok Vlada nije imala u svojoj nadležnosti instrumente ravnoteže sa Narodnom skupštinom. O opozivu predsednika Republike odlučivalo je biračko telo, dok je Narodna skupština imala značajno ovlašćenje da pokrene postupak za opo-

¹⁵ Ustav je predviđao da se postupak za samoraspuštanje, ili kako ga ustavni tekst naziva „skraćivanje mandata Narodne skupštine“, pokreće samo na predlog (najmanje 30) narodnih poslanika, a da sem narodnih poslanika ni jedan drugi ustavni organ nije imao pravo da podnese takav predlog. U dosadašnjoj istoriji delovanja Narodne skupštine Republike Srpske nije zabeležen slučaj podnošenja predloga da Narodna skupština skрати svoj mandat.

¹⁶ Amandmanom LX glasi: „1. Predsednik Republike može, pošto sasluša mišljenje predsednika Vlade i predsednika Narodne skupštine, odlučiti da Narodna skupština bude raspuštena. 2. U stavu 4. Tačka 1. Amandmana XXXIX iza reči „skрати svoj mandat“ dodaju se reči „ili bude raspuštena.“ Tačka dva Amandmana XXXIX, kojoj su dodate reči „ili bude raspuštena“, određuje u kom roku se raspisuju izbori za Narodnu skupštinu u slučaju da joj mandat prestane pre isteka rok na koji je birana.

¹⁷ Situaciju u kojoj je donesen ovaj Amandman obeležavaju pokušaji da se dotle jedinstven stav Narodne skupštine o celom nizu veoma značajnih političkih pitanja opstanka, prirode i budućnosti Republike Srpske rasloji izazovanjem razdori i neslaganja, kako bi bila stvorena kritična politička masa za brzo provođenje početnih koraka u primeni i ranom i brzom izvitoperavanju značenja Opšteg okvirnog sporazuma o miru za Bosnu i Hercegovinu, u pravcu umanjenja nadležnosti entiteta, a značajnog uvećanja nadležnosti zajedničkih institucija Bosne i Hercegovine. Njen sastavni deo je i sukob sa tadašnjim predsednikom Vlade Republike Srpske Rajkom Kasačićem, posle pokušaja stranih diplomatskih i političkih predstavnika da ga izoluju od ostalih organa Republike Srpske i potom navedu na potpisivanje celog niza dogovora o značajnim pitanjima bez ratifikacije Narodne skupštine Republike Srpske.

ziv predsednika Republike, kvalifikovanom većinom od 2/3 od ukupnog broja narodnih poslanika u Narodnoj skupštini.¹⁸

Amandman LX odlučivanje o raspuštanju Narodne skupštine stavlja u nadležnost predsednika Republike, a posredno Vlade i Narodne skupštine, putem uloge predsednika Vlade i predsednika Narodne skupštine. Ustavne dopušta predsedniku Republike da potpuno samostalno, samovoljno, izolovano i odvojeno od ostalih ustavnih vlasti, odlučuje o raspuštanju Narodne skupštine. Zbog toga je Amadnan LX predvideo da odluka o raspuštanju može da bude donesena tek pošto predsednik Republike sasluša mišljenje predsednika Vlade i predsednika Narodne skupštine o potrebi, uslovima, mogućnostima, vrednostima, prednostima i posledicama eventualnog raspuštanja Narodne skupštine. Time se stvara prilika da predsednik Republike postigne odgovarajući kompromis i prihvatljivo rešenje problema zbog koga se razmišlja o raspuštanju, kojim se rešava sporno pitanje isprečava raspisivanje vanrednih izbora. Obavezivanje predsednika Republike da pre raspuštanja sasluša mišljenje predsednika Vlade i predsednika Narodne skupštine o raspuštanju je, u stvari, obaveza predsednika Republike da ozbiljno i racionalno razmotri ta mišljenja, a ne tek pukog formalizma radi. Ovaj deo Amandmana LX je određena brana olakom, ishitrenom, kapricioznom samovoljnom raspuštanju Narodne skupštine, pogotovo za slučaj kohabitacije predsednika Republike i parlamentarne većine kojoj predsednik Republike ne pripada. Ovakav način raspuštanja zakonodavnog tela u svemu nalikuje rešenju važećeg Ustava Republike Francuske, u kome je pravo raspuštanja okarakterisano kao pravo koje predsednik Republike u Francuskoj vrši „po svojoj diskreciji“.¹⁹ Jedino što su odnosi između predsednika republike i vlade različiti u ustavnoj organizaciji vlasti Republike Francuske i Republike Srpske, sa snažnijim položajem predsednika republike u Francuskoj.

Do sada je predsednik Republike samo je jednom koristio ovo svoje ovlašćenje. To je proizvelo veoma teške posledice, koje se osećaju i dan danas. Učinila je to Biljana Plavšić, 3. jula 1997. godine, izazvavši time najveću političku krizu u dosadašnjem postojanju Republike Srpske²⁰, koja je zamalo dovela do faktičke podele Republike Srpske na dva dela i uspostavljanja dvovlašća.

¹⁸ Zakon o izboru i opozivu predsednika i potpredsednika Republike Srpske donesen je tek 9. jula 1996. godine, cele četiri godine posle donošenja Ustava Republike Srpske. Ovlašćenje Narodne skupštine da pokrene postupak opoziva predsednika i potpredsednika Republike Srpske izričito je predviđeno u čl. 19. ovog Zakona.

¹⁹ Videti o tome više: Miodrag Jovičić, *Veliki ustavni sistem*, Beograd, 1984, str. 151; Darko Simović, *Polupredsednički sistem*, Beograd, 2008, str. 80.

²⁰ Više detalja o raspuštanju Narodne skupštine videti u : U vrtlogu ustavne krize, priredio Miodrag Simović, JNIŠP Oslobođenje, Biblioteka „Dokumenti“, Srpsko Sarajevo, 1997. Kritičku pravno-političku analizu krize pogledati u: Kosta Čavoški, *Lutka u tuđim rukama*, Tersit, Beograd, 1998, posebno str. 31-44 i 175-195.

Predsednik republike ima pravo raspisivanja izbora za Narodnu skupštinu. U slučaju prevremenog prstanka mandata Narodne skupštine (samoraspuštanje i raspuštanje) obavezan je da izbore raspiše u roku od 60 dana od dana donošenja odluke o prevremenom prestanku mandata. Odabiranje povoljnog trenutka, za političku partiju, blok ili koaliciju kojoj i sam pripada, ne daje predsedniku Republike neku izrazitopravnu nadmoć ili izrazitu političku moć.

Predsednik Republike ima pravo da Narodnoj skupštini predlaže kandidata za predsednika Vlade i kandidate za sudije i predsednika Ustavnog suda. Uobičajeno je da korišćenje ovog ovlašćenja ustavi ne regulišu detaljno i da to prepuštaju praksi predsednika Republike i, eventualno, ustavnom običaju. Zbog toga su ova dva ovlašćenja značajna. Jednim od njih može da utiče na obrazovanje i sastav efektivnog dela izvršne vlasti i na uspešno okončanje završnog dela izbornog postupka ili na raspisivanje novih izbora. Drugim može značajno da utiče na personalni sastav organa čija je dužnost da štiti ustavnost i zakonitost normativnih akata i vitalni nacionalni interes, a od personalnog sastava može da zavisi postupanje Ustavnog suda u delikatnom poslu tumačenja Ustava Republike Srpske. Narodna skupština može da odlučuje samo o predlozima predsednika Republike, dok narodni poslanici nemaju pravo predlaganja kandidata za predsednika Vlade i sudije i predsednika Ustavnog suda Republike Srpske.

12. Ovlašćenja predsednika Republike prema Vladi, njenoj egzistenciji i odgovornosti proširivana su amandmanima, sve do uspostavljanja dvojne tj. dualne odgovornosti Vlade, i pred Narodnom skupštinom i pred predsednikom Republike. Rešenja prvobitnog ustavnog teksta bila su bliža parlamentarnoj organizaciji vlasti, nego polupredsedničkom sistemu i, shodno tome, sadržavala su samo instrumente tek posrednog uticaja predsednika Republike na Vladu. Predsednik Republike imao je (samo) pravo: 1) da predlaže kandidata za predsednika Vlade (Vladu je na njegov predlog birala Narodna skupština i nije je imenovao predsednik Republike, kao u današnjoj Francuskoj); 2) da od Vlade traži da izloži svoje stavove o pojedinim pitanjima; 3) da sazove sednicu Vlade i 4) stavi na dnevni red tako sazvane sednice pitanje iz nadležnosti same Vlade.

Ovlašćenje za sazivanje sednice Vlade nije menjano za celo vreme važenja Ustava Republike Srpske. Čini se da se jezičko značenje upotrebljene formulacije da predsednik Republike može „sazvati sednicu Vlade“ mora (usko) restriktivno tumačiti, a značenje reči „sazvati“ svesti samo na pravo predsednika Republike da sazove sednicu, a tako sazvana sednica odvija na način koji je uobičajen za rad sednice Vlade: sednicom predsedava predsednik Vlade, a Vlada odlučuje na uobičajeni način i uobičajenom većinom, koja je propisana zakonom ili poslovnikom o radu Vlade. Reč „sazvati“ ne bi se mogla tumačiti toliko široko (ekstenzivno), da obuhvati i pravo predsednika Republike da predsedava sednicom Vlade i da ima pravo glasa. Eventualno odbijanje predsednika Vlade i Vlade da se sednica održi ili da se održi ali ne sa dnevnim redom koji odredi predsednik Republike, može samo da vodi postavljanju pitanja političke odgovornosti predsed-

nika Vlade i Vlade pred Narodnom skupštinom, a ne i održavanju sednice Vlade pod predsedavanjem predsednika Republike. Ovakav zaključak mogao bi da se dovede u pitanje pokušajem da se u tumačenjudodatno upotrebi *argumentum a maiori ad minus*, s obzirom na to da predsednik Republike, prema Amandmanu XLI, ima pravo da predsednika Vlade razreši dužnosti (o čemu će da se govori dole), pa bi možda moglo i da se zaključuje kako predsednik Republike može da predsedava sednici Vlade koju sazove zato što od tog ima veće ovlašćenje da razreši dužnosti predsednika Vlade, sa čijim razrešenjem dolazi do ostavke cele Vlade. Međutim, takav način upotrebe *argumentum a maiori ad minus* ne bi bio ispravan, pošto se protivi načelu samostalnosti Vlade u njenom radu.

Znatno je važnije pravo predsednika Republike iz Amandmana LXI, iz 1996. godine, da zahteva od predsednika Vlade da podnese ostavku, koje posle odbijanja predsednika Vlade da podnese ostavku, vodi pravu predsednika Republike da ga razreši dužnosti, što, kako Ustav izričito određuje, „povlači ostavku Vlade.“²¹ Istina, Amandman je pokušao da donekle odredi granice ovom ovlašćenju predsednika Republike, i ne pretvori ga u ovlašćenje koje predsednik vrši slobodno i po svojoj oceni celishodnosti, dakle „diskreciono“, time što je odredio da predsednik Republike može da traži od predsednika Vlade da podnese ostavku jedino ako „oceni da je došlo do krize u funkcionisanju Vlade“, i to samo na inicijativu (predlog) „najmanje 20 narodnih poslanika“, i obavezao predsednika da pre postavljanja takvog zahteva predsedniku Vlade obavezno sasluša mišljenje predsednika Narodne skupštine i predsednika Vlade. Na ovaj način Vlada je od novembra 1996. godine postala odgovorna i predsedniku Republike, a ostala je i dalje odgovorna Narodnoj skupštini. Ovo rešenje nalikuje rešenjima dualističkog parlamentarizma i rešenjima polupredsedničkog sistema.

13. Zakon kojim se uređuje postupak izbora i opoziva predsednika i potpredsednika Republike Srpske donesen „tek“ 1996. godine i tek od tada postoje pravni uslovi za opoziv predsednika Republike. Dikcija Ustava Republike Srpske i norme ovog Zakona jasno govore da se radi o političkoj odgovornosti predsednika Republike onima koji su ga izabrali-narodu tj. građanima, ili, još tačnije, biračkom telu²². Ni Ustav, a ni ovaj Zakon, bliže ne određuje razloge za opoziv, tako da Narodna skupština koja, prema ovom Zakonu, pokreće postupak za opoziv predsednika Republike nije vezana njima. Postupak se pokreće većinom od 2/3 od ukupnog broja narodnih poslanika u Narodnoj skupštini i tom prilikom. Ako se Ustav tumači na racionalan, postupak se može pokrenuti zbog povrede Ustava, zakona i drugih razloga koji se tiču (ne)uspešnog vršenja poslova iz nadležnosti predsednika Republike. Zakonom o izboru i opozivu predsednika i potpredsed-

²¹ Čl. 94 st. 8 Ustava Republike Srpske.

²² Odredba iz čl. 88 st. 1 Ustava Republike Srpske, koja se nije menjala sve od njegovog donošenja do sada glasi: „Predsednik Republike je odgovoran građanima i oni ga mogu opozvati istim postupkom po kome su ga izabrali.“

nika Republike Srpske bilo je određeno da se odluka donosi nadpolovičnom većinom glasova ukupnog broja birača upisanih u birački spisak, što je više od većine potrebne za izbor predsednika Republike.²³

Izborni zakon Republike Srpske iz 2002. godine, čijim je donošenjem pre-
stao da važi (između drugih zakona) i Zakon o izboru i opozivu predsednika i
potpredsednika Republike Srpske, uopšte ne uređuje postupak opoziva pred-
sednika Republike Srpske, čime se ne izvršava zadato ustavnom enonsijacijom za-
kona, i sprečava ostvarivanje Ustavom izričito predviđene političke odgovornosti
predsednika Republike građanima!²⁴ Izborni zakon Bosne i Hercegovine²⁵ ni ne
pokušava (jer to ne spada u nadležnost zajedničkih institucija) da spreči opoziv
predsednika Republike Srpske, pošto u svojim odredbama upućuje na odgovarju-
će ustave i zakone kojima se uređuje raspuštanje i prestanak mandata izbornih or-
gana, među koje svakako spada i predsednik Republike Srpske.

Predsednik Republike uživao je prema prvobitnom ustavnom tekstu isgi
imunitet kao i narodni poslanici. Međutim, kako su u toku 2002. godine, odlu-
kama visokog predstavnika za Bosnu i Hercegovinu izvršene znatne izmene u
sadržaju i obimu imuniteta narodnih poslanika, vlade i predsednika Republiie,
predsednik Republike od tada nema imunitet utvrđen ustavom, već zakonom²⁶, i
sveden je samo na imunitet neodgovornosti u građanskim (parničnim) stvarima?

14. Predsednik Republike Srpske ima i Zakonom o Ustavnom sudu Repu-
blike Srpske²⁷ određeno ovlašćenje da pokreće postupak pred Ustavnim sudom
u (svim)²⁸ pitanjima iz njegove nadležnosti, pri čemu je najznačajnije pokretanje
normativnih sporova i sporova o sukobu nadležnosti. Time predsednik Republi-

²³ Za izbor predsednika Republike prema čl. 14 Zakona o izboru i opozivu predsednika i
potpredsednika Republike Srpske iz 1996. godine potrebno je da kandidat dobije većinu glasova bi-
rača koji su izašli na izbore pod uslovom da je na izbore izašlo više od polovine birača upisanih u bi-
rački spisak.

²⁴ Bilo bi veoma interesantno analizirati postupak donošenja ovog zakona, još od najranijih
faza, kako bi se utvrdilo zašto se desilo nešto takvo i kome je to bilo u interesu.

²⁵ Izborni zakon BiH u svom 12. Poglavlju uređuje delove postupka izbora predsdednika i
potpredsednika Republike srpske, a u 14. Poglavlju, tačnije u čl. 14.3., upućuje na ustav i zakon kada
je u pitanju raspuštanje izabranog organa ili prestanaka mandata, pri čemu, u sadašnjem stanju, pod
ustavom i zakonom u ovom slučaju jedino može da se podrazumeva Ustav Republike Srpske i Iz-
borni zakon Republike Srpske.

²⁶ Zakon imunitetu Republike Srpske („Službeni glasnik Republike Srpske“;69/02, a zako-
nom ga je proglasio visoki predstavnik.

²⁷ Čl. 4 st. 2 Zakona o ustavnom sudu Republike Srpske („Službeni glasnik Republike
Srpske“; br. 104/11).

²⁸ Ovom prilikom ostavljamo po strani značajno pitanje domašaja ovog prava predsednika
Republike s obzirom eventualno pitanje o njegovoj aktivnoj i pasivnoj legitimaciji za pojedine vrste
sporova iz nadležnosti Ustavnog suda.

ke ima mogućnosti da posredno utiče na ostvarivanje ustavnosti i zakonitosti i na opštu politiku u Republici Srpskoj.

15. Predsednik Republike ima izričita i značajna ustavna ovlašćenja i pravnu i političku ulogu, u tzv. vanrednim stanjima, tj. stanjima državne nužde. Ovu vrstu nadležnosti predviđao je i prvobitni tekst Ustava, no, te odredbe su kasnije menjane, ponajviše radi njihovog usklađivanja sa nadležnostima zajedničkih institucija Bosne i Hercegovine. Prvobitna ovlašćenja²⁹ bila su unekoliko šira od današnjih, jer je prema njima predsednik Republike imao značajna ovlašćenja u vanrednim prilikama, ratnom stanju i stanju neposredne ratne opasnosti. Danas ih ima samo u vanrednim prilikama.

U slučaju kada oceni da Narodna skupština zbog vanrednih okolnosti ne može da se sastane, predsednik je bio izričito ovlašćen da, po pribavljenom mišljenju Vlade o tom pitanju, utvrdi da postoje vanredne prilike, koje Ustav ne definiše bliže i ne uspostavlja jasnu razliku između njega, ratnog stanja i neposredne ratne opasnosti.³⁰TPredsednik Republike imao je i ovlašćenje da u vanrednim prilikama nalaže mere za njihovo otklanjanje i tada je, prema izričitoj ustavnoj odredbi, morao da postupa u skladu sa Ustavom i zakonom. Time je Ustav izvršio enonsijaciju zakonitosti i uslovio primenu ove ustavne odredbe zakonskim regulisanjem pojma i sadržaja vanrednih prilika i ovlašćenja predsednika Republike u njima, koje se, prema dikciji ovog stava i sledećeg stava 2 istog člana Ustava razlikuje od ratnog stanja i neposredne ratne opasnosti. Sadašnja ustavna rešenja ne predviđaju više postojanje takvih vanrednih prilika.

U pitanjima ovlašćenja predsednika Republike u ratnom stanju i stanju neposredne ratne opasnosti³¹ prvobitna ustavna rešenja su bila u skladu sa manjeviše uobičajenim rešenjima u uporednom ustavnom pravu. Predsednik Republike imao je ovlašćenja da u tim stanjima po svojoj inicijativi ili na predlog vlade donosi akte „o pitanjima iz nadležnosti Skupštine“. Postavlja se pitanje da li upotrebljene reči daju pravo predsedniku Republike da donosi akte koji imaju pravnu snagu jednaku pravnoj snazi zakona, pa mogu da derogiraju ili abrogiraju zakone Skupštine, ili ga ovlašćuju samo na donošenje podzakonskih opštih pravnih akata? Bez šireg obrazlaganja, uz pomoć logičkog tumačenja, može da se zaključi da su ove reči i cela norma (koja ne vrši enonsijaciju zakona) davale predsedniku Republike ovlašćenje da donosi akte sa snagom zakona, kojima može i da abrogira i da derogira postojeće zakone. Ustav ne daje odgovor na pitanje koji su to akti predsednika Republike kojima „odlučuje o pitanjima iz nadležnosti Skupšti-

²⁹ Čl. 81 st. 2 Ustava Republike Srpske

³⁰ Ovaj nedostatak otklonjen je donošenjem Amandmana XXXV i Amandmana LXI.

³¹ Interesantno je da prvobitni ustavni tekst nije određivao u čiju nadležnost spada proglašenje ratnog stanja i stanja neposredne ratne opasnosti? Pogotovo u kontekstu određivanju i primeni „udruženog zločinačkog poduhvata“ u praksi Međunarodnog krivičkog tribunala za bivšu Jugoslaviju

ne“, a od akata predsednika Republike pominje jedino ukaz (kojim proglašava zakone). Iako se nešto složenijim postupkom tumačenja moglo doći da pravog značenja ove norme, u praksi se ona tumačila tako da je predsednik Republike imao pravo da ovom prilikom donosi zakone, što je potpuno neuobičajeno i neprihvatljivo,?! Međutim, sa ovakvom praksom nastavljeno je i posle donošenja Amandmana XXXV na Ustav Republike Srpske, koji je donesen upravo da bi se otklonili nedostaci ovakvog načina regulisanja ovih osetljivih i važnih pitanja.³²

Takvo stanje izmenjeno je i precizirano izričitim formulacijama Amandmana XXXV. Proglašenje ratnog stanja, neposredne opasnosti i vanrednog stanja tada je izričito stavljeno u nadležnost Narodne skupštine, a određeno je da predsednik Republike može da proglasi ratno stanje i neposrednu ratnu opasnost samo u slučaju kada Narodna skupština ne može da se sastane, a nemogućnost da se Narodna skupština sastane morala je da bude konstatovana izjavom predsednika Narodne skupštine o nemogućnosti sastajanja. U tim stanjima, predsednik Republike imao je pravo da donosi uredbesna zakonskom snagom i da imenuje i razrešava funkcionere koje bira i imenuje Narodna skupština. Štaviše, sem abrogacije i derogacije zakona Narodne skupštine, predsednik je dobio ovlašćenje da u slučaju kada se u tim stanjima Narodna skupština ne može sastati obustavi (od izvršenja) čak i pojedine odredbe Ustava³³, uz izričito određivanje onih ustavnih normi koje ne mogu da se obustave, a odnose se na najvažnija lična prava i slobode.

Amandmanom CIX ove odredbe Ustava Republike Srpske usklađene su sa odredbama Ustava Bosne i Hercegovine o raspodeli nadležnosti između entiteta i zajedničkih institucija Bosne i Hercegovine u pitanjima proglašenja ratnog stanja i vanrednog stanja, koje spada u nadležnost zajedničkih institucija Bosne i Hercegovine.

Prvobitni ustavni tekst i kasnije amandmanske izmene nalagale su predsedniku Republike obavezu da akte donesene za vreme ratnog stanja i neposredne ratne opasnosti podnese na potvrdu, odnosno ratifikaciju Narodnoj skupštini, čim ona bude u prilici da se sastane.

16. Predsednik Republike raspolaže i nekim drugim manje značajnim ovlašćenjima, kao što su dodeljivanje odlikovanja i priznanja, obavljanje poslova iz oblasti bezbednosti i odnosa Republike sa drugim državama i međunarodnim organizacijama u obimu i način kako je to određeno Ustavom Bosne i Hercegovine i zakonima, postavlja i opoziva šefove predstavništava Republike Srpske u inostranstvu³⁴ i predlaže ambasadore i druge međunarodne predstavnike Bosne

³² Tako je predsednik Republike 1995. godine doneso Zakon o obezbeđenju sredstava posebne namene i Zakon izmenama Zakona o privremenom utvrđivanju plaćanja poreza od privredne i profesionalne delatnosti. Videti „Službeni glasnik Republike Srpske“, 6/95.

³³ Amandman XXXVtač 3.

³⁴ Ovo ovlašćenje je sasvim očekivana posledicva ustavne odredbe po kojoj predsednik Republike predstavlja Republiku.

i Hercegovine iz Republike Srpske i obrazuje savetodavna tela i stručne službe za obavljanje poslova iz svoje nadležnosti.

Ovlašćenja komandovanja oružanim snagama Republike Srpske, koje je ranije postojalo, nestala su sa formiranjem oružanih snaga Bosne i Hercegovine.

17. Ustav izričito određuje da predsednik Republike donosi ukaz kojim proglašava zakone koje donese Narodna skupština i uredbe sa zakonskom snagom. Pri tome, Ustav ne određuje bliže sadržinu i prirodu ukaza, tako da ostaje pitanje o tome da li, kada i radi čega predsednik Republike, osim u navedenoj situaciji, može da donosi ukaz. Izostavljajući iole širu analizu ovog pitanja, sa sigurnošću može da se zaključi da Ustav ne daje osnova da se ukaz shvati kao opšti pravni akt. On ostaje, u svakom slučaju, u određenim situacijama akt posebne prirode (proglašenje zakona), a korišćen je u dosadšnjoj praksi i kao pojedinačni (upravni) pravni akt (dodela odlikovanja i priznanja, proizvođenje i unapređenje oficira Vojske Republike Srpske i činove i sl.). U ovom drugom slučaju praksa je bila neujednačena i promenljiva.

Predsednik Republike može da donosi samo uredbe sa zakonskom snagom pod opisanim uslovima, ali ne i obične uredbe.³⁵

18. Uočljivo je da su se u vremenu od donošenja Ustava Republike Srpske do danas menjali uloga predsednika Republike Srpske i njegova nadležnost. Promene su duboko menjale odnose između predsednika Republike sa zakonodavnom i drugom glavom izvršne vlasti, na „korist“ predsednika Republike, a na „štetu“ zakonodavca i druge glave izvršne vlasti. Prema rešenjima prvobitnog ustavnog teksta, postojao je jedan neobičan mehanizam odnosa između izvršne i zakonodavne vlasti, kao i donekle neobičan položaj i nadležnost predsednika Republike. U tom prvobitnom mehanizmu neobično je bilo što je predsednik Republike, prema izričitim ustavnim normama, bio od građana, neposredno putem, ali nije raspolagao značajnijim ovlašćenjima ni prema zakonodavcu-Narodnoj skupštini, a ni prema drugoj glavi izvršne vlasti-Vladi. Ovlašćenja kojima je tada raspolagao bila su, ipak, skromna i nejaka za zauzimanje značajnije ili dominantnije pozicije u odnosu na Narodnu skupštinu i Vladu (pravo zakonodavne inicijative, pravo proglašenja zakona bez odlažućeg veta, pravo predlaganja kandidat za predsednika Vlade, komandovanje oružanim snagama, pravo proglašenja vanrednih prilika, pravo da sazove sednicu Vlade i stavi na dnevni red pitanje iz njene nadležnosti) i za formalno zauzimanje važnije nulože u vođenju unutrašnje i spoljne politike. Izuzimajući način izbora, takva ovlašćenja odgovaraju, manje-više, položaju šefa države u parlamentarnom sistemu organizacije državne vlasti.

³⁵ Ustav ne pominje da predsednik Republike donosi druge pravne i nepravne akte. Međutim, praksa predsednika Republike u periodu od donošenja Ustava do danas bila je da donosi i pojedinačne pravne akte pod drugim nazivima, koje pominje npr. Zakon o upravnom postupku, kao što je rešenje, a uz njih i odluke. Donosio ih je u obavljanju nekih svojih ustavom, ali i zakonima određenih nadležnosti.

Do značajnih, skoro pa radikalnih promena, dolazi u toku 1994. i 1995. godine, amandmanskim izmenama Ustava Republike Srpske, kada je, uvećavanjem i snaženjem nadležnosti predsednika Republike, posebno ovlašćenja prema Narodnoj skupštini i Vladi, manje-više izgrađen mehanizam polupredsedničkog sistema. Izmene o kojima je reč po svemu sudeći proistekle su iz aktuelnih unutrašnje-političkih i međunarodno-političkih okolnosti u kojima se tada nalazila Republika Srpske, suočena sa sve jačom unutrašnjom podelom u njenom političkom tkivu do koje je dolazilo kako zbog tečine i komplikovanosti tadašnje situacije, tako i zbog spoljnog delovanja. Tadašnje vladajuće političke snage i politički lideri smatrali su da je izlaz iz takvog stanja izmena u ustavnim organima i njihovim međusobnim odnosima. Umesto da pomognu tadašnjim političkim vođama, one su im višestruko odmogle, čime se na ovom mestu ne možemo da se dublje i obuhvatnije bavimo.

RADOMIR V. LUKIĆ, Ph.D.,
Professor, Faculty of Law, University of East Sarajevo

CONSTITUTIONAL POSITION OF THE PRESIDENT OF THE REPUBLIC OF SRPSKA

Summary

The role and competencies of the President of Republika Srpska have been changing since the adoption of the Constitution of the Republika Srpska. The changes were not only related to the impetus that arose from signing of the General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina, but also the changes that have profoundly changed the relationship between the President and the legislative and the second head of the executive power, and as a rule at the "benefit" of the President, and to the "damage" of legislative and the second head of the executive power.

According to the original decisions of the constitutional text, there is an unusual mechanism which, excluding the way of election, mostly corresponded to the position of the Head of state in a parliamentary system of state power organization.

Significant, almost radical changes occurred in 1994 to 1995 with the amendment changes in the Constitution of the Republika Srpska, when competencies of the President of the Republic were enlarged and strengthened, especially the competencies directed to the National Assembly and the Government, essentially building mechanism of semi-presidential system.

LJUBOMIR OŽEGOVIĆ

NEKE KONTROVERZE APSTRAKTNE NORMATIVNE KONTROLE USTAVNOG SUDA BOSNE I HERCEGOVINE

U V O D

Jedan od segmenata vladavine prava u savremenoj ustavnoj demokratiji jeste poštovanje principa ustavnosti i zakonitosti. Iako ustavi, bar u prvo vrijeme, nisu izričito insistirali na poštovanju načela ustavnosti, niti je postojao insitucionalizovani oblik za njegovu zaštitu, nužnost poštovanja ovog načela se nametala sama po sebi, s obzirom na suprematiju i superiornost ustava u odnosu na sve druge opšte akte. Osnov ustavnosti u pravnom sistemu, stoga, leži u njegovoj specifičnoj prirodi koji se zasniva na hijerarhiji i međusobnoj usklađenosti svih opštih akata čiji temelj i okvir čini ustav iz koga svi crpe svoja ovlašćenja.¹

Načelo ustavnosti i zakonitosti, u najkraćem, zahtjeva da niži elementi pravnog poretka moraju biti u saglasnosti sa onim elementima koji su viši od njega, kako bi bili međusobno usaglašeni i neprotivriječni u cilju postizanja njegovog jedinstva. To znači da svi ovi elementi manje pravne snage od ustava moraju biti usklađeni sa ustavom u formalnom smislu, kao najvišim opštim aktom (princip ustavnosti), te da svi akti niži od zakona moraju biti u saglasnosti ne samo sa ustavom nego i sa zakonom (princip zakonitosti). Ili, kako bi rekao Hans Kelzen: “[J]edinstvo tih normi je stvoreno činjenicom da je stvarnje jedne norme – niže – određeno drugom – višom – čije je stvaranje određeno jednom još višom nor-

Mr Ljubomir Ožegović, sekretar Ustavnog suda Republike Srpske.

¹ Gašo Mijanović, *Kontrola ustavnosti zakona*, Istočno Sarajevo, Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu, 2000, str. 40.

mom, i da se taj *regressus* svršava jednom najvišom, osnovnom normom, koja, pošto je naviši osnov važenja cjelokupnog pravnog poretka, sačinjava njedgovo jednstvo.² Imajući u vidu navedeno, nesporno je, dakle, da ustav svoje svojstvo osnovnog i najvišeg opšteg akta crpi iz činjenice da svi ostali opšti i pojedinačni akti moraju biti u saglasnosti sa ustavom. No, postavlja se pitanje šta se dešava u slučaju kada opšti akt nije u saglasnosti sa ustavom i kako to utiče na cjelokupan pravni poredak, te kako prevazići takvo stanje neusaglašenosti pravnih akata?

Neusaglašenost opštih akata sa ustavom svoje izvorište ima u činjenici da su donosioci tih akata u obavezi da njima razrade, konkretizuju i tako oživotvore pojedine ustavne principe, s obzirom da to od njih zahtjeva upravo ustav. Nezamislivo je, naime, i u praksi neprovodivo da se samo putem ustava normiraju i uredi svi društveni odnosi u njihovoj sveukupnosti i kompleksnosti. To moraju raditi zakonodavci putem zakona, a nerijetko i nosioci izvršne vlasti donošenjem podzakonskih akata na način, po proceduri i u granicama koje propisuje sam ustav. Analizom zakonodavne prakse došlo se do zaključka da vrlo često zakonodavac nije imao namjeru ugrađivati neustavne odredbe, ali razne okolnosti na to utiču pošto zakoni ne proizlaze gotovi iz ustava, kao ni drugi pravni akti iz zakona.³ U tom složenom procesu izgradnje pravnog sistema doneseni opšti akti niže pravne snage od ustava mogu, iz raznih razloga, sadržavati rješenja koji su u suprotnosti sa osnovnim ustavnim načelima i principima. Takođe, donosioci ovih akata u proceduralnom smislu mogu počinuti greške, propuste i prekoračenja tako da ovi akti ne zadovoljavaju ustavne standarde, što sve za rezultat može imati neusklađen pravni poredak. A nesistematizovan i neusaglašen pravni poredak je neefikasan i nosi sa sobom teške konsekvence u vidu pravne nesigurnosti, jer otvara mogućnosti za samovolju, zloupotrebe i arbitrarnost od strane onih koji rade na provođenju i izvršavanju opštih akata. Takav poredak, slijedom toga, pruža mogućnosti za potiranje osnovnih prava i sloboda i drugih vrijednosti koje garantuje njegov temelj – ustav.

Imajući u vidu ovakve teške posljedice koje sa sobom nosi neusklađen pravni sistem, od izuzetnog je društvenog značaja da se uzroci te neusaglašenosti otkriju što je moguće prije i da se preduzmu odgovarajuće mjere u cilju usklađivanja nižerangiranih elemenata takvog poretka sa ustavom. Ove mjere, u obliku pravnih garantija i instrumenata, preduzimaju se, dakle, u cilju eliminacije iz pravnog poretka onih akata koji su osnov neustavnosti i nezakonitosti i koji remete sklad pravnog sistema. Obično su takve garantije i instrumenti predviđeni samim ustavom, kao i način, postupak i organ koji je odgovoran za provođenje zaštite ustava.

² Hans Kelzen, *Opšta teorija prava i države*, Beograd, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Centar za publikacije, 1998, str. 182.

³ Pavle Nikolić, *Ustavno pravo*, Beograd, 1993, str. 295; Jovan Đorđević, *Ustavno pravo*, Beograd, 1980, str. 342; Rajko Kuzmanović, *Ustavno pravo*, Banja Luka, 2002, str. 498; navedeno prema: Rajko Kuzmanović, *Eseji o ustavnosti i državnosti*, Banja Luka, Centar za publikacije Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjoj Luci, 2004, str. 345.

U većini savremenih ustavnih demokratija institucija ustavnog suda predstavlja neposrednog čuvara ustava i zaštitnika principa ustavnosti. Ustavni sud bez obzira kako je u određenoj demokratiji ustavno definisan, svuda na osnovu samog ustava nadgleda ustavnost, odnosno ustavnost i zakonitost akata organa zakonodavne, izvršne i sudske vlasti, miješajući se tako u određenoj mjeri u njihova ovlaštenja i naknadno ih funkcionalno ograničujući.⁴ Rješavanjem ustavnopravnih sporova, stoga, ustavni sudovi daju odlučujući uticaj u pravcu oživotvorenja principa vladavine prava.

USTAVNI SUD BOSNE I HERCEGOVINE I NJEGOVE NADLEŽNOSTI

U ustavnopravni poredak Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: BiH) inkorporisani su, kako na državnom tako i na entitetskom nivou, institucije ustavnih sudova kao neposrednih čuvara ustava i ustavnosti. Rezultat je to, jednim dijelom, kontinuiteta ustavnosudske vlasti koja je bila konstituisana i u predratnoj Socijalističkoj Republici BiH⁵, ali, isto tako, i volje ustavotvoraca koja je materijalizovana u četvrtom Aneksu Opšteg okvirnog sporazuma za mir u BiH i ustavi- ma entiteta.

Nadležnosti Ustavnog suda BiH, uobičajene za ustavno sudovanje, utvrđene su odredbama člana IV/3.f) i člana VI Ustava. Osnovna i zajednička karakteristika ovih odredaba jeste da su one široko i nejasno formulisane, tako da ostavljaju dosta prostora za ekstenzivno tumačenje i slobodno kreiranje mjesta Ustavnog suda u ustavnopravnom poretku od strane njega samog. To, samo po sebi, ne mora da ima isključivo negativne konsekvence. Naprotiv⁶. Takva ovlaštenja i mogućnosti koje mu pruža Ustav, Ustavni sud BiH je u svojoj dosadašnjoj praksi u više navrata i koristio donošenjem odluka o pojedinim pravnim pitanjima.

Nadležnosti Ustavnog suda BiH, dakle, definisane prema navedenim odredbama Ustava, izdiferencirale su se u četiri vida i to:

- nadležnost u kojoj Ustavni sud odlučuje kao konfliktni sud, jer odlučuje o sporovima između pojedinih administrativno-teritorijalnih nivoa javne vlasti (između entiteta; između BiH i jednog ili oba entiteta; između Brčko Distrikta BiH

⁴ M. N. Simović, M. Simović, *Mjesto i uloga Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u zaštiti ljudskih prava*, Banja Luka, Grafomark Laktaši, str. 11-12.

⁵ Ustavni sud Socijalističke Republike Bosne i Hercegovine konstituisan je 15. februara 1964. godine na osnovu Ustava od 1963. godine.

⁶ Ciril Ribičić u vezi sa granicama ustavnosudskog tumačenja Ustava navodi da "Ustavni sud mora da ima poslednju reč [...] kada se radi o tumačenju ustava i zaštiti prava, mora aktivno da sankcioniše povrede Ustava koje učine zakonodavac, izvršna vlast i redovno sudstvo, ne sme da izbegava aktivističke odluke kada su ugrožene osnovne ustavne vrednosti i/ili dolazi do narušavanja ustavnih vrednosti zbog nepoštovanja odluka i stavova Ustavnog suda", C. Ribičić, *Ljudska prava i ustavna demokratija*, Beograd, JP "Službeni glasnik", 2012, str. 90.

i jednog ili oba entiteta ili između Brčko Distrikta BiH i BiH⁷), kao i o sporovima između institucija na nivou države. U suštini, Ustavni sud u ovoj nadležnosti odlučuje, ustvari, o sukobu nadležnosti između organa javne vlasti na različitim nivoima njenog organizovanja.

- apstraktna normativna kontrola utemeljena na odredbi člana VI/3.a) Ustava i konkretna⁸ normativna kontrola iz člana VI/3.c) Ustava, u okviru kojih Ustavni sud odlučuje o usaglašenosti opštih pravnih akata sa Ustavom.

- apelaciona nadležnost Ustavnog suda konstituisana je odredbom člana VI/3.b) Ustava prema kojoj Ustavni sud “ima apelacionu nadležnost nad pitanjima po ovom Ustavu, koja proističu iz presude svakog suda u Bosni i Hercegovini”. Ustavni sud je kroz svoju praksu, imajući u vidu brojne nejasnoće navedene ustavne odredbe, stao na stanovište da je predmet postupka u okviru ove nadležnosti neposredna zaštita ljudskih prava i osnovnih sloboda zajamčenih Ustavom.

- i naposljetku, nadležnost utvrđena odredbom člana IV/3.f) Ustava koja je uspostavljena radi “deblokade” parlamentarnog procesa u okviru Doma naroda Parlamentarne skupštine BiH. Uloga Ustavnog suda u okviru ove, po mnogo čemu atipične nadležnosti za ustavno sudovanje, jeste kontrolisanje proceduralne

⁷ Nadležnost Ustavnog suda da odlučuje o sporovima u kojima se pojavljuje Brčko Distrikt BiH temelji se na odredbi Amandmana I na Ustav Bosne i Hercegovine kojim je u Ustavu Bosne i Hercegovine dodan član VI/4. a kojim je, između ostalog, propisano da je Ustavni sud Bosne i Hercegovine nadležan da odlučuje o bilo kakvom sporu u vezi sa zaštitom utvrđenog statusa i ovlašćenja Brčko Distrikta BiH koji se može javiti između jednog ili više entiteta i Brčko Distrikta BiH ili između Bosne i Hercegovine i Brčko Distrikta BiH, po ovom ustavu i odlukama Arbitražnog tribunala.

⁸ Ima stavova da se u slučaju ove kontrole u stvari radi o konkretnoj normativnoj kontroli. Takav stav zauzima i sam Ustavni sud (vidi, na primjer, Odluka broj U-6/12 od 13. jula 2012. godine, tačka 22, Odluka broj U-55/02 od 26. septembra 2003. godine, tačka 21, http://www.ccbh.ba/bos/odluke/povuci_html.php?pr=&pid=23117). Isto tako, neki autori smatraju da “[...] Ustav BiH predviđa postojanje oba sistema kontrole ustavnosti zakona: i sistem apstraktne kontrole ustavnosti i sistem konkretne kontrole ustavnosti. Prvi je izričito određen u tač. 3.(a), a drugi, isto tako izričito, u tač. 3(c) čl. VI. Ustava BiH”, R. Lukić, *Uloga Ustavnog suda BiH u zaštiti ustavnih prava i sloboda*, Beograd, Pravni život broj 14/2007, str. 968. Isto tako smatraju i C. Steiner, N. Ademović, *Ustav Bosne i Hercegovine – Komentar*, Sarajevo, Konrad Adenauer Stiftung, 2010, str. 800. Međutim, konkretna (ili posredna, akcesorna) kontrola ustavnosti se karakteriše, prije svega, načinom na koji se inicira postupak kontrole kao i pravnim posljedicama koje proizvodi odluka suda o spornom pitanju. Do ocjene ustavnosti opšteg akta kod konkretne normativne kontrole dolazi samo u povodu konkretnog sudskog spora i to isključivo na inicijativu jedne od stranaka u tom sporu pred redovnim sudom. Odluka suda kod klasične konkretne normativne kontrole proizvodi pravno dejstvo samo *inter partes*, tj. samo u odnosu na strane koje su učestvovala u određenom sudskom sporu, tako da opšti akt koji je oglašen kao neustavan od strane redovnog suda i dalje nastavlja da egzistira u pravnom poretku. Iako, dakle, navedene specifičnosti nesumnjivo ukazuju da nadležnost Ustavnog suda BiH iz člana VI./3.c) Ustava nema karakteristike standardne konkretne normativne kontrole, ipak će se u ovome radu koristiti ovaj termin, isključivo radi toga da bi se napravila distinkcija u odnosu na apstraktnu kontrolu iz člana VI./3.a) Ustava.

ispravnosti zakonodavnog postupka u slučaju pozivanja nekog od konstitutivnih naroda na zaštitu vitalnog nacionalnog interesa.

Prema navedenom, odredbe člana IV/3.f) i člana VI. Ustava imaju za cilj da preko Ustavnog suda obezbijede vladavinu Ustava kroz, prije svega, zaštitu ustavnosti objektivnog pravnog poretka i ljudskih prava i osnovnih sloboda. Ustavni sud, stoga, ima obavezu da sankcioniše ugrožavanje ili povredu Ustava, bez obzira sa čije strane ona dolazila. U tom kontekstu, mogli bi se saglasiti sa stavovima nekih autora da je poželjno da se pozicija Ustavnog suda kao čuvara Ustava sagledava sa široko uspostavljenog stanovišta⁹. Međutim, s obzirom na izričitost ustavnih normi po ovome pitanju, Ustavni sud bi, ipak, svoje djelovanje morao ograničiti isključivo na izvršavanje zadataka iz nadležnosti koje su mu određene Ustavom. Zaštita osnovnih principa Ustava i očuvanje ustavnopravnog poretka predstavlja legitiman cilj i svetu dužnost Ustavnog suda, ali bi se ostvarenje toga cilja izvršilo u svoju suprotnost u slučaju kada bi se njemu težilo na način koji nema svoje utemeljenje u samom Ustavu. Stoga bi samovlasno širenje postijećih nadležnosti Ustavnog suda predstavljalo protivustavno ponašanje samog čuvara Ustava koje bi za posljedicu imalo ne izgradnju već urušavanje principa vladavine prava.

APSTRAKTNA NORMATIVNA KONTROLA USTAVNOG SUDA BiH

Sporovi koji se odnose na apstraktno ispitivanje ustavnosti opštih akata predstavljaju klasičan zadatak ustavnog sudstva i zastupljeni su u svim sistemima centralizovane kontrole ustavnosti. Zaštita ustavnosti je, svakako, jedna od temeljnih nadležnosti i Ustavnog suda BiH. Iz samo "ustavotvorcu" znanih razloga apstraktna normativna kontrola Ustavnog suda propisana je jedinstvenom normom zajedno sa nadležnošću Suda kao konfliktnog suda. Radi složenosti i neuočivajene koncepcije ove odredbe neophodno je navesti je u cijelosti:

a) Ustavni sud ima isključivu nadležnost da odlučuje u sporovima koji po ovom Ustavu nastaju između entiteta, ili između Bosne i Hercegovine i jednog ili oba entiteta, ili između institucija Bosne i Hercegovine, uključujući, ali se ne ograničavajući samo na to:

- Da li je odluka nekog entiteta da uspostavi specijalni paralelni odnos sa nekom od susjednih država saglasna ovom Ustavu, uključujući i odredbe koje se odnose na suverenitet i teritorijalni integritet Bosne i Hercegovine.

- Da li je neki član ustava ili zakona entiteta u saglasnosti sa ovim Ustavom.

Sporove mogu pokretati samo članovi Predsjedništva, predsjedavajući Ministarskog savjeta, predsjedavajući ili zamjenik predsjedavajućeg bilo kojeg vijeća Parlamentarne skupštine, jedna četvrtina članova bilo kojeg vijeća Parlamentarne skupštine ili jedna četvrtina bilo kog zakonodavnog vijeća nekog entiteta.

⁹ Vidi, npr: F. Vehabović, *Odnos Ustava Bosne i Hercegovine i Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda*, Sarajevo, Acips, 2006, str. 89.

Analizirajući navedene odredbe sa jezičkog i gramatičkog aspekta gotovo je nesumnjivo da je donosilac Ustava uspostavljanje nadležnosti Ustavnog suda prema ovome članu uslovio postojanjem, u isto vrijeme, i spora između nekih od navedenih administrativno-teritorijalnih jedinica javne vlasti ili institucija BiH i pitanja ustavnosti određene opšte pravne norme. Prema ovakvom tumačenju, proizlazi da u slučaju nepostojanja konflikta među relevantnim subjektima Ustavni sud ne može odlučivati o usklađenosti opštih akata sa Ustavom, što bi bilo apsurdno. Takođe, u slučaju nepostojanja pitanja usaglašenosti određenog konkretnog opšteg akta sa Ustavom, Ustavni sud ne bio bio ovlašćen da riješi spor nastao između subjekata navedenih u članu VI/3.a) Ustava i Amandmanu I na Ustav, što se, isto tako, ne bi moglo prihvatiti kao moguće. Kada bi takvo tumačenje ovih nadležnosti prihvatili kao ispravno, time bi, praktično, Ustavni sud u dobroj mjeri bio lišen svojih esencijalnih nadležnosti koje posjeduje svaki ustavni sud. Ovo radi toga što se u praksi izuzetno rijetko javljaju situacije u kojima je u okviru spornog pitanja inkorporisan sukob navedenih subjekata i eventualna normativna neusaglašenost sa ustavom. Mimo toga, BiH bi, sigurno, sa takvim ustavno-pravnim rješenjem u pogledu ovih nadležnosti svoga Ustavnog suda bila jedinstvena zemlja u svijetu.

Stav u odnosu na ovu dilemu Ustavni sud permanentno izražava kroz svoju praksu kada odlučuje, prije svega, o pitanjima usaglašenosti opštih akata sa Ustavom. Tako, kada odlučuje o dopustivosti zahtjeva za apstraktnu ocjenu ustavnosti, Ustavni sud kao uslov za to ispituje samo da li je u vrijeme podnošenja zahtjeva podnosilac ulazio u krug lica koja su ovlaštena na njegovo podnošenje¹⁰. Iz prakse Suda uočava se da za dopustivost ovih zahtjeva Ustavni sud ne traži da u odnosu na predmet ocjene ustavnosti, u isto vrijeme, o njemu postoji i spor između subjektiviteta iz člana VI/3.a) Ustava. I obratno.

Pored ovoga razloga, da se kao uslov dopustivosti zahtjeva ne traži istovremeno postojanje spora o nadležnosti zajedno sa pitanjem usaglašenosti opšteg akta sa Ustavom, Ustavni sud je *explicite* izrazio kroz svoja Pravila¹¹. Naime, Pravilima je propisano da se za dopustivost zahtjeva kojim se pokreće apstraktna normativna kontrola ne traži istovremeno postojanje spora nadležnosti i otvoreno pitanje ustavnosti određenog opšteg akta.

¹⁰ Vidi, na primjer: Odluka o meritumu Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, broj U-17/05 od 26. maja 2006. godine, tačka 10, objavljena u "Službenom glasniku Bosne i Hercegovine, broj 87/06; Odluka o dopustivosti i meritumu Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, broj U-3/04 od 27. maja 2005. godine, tačka 24, objavljena u "Službenom glasniku Bosne i Hercegovine", broj 58/05; Djelomična odluka o meritumu Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, broj U-4/04 od 18. novembra 2006. godine, tačka 49-51, objavljena u "Službenom glasniku Bosne i Hercegovine", broj 24/07; itd.

¹¹ Pravila Ustavnog suda Bosne i Hercegovine objavljena su u "Službenom glasniku Bosne i Hercegovine, broj 60/05, a njegove izmjene i dopune u "Službenom glasniku Bosne i Hercegovine", br. 64/08 i 51/09. Pravila su unutrašnji opšti pravni akt Ustavnog suda kojima su regulisana pitanja njegove organizacije i funkcionisanja.

Predmet apstraktne normativne kontrole

Ustav BiH je odredbom člana VI/3.a) odredio da Ustavni sud u okviru ove nadležnosti odlučuje o tome da li je neki član ustava ili zakona entiteta u saglasnosti sa ovim Ustavom. Ono što je na prvi pogled uočljivo jeste to da je Ustavnom sudu dato u nadležnosti da odlučuje o usaglašenosti samo izričito navedenih opštih pravnih akata – ustava i zakona entiteta – sa Ustavom, a ne i da, mimo njih, odlučuje o usaglašenosti drugih opštih akata sa Ustavom i sa zakonom. Dakle, predmetom apstraktne normativne kontrole može biti ustavnost samo navedenih, tj. ne svih opštih akata. Pri tome, Ustavni sud uopšte nije ovlašćen da vrši kontrolu zakonitosti u užem smislu, odnosno da odlučuje o usklađenosti podzakonskih opštih pravnih akata sa zakonom. Sljedeća karakteristika ove nadležnosti, pored navedenog, jeste i to što je Ustav predvidio da mali broj ovlašćenih subjekata mogu pokrenuti pitanje apstraktne normativne kontrole¹².

Iako, dakle, Ustav *expressis verbis* govori o kontroli usaglašenosti samo entitetskih ustava i zakona sa njegovim odredbama, Ustavni sud je, međutim, ekstenzivnim tumačenjem ustava i primjenom principa pozitivnog aktivizma konstituisao praksu prema kojoj je proširio apstraktnu kontrolu i na druge normativne akte¹³. Razloge za proširenje svoje nadležnosti na ovaj način Ustavni sud je našao u tome što odredbom člana III/3.b) “[...] Ustav, *inter alia*, stavlja van snage zakone i podzakonske akte Bosne i Hercegovine” iz čega “[...] slijedi da Ustavni sud ima nadležnost da ocjenjuje uredbe Vlade Bosne i Hercegovine”. Takođe, i činjenica da se među ovlaštenim licima za podnošenje zahtjeva za kontrolu ustavnosti nalaze i predsjedavajući, ili njegov zamjenik, bilo kojeg doma Parlamentarne skupštine BiH bila je dovoljna Ustavnom sudu da zaključi da predmet apstraktne normativne kontrole mogu biti i ostali opšti akti mimo entitetskih ustava i zakona¹⁴.

Razmatrajući iznesene razloge sasvim se opravdanim i razumnim čini stav da zakoni BiH trebaju biti predmet kontrole ustavnosti, iako ovi akti nisu obuhvaćeni odredbom člana VI/3. a) Ustava. Uostalom, takva jurisprudencija Ustavnog

¹² Članovi Predsjedništva, predsjedavajući Savjeta ministara, predsjedavajući, ili njegov zamjenik, bilo kojeg doma Parlamentarne skupštine, jedna četvrtina članova/delegata bilo kojeg doma Parlamentarne skupštine, ili jedna četvrtina članova bilo kojeg doma zakonodavnog organa jednog entiteta.

¹³ Vidi, na primjer: Odluka broj U-12/98 od 7. juna 1999. godine, Ustavni sud Bosne i Hercegovine, *Bilten Ustavnog suda Bosne i Hercegovine 1999. godina – I dio*, Sarajevo, 2001, tačka 3, str. 201-205. Ovom odlukom je, naime, Ustavni sud ocijenio da Uredbe o ratifikaciji Ugovora o carinskoj i privrednoj saradnji između Bosne i Hercegovine i Federacije BiH sa Republikom Hrvatskom nisu u saglasnosti sa Ustavom Bosne i Hercegovine, te da iste prestaju važiti “*ex nunc* od dana donošenja ove odluke”.

¹⁴ *Isto*.

suda je trajno etablirana¹⁵ i do sada nije na ozbiljan način dovođena u pitanje od strane bilo koga. Jer, tražiti odricanje od kontrole ovih akata značilo bi osporavati pravo federalnom ustavnom sudu da cijeni ustavnost zakona donesenih na saveznom nivou što bi predstavljalo presedan u svijetu apstraktne kontrole ustavnosti.

Pored proširenja apstraktne kontrole ustavnosti i na kontrolu zakona donesenih na državnom nivou, Ustavni sud je, u pojedinim slučajevima, odlučivao o ustavnosti i drugih opštih akata koji su niže pravne snage od zakona. Tako je, između ostalog, Ustavni sud ocjenjivao i usaglašenost Statuta Grada Sarajeva, kao i Statuta Grada Istočnog Sarajeva i Grada Banja Luke sa Ustavom¹⁶. Obrazlažući stav da je nadležan za kontrolu ustavnosti i ovih opštih akata, iako odredba člana VI/3.a) Ustava takvo što ne predviđa, Ustavni sud je, između ostalog, naveo: "Iz citirane prakse jasno je da je Ustavni sud, kao institucija koja podržava Ustav Bosne i Hercegovine, nadležan da ispituje ustavnost svih akata, bez obzira na donosioca, ako je pitanje pokrenuto prema jednoj od nadležnosti Ustavnog suda iz člana VI/3. Ustava Bosne i Hercegovine. U skladu sa argumentacijom o ljudskim pravima, Ustavni sud je mišljenja da, kad god je to moguće, mora interpretirati svoju jurisdikciju tako da dozvoli najširu mogućnost otklanjanja posljedica kršenja tih prava"¹⁷. Međutim, iako je zauzeo takav stav u navedenim odlukama, u slučaju kada je odlučivao o ustavnosti odredbe jednog drugog podzakonskog akta, Poslovnika o radu Ustavnog suda Republike Srpske, Ustavni sud je o predmetima normativne kontrole, između ostalog, naveo i da je "[...] dosadašnja praksa Ustavnog suda u pravilu usmjerena na kontrolu zakonodavnih opštih akata, a ne i podzakonskih akata"¹⁸, što je u suprotnosti sa stavom iz prethodno citirane

¹⁵ Među brojnim odlukama kojima je vršena apstraktna normativna kontrola zakona Bosne i Hercegovine vidi na primjer: Odluka broj U-1/99 od 14. avgusta 1999. godine, Ustavni sud Bosne i Hercegovine, *Bilten Ustavnog suda Bosne i Hercegovine 1999. godina – I dio*, Sarajevo, 2001, str. 237-241, kojom je utvrđeno da pojedine odredbe Zakona o savjetu ministara Bosne i Hercegovine i ministarstvima Bosne i Hercegovine nisu u skladu sa Ustavom Bosne i Hercegovine. Ovom odlukom je Parlamentarnoj skupštini Bosne i Hercegovine dat rok od tri mjeseca od dana objavljivanja odluke u "Službenom glasniku Bosne i Hercegovine" da neustavne odredbe Zakona usaglasi sa Ustavom Bosne i Hercegovine; Odluka broj U-9/00 od 3. novembra 2000. godine, objavljena u "Službenom glasniku Bosne i Hercegovine", broj 1/01 kojom je odlučeno o ustavnosti odredaba Zakona o državnoj graničnoj službi Bosne i Hercegovine sa Ustavom Bosne i Hercegovine; Odluka broj U-14/02 od 30. januara 2004. godine, objavljena u "Službenom glasniku Bosne i Hercegovine", broj 18/04 kojom je odlučeno o usaglašenosti odredaba Izbornog zakona Bosne i Hercegovine sa Ustavom Bosne i Hercegovine; itd.

¹⁶ Odluka broj U-4/05 od 22. aprila 2005. godine, Ustavni sud Bosne i Hercegovine, *Bilten Ustavnog suda Bosne i Hercegovine 2005. godina – I dio*, Sarajevo, 2006, str. 41-56 i Odluka broj U-7/05 od 2. decembra 2005. godine, Ustavni sud Bosne i Hercegovine, *Bilten Ustavnog suda Bosne i Hercegovine 2005. godina – II dio*, Sarajevo, 2006, str. 57-72.

¹⁷ Odluka broj U-4/05 od 22. aprila 2005. godine, tačka 16.

¹⁸ Odluka broj U-7/10 od 26. novembra 2010. godine, objavljena u "Službenom glasniku Bosne i Hercegovine", broj 24/11 od 31. marta 2011. godine, tačka 23.

odluke broj U-12/98. Istom odlukom Ustavni sud je, ovaj put, za razliku od odlučjenja kao u prethodnim slučajevima, odlučio da odbaci zahtjev za ocjenu ustavnosti navedenog podzakonskog akta uz obrazloženje da “[...] Poslovnik o radu Ustavnog suda RS ne predstavlja akt [...] koji je donijelo predstavničko tijelo jedinice lokalne samouprave [...]”, te da “[...] ne predstavlja akt čiju je usklađenost sa Ustavom BiH Ustavni sud nadležan ispitati prema odredbama člana VI(3a) Ustava Bosne i Hercegovine”¹⁹.

S obzirom na navedeno, može se konstatovati da je Ustavni sud u predmetima iz nadležnosti apstraktne kontrole ustavnosti uspostavio nekonzistentnu praksu. Tako je, pored entitetskih ustava²⁰ i zakona²¹ - što mu je izričito Ustavom i dato u nadležnost, Ustavni sud meritorno odlučivao i o ustavnosti, kako je već navedeno, državnih zakona, statuta gradova i uredbi i odluka Vlade, odnosno Savjeta ministara BiH²². Na suprot tome, Ustavni sud je, zbog izraženog stava da je nenadležan da odlučuje, odbacio zahtjeve kojima se tražila ocjena ustavnosti drugih podzakonskih akata - opštinskih odluka²³, odluka vlada entiteta²⁴, odluka jav-

¹⁹ Isto, tačka 26.

²⁰ Djelimičnim odlukama broj U-5/98 od 29. januara 2000. godine, 18. februara 2000. godine, 1. jula 2000. godine i 18. avgusta 2000. godine, Ustavni sud Bosne i Hercegovine, *Bilten Ustavnog suda Bosne i Hercegovine 2000. godina*, Sarajevo, 2001. godina, Ustavni sud je odlučivao o usaglašenosti entitetskih Ustava sa Ustavom Bosne i Hercegovine.

²¹ Vidi, na primjer: Odluka broj U-16/00 od 2. Februara 2001. Godine, objavljena u “Službenom glasniku Bosne i Hercegovine”, broj 13/01, kojom je odlučeno o ustavnosti Zakona o prodaji stanova na kojima postoji stanarsko pravo Federacije Bosne i Hercegovine; Djelimična odluka o meritumu broj U-4/04 od 18. Novembra 2006. godine, objavljena u “Službenom glasniku Bosne i Hercegovine”, broj 24/07, kojom je odlučeno o ustavnosti Zakona o slavama i svetkovinama Republike Srpske; itd.

²² Vidi na primjer: Odluka broj U-12/09 od 28. maja 2010. godine, objavljena u “Službenom glasniku Bosne i Hercegovine”, broj 80/10 od 28. septembra 2010. godine, stav 4. dispozitiva odluke. U dijelu ove Odluke u kojem iznosi razloge za dopustivost zahtjeva, Ustavni sud ističe samo da je “[...] predmetni zahtjev dopustiv zato što ga je podnio ovlašćeni subjekat, te da ne postoji nijedan formalni razlog iz člana 17 stav 1 Pravila Ustavnog suda zbog kojeg zahtjev nije dopustiv”. Iz navedenog stava jasno slijedi da Ustavni sud nije dao niti jedan razlog za proširenje ocjene ustavnosti i na podzakonske opšte akte.

²³ Vidi, na primjer: Odluka broj U-3/96 od 16. oktobra 1997. Godine, Ustavni sud Bosne i Hercegovine, *Bilten Ustavnog suda Bosne i Hercegovine 1997. godina*, Sarajevo, 1999, str. 131-132; Odluka broj U-6/97 od 17. oktobra 1997. godine, Ustavni sud Bosne i Hercegovine, *Bilten Ustavnog suda Bosne i Hercegovine 1997. godina*, Sarajevo, 1999, str. 171-172. itd.

²⁴ Vidi, na primjer: Odluka broj U-58/02 od 27. juna 2003. godine, Ustavni sud Bosne i Hercegovine, *Bilten Ustavnog suda Bosne i Hercegovine 2003. godina*, Sarajevo, 2004, str. 91-94.

nih ustanova²⁵, normativnih akata preduzeća²⁶ i državnih organa²⁷, sporazuma iz oblasti penzijskog i invalidskog osiguranja²⁸. Ovakva nekonzistentna i neusaglašena praksa Ustavnog suda u pogledu predmeta ove kontrole rezultat je, najvećim dijelom, činjenice što su ustavne norme kojima je regulisana ova nadležnost neprecizne i isuviše uopštene, tako da ostavljaju mnogo prostora za njihovo raznovrsno tumačenje. S obzirom na rezultate takve prakse, opravdano se otvara pitanje koliko je ovakav način tumačenja Ustava i primjena koncepta (ne)samoograničenja od strane Ustavnog suda u skladu sa ustavnim principima i načelima, posebno onim iz člana I/2. Ustava koji kaže da će BiH funkcionisati kao pravna država. Možemo se, naravno, složiti sa pristupom da praksa Ustavog suda, kao i bilo kojeg drugog suda, jeste podložna promjenama tako da stav o jednom pitanju nakon nekog vremena evoluirao usljed izmijenjenih okolnosti koje postoje kod svakog pojedinog slučaja. Međutim, kada je neophodna izmjena postojećeg stava onda je nužno da se takva izmjena argumentuje i da se ponude odgovarajući razlozi zbog čega je bilo neophodno odstupiti od ranije utvrđenog stava u novom istovrsnom slučaju. Do takve racionalne argumentacije u navedenim slučajevima nije uvijek dolazilo, iako je Ustavni sud u više navrata donosio različite odluke o ustavnosti akata iste pravne snage.

Ustavni sud je, pored navedenih akata, vršio i ocjenu usaglašenosti sa Ustavom i zakona koje je nametnuo Visoki predstavnik međunarodne zajedice u BiH. Prvi takav slučaj bila je ocjena ustavnosti Zakona o državnoj graničnoj službi BiH²⁹. Obrazlažući stav zbog čega smatra da je ovlašćen vršiti ocjenu i ovih zakona koji su, u suštini, stupili na pravnu snagu na temelju akata međunarodne zajednice u BiH, Ustavni sud je naveo da je Visoki predstavnik donoseći predmetni zakon “[...] intervenisao u pravni sistem Bosne i Hercegovine, supstituišući domaće vlasti. U tom pogledu on je, stoga, djelovao kao vlast Bosne i Hercegovine, a zakon, koji je on donio, je prirode domaćeg zakona, te se mora smatrati zakonom Bosne i Hercegovine”³⁰. Potvrdu ovakvog stava Ustavni sud je izrazio i u svojim

²⁵ Vidi, na primjer: Odluka broj U-5/97 od 17. Oktobra 1997. Godine, Ustavni sud Bosne i Hercegovine, *Bilten Ustavnog suda Bosne i Hercegovine 1997. godina*, Sarajevo, 1999, str. 167-168.

²⁶ Vidi, na primjer: Odluka broj U-30/96 od 22. Decembra 1997. Godine, Ustavni sud Bosne i Hercegovine, *Bilten Ustavnog suda Bosne i Hercegovine 1997. godina*, Sarajevo, 1999, str. 219-220.

²⁷ Vidi, npr: Odluka broj U-41/02 od 26. Juna 2003. Godine, Ustavni sud Bosne i Hercegovine, *Bilten Ustavnog suda Bosne i Hercegovine 2003. godina*, Sarajevo, 2004, tačka 8, str. 88-90.

²⁸ Vidi, na primjer: Odluka broj U-6/03 od 24. oktobra 2003. godine, Ustavni sud Bosne i Hercegovine, *Bilten Ustavnog suda Bosne i Hercegovine 2003. godina*, Sarajevo, 2004, tačka 9, str. 394-396.

²⁹ Odluka broj U-9/00 od 3. novembra 2000. godine, Ustavni sud Bosne i Hercegovine, *Bilten Ustavnog suda Bosne i Hercegovine 2000. godina*, Sarajevo, 2002, str. 83-87.

³⁰ Isto, tačka 5.

naknadnim odlukama³¹ kojima je odlučivao o ustavnosti opštih akata koje je donio visoki predstavnik umjesto domaćih organa vlasti, tako da se ovakva praksa, uprkos različitim interpretacijama i mišljenjima, ne iskazuje kao sporna³².

Pravno dejstvo odluka iz apstraktne nadležnosti Ustavnog suda BiH

U pogledu pravnog dejstva odluka Ustavnog suda donesenih u postupku apstraktne kontrole ustavnosti neophodno je istaći, prije svega, da su odluke konačne i obavezujuće³³. Osim navedene formulacije, Ustav ne sadrži niti jednu drugu odredbu kojom bi se na konkretniji način definisalo pitanje pravnog dejstva odluka, pa je i ono detaljnije uređeno Pravilima.

Kada se govori o dejstvu odluka Ustavnog suda kojima je utvrđena neustavnost određenog opšteg akta sa aspekta vremenskog nastanka njihovih posljedica, Pravilima Ustavnog suda³⁴ je utvrđeno da “Ustavni sud odlukom kojom usvaja zahtjev odlučuje o njenom pravnom dejstvu (*ex tunc, ex nunc*)”³⁵. Dakle, odluke donesene u okviru ove nadležnosti, logički i gramatički tumačeći citiranu odredbu, mogu imati ili jedno ili drugo dejstvo što, očigledno, zavisi od diskrecione ocjene Suda u svakom konkretnom slučaju. Jasno je da ovako široko ostavljeno ovlašćenje ima svoje manjkavosti zbog ne postojanja objektivnih kriterija u kojim situacijama Ustavni sud postupa na jedan, a u kojim na drugi način. Takvo diskreciono ovlašćenje može lako dovesti do nekonzistentnog i arbitrarnog postupanja Ustavnog suda koje, opet, s obzirom na društveni značaj i posljedice njegovih odluka, može ugroziti principe pravne sigurnosti i izvjesnosti, tj. stabilnosti pravnog poretka. Takođe, donošenje odluka sa različitim dejstvom u sličnim ili

³¹ Vidi, na primjer: Odluka broj U-16/00 od 2. februara 2001. godine, Ustavni sud Bosne i Hercegovine, *Bilten Ustavnog suda Bosne i Hercegovine 2001. godina*, Sarajevo, 2003, str. 23-31; Odluka broj U-25/00 od 23. Marta 2001. Godine, Ustavni sud Bosne i Hercegovine, *Bilten Ustavnog suda Bosne i Hercegovine 2001. godina*, Sarajevo, 2003, str. 71-80; Odluka broj U-56/02 od 30. januara 2004. godine, Ustavni sud Bosne i Hercegovine, *Bilten Ustavnog suda Bosne i Hercegovine 2004. godine*, Sarajevo, 2005, str. 131-137.

³² U navedenoj Odluci broj U-16/00, tačka 3, pasus drugi, istaknuto je, između ostalog, da i sam OHR nije sporio nadležnost Ustavnog suda da ocjenjuje ustavnost njegovih odluka naglasivši “[...] da dostavlja svoje komentare bez ikakvog izričitog ili implicitnog priznavanja nadležnosti Ustavnog suda u odnosu na odluke Visokog predstavnika i bez posljedica na bilo koje pitanje koje bi moglo, u ovom ili nekom drugom slučaju, da se pokrene u vezi sa nadležnoću Ustavnog suda ili bilo kog drugog suda u odnosu na odluke Visokog predstavnika”.

³³ Član VI/4. Ustava Bosne i Hercegovine.

³⁴ Član 63. stav 1. Pravila Ustavnog suda Bosne i Hercegovine.

³⁵ Vidi, na primjer: Odluka o dopustivosti i meritumu, broj U-5/09 od 25. septembra 2009. godine, Ustavni sud Bosne i Hercegovine, *Bilten Ustavnog suda Bosne i Hercegovine 2009. godina*, Sarajevo, 2010, str. 133-150; Odluka o dopustivosti i meritumu, broj U-1/08 od 25. januara 2008. godine, Ustavni sud Bosne i Hercegovine, *Bilten Ustavnog suda Bosne i Hercegovine 2008. godina – I dio*, Sarajevo, 2008, str. 27-36; itd.

istovjetnim pravnim situacijama može dovesti u pitanje uniformnu zaštitu stečenih prava temeljenih na kasiranom opštem aktu, kao i intenciju da se putem prava ostvari ideja pravde i sl.

Pored toga što odluke Ustavnog suda imaju kasatorno dejstvo, one prema Pravilima Suda imaju takođe i dejstvo konstatacije neustavnosti. Naime, Ustavni sud svojom odlukom može da konstatuje da je opšti akt u nesaglasnosti sa Ustavom, te da donosiocu tog akta, ukoliko smatra da nije svrsishodno da akt kasira u cjelini ili djelomično, ostavi određeni rok u kojem je ovaj dužan da ispravi konstatovanu neustavnost³⁶. Ostavljeni rok za usaglašavanje neustavne odredbe sa Ustavom ne može biti duži od šest mjeseci³⁷, a ako se u ostavljenom roku ne otkloni utvrđena nesaglasnost sa Ustavom, Ustavni sud će svojom novom odlukom utvrditi da nesaglasne odredbe prestaju važiti³⁸. Ovakvo “kombinovano” dejstvo odluka sa mogućnošću da djeluju i kasatorno i kao odluke konstatacije neustavnosti nije, svakako, novost u ustavnosudskoj praksi³⁹.

Sa stanovišta obima u kojem je neustavan opšti akt sankcionisan Ustavni sud je ovlašćen da ispituje samo “[...] da li je *neki član* ustava ili zakona entiteta u saglasnosti sa ovim Ustavom.” Iz citirane odredbe slijedi da Ustavni sud, dakle, ne može u cjelini sankcionisati kontrolisane opšte akte već samo pojedine njegove odredbe. Međutim, Ustavni sud prilikom donošenja Pravila nije pratio navedenu odredbu Ustava, jer je njima odredio da “[O]dlukom kojom se utvrđuje nesaglasnost iz člana VI/3.a) i VI/3.c) Ustava, Ustavni sud može u cijelosti ili djelomično ukinuti opšti akt ili pojedine njegove odredbe.” Komparacijom navedenih odredaba Ustava i Pravila nesporno je da je citiranom odredbom Pravila dejstvo odluka Ustavnog suda postavljeno na širim osnovama nego što to dozvoljava sam Ustav. Koristeći, tako, pravnu situaciju koju je sam sebi stvorio, Ustavni sud je u više prilika donosio odluke kojima je, suprotno navedenoj ustavnoj odredbi, kasirao ne samo pojedine odredbe osporenog opšteg akta već sam taj akt u cijelosti⁴⁰. Iako je u praksi poznato da je nekada dovoljno kasirati nekolicinu najvažnijih odredaba nekog opšteg akta pa da njegova primjena bude u cijelosti paralizovana, Ustavni

³⁶ Vidi, na rprimjer: Odluka o dopustivosti i meritumu, broj U-14/05 od 2. decembra 2005. godine, Ustavni sud Bosne i Hercegovine, *Bilten Ustavnog suda Bosne i Hercegovine 2005. Godina – II dio*, Sarajevo, 2006, str. 75-102; Odluka o dopustivosti i meritumu, broj U-14/04 od 29. oktobra 2004. godine, Ustavni sud Bosne i Hercegovine, *Bilten Ustavnog suda Bosne i Hercegovine 2004. godina – II dio*, Sarajevo, 2005, str. 430-439.; itd.

³⁷ Član 63. stav 4. Pravila Ustavnog suda Bosne i Hercegovine.

³⁸ Član 63. stav 5. Pravila Ustavnog suda Bosne i Hercegovine.

³⁹ Isto dejstvo imaju i odluke, na primjer, Saveznog ustavnog suda Njemačke i Ustavnog suda Austrije.

⁴⁰ Vidi, na primjer naprijed navedenu Odluku o dopustivosti i meritumu, broj U-5/09 od 25. septembra 2009. godine, Ustavni sud Bosne i Hercegovine je u cijelosti ukinuo Zakon Bosne i Hercegovine o zaštiti domaće proizvodnje u okviru CEFTA-e.

sud ipak, *de lege lata*, nije ovlašten da na navedeni način kasira opšti akt, bez obzira koliko to nekad, možda, i bilo svrsishodno.

Kao ni ustavnim odredbama, niti odredbama Pravila se ne konkretizuje pitanje nivoa opštosti odluka Ustavnog suda. Međutim, imajući u vidu konkretne odluke koje je Sud donio u okviru apstraktne kontrole⁴¹, nije sporno da i one, kao uostalom i odluke drugih ustavnih sudova u ovoj nadležnosti, imaju dejstvo *erga omnes*. Dakle, ova vrsta dejstva zavisi isključivo od prirode akta čiju je ustavnost odluka negirala. Radi toga, odluka Ustavnog suda kojom je stavljen van snage neki opšti pravni akt, ne obavezuje samo učesnike konkretnog ustavnosudskog spora, već i sve ostale pravne subjekte. Međutim, ovo opšte dejstvo može biti različitog stepena s obzirom na prirodu, odnosno rang kojeg kasirani akt zauzima u pravnom poretku. Tako će odluka Ustavnog suda kojom se utvrđuje neustanost odredbe nekog entitetskog opšteg akta imati dejstvo *erga omnes* samo na teritoriji tog entiteta, dok će navedeno dejstvo odluka imati na teritoriji cijele države u slučaju kada je njome kasirana odredba državnog zakona.

Imajući u vidu ovakvo dejstvo njegovih odluka, proizlazi da i Ustavni sud BiH u vršenju apstraktne kontrole ima ulogu “negativnog zakonodavca”, jer je ovlašten da stavlja van snage one opšte akte koji narušavaju ustavnost objektivnog pravnog poretka, gotovo bez razlike ko je njihov donosilac. Međutim, Ustavni sud je, istina ne često, izlazio iz okvira uloge “negativnog zakonodavca” tako što je u pojedinim slučajevima sebi dozvolio da djeluje i kao zakonodavac, jer je, nažalost, donosio odluke kojima je kreirao rješenja koja su u isključivoj nadležnosti zakonodavne vlasti⁴².

Naposlijetku, potrebno je istaći da odluke Ustavnog suda BiH mogu imati i svoje tzv. potencijalno ili uslovljeno dejstvo. Pod ovim dejstvom podrazumijeva se dejstvo koje utiče na pravnu održivost pojedinačnih pravnih akata koji su doneseni na osnovu opšteg akta koji je oglašen neustavnim i, kao takav, prestao da važi. U principu, ovo dejstvo se očituje u tome što je svako lice kojem je nekim pojedinačnim aktom povrijeđeno konkretno pravo ovlašten da traži izmjenu tog pojedinačnog akta ukoliko je on utemeljen na neustavnom opštem aktu. U slučaju da legitimisano lice zatraži izmjenu pojedinačnog akta, donosilac tog akta je obavezan da ponovi postupak i donese novi akt koji će biti usklađen sa odlu-

⁴¹ Vidi, na primjer: Odluka o dopustivosti i meritumu, broj U-68/02 od 25. juna 2004. godine, Ustavni sud Bosne i Hercegovine, *Bilten Ustavnog suda Bosne i Hercegovine 2004. godina – I dio*, 2005, str. 581-592; Djelimična odluka o dopustivosti i meritumu, broj U-4/04 od 31. marta 2006. godine, Ustavni sud Bosne i Hercegovine, *Bilten Ustavnog suda Bosne i Hercegovine 2006. godina – I dio*, 2006, str. 111-157.

⁴² Vidi, na primjer: Odluka broj U-44/01 od 22. septembra 2004. godine, Ustavni sud Bosne i Hercegovine, *Bilten Ustavnog suda Bosne i Hercegovine 2004. godina – II dio*, 2005, str. 260-263. Ovom Odlukom je Ustavni sud nazive gradova u Republici Srpskoj, za koje je ranijom odlukom utvrdio da nisu u saglasnosti sa Ustavom, zamjenio novim nazivima prema sopstvenoj diskreciji.

kom Ustavnog suda⁴³. Međutim, da bi ovakvo traženje ovlaštenog lica rezultovalo donošenjem novog pojedinačnog akta neophodno je da je ono preduzeto u okviru određenih prekluzivnih rokova. Prijedlog za ponavljanje postupka i donošenje novog pojedinačnog akta, naime, mora se podnijeti u roku od šest mjeseci od dana objavljivanja odluke Ustavnog suda kojom je kasiran opšti akt koji je predstavljao pravni osnov za donošenje pojedinačnog akta čija se izmjena traži. Pored toga, nužno je da od donošenja predmetnog pojedinačnog akta do donošenja odluke Ustavnog suda nije proteklo više od pet godina⁴⁴. S obzirom na navedene odredbe Pravila, nesporno je da je organ koji je donio pojedinačni akt, u slučaju ispunjenja navedenih uslova, obavezan da obnovi postupak. Drugim riječima, ovaj organ ne uživa diskreciono pravo da odlučuje o osnovanosti prijedloga, jer mu nije ostavljena mogućnost da odlučuje o svrsishodnosti vođenja novog postupka koja se u ovome slučaju pretpostavlja.

ZAKLJUČAK

Ustavni sud BiH je, pored ostalih vidova zaštite, nadležan da odlučuje o zaštiti ustavnosti i kroz apstraktnu normativnu kontrolu. Međutim, Ustavni je sud nerijetko i neopravdano, izvan normativnih postavki, širio granice ove nadležnosti u slučajevima kada je za predmet kontrole uzeo akte koji nisu obuhvaćeni odredbom VI/3.a) Ustava. Iz navedenih primjera proizlazi da je Ustavni sud neumjereno posezao za principom pozitivnog sudskog aktivizma na štetu suprotstavljene sudske tendencije – principa samoograničenja – jer je široko tumačeći ustavne odredbe promijenio granice svoga legitimiteta. Isti princip Sud je koristio i kod određivanja pravnog dejstva odluka kojima je nalazio povredu načela ustavnosti. Razloge ovakve prakse Ustavnog suda možemo tražiti u ustavnim odredbama formulisanim na isuviše načelan i uopšten način koje, onda, zbog takve svoje prirode dozvoljavaju ekstremne pristupe u njihovom tumačenju. Ali, možda još čak i više od toga, razloge možemo naći i u odsustvu dovoljno kvalitetnog eksternog opšteg akta koji bi, umjesto postojećih internih Pravila, jasnim i preciznim odredbama na dovoljno fleksibilnoj osnovi, regulisao sva pitanja u vezi sa organizacijom i funkcionisanjem Ustavnog suda. Zbog toga je BiH svakako potreban zakon o Ustavnom sudu kojim će se ispraviti do sada uočeni ovi i drugi nedostaci, ali i kojim će se, posebno, pokušati ostvariti *ratio* uloge Ustavnog suda u skladu sa savremenim pristupima pitanju odnosa ustavnog suda i konstitucionalizma. Taj bi zakon, takođe, morao biti ustavni zakon, jer je neprihvatljivo da se fundamentalna pitanja koja se odnose na Ustavni sud, a koja nisu precizirana ustavom, razrađuju i konkretizuju "običnim" (ordinarnim) zakonom. Ovo radi toga što svako važnije pitanje koje se odnosi na ustavni sud, a koje mora da se precizira

⁴³ Član 67. Pravila Ustavnog suda Bosne i Hercegovine.

⁴⁴ Član 68. Pravila Ustavnog suda Bosne i Hercegovine.

zakonom, ipak jeste *materia constitutionis*. Ovakav zaključak proizlazi iz posebne ustavnopravne pozicije i političke važnosti Ustavnog suda a što zahtjeva donošenje zakona takve pravne snage koji će u potpunosti garantovati samostalnost i nezavisnost ustavnog suda u odnosu na svaku drugu vlast. U protivnom, ako bi se ova pitanja normirala ordinarnim zakonom, zakonodavac bi mogao ustavnom sudu u bilo koje vrijeme, izmjenom postojećeg ili donošenjem novog zakona, prema vlastitom nahodjenju i zavisno od političkog trenutka, čak i proizvoljno određivati ono što nije normirano ustavom. To bi za sobom moglo povući teške posljedice, jer vladajuća politička struktura onda može kreirati takva zakonska rješenja, na primjer po pitanju izbora, razriješenja i mandata sudija, materijalnog i finansijskog položaja suda i sudija itd, koja bi mogla uticati na nezavisnost i samostalnost Ustavnog suda i time, naravno, na cjelokupan njegov rad. A to se, u krajnjem, može odraziti i na efikasnost u očuvanju i zaštiti ustavnosti i na ostvarenje principa vladavine prava.

LJUBOMIR OŽEGOVIĆ, LL.M.,
Secretary of The Constitutional Court
of the Republic Srpska

SOME CONTROVERSY OF ABSTRACT NORMATIVE CONTROL OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary

Constitutional courts in contemporary constitutional democracies have an extraordinary role in preserving the principles of constitutionality and legality as well as direct protection of human rights and fundamental freedoms guaranteed by the constitution. By exercising these functions and imposing constitutional sanctions, constitutional courts have defined themselves as regulators that are guarding the legal order from unconstitutional acts and conditions. The Constitutional Court of BaH posses these functions as well. However, there are divided opinions regarding particular questions related to the jurisdiction of The Constitutional Court of BaH. Some of those controversial questions are: what is the subject of the review of The Constitutional Court of BaH, as well as the legal effect of the decision issued within this jurisdiction. This article aims to answer those questions. While observing this issue, it was necessary to analyse the legislative framework concerning the abstract control of The Constitutional Court of BaH, as well as to get to know it's jurisprudence and reasoning in exercising this jurisdiction.

PРАВНА ПРИРОДА I ПОЛОЖАЈ УСТАВНОГ СУДСТВА U СИСТЕМУ ПОДЕЛЕ ВЛАСТИ

U V O D

Pitanje pravne prirode i položaja ustavnog sudstva, iako na prvi pogled može delovati kao prežvakano teoretisanje, jeste pitanje sa izrazito značajnim praktičnim implikacijama. Tako se pred Ustavnim sudom Srbije postavilo pitanje da li ustavno sudstvo može ukidati odluke redovnog sudstva, s obzirom da sudske odluke “ne mogu biti predmet vansudske kontrole”.¹ U radu ćemo se fokusirati na dve grupe pitanja: 1) Gde je mesto ustavnog sudstva u sistemu podele vlasti? Odnosno, kojoj grani vlasti pripada ustavnosudstvo? 2) Kakav je karakter ustavnog sudovanja? Da li je reč o političkoj, stručnoj ili hibridnoj vrsti aktivnosti?

Cilj ovog rada je da se da što je moguće produbljeniji i primenljiviji odgovor na navedena pitanja. Odgovor na ovo pitanje podrazumeva uočavanje razlika između centralizovanog i difuznog ustavnosudskog sistema, ali i različitih nacionalnih rešenja. U radu je dat jedan opšti osvrt na pitanje podele vlasti. Ključni kriterijumi za dobijanje odgovora na dva navedena pitanja jesu: normativni položaj ustavnog suda; nadležnost ustavnog sudstva i ustavnosudski aktivizam (postupanje ustavnog sudstva); kao i način izbora sudija ustavnoga suda. Sve navedeni kriterijumi u različitoj meri mogu determinisati pravnu prirodu i položaj ustavnog sudstva, a takođe oni su vrlo često u međusobno determinišućoj korelaciji.

Savo Manojlović, mlađi savetnik Ustavnog suda Republike Srbije.

¹ Član 145. Stav 3 Ustava Srbije od 2006.

OPŠTI OSVRT NA SISTEM PODELE VLASTI

Sistem podele vlasti ima svoj, kako se ističe, orgnizaciono-tehnički i političko-pravni aspekt. Iako postoje ne mala sporenja i teorijske rasprave, kada se kaže podela vlasti, prvo se pomisli na tri vlasti: zakonodavnu, izvršnu i sudsku. Aritmetika ove klasične podele je u velikoj meri narušena. Otuda se često ističe da podela vlasti tako precizno odeljena postoji još samo “samo u knjigama i u profesorskim glavama”.² Ovo načelo je, zaista, u svom čistom teorijskom vidu u realnosti bilo podložno čestim krunenjima, ali je tektonske promene doživelo krizom parlamentarizma koja se u naučnim radovima uočava od početka prošlog veka. Sažeto rečeno ogleda se u činjenici da parlament nad vladom suštinski odavno nema kontrolišuću ulogu, jer se centar odlučivanja zapravo nalazi u vrhuškama političkih stranaka. Kako je Slobodan Jovanović primetio, “prvi teoretičari parlamentarizma zamišljali su parlament i vladu kao dve rivalne vlasti: oni su bili uvereni da će parlament budnim okom pratiti vladin rad i potrzati je na odgovor za svaku pogrešku. Teoretičari parlamentarizma nisu predviđali ovu zajednicu političkih interesa između vlade i parlamenta, zbog koje parlament, umesto da otkriva, prikriva vladine pogreške – i nije više njen nepotkupljivi sudija nego njen zainteresovani ortak.”³

Najozbiljnija teorijska alternativa trokrakoj podeli vlasti jeste koncept o četiri grane vlasti prema kojoj ne postoji jedinstvena izvršna grana, već je reč o stvari o dve grane – izvršno-političkoj i izvršno-upravnoj.⁴ Pre svega zato što možemo govoriti o postojanju dva različita rezona – političkom i upravnom (javno interesnom).⁵ No, kako se za ustavno sudstvo “ponajpre tvrdi da je često pod uticajem izvršne vlasti, ali se nikad nije tvrdilo da je deo te vlasti”,⁶ to ćemo pitanje da li su egzekuivno-politička i egzekutivno-upravna dve grane ili podgrupe iste grane vlasti, ostaviti po strani s obzirom da prevazilaze potrebe i domete ovog rada.

Usled novih mehanizama kojima država ispunjava svoje funkcije, dolazi do promene tradicionanih mehanizama obavljanja određenih funkcija putem institucija, koje bilo u svom organizacionom ili funkcionalnom smislu nisu tako lako uklopljivi u klasične modele podele vlasti. Tako recimo funkcija nezavisnih agen-

² A. Fira, *Neka sporna pitanja postupka pred Ustavnim sudom*, “Ustavni sud Srbije – u susret novom ustavu”, 2004, str. 313.

³ Slobodan Jovanović, *Današnja politička kriza*, “Iz istorije političkih doktrina”, Beograd, 1990, str. 433.

⁴ O ovome detaljno: R. Marković, *Izvršna vlast*, (doktorska disertacija), 1976.

⁵ Više o razlikovanju političkog i javnog interesa: S. Manojlović, *Pojedinačni politički akti (razgraničenje od upravnih akata)*, master rad, 2009, str. 23–37 i šire.

⁶ B. Nenadić, *O jemstvima nezavisnosti ustavnih sudova (Sa posebnim osvrtom na ustavni sud Srbije)*, Beograd, 2012, str. 53.

cija se smatra hibridnom, te se agencije proglašavaju “novom granom vlasti”.⁷ Slično se recimo zbog institucionalne nezavisnosti centralne banke otvara pitanje možemo li govoriti o novoj “monetarnoj grani vlasti”.⁸ Slično pitanje se postavlja sa centralizovanim ustavnim sudovanjem: nije li reč o novoj grani vlasti?⁹

Podelu vlasti možemo posmatrati kroz funkcionalni i organizacioni princip. Funkcionalni princip je, ako govorimo o granama vlasti, merodavniji. Koja je funkcija koja se vrši? I da li je ona po kvalitetu, ali i po kvantitetu takvog obima da možemo govoriti o formiranju posebne grane vlasti? Organizaciono odvajanje je pre svega tehničkog karaktera, mada takođe ukazuje da vršenje određenih državnih funkcija valja organizaciono separatisati kako bi se obezbedila nezavisnost njihovog rada. No, to nužno ne znači da je potreba za njihovim organizacionim izdvajanjem potreba njihove specifične (*sui generis*) funkcije, pa samim tim ne znači da reč o novoj grani vlasti.

Podela vlasti kao načelo, kao i njen dominirajući koncept o trokrakoj vlasti u praksi su pretrpeli značajne promene. Načelo podele vlasti ostaje međutim jedna od osnovnih karakteristika liberalnog konstitucionalizma. Inagurisanje ostalih “grana vlasti” se najčešće vrši kada se određena specifična državna funkcija teorijski obrađuje pa se zbog njenog specifičnog ili hibridnog karaktera ona (olako) proglašava *sui generis* funkcijom i novom ravnopravnom granu. Odustajući od našeg, u ranijim radovima,¹⁰ olakog prelaženja preko pitanja o broju državnih vlasti, ovde ćemo istaći dva kriterijuma koja treba uzeti u obzir kod pitanja postojanja nove grane vlasti. Prvi je da reč o funkciji koja po svom kvalitetu i kvantitetu zaslužuje da stoji “rame uz rame” sa postojećim granama. Drugi kriterijum je da prilikom takvog tumačenja nesumnjivo treba poći i od ustavnih odredbi kojima je regulisano pitanje podele vlasti. Prvi kriterijum je suštinskog karaktera, dok drugi više može govoriti o normativno-formalnom okviru (*de lege*, odnosno *de constitutione lata*) Naročito ako je reč o novijem ustavnom tekstu, treba uvažiti činjenicu da ustavotvorac nije ili jeste našao za shodno da podelu vlasti uspostavi po tripartitnom modelu.

Određeni hibridni elementi ili specifičnosti ne znače da neku pojavu odmah treba proglasiti – novom granom vlasti i *sui generis* funkcijom, već je pre toga potrebno ispitati da li se određene klasične (legislativne, zakonodavne ili izvršne) karakteristike pretežu u odnosu na ostale, pa se kao takve mogu smatrati

⁷ Tako: David H. Rosenbloom, *Administrative Law for Public Managers*, Boulder, 2003, str. 11–12 Šire o agencijama u američkom pravu videti u: Marko Davinić, *Koncepcija upravnog prava Sjedinjenih Američkih Država*, Beograd, 2004., str. 87–115.

⁸ O tome više videti S. Manojlović, *Pravo na efikasno pravno sredstvo i član 9. Zakona o bankama*, “Izbor iz sudske prakse”, 11/ 2010, str. 13–17 ili u “Pravo i privreda”, 4-6/2010, 2010, str. 197–208.

⁹ Z. Tomić, *Ustavno sudstvo – između žreca i stvaraoca*, “Ustavni sud Srbije – u susret novom ustavu, 2004, str. 61–70. B. Nenadić, *op. cit.*, str. 49–56.

¹⁰ S. Manojlović, *op.cit* (fusnota 7). S. Manojlović, *op. cit.* (fusnota) str. 17–19.

i suštinski određujućim. Činjenica je da i klasični nosioci određenih grana vlasti vrše neimanentne funkcije. Tako vlada u brojnim sistemima kao čeon predstavnik egzekutivne vlasti donosi opšte podzakonske propise, čime često vrši i suštinsku opštenormativnu regulaciju određenih oblasti. Pojedini upravni postupci neretko mogu imati kvazisudske elemente. Parlament izborom određenih lica na javne funkcije i donošenjem pojedinačnih akata vrši izvršnu funkciju i sl. No, jasno je da se navedenim izuzetcima ne dovode u pitanju njihove pretežne nadležnosti koje su determinišiču faktor njihove funkcionalnosti.

USTAVNO SUDSTVO U SISTEMU PODELU VLASTI

Normativni položaj ustavnog sudstva

Podela vlasti jedno je od prvih slova abecede liberalne ustavnosti. Neretko se ovo načela nalazi među prvim odredbama pisanih ustava. Takođe, u ustavnopravnoj nauci je nesporno stanovište da osnovna pitanja ustavnog sudstva jeste materija koju treba regulisati samim ustavom. Nesumnjivo reč o jednoj od najbitnijih institucija, pa je logično da položaj, nadležnost, način izbora sudija ustavnog sudstva čije će odluke svoje izvorište nalaziti u ustavnim normama budu tim istim ustavom i regulisane.

Nemački ustav (Osnovni zakon) rad ustavnog sudstva reguliše u poglavlju IX "Sudstvo". Stoga bi se, normativno gledano, ustavno sudstvo u Nemačkoj nalazilo u okviru sudske grane vlasti. Takođe u Ustavu Poljske, koji prihvata tripartitivnu podelu na zakonodavnu, izvršnu i sudsku vlast (član 10. stav 1), Ustavni tribunal se nalazi u odeljku VIII "Sudstvo i Tribunal". Slično rešenje se nalazi i u Ustavu Rusije, gde je članom 10. utvrđena tripartitivna podela vlasti, a poglavljem VII "Sudska vlast" regulisan Ustavni sud (član 145).

Drugu grupu bi predstavljala ustavna rešenja u okviru kojih je pravni položaj ustavnog sudstva utvrđen, ne u delu o sudskoj nadležnosti, već se reguliše u odeljcima kojima se jemči ustavnost – "Garancije Ustava i uprave" (odeljak VI Ustava Austrije), "Jemstva ustavnosti" (odeljak Ustav Srbije od 1990). Zanimljivo je da je Ustav Srbije od 1990. (član 9) predviđao da ustavotvorna i zakonodavna vlast pripada Narodnoj skupštini; da Republiku Srbiju predstavlja i njeno državno jedinstvo izražava predsednik Republike; da izvršna vlast pripada Vladi; da sudska vlast pripada sudovima; da zaštita ustavnosti, kao i zaštita zakonitosti u skladu s Ustavom, pripada Ustavnom sudu. Nije li ovim Ustavom zaravo bila konstituisana posebna – ustavnosudska vlast? Skloniji smo tumačenju da je zapravo tadašnji ustavotvac želeo istaći pet najvažnijih ustavnih institucija, jer bi u suprotnom proizlazilo da i predsednik (šef države) predstavlja posebnu vlast, iako je u ustavnopravnoj nauci nesporeno da ukoliko šef države nije i predsednik vlade, zapravo imamo bicefalnu egzekutivu.

Treću grupu, čine ustavi gde je u odeljku "Ustavni sud" posebno regulisano ustavno sudstvo. Takvi su Ustav Srbije od 2006 (VI deo) i Ustav Hrvatske (deo V), a oba ustava utvrđuju podelu na tri vlasti (član 4. stav 2. Ustava Srbije od 2006 i član 4. stav 1. Ustava Hrvatske). Ustavno sudstvu je posvećen ceo jedan deo, dok je uređenje svih ostalih grana i organa vlasti izvršeno u drugom delu. Ovim posebnim izlučivanjem ustavnog sudstva se pre svega želi istaknuti značaj njegove uloge u sistemu vladavine prava i zaštite ljudskih prava. Takođe, u konvencijama nomotekhnike je da se u okviru propisa koji objedinjino sadrži materijalne i procesne norme – ustavni tekst naravno to čini na uopšten način – posebnim odeljkom reguliše nadležnost i ustrojstvo kontrolnog organa.

Ukoliko pođemo samo od kriterijuma ustavnih odredbi, jasno je da ustavno sudstvo nesumnjivo pripada sudskoj grani vlasti u Ustavima gde je regulisano u okviru sudske grane vlasti. Takođe u ustavima u kojima je *explicite* utvrđena tripartivna podela na zakonodavnu, izvršnu i sudsku vlast, ustavno sudstvo se ne bi moglo posmatrati kao posebna grana vlasti. Proklomanje njegove samostalnosti i nezavisnosti (...) bi ga organizaciono izmeštalo iz strukture određene grane vlasti, ali bi funkcionalno nesumljivo pripadalo jedno od postojećih. Ovakvo stanovište bi se *mutatis mutandis* moglo primeniti i na sisteme u kojima tripartivna podela nije ustavom deciderano ustanovljeno, ali bi tu svakako bilo znatno više prostora za raspravu o ustavnom sudstvu kao posebnoj grani vlasti.

U Ustavu Srbije se ovo stanovište može dovesti u pitanje, s obzirom da je, bez obzira na načelo o trokrakoj vlasti, uređeno da je "Vrhovni kasasvioni sud najviši sud u Republici Srbiji" (član 143. stav 4), kao i "sudske odluke ne mogu biti predmet vansudskog preispitivanja". S obzirom da je Ustavni sud regulisan van dela o sudskoj vlasti, umesno je postaviti pitanje da li je Ustavni sud van sistena sudske vlasti. Takođe, u ovom delu razmatranja ne treba smetnuti s uma na, uporednopravno dominantnu odrednicu "sud". "Da li njegovu prirodu pretežnije određuje imenica ¹¹'sud' ili pridev 'ustavni?'" ¹² Izuzetci su Ustavni savet Francuske i Ustavni tribunal Poljske. Iako ustavni pojmovi, načela, norme i zajemčena prava kroz višegodišnju, mada bi pravilnije bilo reći, višedicenijsku interpretaciju i praksu mogu doživeti značajne promene, stanovišta smo da ni jedna interpukcija, reč, pojam, norma – naročito ako predstavljaju uporednopravni standard – nisu slučajno zalutale u ustavni tekst.

Nadležnost i karakter ustavnog sudovanja

Osnovna, klasična ustavnosudska nadležnost je *ocena ustavnosti opštih akata*, pre svega zakona. Upravo je zbog ove funkcije i nastala institucija centra-

¹¹ B. Nenadić, *op.cit.* str. 51.

¹² B. Nenadić, *op.cit.* str. 51.

lizovanog ustavnog sudstva. Još je H. Kelzen, idejni tvorac centralitovanog sudstva video u ovoj instituciji "negativnog zakonadavca", koji iako ne odlučuje šta će biti zakon, odlučuje šta zakon neće biti. S druge strane, R. Lukić, ukazuje da se odlukom o neustavnosti, formalnopravno gledano, pojedinačnim aktima izriče sankcija zbog neustavnosti,¹³ čime ukazuje da je reč o tipično sudskoj funkciji. Z. Tomić ističe da su ti pojedinačni akti, međutim, "po funkciji opšti – stupaju na mesto opštih i normativno deluju prema svima – (erga omnes)." Ustavnosudska odluka je, "ex constitutionem, u rangu zakona kojim se (delimično ili potpuno) ukida izvestan zakon, ide ruku-pod-ruku sa zakonskim regulama koje su nesporne, odnosno onima koje su neosporene, odnosno onima koje su izdržale ustavno sudsku kontrolu – a nadmoćna je, kasirajuća u pogledu zakonskih normi koje, kao neustavne, upravo ta odluka direktno stavlja van snage".¹⁴ Gde onda svrstati ustavnosudstvo? Posmatrano u svetlosti nadležnosti ocene ustavnosti, da li je reč o zakonodavnoj, sudskoj ili hibridnoj (*sui generis*) instituciji?

Naizgled može delovati da se sporno pitanje odnosi isključivo na centralizovano ustavno sudstvo, a ne i na difuzno. No, iako isprva može delovati prilično nesuvislo postavljati pitanje karaktera ustavnosudske funkcije kada je ona raspršena kroz mrežu redovnog sudstva kod difuznog ustavnog sudovanja ocena ustavnosti suštinski nije nimalo slabija, kao što to isprva može delovati. Ona je samo zabašurena redovnim sudovanjem koje redovno sudstv obavlja istovremeno sa ustavnim, a nije nimalo slabije. Šta više činjenica da jedan organ – vrhovni sud zapravo sublimese moć koja je u centralizovanom sudstvu podeljena između ustavnog i redovnog sudstva, čini ga super organom. Tako je uloga Vrhovnog suda SAD kao čeonog predstavnika najuzornijeg modela difuznog ustavnog sudovanja u interpretaciji ustavnog teksta bila izrazito značajna. Isto tako Vrhovni sud SAD je u svojoj istoriji imao periode izratite konfrontacije sa političkom vlašću. Tako kao primer možemo izdvojiti sukob koji je ova institucija vodila sa administracijom predsednika Ruzvelta povodom njegove politike *New Deal*; ili odlučivanje u predmetu *Roe v. Wade* (1973), kada je Vrhovni sud tumačenjem Ustava SAD izveo pravo na privatnost, da bi iz njega izlučio pravo žene na pobačaj do trećeg meseca, čime je "tom jednom odlukom (...) paktično poništio 50 državnih zakona, u dijelu u kojem su oni regulirali prekid trudnoće".¹⁵

Ustavno sudovanje se kod ocene ustavnosi pretežno može zadržati na formalnim pitanjima, a može se manje ili više baviti materijalnom, sadržinskom ocenom ustavnosti opštih akata. Što dublje se prilikom ustavnog sudovanja zadire u suštinu stvari, što se više odlukama razrađuju ustavne norme, i što se više otkriva

¹³ R. Lukić, *Ustavnost i zakonitost u Jugoslaviji*, "Pojam ustavnosti i zakonitosti sredstva za njihovo ostvarivanje", 1966, str. 96.

¹⁴ Z. Tomić, *op. cit.*, str. 67.

¹⁵ R. Podljonjak, *Izbor sudaca Ustavnog suda Republike Srbije u komparativnoj perspektivi*, "Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu", 3/2007, str. 569.

ili neretko dopisuje značenje određenim ustavnim pojmovima i garancijama, to je pitanje karaktera ustavnog sudovanja otvorenije.

Pitanje položaja ustavnog sudstva najotvorenije je kod tzv. interpretativnih odluka Ustavnog suda koje su česte u uporednom pravu. Tako je primera radi Ustavni savet Francuske uveo praksu da određene zakone proglasi ustavnim, pod uslovom da se tumači u skladu sa njegovim tumačenjem koje bi izložio u obrazloženju odluke.¹⁶ Takvo ustavno sudovanje je teško posmatrati kroz Lukićevu formalnopravnu optiku.¹⁷ Negativni zakonodavac postoje legislativni kreator naročito kod konstruktivnih interpretativnih odredbi (*decisions constructives*) kada ustavni sud dopisuje zakonsku odredbu ili joj daje drugičiji smisao.¹⁸ Ustavni sud Italije je nakon što je redovno sudstvo odbijalo da prihvati njegovu interpretaciju zakonske norme koju pod tim uslovima ostavlja u “pravnom životu”, počeo da poništava zakonske odredbe u slučaju da se one tumače na način koji Ustavni sud smatra neustavnim. Ustavno sudstvo ovim odlukama zapravo svojim odlukama “manipuliše” zakonskim odredbama uvodeći opšte norme u pravni poredak, tako što daje obavezujuće tumačenje određene zakonske ili tako što je ostavlja “u životu”, ali eliminiše tumačenja koja smatra neustavnim.¹⁹ Iako Ustavni sud Srbije do sada nije pokao tendenciju ka izrazitom ustavno sudskom aktivizmu i on je u određenim momentima imao odluke koje bi se mogle okvalifikovati kao interpretativne. Takav primer možemo naći u predmetu “blanko ostavki” kojim je Ustavni sud zapravo dao prednost opštim (načelnim) odredbama Ustava naspram jednoj eksplicitnoj, takođe ustavnoj odredbi.

Ustavno sudstvo prilikom ocene ustavnosti opštih akata može dobiti značajne kreatorsko legislativne pa čak i konstitucionalno stvaralačke obrise. Naročito na umu treba imati da postupanje ustavnog sudstva u praksi može biti pravno bezobalno, neograničeno, jer ne postoji nikakav viši pravni kontrolor njegovog postupanja. A neretko mu – kao što je slučaj u srpskom pravu (član 171. stav 2. Ustava Srbije: “Ustavni sud svojom odlukom, određuje način njenog izvršenja kada je to potrebno.”) – i sam ustavotvorac ostavlja određene ruke u izboru mehanizama putem kojih će ostvariti svoju funkciju kontrolora ustavnosti.

Postupanje ustavnog suda po *ustavnoj žalbi* predstavlja nadležnost koja je po kvantitetu, ali ne i po značaju postala nesumnjivo primarna.²⁰ Ustavni sud odlučuje da li je pojedinačnim aktom državnih organa, dakle sudova i uprave došlo do povrede nekog ustavom zajemčenog prava. Imajući u vidu da, saglasno Usta-

¹⁶ T. Marinković, Interpretativn odluke ustavnih sudova, , “Ustavni sud Srbije – u susret novom ustavu, 2004, str. 247–248.

¹⁷ Videti fusnotu 13.

¹⁸ D. Rouseau, Droit du contentieux constitutionnel, 2001, 156–157.

¹⁹ T. Marinković, *op.cit.*, str. 249.

²⁰ U 2010. Godini je broj predmeta iznosio 10.807 od čega 8.672 (80,24%) ustavnih žalbi. *Pregled rada Ustavnog sudstva*, 2011, str. 3.

vu Srbije, svi pojedinačni akti kojima se odlučivalo o pravima i obavezama podležu sudskoj kontroli, jasno je da u postupku odlučivanja po ustavnoj žalbi ustavno sudstvo sprovodi superviziju nad sudstvom. Ono svoju kontrolu vrši kasiranjem sudskim odluka, koji se vraćaju a novo odlučivanje pred poslednjom u nizu sudskoj instanci. Iako se i Ustavni sud RS u više svojih odluka istakao da u postupku odlučivanja "nije nadležan da postupa kao instanciono viši sud", kao i da navodi o povredi ustavom zajemčenih prava moraju sadržati "ustavnopravno prihvatljive razloge", jer nije nadležan da ceni "pravilnost primene materijalnog prava", jasno je da se on zapravo javlja kao "Nadvrhovni", "Vrhovni sud Vrhnome sudu", koji iz posebne ustavnosudske vizure ocenjuje pravilnost sudskih odluka. Njegova kontrolna funkcija je, nesumnjivo, uzvišenija, od klasične instancione nadežnosti u redovnom sudstvu. No imajući u vidu ustavnu odredbu (član 142. stav. 2) da sudovi sude na snovu "Ustava, zakona i drugih opštih akata", mišljenja smo da i instanciono viši (redovi) sudovi pored kontrole zakonitosti, jesu nadležni za kontrolu ustavnosti u svakom pojedinačnom slučaju. Iako praksa, a i teorija pokušava da striktno razdvoji kontrolu ustavnosti od povrede zakona, neretko je upravo "arbitrerna" i očigledno pogrešna primena zakona upravo uzrok povrede ustavnih prava. Takođe, mnoga ljudska prava se Ustavom blanketno garantuju "u skladu sa zakonom", pa je samim tim njihova pogrešna primena uzrok ustavnosudske intervencije. Nesumnjivo je a razlika između ustavnosudske i redovnosudske kontrole postoji. Konstitucionalna supervizija pojedinanih akata je znatno finija i pravno senzitivnija.

Nesumnjivo je da se ustavno sudstvo u postupku po usavnoj žalbi ne bi trebalo baviti pravnim sitnicama, niti je nadležno da zalazi u domen slobodne sudijske ocene. Reč je o ispitivanju povrede osnovnih prava, koju vrši i Evropski sud za ljudska prava, pa zato možemo govoriti o "Unutrašnjem", "Domaćem Strazburu". Iako se ispituje specifična vrsta (osnovnog) prava, reč je o tipičnom sudskom postupku u kome se osporava pojedinačni pravni akt. Najbliži bi mu bio upravnosudski spor. Ustavno sudstvo u postupku odlučivanja o ustavnoj žalbi ima, po pravilu, kasatorna ovlašćenja. Reč je, imajući u vidu sve navedeno, o specifičnoj, ali svakako sudskoj funkciji.

Sukob nadležnosti između horizontalnih nivoa vlasti je politički izuzetno senzitivno pitanje. Upravo zato se po pravilu poverava centralizovanom ustavnom sudu. A političke dimenzije ovog pitanja jasno ukazuje činjenica da je Vrhovni sud SAD koji je često pokazivao visok stepen političke kuraži, razvio doktrinu političkog pitanja, shodno kojoj je odbio da arbitrira kod pitanja sukoba nadležnosti između zakonodavne i izvršne vlasti.²¹ Centralizovano sudstvo po prirodi stvari ne može izbeći ovo pitanje prilikom ocene ustavnosti (i zakonitosti) opštih akata. Takođe, Ustavom Srbije u domen ustavnosudske nadležnosti je stavljeno i rešavanje sukoba između organa uprave i sudova. Što ukazuje da ustavo

²¹ H. Rosenbloom, *Administrative Law for Public Managers*, 2003, str. 152–153.

sudstvo ima natkrovljujuću funkciju, van (da li samo organizaciono?) sudskog sistema. Kod država koje u sopstvenom uređenju imaju teritorijalne jedinice sa izvesnim stepenom autonomije, jedna od uloga ustavnog sudstva je i konfliktna nadležnost između centralnih i teritorijalnih jedinica sa izvesnim stepenom autonomije (federalnih, regionalnih, pokrajinskih) jedinica. Valjano ustavno sudstvo se smatra jednim od ključnih "čuvara federacije",²² koji će predstavljati, kako veli M. Jovičić, "branu nekontrolisanom širenju talasa centralizma", ali i konfederalizacije.²³ Time se, kako veli R. Marković "ostvaruje prava politička ideja federalizma da takve sporove ne rešava neki savezni politički organ kao političko pitanje, već neutralni sudski organ kao pravno pitanje."²⁴ U literaturi se neretko istie da je nezavisni (ustavno)sudski organ koji će arbitrirati između različitih horizontalnih nivoa vlasti *sine qua non* stabilnog federaliza. U Srbiji ne samo što se Ustavni sud jalja kao arbitrar između horizontalnih nivoa vlasti (republika - pokrajina - lokalni nivo), već ga Ustav posmatra zaštitnikom lokalne samouprave i autonomije (član 187. stav 1. i član 193. stav 1. Ustava), kome navedeni nivoi vlasti mogu izjaviti žalbe protiv akata drugih nivoa vlasti..

Ostale nadležnosti ustavnog sudstva su: zabrana političkih stranaka i drugih organizacija; suditi predsedniku države, premijeru ili ministrima; odlučivati o žalbama sudija, tužilaca na odluku o prestanku njihove funkcije. U svim navedenim slučajevima ustavno sudstvo se javlja kao tipično sudski organ, koji ima apelacionu (drugostepenu) ili čak u nekim slučajevima prvostepenu nadležnost.²⁵ Pravne posledice njegove odluke mogu biti kasatorne prirode (odluke o žalbama tužioca i sudija) ili čak meritornog kraktera (zabrana organizacija). Reč je nesumnjivo o tipično sudskoj funkciji koja je zbog izraženog značaja i(li) političkog naboja stavljena u nadležnost ustavnog suda.

Kod nadležnosti u kojima se ustavni sud javlja kao tipično sudski organ (odlučivanje o žalbama, suđenje predsedniku ili odlučivanje o predlogu za zabranu organizacije) nesumnjivo je reč o maltene tipično sudskoj prirodi. Kod odlučivanja o ustavnoj žalbi ustavni sud ima specifičnu, ali po pravnoj prirodi ipak najpre sudsku funkciju. I kod pitanja sukoba nadležnosti, ustavni sud razrešava jedno komplikovano pravno pitanje koje je najbliže sudskom rezonu.

Najspornije ostaje pitanje uloge ustavnog suda prilikom ocene ustavnosti opšteg akta. Nesumnjivo je da i klasična ocena ustavnosti bez interretativnog aktivizma nesumnjivo otvara dilemu karaktera ustavnog sudovanja. Tu ustavni sud,

²² O. Vučić, *Austrijsko ustavno sudstvo – čuvar federacije i ustava* (doktorska disertacija), 1995, str. 267.

²³ M. Jovičić, *Savremeni federalizam – uporednopravna studija*, 1973, str. 253. slično: G. Sawyer, *Modern Federalism*, 1969, str. 155.

²⁴ R. Marković, *Pokretanje ustavnog sporaoustavnosti normativnih akata*, 1973, str. 47.

²⁵ Šire i produbljnije o nadležnosti Ustavnog suda Srbije: V. Petrov, *Novi ustavni sud Srbije (2006-2012) – reforma ustavnog sudstva na strnputici?*, "Sveske za javno pravo", 9/2012, str. 24–25.

kako Lukić navodi, ocenjuje (is)pravnost jednog akta i sankcioniše njegovu nesaglasnost sa aktom jače pravne snage. Ista je situacija kada upravno sudstvo ceni zakonsku ispravnost upravnog akta. Razlika je, međutim, što ustavnosudsko kasiranje ima opšte *erga omnes* posledice. Kao što smo videli, ustavnosudskim aktivizmom ustavnosudstvo može kreirati legislativni poredak, pa čak u određenim slučajevima suštinski menjati sam ustav. Čini li ga to zakonodavcem? Vratimo se ponovo na analogiju sa upravnim sudstvom: Da li odlučivanje upravnog suda u sporu pune jurisdikcije, čini upravno sudstvo uprav(n)om (vlašću)? Takođe zanimljivo je da se potreba za interpretativnim odlukama, koji se tiču prava na ekskluzivno tumačenje određene norme (praksa Ustavnog saveta Francuske i Ustanog suda Italije), obesmišljava u sistemima u kojima ustavno sudstvo u postupku odlučivanja po ustavnoj žalbi preipituje sudske odluke. Naime, u tom slučaju na raspolaganju ima mnogo efikasnije sredstvo kojima će redovno sudstvo primorati na poštovanje njegove interpretacije određene norme. Nije li onda reč o paradoksu koju donekle ukazuje na izvesnu teorijsku ispraznost insistiranja na zakonodavnoj funkciji? Naime ukoliko ustavno sudstvo vrši ocenu ustavnosti i odlučuje o ustavnoj žalbi ono je pravno efikasnije i bliže sudskoj prirodi, nego kada suštinski želi da postigne isti efekat (ali pravni sistem ne pozaje institut ustavne žalbe) i vrši ga ocenom ustavnosti.

Istine radi dopisivanje zakonskih normi sprovodi se i u sistemima sa ustavnim žalbom. Tako, Ustavni sud Nemačke precizira zakonodavstvu rokove za popunjavanje ustavnih praznina ili sam "dopisuje" određene zakonske norme.²⁶ Ovi hibridni oblici vršenja ustavnosudske funkcije su prirodne posledice eksterne kontrole određene grane vlasti. Kako eksterne institucije nemaju mehanizme da sami "meritorno" reše stvari (donesu zakon) oni dolaze u situaciju da iako sa kontrolnog aspekta pravno moćniji, kontrolisani organ može obesmisлити njihovu odluku tako što neće ispuniti nalog ili tako što će insistirati na sopstvenom viđenju stvari. Time može doći do "ping-pong" nadgoreavanja institucija, kada se nakon kasiranja uporno donosi akt sadržinski identičan svom ukinutom prethodnikom. I odlučivanje upravno sudstva u sporu pune jurisdikcije posledica je sličnog problema na relaciji upravno sudstvo – uprava. Aktivizam supervizornog organa kojim izlazi iz svojih klasično uspostavljenih okvira je zapravo instrumen nadomešćivanja systemske nesavršenosti pravnog sistema, odnosno nepoštovanja u praksi obavezujućih odluka ustavnog sudstva. To ne znači da se svako prostiranje ustavnosudske nadležnosti zasniva na tezi o "ustavnosudskoj bezgrešnosti i nepogrešivosti". Naravno da takvo postupanje nije blanko opravdano i uvek primereno i celishodno.

Politička dimenzije svake ustavnosudske nadležnosti je pod visokim političkim naponom. Ono što je međutim nesporno je da se navedene nadležnosti ustanovljavaju pod domen ustavno sudske kontrole, upravo jer se smatra da je jedino

²⁶ T. Marinović, *op. cit.*, str. 251.

jedan takav organ kadar da pravno pitanje reši pod pritiskom politike. Kako veli Krbek: "Predmeti ustavnog sudovanja sadržavaju uvijek političke elemente. Ali svrha toga sudovanja jeste upravo depolitiziranje".²⁷ Određena pitanja su recimo toliko politička da pojedini ustavi ne nalaze za shodno da ih stave u domen pravne arbitraže, a i u teoriji se ističe da pitanje povrede ustava od strane predsednika jesu ustvari tipično politička pitanja nepodesno za ustavnosudsku arbitražu.²⁸ Iako u praksi ustavno sudstvo može ispred struke staviti politički momenat, reč je nesumnjivo o pravnom (stručnom) telu koje donosi pravno obavezujuće akte sa mogućim značajnim političkim implikacijama.

Izbor sudija ustavnoga suda

Sudije ustavnih sudova bi trebalo da se biraju tako da njihov izbor *legitimizuje* vršenje ustavnog sudovanja; omogućava izbor *stručnih* i *politički neutralnih kandidata*; a sam koncept izbora bude efikasan tako da onemogućava da proces izbora zapadne u blokadu. Izbor sudija ustavnog suda se nesumnjivo nalazi između težnje za ostvarivanjem svoje ustavne funkcije koja podrazumeva izbor politički neutralnih i stručnih sudija i pritiska raznih interesnih grupa i ambicija političkih stranaka da putem izbora "podobnih" sudija obezbede sopstveni uticaj na ustavno sudstvo. No, bez obzira na politički pritisak, kao i činjenicu da će u praksi neretko politički motivi preovadati nad stručnim kriterijuma, izbor sudija ustavno suda, pravno gledano znači izbor "istaknutog pravnika", što podrazumeva lice koje će nezavisno i stručno prema načelima struke (*lege artis*) vršiti svoju funkciju. Tako je i na naučnom skupu Centra za javno pravo (BiH, Sarajevo, novembar 2012. godine) zauzeto stanovište o nesumnjivo stručnom karakteru sudijske funkcije; i ceo skup je zapravo bio posvećen iznalaženju kriterijuma koji će obezbediti političku nezavisnost i pravnu kompetentnost nosioca ustavnosudske toge. U prilog tome je recimo i jedan od uporednopravnih standarda da ustavne sudije moraju posedovati određeni broj godina, odnosno profesionalnog pravnog iskustva, čime se jasno ukazuje na potrebu da pravno afirmisana lica budu sudije ustavnog suda.

Takođe, zakonskim normama u pravnom sistemu Srbije je potencirana potreba za političkom nezavisnošću sudija, pa je propisana inkompatibilnost sudijske funkcije i članstva u političkoj stranci. Funkcija ustavnog suda podrazumeva

²⁷ I. Krbek, *Ustavno sudovanje*, 1960, str. 7. Slično: R. Marković, *Ustavni sud u ustavu Republike Srbije*, "Anali Pravnog fakulteta u Beogradu", 2/2007, str. 20 i W. Sadurski, *Rights before courts: A study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*, 2005, str. 87.

²⁸ Tako se kritikuje postojeće ustavno rešenje po kome Ustavni sud daje mišljenje prilikom pokretanja postupka razrešenja predsednika Republike. Videti: S. Manojlović, *Pojedinačni politički...*, str. 49–50.

visoku pravnu kompetetnost, moralnu karakternost i imunost na političke pritiske. Naravno u praksi, često političke stranke izborom podobnih vrše “stranačko ušančenje” u ustavnosudske strukture. Čak i u Nemačkoj čije se ustavno sudstvo smatra najuzornijim, govori se o stranački obojenim većima. Tako se, shodno partijskom koloritu, veća dele na “crna” i “crvena”,²⁹ iako u izuzetno jakoj i kritički orjentisanoj nemačkoj konstitucionalnoj nauci postoji konsenzus da iako stranačkim dogovorom izabrane, sudije svoj posao rade politički nezavisno i kvalitetno. Zbog svog izuzetno kuražnog odnosa prema svakoj parlamentarnoj većini, Ustavni sud Nemačke se čak naziva “produženom rukom opozicije”, jer se ne libi da uz izuzetno kritičko orjentisano, pravnim argumentima potkovano, obrazložene obori neustavni zakon.

Način izbora sudija ustavnog suda zapravo treba da legitimizuje rad ustavnog sudovanja. Otuda neretko upravo parlament, s obzirom da je prva klasična funkcija ustavnog sudovanja bila ocena ustavnosti zakona, vrši izbor sudija ustavnog suda. Proširivanjem ustavnosudske kontrole na akte ostalih vlasti, kao i usled težnje da se ukrštanjem interesa više ustavnih institucija i političkih interesa obezbedi izbor nezavisnijih kandidata. Tako, u Austriji podeljenu ulogu u izboru imaju dve grane politikih nosioca vlasti: vlada i predsednik (izvrša) i parlament (zakonodavna), dok treći krak vlasti (sudstvo) ostaje bez uticaja (član 141. Ustava Austrije). Ovakav sistem ima svoju logičnu okruženost s obzirom da ustavni sud Austrije kroz ocenu ustavnosti kontroliše akte zakonodavne, a u postupku po ustavnoj žalbi i izvršne vlasti. Sudske odluke ne podležu kontroli, s obzirom da su van dometa ustavne žalbe, što se pravda tradicionalnim ugledom koji uživaju sudije u Austriji³⁰

Način izbora sudija Ustavnog suda RS, kao uzor je imao italijansko rešenje, po kojem u izboru ravnopravan uticaj imaju sve tri grane vlasti (član 135. Ustava Italije). Tako Narodna skupština bira pet sudija između deset kandidata, koje predloži predsednik, predsednik imenuje pet sudija od deset kandidata koje predloži Skupština, a opšta sednica Vrhovnog kasacionog suda imenuje pet sudija od deset kandidata koje su na zajedničkoj sednici predložili Visoki savet sudstva i Državno veće tužilaca (član 172. Ustava Srbije). Logičnost navedenog rešenja se ogleda u položaju ustavnog suda u pravnom sistemu Republike Srbije, po kojem se pored ocene ustavnosti akata zakonodavne i izvršne vlasti, vrši i ocena ustavnosti sudijskih odluka. Ovaj koncept je u čak primereniji pravnom sistemu Srbije, nego zemlji njegovog nastanka (Italiji), koja ne poznaje kontrolu sudijskih odluka. Sam izbor sudija upućuju na “natkrovljujuću” funkciju ustavnog sudstva koja kontroliše sve grane vlasti.

²⁹ E. Šarčević, *Savezni ustavni sud: ustavni položaj i nadležnosti*, “Izabrane odluke Savezno ustavnog suda nemačke”, Beograd, 2010, str. 36.

³⁰ E. Melichar, *Nadležnost ustavnog suda Austrije*, “Prva konferencija evropskih ustavnih sudova”, 1973, knj. 2, str. 18.

ZAKLJUČAK

Koncept tripartativne podele vlasti je u praksi prilično pomućen novim institucijama koji kombinuju mehanizme različitih grana vlasti i koji se zarad dostizanja potrebne nezavisnosti organizaciono izmeštaju iz struktura određenih grana vlasti. Zato pripadnost pojedinih institucija određenoj grani vlasti, više nije tako jasno i teorijski čisto, već u njima pretežu karakteristike određene grane vlasti.

U okviru ustavnih odredbi centralizovano ustavno sudstvo se nalazi u okviru sudske grane vlasti (Nemačka) ili se, što je češće slučaj, njegov položaj reguliše u posebnom odeljku čime se ističe njegov značaj, ali i nezavisni organizacioni položaj. Pitanje u vezi pravne prirode i političkog karaktera deluje da je umesno postaviti samo u odnosu na centralizovano ustavno sudstvo (Kelzenov model). No, iako se difuzno ustavno sudovanje drastično razlikuje u svojoj spoljnoj, pravnoformalnoj manifestaciji, reč je zapravo o suštinski istoj – ustavnosudskoj funkciji. Šta više ustavnosudski efekti odlučivanja Vrhovnog suda SAD (difuzni model) mogu biti pravno ubojitiji od odluka centralizovanog ustavnog sudstva. Ukoliko centralizovani ustavni sudovi nemaju nadležnost nad kontrolom pojedinačnih odluka redovnog sudstva (u postupku po ustavnoj žalbi), oni imaju veću potrebu da posegnu za “kvazizakonodavnim” formama, upravo kako bi pojačali moć svojih odluka i približili ih efektu koje redovno (difuzno ustavno) sudstvo bez problema ostvaraje kroz tipično sudske (precedentne) mehanizme.

Erga omnes karakter ustavnosudskih uloga nesumnjivo ukazuje na “kva-zi zakonodavni” karakter odluka centralizovanog ustavnog sudstva. Reč je, međutim, o suđenju pravnom aktu, odnosno utvrđivanju njegove (ne)saglasnosti sa hijerarhijski višim pravnim aktom. Ustavno sudstvo izrazitim aktivizmom može imati usmeravajući, ali i legislativno kreativni karakter, pa čak i vršiti suštinske izmene određenih ustavnih odredbi. U svim tim slučajevima, iako u manjoj ili većoj meri kroji, pa čak i stvara deo opštenormativnog poretka, suštinski njegova odluka se svodi na pravno tumačenje i usaglašavanje pravnih norma. On nema ono polje političke slobode, koje je ostavljeno parlamentu da u okviru ustavnih, pravno obavezujućih okvira donese određeni akt. Takođe ostale ustavnosudske nadležnosti, pre svega su, iako specifične, primarno sudske funkcije.

U sistemima kao Srbija gde postoji mogućnost *ex officio* ocenjivanja ustavnosti opštih akata, ono je nesumnjivo tribunalskog karaktera. No bilo koji tribunal je iako specifična, jer zapravo objedinjuje ulogu organa koji može inicirati postupak i suda, ipa institucija najbliža sudskoj. Ustavno sudstvo u Srbiji ima u potpunosti natkrovujući karakter nad zakonodavnom, izvršnom i ostatku sudske vlasti. Taj njegov supervizorni položaj u odnosu na celokupni pravni sistem, ne konstituše njegovu separatu funkcionalnu samostalnost. Takva, pre svega kvazizakonodavna, pravna supermoćnost ustavnog sudstva, navodila je teoretičare zaslepljene izbornom legitimnošću parlamenta, da govore o sigurnom skretanju ka

totalinarnoj državi.³¹ No, kako je to lepo primećeno, u rukama ustavnog suda se ne nalaze “ni mač, ni kasa”. Njegova normativna silina u realnom svetu lako može biti pregažena ili čak legalnim putem voljom političkih činioca, putem ustavnih, zakonskih ili promenom ustavnog sastava narušena. Čak iako je u određenim nestabilnim zemljama ustavnosudstvo i odigralo rolu u narušavanju demokratskih načela, ona je svakako bila sporedna i puki instrument iza koga su stajali tenkovi ili finansijska moć, a nikako pravo i nezavisno vršenje ustavnosudske funkcije.

Reč je dakle o specifičnoj instituciji koja funkcionalno gledano pripada sudstvu. Ona u pravnom sistemu Republike Srbije ima natkrovljujuću kontrolnu ulogu nad praktičnom svim preostalima vlastima. Ispitujući ustavnost opštih akata (*in abstracto*), kao i izvršno-upravnih i sudskih akata i radnji (*in concreto*), u ovoj instituciji se susreću ustavne niti svih državnih funkcija, gde se povezuje, usaglašava i harmonizuje, unutrašnje (i međunarodno) pravo i štite Ustavom zajemčena prava i slobode. Ovlašćenja ustavnog sudstva su prevashodna kasatorna, ali i korektivno usmeravajuća, pa ponekad i kreatorna. On sudi na osnovu prava, u okviru prava i ispituje ispravnost i saglasnog samog prava. Njegove odluke imaju vrlo često izrazitu pravnu težinu, a jedna od osnovnih razloga centralizacije sistema ustavnog sudovanja je upravo procena da se samo jedna tako nezavisna institucija može izneti pravo pod teretom politike.

SAVO MANOJLOVIĆ
Constitutional Court of Serbia

CONSTITUTIONAL COURT - LEGAL ROLE AND POSITION ON THE SEPARATION OF POWERS SYSTEM

Summary

In practice, the classical (Montesquieu's) concept of separation of power has undergone many changes. In comparative constitutions the concept of three branches of government is still dominant. Does the constitutional court belong to the judiciary or legislative branch of government; or is it involve independent (*sui generis*) branch? Does the decision making process in the Constitutional Court have expert (juristic) or political reasoning? In this paper, the difference between centralized constitutional court (Kelsen's model) and dispersed one (US model) is analyzed. As the criteria for answering this question, the constitutional court position in comparative constitutions, constitutional judge election, type of jurisdiction, decision-making, and activism by constitutional court, are taken into account. The difference between a centralized constitutional court (Kelsen's model) and dispersed one (US model) is formal and is not essential. Also, the constitutional court have a lot of quasi-legislative elements, but still its function is to control legal acts. It has numerous specific characteristics and sometimes organisation separation, but it is a primarily judicial body. It has a lot of political tensions, but its role is a primarily expert (juristic) one.

³¹ L. Devlin, *Judges and Lawmakers*, “Modern Law Review”, 1976, str. 16.

KONSTITUCIONALIZACIJA PRAVA OŠTEĆENIH

U V O D

Položaj odredaba o ljudskim pravima u strukturi ustava pojedinih država, kao i međusobni poredak tih odredaba, pokazatelj je, i to ne samo simboličan, većeg ili manjeg značaja koji se i kojim se ljudskim pravima pridaje u tim državama. U Ustavu Republike Srbije¹, mereno ovim strukturalnim kriterijumom, ljudska prava zauzimaju izuzetno visoko mesto, u drugom delu, odmah posle Načela Ustava. A počasno pravo i prvo među jednakima je neprikosnoveno pravo na ljudsko dostojanstvo². Zaštitu dostojanstva i ostalih ljudskih prava u sistemima ustavnog sudstva građani supsidijarno ostvaruju i pred nacionalnim organima ustavnosudskog položaja i nadležnosti. Stoga je sudska praksa tih sudova, kao i Evropskog suda za ljudska prava od ključnog značaja za tumačenje, a neretko i za proširenje zajemčenih prava. Dosledno načelu supsidijariteta, najteže povrede dostojanstva, života, integriteta i drugih esencijalnih ljudskih prava primarno su predmet krivičnopravne normative i krivičnosudskih postupaka, a tek potom ustavnosudske zaštite. U postupcima (ne)posredno povezanim sa krivičnim pra-

Dorđe M. Rašević, savetnik Ustavnog suda Srbije.

¹ Narodna skupština je 8. novembra 2006. godine donela Odluku o proglašenju Ustava Republike Srbije, koja je zajedno sa Ustavom objavljena u "Službenom glasniku RS", broj 98/06 od 10. novembra 2006. godine. Terminom Ustav će biti označavan samo ovaj, dakle važeći Ustav.

² Ljudsko dostojanstvo je neprikosnoveno i svi su dužni da ga poštuju i štite (član 23. stav 1. Ustava).

vom, prestolni značaj ljudskih prava inaugurisao je i dve tendencije: humanizaciju i konstitucionalizaciju prava učesnika u tim postupcima.

Prva tendencija je materijalnog karaktera, a druga predstavlja njen procesni odraz. Humanizacija je relativno simetrično raspoređena i prema okrivljenom i prema oštećenom kao suprostavljenim krivično-procesnim subjektima i teži poboljšanju njihovih opozitnih položaja, te ublažavanju posledica teškog procesnog meča između njih. Iz ugla oštećenog kao sekundarnog i supsidijarnog, a u posebnim slučajevima i primarnog ili inicijalnog tužioca, humanizacija, s jedne strane, uvodi žrtvu krivičnog dela u sam postupak, a s druge strane, teži da procesno smanji sekundarnu viktimizaciju. Konstitucionalizacija, nova tendencija, je vrlo asimetrično prevagnula na stranu okrivljenog i predstavlja zaštitu njegovih osnovnih i procesnih prava najvišim, domaćim i međunarodnim, pravnim jemstvima, težeći da uravnoteži terazije krivičnog postupka na kojima se okrivljenom, samom protiv svih, vaga težina počinjenog delikta. Čini se da je ova asimetrija neizbežna posledica ambivalentnosti kako istovremene humanizacije prava i okrivljenog i oštećenog tako i njihovog međusobnog položaja. Oštećeni se tako našao u procesu između deklarisanе široke humanizacije i njene uske konstitucionalizacije³. U nameri prevazilaženja uočenog problema, rešenje se nalazi u sudskom oživljavanju proklamovanih prava oštećenog, kako u praksi nacionalnih, pre svega ustavnih sudova, tako i u praksi nadnacionalnih. Ovaj rad će, u svetlu asimetrije prisutnih tendencija, pokušati da utvrdi da li je Ustavni sud Republike Srbije svojim konstitutivnim odlukama i interpretativnim stavovima predstavljao most preko koga oštećeni prelazi prisutni proces ili pak branu, sa ponekom predvodnicom, koja ga u tome sprečava. U tom cilju, polazište rada mora biti unutrašnje-pravna legislativa koja deklarise određena prava oštećenima uz nužan uvid u međunarodno-pravnu judikaturu po ovom pitanju.

OSNOVNA KRIVIČNOPROCESNA PRAVA OŠTEĆENOG

I Zakonik o krivičnom postupku (ZKP)⁴ i novi Zakonik o krivičnom postupku (ZKP 2011)⁵ istovetno definišu oštećenog kao lice čije je kakvo lično ili imovinsko pravo krivičnim delom povređeno ili ugroženo⁶. Međutim novi ZKP 2011, za razliku od prethodnog, daje posebnu definiciju oštećenog i kao supsidijernog i pri-

³ U teoriji se govori o "napetosti" između široko postavljenog pojma žrtve i relativno svedenih prava koja ona uživa u postupku. V. dr Goran P. Ilić: "Položaj oštećenog u krivičnom postupku", u: Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, godina LX, str. 141-142.

⁴ 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).

⁵ Važeći Zakonik o krivičnom postupku ("Službeni glasnik RS", br. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13 i 45/13) biće označavan skraćenicom ZKP 2011.

⁶ Član 221. stav 1. tačka 6) ZKP i član 2. stav 1. tačka 11) ZKP 2011.

vatnog tužioca⁷, iako je i ZKP takvo definisanje posredno izvršio u odredbama o ovlašćenim tužiocima⁸. Nadalje, ZKP 2011 je prava oštećenog, oštećenog kao tužioca i privatnog tužioca nomotehnički perfektnije sistematizovao u po jednom članu⁹, iako ne i enumerativno, uz upućivanje na shodnu primenu pojedinih odredaba koje se odnose na oštećenog, za razliku od ZKP koji prava ovih učesnika u postupku sadrži u brojnim odredbama u različitim delovima zakonika¹⁰.

Ono u čemu su saglasna oba zakonika je određenje genusnog pojma tužioca, koje obuhvata i javnog i privatnog i oštećenog kao tužioca. I saglasno određenje stranke u krivičnom postupku u oba ZKP je mnogo više od terminološke norme i od naročito je značaja za oštećenog¹¹. Međutim, ZKP 2011 je, čini se, otišao korak dalje u proširenju prava oštećenog i izjednačavanju svih ovlašćenih tužilaca, jer je i oštećenom kao tužiocu i privatnom tužiocu, pored njihovih osnovnih prava iz čl. 58. i 64. ZKP 2011, dao i prava koja pripadaju javnom tužiocu, osim onih koja javni tužilac ima kao državni organ¹², što je šire od rešenja u ZKP, gde je samo oštećeni kao tužilac upodobljen javnom tužiocu¹³.

Ovo uvodno navođenje zakonskih odredaba predstavlja samo normativni kostur prava oštećenih u različitim procesnim ulogama. U najkraćem, ZKP oštećenom, zavisno od uloge u kojoj se pojavljuje, daje ovlašćenja da preduzme i preuzme krivični progon okrivljenog, da prisustvuje i učestvuje u pojedinim istražno-procesnim radnjama, da podnosi pritužbe, prigovore i žalbe i najvažnije, da podnosi i ostvaruje imovinsko-pravni zahtev¹⁴. Imovinskopravni zahtev je istovremeno i zajednički sadržalac immanentan svakom oštećenom, bez obzira da li on ima i dodatna, izvorna ili stečena, stranačka ovlašćenja u krivičnom postupku. Konačno, oštećeni, privatni tužilac i oštećeni kao tužilac mogu angažovati punomoćnika, ali se samo oštećenom kao tužiocu može postaviti *ex officio* punomoćnik¹⁵.

⁷ "Oštećeni kao tužilac" je lice koje je preuzelo krivično gonjenje od javnog tužioca, a "privatni tužilac" je lice koje je podnelo privatnu tužbu zbog krivičnog dela za koje je zakonom propisano krivično gonjenje po privatnoj tužbi (član 2. stav 1. tač. 7) i 8) ZKP 2011).

⁸ Član 19. st. 2. i 3. ZKP.

⁹ Prava oštećenog u članu 50, prava oštećenog kao tužioca u članu 58. i prava privatnog tužioca u članu 64. ZKP 2011.

¹⁰ V. član 251. st. 2, 4, 5. i 7. (prisustvovanje istražnim radnjama), člana 254. st. 3. i 4. (dostavljanje rešenja o obustavljanju istrage i oštećenom i pravo žalbe), člana 264. stav 1. (pravo pritužbe pred predsedniku suda) i člana 288. stav 1. (prisustvovanje ispitivanju okrivljenog).

¹¹ Član 221. stav 1. tač. 7) i 9) ZKP i član 2. stav 1. tač. 5) i 9) ZKP 2011.

¹² Član 58. stav 2. i član 64. stav 2. ZKP 2011.

¹³ Član 64. stav 1. ZKP.

¹⁴ Imovinsko-pravni zahtev može se odnositi na naknadu štete, povraćaj stvari ili poništaj određenog pravnog posla (član 201. stav 2. ZKP i član 252. stav 2. ZKP 2011).

¹⁵ Član 66. ZKP i član 59. ZKP 2011.

Normativni kostur prava oštećenog bi bio krivičnoprocesna „*nuda proprietas*“ da nema sudskog mesa koje ga popunjava i stavlja u pogon. Sudovi opšte i posebnih nadležnosti u Republici Srbiji zauzeli su u svojim odlukama brojne stavove kojima su zakonske mogućnosti oštećenih pretočili u njihova prava i obaveze. Za potrebe ovog rada značajniji od tih stavova će biti uzeti u obzir, u daljem razmatranju pitanja tendencije konstitucionalizacije prava oštećenih. Iako je ta tendencija prevashodno pitanje unutrašnjeg (ustavnog) sudstva, nije je moguće pravilno sagledati bez kratkog uvida u praksu Evropskog suda za ljudska prava po pitanju oštećenih u krivičnom postupku.

PRISTUP OŠTEĆENIH EVROPSKOM SUDU ZA LJUDSKA PRAVA

U presudama i odlukama Evropskog suda mogu se uočiti dva pristupa aplikacijama lica koja se pojavljuju kao žrtve, odnosno oštećeni u nacionalnim postupcima. Prvi pristup ispituje da li je oštećenima povređeno pravo na pravično suđenje u razumnom roku iz člana 6 §1 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu: Konvencija), kao primarno konvencijsko zaštitno pravo. Drugi pristup problemu oštećenih prilazi i sa materijalne strane i ispituje podnete aplikacije sa stanovišta Konvencijom zajemčenih supstancijalnih prava, kao što su pravo na život i zabrana nehumanih postupanja.

Problem prvog pristupa je u obimu prava oštećenih u okviru člana 6 §1 Konvencije. Evropski sud je, najpre, prihvatao da se u krivičnom postupku koji se vodi protiv okrivljenog i u kome se raspravlja o optužbi protiv njega odlučuje i o pravima oštećenog, ukoliko je ishod krivičnog postupka od presudnog značaja za naknadu štete koju je pretrpeo¹⁶, jer je pravo na naknadu štete građansko pravo, bez obzira što krivični sudovi odlučuju o njemu¹⁷. Oštećeni čak i ne mora da kvantifikuje svoj odštetni zahtev, dovoljno je da ga blanko istakne¹⁸. Suprotno tome, u pojedinim presudama je negiran pristup sudu onim oštećenim koji nisu istakli nikakav odštetni zahtev, nalazeći da u takvim slučajevima postupak nije od presudnog značaja za naknadu štete, te se posledično u tom postupku i ne odlučuje ni o jednom njegovom građanskom pravu¹⁹.

Nakon meandriranja prakse, u presudi *Perez v. France*, Evropski sud je definitivno razrešio pitanje primene člana 6 §1 Konvencije na oštećene. Sud je, u opširnom obrazloženju navedene presude, izrazio stav da podnošenje građanskog zahteva u krivičnom postupku, tamo gde je takav zahtev dozvoljen, ima isti cilj

¹⁶ Presuda „Acquaviva v. France“, br. 19248/91, §§47 i 48.

¹⁷ Presuda „Tomasi v. France“, od 27. avgusta 1992. godine, §121.

¹⁸ Presuda „Aït-Mouhoub v. France“, od 28. oktobra 1998. godine, §52.

¹⁹ Presuda „Hamer v. France“, od 7. avgusta 1996. godine, §51.

i procesni značaj kao i podnošenje građanske tužbe u parničnom postupku²⁰, na koju se nesporno primenjuje odredba člana 6 §1 Konvencije. Stoga se ta odredba Konvencije primenjuje i na prava oštećenog u krivičnom postupku, ali samo ako je i od momenta kada je istakao svoj građanski zahtev za naknadu štete. Pod tim uslovom, oštećeni je aktivno legitimisan u odnosu na član 6 §1 Konvencije, čak i u preliminarnim fazama postupka, bez obzira da li se vodi i građanski postupak ili je samo potencijalno moguć²¹. Istovremeno, Evropski sud je tu postavio i crvenu liniju proširenja primene člana 6 §1 Konvencije na oštećenog, navodeći da Konvencija ne garantuje pravo na osvetu oštećenog niti na *actio popularis* i da je „pravo“ žrtve da neko lice bude optuženo ili osuđeno za krivično delo neodvojivo od prava oštećenog da vodi građanski postupak za naknadu štete protiv tog lica²². Dodatno, ukazao je da takav građanski zahtev mora biti jasno i izričito istaknut²³. Bitno je naglasiti da krivični postupak u francuskom pravu, za razliku od našeg, ima primat nad građanskim postupkom, kako u pogledu utvrđivanja činjenica i dokazivanja, tako i zbog principa da građanski postupak mora da sačeka ishod krivičnog i da svaka krivična odluka, a ne samo osuđujuća, obavezuje parnični sud kada odlučuje o građanskoj tužbi.

Kada je u pitanju samo moralni interes oštećenog da okrivljeni bude suđen i osuđen, bilo po njegovoj tužbi bilo po javnoj optužbi, Evropski sud je nakon presude Perez u više navrata izričito potvrdio stav da Konvencija ne garantuje pravo da će se protiv trećeg lica pokrenuti krivični postupak, niti da će to lice biti osuđeno, utvrdivši da su takve aplikacije, sa stanovišta odredbe člana 6 §1 Konvencije, *ratione materiae* inkompatibilne²⁴.

Pored ovog pristupa aplikacijama oštećenog, Evropski sud je u mnogobrojnim presudama polazio sa drugog, supstancijalnog pristupa, gde se posebno ne razmatra primenljivost člana 6 §1 Konvencije, jer su oštećeni isticali povrede osnovnih materijalnih prava. Prema stavu Evropskog suda, prava koja spadaju u “tvrdo jezgro” ljudskih prava se jemče svakom licu, u svim okolnostima i na svim mestima i ne mogu da budu predmet bilo kakvog ograničenja ili derogiranja. Reč je o pravima koja utemeljuju slobodu i imaju dva stuba: negativnu i pozitivnu obavezu države. Sa negativne strane, stoji zabrana državi da vanpravno li-

²⁰ Presuda “Perez v. France”, br. 47287/99 od 12 februara 2004. godine, §64.

²¹ *Ibidem*, §66.

²² *Ibid.* §70.

²³ *Ibid.* Vrlo je zanimljivo da su sudovi Republike Srbije po ovom pitanju izrazili stav da izjava oštećene da je “isključivo zainteresovana za naknadu štete, a da odluku o krivičnom gonjenju okrivljene prepušta sudu i tužilaštvu “ne predstavlja jasnu i decidnu izjavu u smeru krivičnog gonjenja okrivljene” (videti: rešenje Apelacionog suda u Novom Sadu, KŽ. I 2599/10 od 8. jula 2010. godine, objavljeno u Biltenu Apelacionog suda u Novom Sadu, broj 1/10).

²⁴ Tako u presudi *Krzak protiv Poljske*, od 6. aprila 2004. godine, aplikacija broj 51515/99, st. 23. do 25.

šava života građane ili da ih podvrgava postupanjima koja mogu da predstavljaju mučenje ili torturu. Sa pozitivne strane, država je obavezana da preduzme sve potrebne mere kako bi se zaštitio život i telo lica koja su pod njenom nadležnošću²⁵. Ova pozitivna obaveza države ima materijalno-pravni i procesno-pravni aspekt.

Sa materijalno-pravnog aspekta, pozitivna obaveza države podrazumeva preduzimanje svih neophodnih legislativnih mera kako do nasilne smrti ne bi došlo, a to pretpostavlja uspostavljanje pravnog okvira koji treba da pruži efikasnu zaštitu od pretnji usmerenih na pravo na život²⁶. Zbog toga je neophodno postojanje delotvornih krivično-pravnih i drugih normi koje bi odvrćale od vršenja krivičnih dela protiv lica, kao i procesnih mehanizama za sprečavanje, suzbijanje i kažnjavanje povreda tih normi²⁷. Ova obaveza se proširuje i na preduzimanje preventivnih mera radi zaštite života, posebno u odnosu na opasne delatnosti koje potencijalno predstavljaju rizik za život²⁸.

Sa procesno-pravnog aspekta, pozitivna obaveza države se, u slučaju kada je neko lice lišeno života ili mučeno, sastoji u sprovođenju nezavisne i delotvorne istrage, što podrazumeva postojanje efikasnog sudskog sistema u okviru kojeg će biti sproveden postupak, koji ne mora nužno po svom karakteru da bude krivični²⁹. Ukoliko se utvrdi povreda nekog od najznačajnijih materijalnih prava oštećenog, ne otvara se ni posebno pitanje primenjivosti člana 6 §1 Konvencije jer se obaveza država da (spro)vode pravičan postupak u razumnom roku, ceni prvenstveno kroz procesno-pravni aspekt pozitivne obaveze države u zaštiti osnovnih prava, koji imanentno podrazumeva brzo i efikasno ispitivanje predmeta konkretnog slučaja, bez nepotrebnog odlaganja.

PRISTUP OŠTEĆENOG USTAVNOM SUDU

Ustav SR Srbije iz 1963. godine je, polazeći od Ustava SFRJ, osnovao Ustavni sud Srbije, a prvi Zakon o Ustavnom sudu Srbije³⁰ je odredbom člana 74. propisao da Ustavni sud počinje rad 15. februara 1964. godine. Ustavni sud Srbije je

²⁵ Presuda Evropskog suda "L.C.B. protiv Ujedinjenog Kraljevstva", od 9. juna 1998. godine, izveštaj 1998-III, §36.

²⁶ Presuda Evropskog suda Osman protiv Ujedinjenog Kraljevstva, od 28. oktobra 1998. godine, Izveštaj 1998-VIII, §§115 i 116.

²⁷ Presuda Evropskog suda "Streletz, Kessler i Krenz protiv Nemačke", 22. mart 2001. godine, §86.

²⁸ Presuda Evropskog suda "Oneryildiz protiv Turske", od 30. novembra 2004. godine, §107.

²⁹ Presuda Evropskog suda "McKerr protiv Ujedinjenog Kraljevstva" od 4. maja 2001. godine, §111.

³⁰ Zakon je usvojen na sednicama Republičkog veća i Organizaciono-političkog veća Skupštine Socijalističke Republike Srbije, a objavljen je u "Službenom glasniku SRS", broj 54/63.

opstajao i u Ustavima SR Srbije iz 1974. godine³¹ i Republike Srbije iz 1990. godine³². Proglašenjem važećeg Ustava iz 2006. godine, na ustavosudnoj sceni je današnji Ustavni sud u sadašnjoj strukturi, sastavu i nadležnostima³³.

Iako je tendencija ustavotvoraca jasno bila proširenje ustavnosudskih nadležnosti i pristupa građana Ustavnom sudu, ostalo je nejasno pitanje da li se, i pod kojim uslovima, oštećeni može obraćati za zaštitu svojih prava Ustavnom sudu. Odgovor na to pitanje je direktno proporcionalan domašaju konstitucionalizacije prava oštećenog, što je i osnovna tema ovog rada.

Ranija ustavnosudksa praksa

U svojim ranim odlukama Ustavni sud izneto pitanje izgleda nije smatrao nejasnim, štaviše, čini se da ga nije smatrao ni pitanjem. Ustavni sud je prvu značajniju meritornu Odluku, usvajajući ustavnu žalbu oštećenog (privatnog tužioca)³⁴, vrlo sumarno obrazložio, očigledno jednostavno inkorporirajući razuman rok, kao bitan element zaštite prava na pravično suđenje, u načelo sudske zaštite iz člana 22. Ustava³⁵. Ovim je Ustavni sud kombinovao dva pristupa Evropskog suda, primenjujući elemente zaštitnog prava iz člana 32. stav 1. Ustava (koje je suštinski istovetno pravu iz člana 6 §1 Konvencije) na osnovno načelo sudske zaštite. Ustavni sud je u odnosu na privatnog tužioca doneo još najmanje jednu istovetnu Odluku, ali samo zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku iz člana 32. stav 1. Ustava³⁶.

³¹ Republičko veće Skupštine Socijalističke Republike Srbije je 25. februara 1974. godine donelo Odluku o proglašenju Ustava Socijalističke Republike Srbije, koja je zajedno sa Ustavom objavljena u "Službenom glasniku SRS", broj 8/74.

³² Skupština Socijalističke Republike Srbije je 28. septembra 1990. godine donela Odluku o proglašenju Ustava Republike Srbije, koja je zajedno sa Ustavom objavljena u "Službenom glasniku RS", broj 1/90.

³³ Odredbe o Ustavnom sudu se nalaze u Šestom delu, čl. 166. do 175. Ustava.

³⁴ Odluka UŽ-372/08 od 16. oktobra 2008 godine, objavljena u "Službenom glasniku RS", broj 112/08.

³⁵ "Ustavni sud je imao u vidu i značaj pitanja koje je trebalo raspraviti pred sudom za podnosioca ustavne žalbe. Zahtevana je sudska zaštita prava ličnosti, konkretno ugleda, časti i dostojanstva ličnosti, koja imaju rang osnovnih ljudskih prava garantovanih Ustavom. Nesumnjivo je da ova prava za privatnog tužioca imaju posebnu važnost. U odnosu na podnosioca ustavne žalbe postupak je trajao skoro četiri godine i poklapao se sa apsolutnim rokom zastarelosti krivičnog gonjenja za krivično delo za koje je podneta privatna tužba. Na osnovu izloženog, Ustavni sud je stanovišta da je podnosiocu ustavne žalbe uskraćeno pravo na delotvornu sudsku zaštitu, garantovano članom 22. stav 1. Ustava, zbog neopravdanog odugovlačenja postupka za koje odgovornost ima nadležni sud, jer je sud prekoračio razuman rok za javno raspravljanje i odlučivanje o pravima podnosioca ustavne žalbe, koji je utvrđen članom 32. stav 1. Ustava", (*ibidem*, st. 5. i 6.).

³⁶ Odluka UŽ-400/2008 od 18. marta 2010. godine.

U bazi sudske prakse Ustavnog suda³⁷, mogu se naći *mutatis mutandis* istovrsne usvajajuće Odluke koje se odnose na „samo“ oštećenog i na oštećenog kao tužioca. Međutim, u obrazloženjima tih odluka, Ustavni sud je uključio dodatne materijalne elemente koje nije imao u vidu kod privatnog tužioca, ali i izneo neke stavove koji su delom bili potpuno suprotni stavovima Evropskog suda. Tako je Ustavni sud, polazeći od odredaba ZKP koje se odnose na pojam, položaj, kao i procesna prava i obaveze oštećenog u krivičnom postupku, u jednom predmetu ocenio da se *pravo na pravično suđenje* u određenim slučajevima *mora* garantovati i *oštećenom* u krivičnom postupku. Naime, pošto je oštećenom Zakonikom obezbeđen niz procesnih prava, ali i obaveza, stoga tokom krivičnog postupka, posredno, može biti povređeno neko njemu garantovano pravo, pri čemu oštećeni ima i pravni interes da se krivični postupak vodi i okonča u razumnom roku, garantovanom odredbom člana 32. stav 1. Ustava.

Ustavni sud je, dalje, utvrdio i da se povreda prava na pravično suđenje oštećenog ceni u odnosu na konkretni krivični postupak, u zavisnosti od bića krivičnog dela, kao i činjenice *da li je oštećeni u tom postupku istakao imovinskopravni zahtev*. Kako je u konkretnom slučaju predmet krivičnog postupka bila optužba za krivično delo nedavanje izdržavanja, a podnosilac je imao položaj oštećenog sa imovinskopravnim zahtevom, zbog toga se i oštećenom moralo obezbediti poštovanje Ustavom garantovanog *prava na pravično suđenje*. Pošto biće krivičnog dela nedavanje izdržavanje pretpostavlja postojanje izvršne sudske odluke ili izvršnog poravnanja postignutog pred sudom ili drugim nadležnim organom kojim su utvrđeni način davanja i iznos izdržavanja, otuda se u krivičnom postupku mora utvrditi da li je optuženo lice izbegavalo da daje izdržavanje na način i u visini utvrđenoj pravosnažnom sudskom presudom. U vezi sa prethodnim, Ustavni sud je cenio da li je *opravdano* utvrđivanje povrede *prava na pravično suđenje* oštećenog u krivičnom postupku koji je obustavljen zbog nastupanja apsolutne zastarelosti krivičnog gonjenja, što za posledicu ima gubljenje prava države na krivično gonjenje i zaključio da oštećeni u krivičnom postupku ima pravni interes da se pokrenuti krivični postupak od strane ovlašćenog javnog tužioca sprovede i okonča presudom suda³⁸.

Ustavni sud je slično obrazloženje izneo i u odnosu na oštećenog kao tužioca³⁹, našavši da je on imao nespornan interes da se u postupku utvrdi da li je smrt njegove ćerke nastupila usled propusta i krivice okrivljene ili nije, što za njeega nesporno ima posebnu važnost, te da je dužnost suda da postupak sprovede bez odugovlačenja i da onemogući svaku zloupotrebu prava koja pripadaju licima

³⁷ <http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/>

³⁸ Odluka UŽ-261/2007. od 25. decembra 2008. godine, stav 6.

³⁹ Odluka UŽ-2654/2009 od 24. marta 2010. godine, st. 5. i 6. U ovom predmetu Ustavni sud je i naložio nadležnom sudu da preduzme sve mere kako bi se krivični postupak vođen po optužnici oštećenog zbog smrti njegove ćerke okončao u najkraćem mogućem roku.

koja učestvuju u njemu, kao i da pravovremeno i efikasno reaguje i da blagovremeno preduzme sve zakonske mere u cilju razjašnjenja činjeničnog stanja i donošenja odluke. Ustavni sud je u zaključio da je u pravnoj državi od izuzetne važnosti donošenje odluka bez odlaganja kako se ne bi ugrozila delotvornost sudske zaštite Ustavom garantovanih prava i sloboda i kako bi se povratilo i održalo poverenje građana u sudove. Dodatno je istaknuto da po oceni Ustavnog suda, postojanje zakonom predviđene mogućnosti da oštećeni pokrene parnični postupak za naknadu štete protiv okrivljene, ne dovodi u pitanje njegov interes da se u krivičnom postupku, koji je u svojstvu oštećenog kao tužioca nastavio da vodi pred nadležnim sudom, odluči o krivičnoj odgovornosti okrivljene, posebno imajući u vidu i odredbu člana 13. Zakona o parničnom postupku („Službeni glasnik RS“, broj 125/04), kojom je propisano da je u parničnom postupku sud u pogledu postojanja krivičnog dela i krivične odgovornosti učinioca vezan za pravosnažnu presudu krivičnog suda kojom se optuženi oglašava krivim.

Ovakvim ekstenzivnim tumačenjem prava na pravično suđenje u razumnom roku Ustavni sud je, u ranijoj praksi, široko konstitucionalizovao prava oštećenih, dajući im meritornu ustavnosudsku zaštitu kao i okrivljenima.

Promena stava Ustavnog suda

U bazi sudske prakse Ustavnog suda se mogu naći i rešenja o odbacivanju ustavnih žalbi oštećenih kao tužilaca i privatnih tužilaca, izjavljenih zbog povrede prava na pravično suđenje, koja su donošena istovremeno, pre i posle navedenih usvajanja.

Tako je, pozivajući se na presudu Evropskog suda *Krzak protiv Poljske*, Ustavni sud odbacivao kako ustavne žalbe privatnih⁴⁰, tako i oštećenih kao tužilaca⁴¹, ne razmatrajući uopšte pitanje imovinskopravnog zahteva. U tim, ali i brojnim kasnijim rešenjima, zauzet je stav da oštećeni kao tužilac i privatni tužilac, a ni sam javni tužilac kada krivično gonjenje preuzima po službenoj dužnosti, nemaju ni zakonom, niti Ustavom zajemčeno pravo da će se protiv određenog lica pokrenuti istraga, da će se protiv njega voditi krivični postupak, ili da će lice koje je okrivljeno biti i osuđeno, odnosno da će mu biti izrečena krivična sankcija. Oštećeni kao tužilac se stoga u ustavnoj žalbi ne može pozivati na to da mu je sudskom odlukom kojom je pravosnažno odbijen njegov zahtev za sprovođenje istrage protiv nekog lica i time posledično nije ni pokrenut krivični postupak protiv tog lica, ili je to lice oslobođeno optužbe, povređeno pravo na pravično su-

⁴⁰ Rešenje UŽ-597/2009 od 29. septembra 2011. godine. Podnosilac je u ovom predmetu istakao povredu prava na dostojanstvo i slobodan razvoj ličnosti i prava na pravično suđenje, ali ne prava na suđenje u razumnom roku.

⁴¹ Rešenje UŽ – 297/07 od 22. decembra 2009. godine.

đenje, zajemčeno odredbom člana 32. stav 1. Ustava, jer se ovo pravo i ne jemči oštećenom.

U obrazloženju jednog od odbacujućih rešenja sadržan je stav, delimično protivrečan prethodnim, da i privatni tužilac ima *pravo* da se postupak koji je pokrenuo okonča pre nego što nastupi zastarelost krivičnog gonjenja, kako bi se meritorno odlučilo o osnovanosti optužbe. Međutim, istaknuto je da se to pravo odnosi samo na one slučajeve kada su u trenutku podnošenja privatne tužbe bili ispunjeni uslovi za krivično gonjenje i kada je, s obzirom na vreme kad je postupak pokrenut i zakonom propisane rokove zastarelosti krivičnog gonjenja, nadležnim sudovima ostavljeno razumno vreme da pravosnažno odluče o optužbama koje su okrivljenom stavljene na teret⁴².

Progresivna evolucija prakse skoro bezuslovnog meritornog odlučivanja o ustavnim žalbama oštećenih, krajem 2011. godine je revolucionarno preokrenuta u procesna odbacivanja. Vododelnica između usvajanja i odbacivanja je bilo pitanje da li su oštećeni istakli imovinskopravni zahtev u krivičnom postupku. To je učinjeno u rešenju o odbacivanju ustavne žalbe privatnog tužioca⁴³. Značaj tog rešenja vidi se u tome što je objavljeno, za razliku od većine ostalih procesnih rešenja Ustavnog suda, a izazvalo je čak i izdvojeno mišljenje jedne od sudija koji su glasali protiv⁴⁴.

Ustavni sud je, poput Evropskog suda u predmetu *Perez*, ovim rešenjem stavio tačku na osciliranje i ponekad protivrečno odlučivanje u istovrsnim predmetima i većinom glasova sudija zauzeo, ili samo potvrdio, jedan od dva postojeća stava da se oštećenima garantuje samo pravo na suđenje u razumnom roku i to samo ako su i od kada su u osporenom krivičnom postupku istakli imovinskopravni zahtev. Rešenje UŽ-175/2009 je jednako sumarno obrazloženo, kao i prvobitne usvajajuće odluke. U obrazloženju je samo ukazano na noviju praksu Evropskog suda, koji je utvrdio da se pravo na suđenje u razumnom roku iz člana 6 Evropske konvencije, koje je suštinski identično pravu iz člana 32. Ustava, može jemčiti i oštećenom kao tužiocu ili privatnom tužiocu, ali samo od trenutka kada su istakli svoj imovinsko-pravni zahtev u krivičnom postupku. Ustavni sud je ocenio da u konkretnom predmetu ne proizlazi da je podnosilac istakao imovinskopravni zahtev u osporenom krivičnom postupku, te da stoga u tom postupku nije ni odlučivano o njegovim građanskim pravima i obavezama. S obzirom na to, Ustavni sud je silogistički zaključio da podnosilac ne može ni isticati da mu je u osporenom krivičnom postupku povređeno pravo na suđenje u razumnom roku.

⁴² Rešenje UŽ-649/2009 od 26. maja 2011. godine. U ovom predmetu Ustavni sud je istaknuo povredu prava na suđenje u razumnom roku ocenio očigledno neosnovanom, jer je privatni tužilac privatnu tužbu podneo neposredno pred istek rokova apsolutne zastarelosti krivičnog gonjenja.

⁴³ Rešenje UŽ-175/2009 od 10. novembra 2011. godine.

⁴⁴ Rešenje sa izdvojenim mišljenjem sudije dr Bose M. Nenadić je objavljeno u "Službenom glasniku RS", broj 27/11.

Rešenje UŽ-175/2009 nije usvojeno jednoglasno. U izuzetno sadržajnom izdvojenom mišljenju istaknuto je, *inter alia*, da pravo kaznenog gonjenja (pa i supsidijarnog) nije istovetno, niti jednako sa pravom isticanja imovinskopravnog zahteva, odnosno naknade štete od okrivljenog⁴⁵. Ukazano je i da zakonska ovlašćenja privatnog tužioca ne obuhvataju samo prava koja ima javni tužilac u krivičnom postupku, već i zaštitu pojedinačnog interesa oštećenog kao žrtve kaznenog dela, a time i njegovo pravo da se o njegovoj tužbi odluči pravedno i u razumnom roku. U izdvojenom mišljenju se polemise i sa proceduralnim propustima Ustavnog suda u promeni svog dosadašnjeg stava i navodi osam "dilema koje je svojom sadržinom otvorilo Rešenje u predmetu UŽ-175/2009".

Nakon ovog „presedana“, Ustavni sud je doneo i donosi i dalje veliki broj rešenja, u odnosu na oštećene u svim procesnim ulogama, kojima odbacuje ustavne žalbe izjavljene zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku u krivičnom postupku, ako oštećeni nisu istakli imovinskopravni zahtev u tom postupku.

Prava oštećenih tokom istrage

U predmetima oštećenih koji nisu i ovlašćeni tužioci, Ustavni sud je zauzeo još restriktivniji stav. Naime, pred Ustavnim sudom se pojavila sporna situacija – da li oštećeni imaju pravo na suđenje u razumnom roku i tokom istrage, ako su istakli imovinskopravni zahtev, odnosno da li se u istražnoj fazi krivičnog postupka, koji se vodi protiv okrivljenog za krivično delo za koje se goni po službenoj dužnosti, uopšte i odlučuje o pravima oštećenog.

U posebno značajnom rešenju⁴⁶, Ustavni sud je konstatovao da oštećeni nije stranka u krivičnom postupku, a samim tim ni u prethodnom postupku, odnosno istrazi, što proizlazi kako iz izričitog određenja pojma stranke u članu 221. stav 1. tačka 9) ZKP, tako i iz razlikovanja u članu 264. stav 1. ZKP, gde je propisano da se stranke i oštećeni mogu uvek obratiti pritužbom predsedniku suda pred kojim se vodi postupak zbog odugovlačenja postupka i drugih nepravilnosti u toku istrage. Oštećeni nema dispoziciju za krivično gonjenje nekog lica, niti može neposredno da utiče na tok krivičnog postupka, za razliku od ovlašćenih tužilaca. Oštećeni, kao poseban procesni subjekat, se javlja samo kod krivičnih dela koje se gone po službenoj dužnosti, dok se kod krivičnih dela koja se gone po privatnoj tužbi on poklapa s ličnošću tužioca.

Razmatrajući spornu situaciju, Ustavni sud je imao u vidu i pravnu situaciju oštećenog u prethodnom postupku koji ima određena procesna ovlašćenja i mogućnosti, kao i njegovu faktičku situaciju, jer je zainteresovan za brzo i efikasno sprovođenje istrage i dalje odvijanje krivičnog postupka. Upravo uvažavajući taj

⁴⁵ Ovaj stav je suprotan stavu Evropskog suda u predmetu "Perez", videti fusnotu 24.

⁴⁶ Rešenje UŽ-2424/2011 od 22. decembra 2011. godine, značajno i zbog više od 200 podnosilaca i više hiljada potencijalnih podnosilaca iz istog krivičnog predmeta.

njegov interes, zakonodavac je i oštećenom omogućio obraćanje pritužbom predsjedniku suda pred kojim se vodi postupak zbog odugovlačenja postupka i drugih nepravilnosti u toku istrage.

Međutim, pritužba oštećenog iz člana 264. stav 1. ZKP nije pravni lek, jer nije upravljena protiv odluke organa, već pravno sredstvo koje se tiče postupka organa, njegovih radnji ili propuštanja, odnosno načina na koji organ vodi postupak i brzine kojom to čini, a što se sve, prema mišljenju pritužioca, pokazuje štetnim za njegove interese i ciljeve postupka. Po podnetoj pritužbi se ne donosi nikakvo formalno rešenje, jer pritužba nije akt u postupku, već samo ukazivanje pritužioca nadležnom organu sudske uprave na povredu dužnosti od strane sudije, o čijem se otklanjanju organ stara.

Ustavni sud je dalje ukazao ni da izuzetno pravo žalbe koje ima oštećeni protiv rešenja veća iz člana 24. stav 6. ZKP o obustavljanju istrage, ne znači da on ima svojstvo stranke. *Ratio legis* ovog izuzetnog prava oštećenog je sadržan u odredbi stava 4. istog člana ZKP, prema kome će se uvažavanjem žalbe protiv rešenja o obustavljanju istrage, koju je izjavio samo oštećeni, smatrati da je oštećeni izjavom žalbe preuzeo gonjenje.

Dakle, tek uvažavanjem žalbe, a ne njenim izjavljivanjem, oštećeni stupa kao stranka u krivični postupak, čime se posredno rešava i pitanje supsidijarne tužbe u smislu stava 4. navedenog člana ZKP, odnosno dostavljanje rešenja o obustavljanju istrage oštećenom u suštini ima karakter i dejstvo obaveštenja oštećenog o mogućnosti preuzimanja krivičnog gonjenja okrivljenog.

U krivičnom postupku koji se vodi protiv okrivljenog, za krivično delo za koje se goni po službenoj dužnosti, i oštećeni može da se pojavi kao uzgredni tužilac u pogledu imovinskopravnog zahteva iz člana 201. stav 2. ZKP, ako na takav zahtev ima pravo i ako ga je istakao, dok u pogledu optužbe ima svojstvo potencijalnog tužioca, u slučaju odustanka javnog tužioca, zbog čega mu se i dozvoljava neka procesna ovlašćenja.

Procesna uloga oštećenog u ovakvom krivičnom postupku se, prema oceni Ustavnog suda, svodi samo na pitanje imovinskopravnog zahteva, što proizlazi i iz odredaba člana 364. st. 1. i 4. ZKP, prema kojima i oštećeni može pobijati presudu, ali samo zbog odluke suda o troškovima krivičnog postupka, osim ako je javni tužilac preuzeo gonjenje od oštećenog kao tužioca, na osnovu člana član 64. stav 2. ZKP, kada oštećeni može izjaviti žalbu zbog svih osnova zbog kojih se presuda može pobijati. Ustavni sud je, stoga, našao da, pošto u istrazi još uvek nema suđenja, a oštećeni ni na koji način ne može da utiče na raspolaganje i zastupanje javne optužbe, to se u toj fazi postupka ne donosi materijalno-pravna odluka o njegovom imovinskopravnom zahtevu, bez obzira da li ga je istakao. Tek će se završetkom istrage i eventualnim optuženjem ili preuzimanjem krivičnog gonjenja i sticanjem svojstva oštećenog kao tužioca, steći uslovi da se o imovinskopravnom zahtevu oštećenog uopšte i odlučuje u krivičnom postupku.

Ustavni sud je zaključio da oštećeni nisu aktivno legitimisani za podnošenje ustavne žalbe zbog povrede Ustavom zajemčenih prava u istražnoj fazi krivičnog postupka, u kojoj se o njihovim pravima niti raspravlja niti odlučuje. Za razliku od oštećenog kao tužioca i privatnog tužioca, koji jesu stranke u odgovarajućim krivičnim postupcima, oštećeni to nije, te ni stavovi Evropskog suda nisu od uticaja na drugačiju odluku u konkretnom predmetu⁴⁷.

Supstancijalni pristup Ustavnog suda

Ustavni sud je ovakvim rešenjima prvobitnu ekstenzivnu ustavnosudsku konstitucionalizaciju prava oštećenog značajno suzio.

Međutim, nije je i definitivno isključio. Naime, Ustavni sud je u nekoliko predmeta primenio i materijalni pristup Evropskog suda, pa je, izuzetno, usvojio ustavne žalbe oštećenih koji nisu ni istakli imovinskopravni zahtev, ali utvrdivši povrede nekog od tzv. "prava tvrdog jezgra" čak i u fazi istrage, ali ne i prava na pravično suđenje u razumnom roku. Pozivajući se obimno na praksu Evropskog suda, Ustavni sud je ponovio da Ustav ne garantuje pravo da će se krivični postupak protiv trećih lica voditi i da se garancije prava iz člana 32. Ustava mogu priznati oštećenom samo ako je u *krivičnom postupku* postavio imovinskopravni zahtev.

Međutim, za odstupanje od takvog stava i meritorno odlučivanje u jednom od konkretnih predmeta je od odlučujućeg značaja bila činjenica da je reč o postupku koji se vodi u vezi sa povredom prava na život, zajemčenog odredbom člana 24. stav 1. Ustava, bez obzira što podnosilac, otac preminulog, nije istakao imovinskopravni zahtev u osporenom krivičnom postupku, već je takav zahtev postavio u parnici koju je pokrenuo pred nadležnim sudom. Ustavni sud je ocenio da pravo na pravično suđenje iz člana 32. Ustava izvorno spada u kategoriju zaštitnih prava čiji *ratio* se nalazi u potrebi obezbeđenja delotvorne zaštite osnovnih ljudskih prava.

Stoga je, prema shvatanju Ustavnog suda, to pravo u konkretnom slučaju predstavljalo dovoljan osnov za istraživanje okolnosti pod kojima je došlo do povrede prava na život. Samom činjenicom da dužina trajanja osporenog krivičnog postupka nije ispunila zahtev za brzim i efikasnim postupanjem u vezi sa rasvetljavanjem nasilne smrti podnosiocčevog sina, Ustavni sud je našao da je u tom predmetu oštećeni kao tužilac aktivno legitimisan za isticanje povrede prava na suđenje u razumnom roku iz člana 32. stav 1. Ustava⁴⁸.

U drugoj, još iščekivanijoj Odluci, Ustavni sud je, ceneći pozitivnu obavezu države u okviru procesnopravnog aspekta prava na život, po prvi put i direktno utvrdio povredu tog osnovnog prava, posebno istakavši da procesne obaveze

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ Odluka UŽ-4077/2010 od 14. jula 2011. godine, stav 5.

nadležnih organa da sprovedu istragu predstavljaju posebnu i nezavisnu dužnost, koja obavezuje čak i kada je do smrti došlo pre stupanja na snagu Ustava⁴⁹. Ali ove usvajajuće odluke Ustavnog suda, i svojom malobrojnošću i obrazloženjima predstavljaju samo izuzetke, zbog *sui generis* životnih situacija odnosnih oštećenih, koji potvrđuju pravilo o uslovnoj konstitucionalnoj zaštiti prava oštećenih.

ZAKLJUČAK

Konstitucionalizacija, kao tendencija zaštite prava lica najvišim nacionalnim i međunarodnim jemstvima, nije sama sebi cilj, već bi trebala da bude sredstvo u ostvarenju civilizacijski dostignutog stepena humanizacije. Tako shvaćena, konstitucionalizacija može da poprими materijalno, odnosno normativno ili pak proceduralno, sudsko obličje.

U odnosu na okrivljenog konstitucionalizacija je, tradicionalno, primarno normativna (prava proistekla iz "*habeas corpus*"). Uvođenjem oštećenog u krivični postupak („*victim participation*“) pojavila se normativna praznina u zaštiti njegovih prava i, posledično, spomenuti jaz u ostvarenju deklarisanе humanizacije i zaštite prava oštećenog. Taj jaz se premošćava različitim pravnim putevima, koji variraju od jednog do drugog pravnog poretka. Iz stavova Ustavnog suda proizlazi da u Republici Srbiji oštećenom, za razliku od okrivljenog, sâmo učešće u krivičnom postupku u principu ne omogućava neposrednu zaštitu prava na suđenje u razumnom roku.

Pravo na pravično suđenje, shvaćeno kao pravo krivičnog progona okrivljenog, se uopšte i ne garantuje oštećenom, pa ne može ni da bude šticeño. Pravo krivičnog gonjenja, kao *ius puniendi*, originarno pripada javnom tužiocu (izuzetno i privatnom tužiocu), a tek supsidijarno oštećenom. Pošto ni javni tužilac ne može da štiti svoje *ius puniendi* pred Ustavnim sudom, to ne mogu ni oštećeni kao ovlašćeni tužiocі, jer oni imaju samo prava koja pripadaju javnom tužiocu, osim onih koja javni tužilac ima kao državni organ, dakle ne mogu imati više prava⁵⁰.

Pravo krivičnog progona pre svega treba da služi zaštiti javnog poretka i opštih vrednosti, a ne privatnoj retribuciji oštećenih. Stoga, zaštita krivičnoprocesnih prava optuženja i gonjenja, koja su pretežno javnopravnog karaktera, nije ni konstitucionalizovana, ali zaštita prava oštećenih na odlučivanje u razumnom roku jeste, ali samo o imovinskopravnom zahtevu, kao preovlađujuće građanskom pravu.

Iz svega navedenog proizlazi da je Ustavni sud uslovno konstitucionalizovao prava oštećenih u krivičnom postupku. Ali sasvim izuzetno, to je činjeno i

⁴⁹ Odluka UŽ-4527/2011 od 31. januara 2013. godine, objavljena u "Službenom glasniku RS", broj 18/13, st. 6.

⁵⁰ Videti fusnote 12. i 13.

relativno bezuslovno, kroz posrednu zaštitu osnovnih materijalnih prava, koja u sebi inherentno sadrže i pravo na sudsku zaštitu u razumnom roku. Ostaje da se vidi da li je ovakvo ustavno sudovanje konačna konstitucionalizacija prava oštećenih ili samo trenutno, i potencijalno promenljivo, obličje te tendencije koja i dalje teče, u nepoznatom smeru.

DORĐE M. RAŠEVIĆ

Adviser the Constitutional Court of Serbia

THE CONSTITUTIONALIZATION OF VICTIMS' RIGHTS

Summary

Two main tendencies in modern judicial proceedings are the humanization and the constitutionalization of the defendants' and the victims' rights. With respect to the defendant these tendencies do not raise problematic issues. Though, constituting victims' rights is a controversial topic in national legal systems and in the case law of the European Court of Human Rights as well. This paper deals with the achievements of the constitutionalization of victims' rights in the jurisprudence of the Constitutional Court of the Republic of Serbia. The Constitutional Court has been changing its case law and protects the rights of injured party only if they lodged a claim for damages in the criminal proceedings. Extraordinarily, the Constitutional Court provided protection to the victims who had not lodged that claim, but only if it found a violation of basic human rights such as the right to life.

DRAGAN BATAVELJIĆ,
BLAGOJE PUŠONJA

OSTVARIVANJE I ZAŠTITA USTAVNIH PRAVA I SLOBODA

U V O D

Za ostvarivanje i zaštitu ustavnih prava i sloboda, od posebnog je značaja obezbeđivanje zakonitosti u radu državnih organa, koji donose pojedinačne akte (tu spadaju, pre svega, sudski i upravni organi), u kojima su sadržane norme koje se neposredno primenjuje na građane. Ono što je ovde posebno bitno naglasiti jeste činjenica da su, u takvim situacijama, interesi građana najosetljiviji, pa je, otuda, potpuno razumljivo što, upravo ovi organi, moraju da izuzetnu pažnju posvećuju poštovanju načela zakonitosti u svom radu. Naravno, poštovanje prava, tj. načela zakonitosti je obavezno i za svakog drugog učesnika u pravnom saobraćaju. Zahtev strogog poštovanja prava, posebno dolazi do izražaja kod državnih organa koji raspolažu i neposredno primenjuju oružanu silu i tu mislimo, pre svega, na vojsku i policiju.

Naime, ustavna prava i slobode karakteriše veoma dinamičan razvojni put, tako da već odavno nisu unutrašnja stvar jedne države, nego su postale centralni problem čitave međunarodne zajednice. Ova dinamičnost se ogleda u stalnom proširenju korpusa ustavnih prava i sloboda, njihovom zajemčavanju i garantovanju najvažnijim međunarodnim i evropskim deklaracijama, konvencijama, pak-

Dr Dragan Bataveljić, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.
Blagoje Pušonja, Ministarstvo unutrašnjih poslova, PU Kragujevac.

tovima i drugim instrumentima međunarodnog zakonodavstva. Zbog ubrzane tendencije povećanja broja ovih prava, kao i brojnih zahteva za priznavanje novih, nacionalne države su se, u određenoj meri, odrekle svog apsolutnog suvereniteta, u korist međunarodnih obaveza, s jedne strane i obezbeđivanje međunarodne zaštite, s druge strane. Odavno su prošla vremena kada se na kršenje i nepoštovanje sloboda i prava u jednoj zemlji, sistematsko obespravljivanje i istrebljivanje građana, zlostavljanje političkih neistomišljenika i pripadnika nekih drugih nacija i slično, gledalo kao na unutrašnju stvar svake nacionalne države. To je, naročito, postalo aktuelno posle Drugog svetskog rata, kada su nastale Ujedinjene nacije, kao nova univerzalna međunarodna organizacija, pod čijim pokroviteljstvom je započeto međunarodno proklamovanje i garantovanje ljudskih prava putem različitih međunarodnih dokumenata, sa ciljem ostvarivanja i zaštite sloboda i prava čoveka i građanina.

Međutim, da bi uopšte moglo da dođe do ostvarivanja i zaštite sloboda i prava koja se garantuju ustavima nacionalnih država, neophodno je da najpre dođe do *stvaranja opštih pravnih normi*, koje uvek predstavlja *primenu prava*, kao konačnu, tj. krajnju svrhu prava, koja se sastoji u ponašanju subjekata prava po pravnim normama. Primena prava predstavlja značajan deo samog ostvarivanja prava, odnosno završni stadijum pravnog procesa, pri čemu treba posebno ukazati na činjenicu da zbog određenih, ustavom i zakonom predviđenih razloga, u izuzetnim situacija, može da dođe do manjeg ili većeg *ograničenja ustavnih prava i sloboda*, koje predstavlja veoma značajnu fazu u procesu njihovog *ostvarivanja i zaštite*. Zbog toga ćemo u analizi koja sledi, pokušati da u najkraćim crtama, ukažemo na sve ove faze, ukažemo na aktuelno stanje ostvarivanja i zaštite ustavnih prava i sloboda u svetu i u Republici Srbiji, kao i da damo određene konkretne predloge, koji bi mogli da budu značajan podstrek za diskusiju i preduzimanje određenih mera u našem zakonodavstvu.

STVARANJE PRAVA

Stvaranje prava (stvaranje opštih pravnih normi), pored ostvarivanja prava, predstavlja deo pravnog procesa i ima veliki broj odgovarajućih pretpostavki, u koje spadaju, pre svih: znanje, obrazovanje, kultura, pravna svest, pozitivan stav prema društvenim vrednostima, neophodno poznavanje jezika, materijalnog prava, društva, okruženja i slično. U dosadašnjem periodu, pravna nauka je svoju pažnju više usmeravala na stvoreno pravo i na njegovo ostvarivanje (tumačenje i primenu prava), nego na stvaranje prava, pa je *pravostvaralaštvo* (*pravno normiranje*), novijeg datuma. Otuda, da bi pravni proces bio potpuno osvetljen, neophodno je da naučna analiza stvorenog prava, bude dopunjena analizom procesa stvaranja opštih pravnih normi. Zbog toga je način stvaranja prava (pravne poruke) od odlučujućeg značaja za njegov kvalitet i mogućnost ostvarivanja u praksi.

Stvaranje prava je jedan dinamičan društveni proces, u kome je veoma bitno odlučivanje o interesima u društvu kroz opštu pravnu normu i stvaranje realnog prava, tj. takvog prava koje se može primeniti i ostvariti u konkretnom društvu. Zato, odnos prava i stvarnosti predstavlja suštinsko pitanje ovog procesa, u kome je pravo odraz postojećih i željenih odnosa, pa je, otuda, vrlo bitno stvoriti takvo pravo, koje proizilazi iz stvarnosti i povratno utiče na tu stvarnost (realno, racionalno pravo). Naime, pravo i treba da se stvara i ostvaruje, upravo, prema zahtevima stvarnosti i potrebama realnog života. S obzirom da između prava i društva postoji neizbežna antinomija, koja je posledica činjenice da je pravo apstraktno (hipotetičko i statično), a društvo konkretno (faktičko i dinamično), upravo se kroz stvaranje prava¹, rešava odnos opšte pravne norme i stvarnosti.

PRIMENA PRAVA

Stvaranje prava je uvek *primena prava* (Hans Kelzen)², koja predstavlja konačnu, krajnju svrhu prava. Ova svrha se sastoji u ponašanju subjekata prava po pravnim normama, pa se zato može reći da primena prava predstavlja "završnu fazu ostvarivanja prava, čija je početna faza tumačenje prava"³. To znači da se u samom procesu ostvarivanja prava, uzajamno prožimaju tumačenje (radi donošenja pojedinačnih pravnih normi i radi provere da li se nečije ponašanje vrši u skladu sa pravnim normama)⁴ i primena prava (tu se ispoljava fenomen prava i vrši njegova pozitivizacija)⁵. Naime, *stvaranje prava* predstavlja primarnu, dok *ostvarivanje prava* predstavlja sekundarnu pozitivizaciju prava, što znači da se ono (ostvarivanje prava) vrši na dva nivoa: interpretativnom i faktičkom. Na prvom nivou, ostvarivanje prava se vrši putem donošenja pojedinačnih pravnih akata, dok se na drugom nivou vrši putem ponašanja subjekata prava po odgovarajućim pravnim normama.

¹ Svrha i smisao stvaranja prava se ogleda u uređivanju društvenih odnosa, davanjem pravnog oblika društvenoj stvarnosti i, kao takvo, ono (stvaranje prava) u odnosu na druge oblike "života prava" (na primer, primenu i ostvarivanje prava), predstavlja najsvesniju pravnu operaciju.

² Po rečima Kelzena "svaki akt je, normalno, u isto vreme i akt stvaranja i akt primene prava". O ovome videti šire u Kelzen, H., *Opšta teorija prava i države*, Pravni fakultet, Beograd, 1998, str. 191.

³ Blagojević, M.S., *Primjena prava*, u: Mitrović, M.D. (urednik), *Ostvarivanje prava*, Jugoslovensko udruženje za teoriju, filozofiju i sociologiju prava i Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2001, str. 15.

⁴ Tumačenje prava (*interpretatio iuris*) predstavlja utvrđivanje sadržaja pravnih normi i njihovog pravog, tj. tačnog smisla.

⁵ Tumačenje prava je neophodna pretpostavka primene prava i zato se daje u okviru nje.

Prema tome, *primena prava* je deo ostvarivanja prava i, kao takva, ona predstavlja “završni stadijum pravnog procesa, njegov završni deo u životu prava”⁶, tj. ponašanje subjekata po pravnim normama. To znači da u ovom stadijumu važnije prava (njegova normativna egzistencija) prerasta u ljudska telesna ponašanja (nenormativna, faktička egzistencija prava). Međutim, treba naglasiti da se normativno i stvarno, često ne poklapaju, jer odnos norme i stvarnosti, između ostalog, karakteriše i jedna “daljina koja postoji između njih”, koja se ogleda u činjenici da su norme dosta apstraktne i udaljene od stvarnosti⁷. Društveni odnosi koji se regulišu pravom su dinamični, promenljivi i nestalni, pa je, otuda, veoma teško predvideti sve slučajeve koji mogu da se dese u životu. Zato je sasvim realno očekivati razlike i neharmoničnost između normativnog i stvarnog, pa u procesu primene prava ne treba da iznenadi, niti da obeshrabri situacija u kojoj primenjivač prava naiđe na određene praznine u zakonu, tj. na neregulisanost određenih društvenih odnosa opštom pravnom normom (zbog različitih razloga)⁸. Takvih slučajeva će uvek biti, ali je interes svake države da pravnih praznina u pravnom poretku bude što manje i da se, u procesu ostvarivanja prava (u kome se vrši sekundarna pozitivizacija), takvim društvenim odnosima dâ odgovarajuća pravna forma.

OSTVARIVANJE PRAVA

Od *primene prava* moramo da razlikujemo *ostvarivanje (realizaciju) prava*, koje je osnovni cilj svake primene. Naime, pored *stvaranja* i *primene prava*, radi obezbeđivanja vladavine prava i pravne države, neophodno je omogućiti ostvarivanje prava, koje je, otuda, izuzetno važno. Za pravni saobraćaj je od odlučujućeg značaja “ono što zaista jeste”, tj. ono što je učinjeno u odnosu na “ono što treba da bude”, tj. ono što bi trebalo da bude učinjeno⁹. *Stvaranje* i *ostvarivanje prava* su dve najuže, povezane strane istog pravnog poretka. Pravo je imanentno samoj prirodi čoveka i društva u kome živi (čiji je on član). Naime, čovek kao društveno biće, svakodnevno stupa u određene odnose sa drugim pojedincima, grupama ili čitavom društvenom zajednicom, pa je, otuda, prinuđen da zna koja su njegova prava i ovlašćenja, a koje su njegove obaveze i dužnosti u takvim situacijama. Naravno, kao što smo napred naveli, za svaku državu je najbolje ono pravo, koje

⁶ Blagojević, M.S., *Primjena prava*, u: Mitrović, M.D. (urednik), *Ostvarivanje prava*, Jugoslovensko udruženje za teoriju, filozofiju i sociologiju prava i Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2001, str. 15.

⁷ Stvarnost, realni život karakteriše stalna promenljivost i konkretnost.

⁸ To znači da određeni društveni odnosi nisu dobili formu prava, tj. nije izvršena njihova primarna pozitivizacija.

⁹ Etimološko značenje reči realizacija (ostvarenje, ostvarivanje) vodi poreklo od francuske reči *réalisation*, koja znači sprovođenje u stvarnost (etimologija je grana lingvistike, koja proučava poreklo reči).

se ostvaruje dobrovoljno, tj. iz unutrašnjih pobuda, a ne prinudno, tj. iz straha od kazne. Ipak, u nekim situacijama, pravu je potrebna podrška od strane države, ali je veoma bitno da se, ni tada, državna vlast ne pretvori u nasilje, jer onda postaje suprotnost pravu (takva država gubi svojstvo demokratske i pravne zajednice).

Stvaranje prava je neophodno i predstavlja prvi korak na putu ka ostvarivanju vladavine prava i funkcionisanju pravne države u jednoj demokratskoj zajednici. Međutim, u oblasti ljudskih prava je, pored proglašavanja sloboda i prava čoveka i građanina ustavom i deklaracijama, još važnije njihovo ostvarivanje u realnom životu. Suština je u tome da se, pored ustavnog tretmana i garantovanja ovih prava najvišim pravnim aktima, obezbede i odgovarajući mehanizmi za njihovo ostvarivanje i zaštitu u slučaju povrede i nepoštovanja od strane drugih. Pritom je veoma važno imati u vidu društvene uslove za ostvarivanje ljudskih prava, s obzirom da su oni najznačajniji uslovi za ostvarivanje ovih prava. Zbog toga i proces ostvarivanja ustava smatramo dugoročnim društvenim procesom, u kome se ustavne norme transformišu u realne društvene odnose (iz kojih su one i nastale).

Pored toga, neophodno je postojanje mehanizama koji omogućuju zaštitu ovih prava i pravnih sredstava za korišćenje navedenih mehanizama (u slučaju kada su ljudska prava povređena). Naravno, veoma je značajno napomenuti da svi ti mehanizmi moraju da budu predviđeni u ustavu, kako bi, na taj način, ostali van domašaja zakonodavne vlasti. U ove ustavne mehanizme, koji obezbeđuju zaštitu ustavnih prava i sloboda spadaju, na primer, mogućnost kažnjavanja svake zloupotrebe ovih sloboda i prava i, pritom, pružanje jednake zaštite svakom građaninu, garantovanje prava na žalbu, ustavnu žalbu ili drugo pravno sredstvo svakom licu protiv odluke kojom se rešava o njegovom pravu ili interesu, zajemčavanje prava građana da se obrate međunarodnim institucijama, radi zaštite svojih prava i sloboda i slično¹⁰.

OGRANIČENJE PRAVA

Za svaku državu je veoma važno normalno funkcionisanje njenog državno-pravnog poretka, koje takav poredak čini efikasnim i omogućava vladavinu prava. Ovakvo normalno funkcionisanje poretka (što, najčešće, nije slučaj ni sa jednim poretkom, jer se naizmenično smenjuju periodi stabilnosti i nestabilnosti) jedino može da omogući *ostvarivanje prava*. Zbog toga, država u svojim najvišim opštim pravnim aktima predviđa određene situacije u kojima, zbog svoje ugroženosti, može da dođe do ograničenja ustavnih prava i sloboda, tj. do narušavanja ostvarivanja prava. Naravno, treba reći da su to izuzetne (nenormalne, vanredne) situacije, predviđene najvažnijim pravnim dokumentima¹¹, kada dolazi do naru-

¹⁰ O ovome videti šire: Marković, R., *Nav. delo*, str. 589-590.

¹¹ Takve situacije pravo, najčešće, označava kao *stanje nužde*.

šavanja osnovnih prava građana i ugrožavanja njihove privatne sfere. U takvim, vanrednim okolnostima je u interesu zajednice da građani budu ograničeni u uživanju svojih, ustavom zajemčenih, prava i osnovnih sloboda. Međutim, ono što je bitno u takvoj situaciji, jeste da se u ograničenju prava i sloboda građana u interesu zajednice (prirodne katastrofe, ratno ili vanredno stanje, neke druge neočekivane opasnosti i slično), poštuju određene granice i da ta "izvanredna" ovlašćenja budu kontrolisana i nadzirana od strane nezavisne vlasti.

Veći broj savremenih ustava predviđa suspendovanje ili privremeno ukiđanje osnovnih prava u vanrednim okolnostima, tj. u stanju državne nužde, a odredbe o suspenziji ovih prava se, najčešće, nalaze u delu o osnovnim pravima ili u delu ustava u kojem se dozvoljava mogućnost uvođenja vanrednog stanja u državi. Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda iz 1950. godine, dozvoljava odstupanje od ustavnih sloboda i prava za vreme rata ili druge javne opasnosti, tako da država, u takvim slučajevima, može da preduzme mere koje odstupaju od njenih obaveza predviđenih navedenom Konvencijom¹². Kada je reč o evropskim državama, onda treba reći da mnogi ustavi ovih država ne dozvoljavaju smanjivanje važenja osnovnih prava, čak ni u slučaju državne nužde¹³, već dopuštaju samo njihovo delimično obustavljanje, navodeći pritom, poimenično, ta osnovna prava, koja se ni u ovakvim situacijama ne mogu suspendovati ili se taksativno nabrajaju osnovna prava, čije se vršenje privremeno obustavlja (bilo za čitavu teritoriju, bilo za jedan njen deo)¹⁴.

Pitanje ograničenja ustavnih sloboda i prava građana, njihovog ugrožavanja i dozvoljene granice je veoma osetljivo pitanje i, otuda, predmet brojnih teorijskih rasprava, s obzirom da postoji nekoliko vrsta ovih ograničenja, kao što su: 1) stavljanje van snage određenih prava i sloboda u vanrednim situacijama¹⁵; 2) tzv. ugrađena ograničenja (pojedina ustavna prava i slobode su stalno ograničena)¹⁶;

¹² Naravno, ovo odstupanje može da bude samo u najnužnijoj meri, koju iziskuje hitnost nastale situacije.

¹³ Državna nužda nastaje u slučaju vanrednog stanja, stanja neposredne ratne opasnosti, opsadnog ili ratnog stanja.

¹⁴ U takvim slučajevima se, pored nekih političkih prava, kao što su sloboda štampe, sloboda zborna, političkog udruživanja, okupljanja na javnim mestima, sloboda mišljenja i informacija i slično, suspenduju i neka lična prava, kao što su garancije slobode ličnosti, slobode kretanja i nastanjanja, nepovredivosti stana, tajnosti pisama i drugo. Takođe, mogu da se suspenduju i neka socijalno-ekonomska prava, kao što su pravo na štajk, sindikalna sloboda i drugo, ali i da se neke slobode transformišu u dužnosti građanina, kao što se sloboda rada može transformisati u dužnost rada.

¹⁵ Takođe, postoje izvesna prava koja su apsolutno zaštićena i koja se ne mogu ograničiti, izuzev u slučajevima, kada to ograničenje nameće korišćenje tih istih prava i sloboda od strane drugih.

¹⁶ To se odnosi, primera radi, na pravo na slobodu, koje je, na neki način, stalno ograničeno, jer je samim zakonom omogućeno da svako bude lišen ovog prava, ukoliko se sumnja da je ugrozio pravo nekog drugog.

3) sužavanje mogućnosti uživanja određenih prava¹⁷; 4) tzv. fakultativna ograničenja, kao poseban oblik dozvoljenih ograničenja ustavnih prava i sloboda¹⁸. Odlučivanje o obimu uživanja i ograničenja navedenih prava i sloboda i vremenskom trajanju tog ograničenja, predstavlja jedno od ključnih pitanja njihovog nesmetanog ostvarivanja.

ZAŠTITA USTAVNIH PRAVA I SLOBODA

Zbog značaja koji za status ljudskih prava u ustavnom i pravnom sistemu ima njihova zaštita, među opšte odredbe o ljudskim pravima svrstana su i ustavna jamstva prava na zaštitu ljudskih prava, najveći broj ustava utvrđuje dva vida zaštite ljudskih prava, i to: 1) *zaštitu u unutrašnjem pravu* i 2) *međunarodno-pravnu zaštitu* (zaštitu pred međunarodnim institucijama). U najznačajnije elemente *mehanizma pravne zaštite sloboda i prava čoveka i građanina* spadaju:

1. *Sudska zaštita ustavom zajemčenih sloboda i prava* - najvažniji vid njihove zaštite u unutrašnjem pravu, koju ustav primarno garantuje svakom licu kome je povređeno ili uskraćeno pravo ili sloboda garantovana ustavom.

2. *Ustavno-sudska zaštita sloboda i prava* - ostvaruje se kao posredna, tj. indirektna zaštita i sastoji se u normativnoj kontroli (na prvom mestu, oceni ustavnosti) zakonskih akata, kao i u rešavanju drugih ustavnih sporova.

3. *Pravo svakog građanina na žalbu* (ili drugo pravno sredstvo) - može se izjaviti protiv odluke o nekom njegovom pravu ili interesu, koji su zasnovani na zakonu.

4. *Pravo svakoga na jednaku zaštitu svojih prava* - u postupku utvrđenom zakonom, koji se može voditi pred sudom, drugim državnim ili bilo kojim organima i organizacijama.

5. *Rešavanje o pravima i obavezama svih lica* (kako fizičkih, tako i pravnih), *na osnovu zakona* - veoma značajna obaveza državnih organa i organizacija u čijoj nadležnosti je vršenje javnih poslova.

6. *Pravo svakoga da zahteva naknadu štete* - ukoliko je šteta pričinjena nezakonitim ili nepravilnim radom službenog lica, državnog organa ili organizacije u vršenju javnih poslova (ovlašćenja).

Ovo su glavni elementi mehanizma pravne zaštite sloboda i prava čoveka i građanina, koji se sreću u najvećem broju demokratskih zemalja. Za takav mehanizam je najznačajnija njegova efikasnost (delotvornost) koja je, međutim, uslovljena brojnim razlozima, pre svega, karakterom društvenog uređenja. Naime, osnovna pretpostavka ostvarivanja sloboda i prava jeste društveni poredak sa svo-

¹⁷ Na primer, pravo na prepisku sa članovima svoje porodice suženo je za lica koja izdržavaju kaznu zatvora i slično.

¹⁸ Ova ograničenja moraju da budu propisana zakonom i to samo u slučaju ako su neophodna da, u jednom demokratskom društvu, omoguće zaštitu nacionalne bezbednosti, javnog zdravlja, morala, sloboda i prava drugih lica ili drugih osnovnih vrednosti svake države.

jim osnovnim karakteristikama. Tako, poredak u kome postoji nezavisnost sudstva, stroga nadređenost ustava i zakona organima vlasti, poštovanje ustavnosti i zakonitosti i slično, pruža mogućnost za efikasnu pravnu zaštitu sloboda i prava, koju garantuje i sam ustav. Ukoliko je reč o poretku koji karakterišu zavisnost sudstva, režim lične vlasti, nepoštovanje ustava i zakona, monopol jedne političke partije, nepostojanje pravne države i slično, onda je mogućnost zaštite sloboda i prava (kao i njena efikasnost) dovedena u pitanje.

Pre nego što kažemo nešto više o glavnim elementima mehanizma zaštite sloboda i prava čoveka i građanina, ukazaćemo na činjenicu da su ljudi u najvećem delu svoje istorije živeli u državama u kojima su bili obespravljeni, s obzirom da im nisu bila priznata ova prava i slobode. Naime, tek su se u najnovijoj istoriji, pre samo nešto više od dva veka, pojavili prvi dokumenti koji su proklamovali ljudska prava i koji su bili, u stvari, rezultat revolucije nastale u Americi i Francuskoj. Tu, pre svega, mislimo na američku Deklaraciju o nezavisnosti iz 1776. godine, Ustav SAD-a iz 1787. godine, francusku Deklaraciju o pravima čoveka i građanina iz 1789. godine i druge proklamacije. Posebno su značajne tzv. "Očevidne istine", proklamovane američkom Deklaracijom o nezavisnosti, koje utvrđuju da su svi ljudi stvoreni jednaki i "da ih je Tvorac obdario neotuđivim pravima, među kojima spadaju život, sloboda i traženje sreće".

SUDSKA ZAŠTITA LJUDSKIH PRAVA

Sudska zaštita je primarna i osnovna zaštita sloboda i prava građana pred sudovima. Za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, kao i za ostvarivanje principa pravne države, od najvećeg značaja je garancija sudske zaštite sloboda i prava, priznatih i zajemčenih ustavom. Naime, nema delotvorne zaštite prava (koja je od suštinskog značaja za svakog pojedinca), niti ostvarivanja principa pravne države, bez nezavisnog i nepristrasnog suda. Zato, svaki ustav treba da garantuje svakom pojedincu pravo na sudsku zaštitu, ako mu je povređeno ili uskraćeno neko ljudsko pravo ili osnovna sloboda, kao i pravo na uklanjanje posledica koje su povredom nastale. Sudska zaštita prava, pored klasične krivično-pravne i građansko-pravne zaštite, uključuje garanciju vođenja upravnog spora i postupak odlučivanja po ustavnim žalbama građana. U postupku rešavanja *upravnih sporova*, nadležni sud odlučuje o zakonitosti konačnih upravnih akata, kojima se odlučuje o pravu, obavezi ili na zakonu zasnovanom interesu građana. Upravne sporove, po pravilu, rešavaju upravni sudovi, mada je u nekim državama za ove sporove nadležan drugi organ (na primer, opštinski, tj. osnovni sud). U postupku po *ustavnim žalbama*, načelno se odlučuje o ustavnosti svih pojedinačnih akata i radnji, kojima se vređaju osnovna ustavna prava građana. O ustavnim žalbama odlučuje ustavni sud.

Sudska zaštita je vrlo razvijena i obuhvata, ne samo mogućnost zaštite sloboda i prava čoveka i građanina pred redovnim sudovima, kao organima držav-

ne vlasti, nego i pred organima za sudsku kontrolu akata uprave, kroz tzv. upravni spor. Odgovarajuće zadatke u ovoj zaštiti imaju i ostali delovi pravosudnog sistema, kao što su javno tužilaštvo i advokatura. Koliki je značaj sudske vlasti u obezbeđivanju ustavnosti i zakonitosti, može se videti iz činjenice da bez vlasti suđenja i objektivnog sudstva nema ni pravne države. No, treba naglasiti da zaštita sloboda i prava čoveka i građanina, nije samo zadatak pravosudnog sistema, koji je specijalizovan za ove potrebe, nego je to opšti zadatak svih organa i organizacija, svih državnih organa i svakoga koji vrši javna ovlašćenja.

USTAVNO-SUDSKA ZAŠTITA LJUDSKIH PRAVA

Kada je reč o zaštiti sloboda i prava čoveka i građanina, treba reći da pored sudske zaštite, razlikujemo i ustavno-sudsku zaštitu, čiji je zadatak da vrši nadzor nad ostvarivanjem ovih prava. Ustavni sud, kao najznačajnija institucija ovog nadzora i zaštite, predstavlja samostalan i nezavistan državni organ, koji štiti ljudska prava i slobode, nije u okviru redovnog pravosuđa. Ovu zaštitu on pruža na dva načina (oblika), i to: 1) *posrednim, tj. indirektnim putem* (apstraktnom ocenom ustavnosti, a ne direktnom zaštitom prava i sloboda)¹⁹; 2) *neposrednim putem* (odlučivanjem o ustavnim žalbama, tj. neposrednim odlučivanjem ustavnog suda o zaštiti prava i sloboda). Prilikom ocenjivanja ove zaštite, prednost se daje neposrednoj ustavno-sudskoj zaštiti²⁰, pa otuda, najveći broj savremenih ustava u svetu prihvata pravo građana na obraćanje ustavnom sudu, u cilju zaštite svojih sloboda i prava. Ovo pravilo da slobode i prava građana (priznate i zajemčene ustavom), uživaju ustavno-sudsku zaštitu, predstavlja opštu normu, na kojoj počiva zaštita svih sloboda i prava građana. Rešavanje ustavnih sudova ima karakter neposredne, tj. direktne zaštite ljudskih prava, samo u onim ustavnim sporovima, u kojima se tvrdi da je došlo do povrede nekog konkretnog (osnovnog) ustavnog prava pojedinca, pojedinačnim aktom određenog državnog organa. Naime, ovde imamo primer odlučivanja ustavnih sudova o ustavnim žalbama koje su izjavljene protiv konkretnih odluka javne vlasti²¹, tako da, tom prilikom, ovi sudovi neposredno ispituju ustavnost takvih radnji ili akata²².

¹⁹ Prilikom normativne kontrole, kao osnovne nadležnosti ustavno-sudske funkcije, dolazi na prvom mestu, do ocene ustavnosti i zakona i rešavanja drugih apstraktnih ustavnih sporova. Važno je naglasiti da u ovom postupku može da dođe do ukidanja svakog zakona (ili nekog drugog pravnog propisa) od strane ustavnog suda, ukoliko se tim propisom vređaju ustavom zagarantovane slobode i prava.

²⁰ O ovome videti šire: Đurić, V., *Ustavna žalba*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2000. i Stojanović, D., *Ustavno sudstvo i zaštita prava i sloboda čoveka i građanina*, Pravni život 12/1995, str. 185.

²¹ Ove odluke mogu da budu donete od strane određenih sudova, upravnih organa ili nekih drugih organa javne vlasti.

²² Ukoliko ustavni sud, prilikom neposrednog ispitivanja pojedinačnih akata organa javne vlasti, utvrdi neustavnost nekog od njih, on svojom odlukom utvrđuje i njihovu nevažnost.

Ovde treba naglasiti da veći broj evropskih država predviđa ustavno-sudsku zaštitu sloboda i prava, kao specijalizovani oblik njihove zaštite, koji se ostvaruje preko ustavnih sudova. Takođe, veoma je bitno naglasiti da se ovi sudovi nalaze van redovnog pravosudnog sistema²³, kao i da “ustavna žalba i žalba ustavnom sudu”, nedvosmisleno, imaju svoje značajno mesto u sistemu zaštite sloboda i prava čoveka i građanina (o čemu će biti više reči prilikom analize ustavno-sudske zaštite, koja je predviđena važećim Ustavom Republike Srbije iz 2006. godine).

EVROPSKI SISTEM ZAŠTITE LJUDSKIH PRAVA

Savremeni, veoma razvijeni i dosta aktuelni, evropski sistem zaštite ljudskih prava je uspostavljen usvajanjem Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, 04. novembra 1950. godine u Rimu, pod okriljem Saveta Evrope. Vlade evropskih zemalja, tadašnjih članica ovog Saveta, potpisale su navedenu Konvenciju, imajući u vidu Univerzalnu deklaraciju o ljudskim pravima koju je Generalna skupština Ujedinjenih nacija proglasila 10. decembra 1948. godine. Prilikom usvajanja Evropske konvencije, obrazovana su dva organa, čiji je zadatak bio da obezbede njenu punu primenu, a to su bili: 1) Evropska komisija za ljudska prava i 2) Evropski sud za ljudska prava. Prvi od njih je Protokolom br. 11. uz navedenu Konvenciju, 1994. godine ukinut, pa umesto navedene Komisije, njene poslove, od tada, pa sve do danas, obavljaju veća Evropskog suda. Takođe, ovim Protokolom je ustanovljen i stalni Evropski sud za ljudska prava u Strazburu (pojedinci mogu ovom Sudu da neposredno upućuju svoje žalbe). Upravo, navedena mogućnost podnošenja individualne žalbe ili predstavke ovom Sudu (koja je, do tada, bila rezervisana samo za suverene države), omogućila je pojedincu da dobije aktivnu ulogu u zaštiti svojih sloboda i prava i da postane parnična stranka pred ovako značajnim međunarodnim sudom.

Pred Evropskim sudom tužena može da bude samo država, jer nisu prihvatljive apelacije podnete protiv pojedinaca ili nevladinih organizacija. Pre obraćanja Evropskom sudu, stranka mora *da iscrpi sva pravna sredstva i procedure* koji joj stoje na raspolaganju u domaćem zakonodavstvu. Međutim, čak i ako nisu iskorišćeni svi domaći pravni lekovi, Sud može prihvatiti apelaciju, ako apelant dokaže da su pravni lekovi njemu nedostupni ili da bi upotreba pravnih lekova bila neefikasna ili da bi trajala neopravdano dugo. Takođe, apelacija mora biti *blagovremena*, tj. mora biti podneta u roku od šest meseci od dana donošenja konačne odluke od strane nadležnog organa države u kojoj je povreda prava izvršena. Rok počinje da teče od momenta kada apelant iskoristi sve domaće efektivne i deotvorne pravne lekove.

²³ Ustavni sudovi su posebne sudske institucije sa naglašenim političkim karakterom, čiji je najvažniji zadatak da garantuju i očuvaju svojstvo superiornosti ustava, kao najvišeg opšteg pravnog akta.

Presude Evropskog suda za ljudska prava su nedvosmislene i ne ostavljaju obavezanoj državi članici, gotovo nikakav slobodan prostor za izigravanje odluka ili za njihovo neizvršenje. Ovo, i s toga što izvršenje presuda ovog Suda kontroliše Komitet ministara Saveta Evrope. U slučaju da država ne ispuni obaveze koje su joj naložene sudskom presudom, Komitet ministara može doneti odluku o suspenziji članstva države ili čak o njenom isključenju iz članstva Saveta Evrope.

OSTVARIVANJE I ZAŠTITA LJUDSKIH PRAVA U REPUBLICI SRBIJI

Pre nego što nešto više kažemo o ovoj izuzetno značajnoj i osetljivoj problematici, ukazaćemo na činjenicu da su, danas, ljudska prava u svetu ugrožena, da nikada više nije bilo međunarodnih deklaracija, konvencija, rezolucija, paktova i drugih značajnih akata međunarodnog zakonodavstva, s jedne strane i da i dalje postoje svakodnevna kršenja ljudskih prava i nepoštovanje tih dokumenata, s druge strane. To je situacija na globalnom nivou, a stanje u kome se nalazi društveni poredak u Republici Srbiji je takvo da se mora zaključiti da osnovne pretpostavke za ostvarivanje i efikasnu zaštitu ustavnih sloboda i prava čoveka postoje samo delimično, jer je Srbija, još uvek, nedovršena država. Naime, izlazak iz faze političkog autoritarizma jednopartijskog političkog sistema je proširio prostore političkih sloboda, naročito prava na udruživanje i drugih klasičnih političkih sloboda. U realnosti nisu nestale sve prepreke u ostvarivanju tih sloboda i prava, niti je obezbeđena njihova efikasna zaštita. Ipak, nema sumnje u to da je postignut nov kvalitet i da je stanje bliže zahtevima demokratije.

Slična konstatacija ne može se, nažalost, dati za lična prava, a još manje za socijalna i ekonomska prava. Duboka kriza koja prati čitavu epohu transformacije i našeg društvenog sistema manifestovala se i kroz gotovo opštu kriminalizaciju društvenih odnosa. U takvim okolnostima najviše su ugrožena lična prava i slobode čoveka, a ekonomska beda, u kojoj se već duže vreme nalazi čitavo naše društvo, učinila je većinu socijalno-ekonomskih prava iluzornim. Zato i moramo da zaključimo da društveni ambijent u Republici Srbiji ne pomaže, nego bitno otežava ostvarivanje i zaštitu sloboda i prava čoveka i građanina.

Poslednjih godina u toku je proces intenzivne ustavotvorne i zakonodavne aktivnosti. Donet je veliki broj domaćih zakona, koji neposredno utiču na sistem zaštite ljudskih prava i osnovnih sloboda i bitno su izmenjeni neki sistemski propisi koji su se decenijama primenjivali. Stupanjem na snagu Ustavne povelje državne zajednice Srbija i Crna Gora, koja je prestala da važi polovinom 2006. godine, bila su uvedena i dva principa, koja su nametnula obavezu sudovima Republike Srbije da, osim domaćih propisa, vode računa o prihvaćenim međunarodnim standardima u oblasti zaštite ljudskih prava i osnovnih sloboda: 1) *princip*

suprematije međunarodnog prava nad domaćim propisima²⁴ i 2) princip neposredne primene međunarodnih ugovora o ljudskim i manjinskim pravima²⁵. Takođe je i odredbama Ustava Republike Srbije od 2006. godine predviđeno da su opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava i potvrđeni međunarodni ugovori sastavni deo pravnog poretka Republike Srbije i da se neposredno primenjuju, a da potvrđeni međunarodni ugovori moraju biti u skladu sa Ustavom (član 16.).

Za potrebe ovog rada je veoma bitno naglasiti da se zaštita ljudskih prava u Republici Srbiji ostvaruje u različitim oblicima, tako da je zaštita pred organima uprave samo jedan vid zaštite ljudskih prava. Ustav Republike Srbije garantuje opšte pravo na jednaku zaštitu prava u postupku pred sudom, drugim državnim ili bilo kojim organom ili organizacijom, kao i pravo na žalbu.

Međunarodno-pravna zaštita ljudskih prava. - Zaštitu ljudskih prava obebeđuju različita tela međunarodnih organizacija (Komitet za ljudska prava OUN, komisije Saveta Evrope), koja ostvaruju nadzor nad stanjem ljudskih prava, prate poštovanje standarda ljudskih prava i daju preporuke za unapređenje poštovanja ljudskih prava i otklanjanje kršenja ljudskih prava. Vlade, obavezno, podnose izveštaje o stanju ljudskih prava, što mogu da učine i nevladine organizacije. Drugi vid zaštite je sudska zaštita u okviru opšteg sistema ljudskih prava (Međunarodni krivični sud u Rimu) i regionalnog sistema ljudskih prava (Evropski sud za ljudska prava u Strazburu). *Povelja o ljudskim i manjinskim pravima i građanskim slobodama SCG* iz 2003. godine je prihvatila jurisdikciju međunarodnih tela u domenu zaštite ljudskih prava (član 9). Međutim, iako je ova Povelja formalno-pravno prestala da važi 03. juna 2006. godine, njena načela i rešenja su implementirana u Ustav Republike Srbije od 08. novembra 2006. godine. *Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda* (usvojena od strane Saveta Evrope 1950. godine, sa 14 kasnijih protokola), propisuje uslove pod kojima se ovlašćeni subjekti mogu obratiti Evropskom sudu za ljudska prava u Strazburu, zahtevom za pokretanje postupka za zaštitu ljudskih prava.

Građani Srbije očekuju dalju demokratizaciju društva, približavanje i prihvatanje evropskih standarda i stvaranje atmosfere kažnjivosti, tj. dostižnosti pravde i prava za svakoga. Svaka vrsta diskriminacije, torture, izbegavanja zakona, pljačke državne imovine, ugrožavanja drugih ljudi u mirnom uživanju svojih prava, mora da bude kažnjiva, dostižna pravdi i sankcionisana prema važećim zakonskim propisima. Neuspela reforma pravosuđa nanela je nenadoknadivu štetu, kako Srbiji kao državi, s jedne strane, tako i građanima i nosiocima pravosudnih funkcija, s druge strane, s obzirom da je ista reforma vršena bez kriterijuma koji su svima bili poznati i zakonom predviđeni, zbog čega je došlo do višegodišnjeg kršenja ljudskih prava, što će se (možda) ispraviti u nekoliko narednih godi-

²⁴ Član 16. Ustavne povelje: "Ratifikovani međunarodni ugovori i opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava imaju primat nad pravom Srbije i Crne Gore i pravom država članica".

²⁵ Član 10. Ustavne povelje: "Odredbe međunarodnih ugovora o ljudskim i manjinskim pravima, koji važe na teritoriji Srbije i Crne Gore, neposredno se primenjuju".

na. Tek se poslednjih godinu dana stvaraju precizniji statistički podaci o trajanju sudskih postupaka, neopravdano dugim sudskim procesima i kršenju prava na pravično suđenje u razumnom roku, koje predstavlja načelnu ustavnu garanciju²⁶, kao i kršenju posebnog prava lica protiv koga se vodi krivični postupak, da mu se sudi bez odugovlačenja²⁷.

Činjenica je da je tokom poslednjih decenija, u Srbiji bilo dosta kršenja ljudskih prava i da se tome, konačno, mora stati na put. Do toga je često dolazilo, a ima takvih situacija i danas, da policija u pretkrivičnom postupku, radi pribavljanja dokaza u istrazi, tj. iznuđivanja priznanja, primenjuje silu i nedozvoljene postupke, kršeći osnovna ljudska prava. Što je još gore, samo se u retkim slučajevima dešava da se povodom prijavljivanja takvih postupaka policije, vrlo retko sprovede hitna i efikasna istraga (o pokretanju krivičnog postupka protiv onih za koje se osnovano sumnja da su odgovorni, da i ne govorimo). Na podnete krivične prijave o takvim postupcima policije, tužilaštvo često i ne odgovara, tj. ne obaveštava oštećenog da je odbacilo krivičnu prijavu, odnosno odustalo od gonjenja, iako je to dužno da uradi u roku od 8 dana. U takvom slučaju, oštećeni propušta rok u kome sam može da preduzme krivično gonjenje, odnosno da nastavi postupak. Brojne greške policije i tužilaštva, ako se ikada utvrde, na kraju plaća sam narod, odnosno država iz budžeta, jer ko je bez osnova ili nezakonito lišen slobode, pritvoren ili osuđen za kažnjivo delo, ima pravo na naknadu štete i druga prava utvrđena zakonom²⁸.

Da bi se ovakve negativne pojave smanjile na najmanju moguću meru, neophodno je omogućiti da oštećeni ima pravo da zahteva naknadu štete neposredno od lica koje je štetu prouzrokovalo (član 35. stav 3. Ustava). Zbog toga je neophodno obezbediti što veću nezavisnost sudstva i nosilaca pravosudnih funkcija, radi obezbeđivanja njihove samostalnosti i nepristrasnosti u radu, bez ikakvih pritisaka i straha od reakcije bilo koje vlasti (posebno od aktuelne izvršne vlasti). Zbog toga je neophodna znatno intenzivnija edukacija sudija i tužilaca u oblasti ljudskih prava i obezbeđivanju vladavine prava, zatim sagledavanje aktuelnog stanja u ostvarivanju ljudskih prava u Republici Srbiji (u čemu građanima treba da pomognu, pre svega, najeminentniji predstavnici u svojoj struci), kao i stvaranje jasne i jake političke volje naroda da se takvo stanje promeni, modernizuje i približi demokratskim tokovima i civilizacijskim standardima. Naravno, neophodan i možda najvažniji korak u ovom procesu jeste efikasna, osmišljena, delotvorna i na opštepoznatim kriterijumima izvršena reforma institucija sistema, tj. otklanjanje brojnih manjkavosti koje u njemu postoje. Smatramo da će vreme koje je pred nama, opravdati naša očekivanja, pokazati spremnost nosilaca političke vla-

²⁶ Ustav Republike Srbije iz 2006. godine, član 32. stav 1.

²⁷ *Isto*, član 33. stav 6.

²⁸ *Isto*, član 35. Odredbe ovog člana garantuju pravo na rehabilitaciju i naknadu (materijalne ili nematerijalne) štete, koja je nekom licu prouzrokovana nezakonitim ili nepravilnim radom.

sti za prave reforme u svim oblastima društva, što će doprineti boljem životu svih građana, ostvarivanju ustavnih prava i sloboda i njihovoj efikasnoj zaštiti, obezbeđivanju vladavine prava i pravne države, što jedino može dovesti do opstanka Republike Srbije, njene dalje modernizacije i uključivanja u savremene evropske integracije i svetske tokove.

ZAKLJUČAK

Na osnovu svega navedenog, može se zaključiti da, danas, kako u svetu, tako i u Republici Srbiji, funkcionišu brojni mehanizmi za ostvarivanje, tj. realizaciju stvorenog prava u realnom životu. Međutim, to je jedan dugoročan proces koji zavisi, pre svega, od postojećih društvenih uslova koji se, naravno, razlikuju od jedne do druge zemlje. Kada je reč o Republici Srbiji, treba ukazati na činjenicu da u njoj, i pored uvođenja partijskog pluralizma i proširivanja korpusa ustavnih prava i sloboda, ipak nisu nestale sve prepreke za njihovo ostvarivanje. Zato, i pored toga što je stanje u našoj zemlji, posle sprovedenih reformi, bliže demokratskim zahtevima savremenog društva, nije obezbeđena efikasna zaštita ovih prava i sloboda, što će, svakako, predstavljati jedan od prioriteta naše države u periodu koji je pred nama.

Ova zaštita može da se posmatra sa *unutrašnjeg* i *međunarodnog* stanovišta: osnov prvog predstavlja ustav, kao najznačajniji dokument svake države, a osnov drugog, međunarodni ugovori koji zaključuju države. Međunarodni sudski organi imaju supsidijarnu ulogu u zaštiti ljudskih prava, jer i samo međunarodno pravo zahteva, pre svega, efikasnu zaštitu ovih prava na unutrašnjem planu. Naravno, međunarodni sistem zaštite ljudskih prava je, danas, veoma razvijen, a kada je u pitanju Stari kontinent, onda treba reći da tu posebnu ulogu igraju Savet Evrope (organizacija regionalnog karaktera) i Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (međunarodni ugovor *sui generis*), Evropska komisija za ljudska prava i Evropski sud za ljudska prava. Ovaj Sud, koji je počeo sa svojim radom 1959. godine (sedište u Strazburu) predstavlja, slobodno možemo reći, pravi osnov čitavog evropskog sistema zaštite ljudskih prava, jer on ispravlja nedostatke koji nastanu prilikom pružanja zaštite prava u nacionalnim sistemima država-članica Saveta Evrope. Nesumnjivo je da između domaćeg i međunarodnog zakonodavstva, tj. nacionalnih sistema zaštite ljudskih prava, s jedne strane i Evropskog suda i Evropske konvencije, s druge strane, postoji uzajamna veza, uticaj i saradnja. Takva je situacija i sa našom državom, koja je u najnoviji Ustav iz 2006. godine ugradila značajne novine, upravo po uzoru na odredbe Evropske konvencije, među koje navodimo, pre svega, ustavnu žalbu. Zbog svega rečenog, Ustavni sud Srbije, koji je danas preopterećen u svom radi i zatrpan brojnim predmetima, svoj značajan oslonac nalazi, takođe, u navedenoj Konvenciji.

DRAGAN BATAVELJIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty of law, University of Kragujevac
BLAGOJE PUŠONJA
Department of the interior, Police department Kragujevac

REALISATION AND PROTECTION OF CONSTITUTIONAL LAWS AND FREEDOMS

Summary

In this paper the authors analyze an extremely significant field of realization and protection of constitutional laws and freedoms indicating that creation of law represents a part of the total legal process which so far has been undeservedly neglected. Also, the implementation of law is very important for the realization of created law in real life which is actually the ultimate goal of law and the component part of the realization of law. This realization is a basic goal of every implementation and existence of numerous mechanisms is needed providing the protection of constitutional rights and freedoms. However, considering that every society experiences different periods of stability and instability (especially through the process of transition, which the Republic of Serbia is also going through) most often it happens that social conditions are not in favor of providing efficient protection of mentioned laws and freedoms.

VLADIMIR MIKIĆ

KRITIČKI OSVRTI NA PORAST OVLAŠĆENJA AMERIČKE IZVRŠNE VLASTI

U V O D

Uloga šefa države u predsedničkom sistemu kakav je na snazi u Sjedinjenim Američkim Državama predstavlja čest predmet kritike u ustavnoj teoriji i praksi. Bez obzira da li se radi o ovlašćenjima koja predsedniku pripadaju prema Ustavu iz 1787. godine ili ne, ulogu šefa izvršne vlasti od početaka američke Republike prate optužbe za pokušaje proširivanja uticaja izvan ograničavajućih okvira koja su postavljena odredbama čl. II Ustava. Ovakva gledišta dovode u sumnju efikasnost sistema “kočnica i ravnoteža” između američkih ustavnih institucija, ali i takve temeljne ustavne vrednosti kao što su vladavina prava i poštovanje Ustava.

Brojne teze u literaturi XIX i XX veka bile su zasnovane na tvrdnjama da je predsednička nadmoć očigledna, ali istovremeno opasna po navedenu ravnotežu. Uprkos navedenim stavovima, jedna škola mišljenja isticala je opravdanost takvog razvoja odnosa među institucijama, ili je, pak, osporavala da je trend jačanja egzekuzive uopšte na snazi. Tako su nastojanja da se doprinos saznanjima o ustavnom sistemu SAD stalno aktuelizuje vodila stanovištima koja su međusobno često oštro suprotstavljena. Problem eventualne koncentracije vlasti u rukama predsedništva obrađivan je sa različitih, često i dijametralno suprotnih teorijskih polazišta, što je otežavalo njegovo preciznije naučno pozicioniranje.

Vladimir Mikić, student doktorskih studija Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, stručni saradnik Univerziteta u Beogradu.

RANI ISTORIJSKI RAZVOJ KRITIKE PREDSEDNIŠTVA

Kroz vekove, kritike postupanja predsedništva se, u suštini, koncentrišu oko procene da je ono vremenom zauzelo položaj centralne grane vlasti u američkom ustavnom sistemu. Prema ovom konceptu, izvršni organ postao je dominantan faktor u celokupnoj političkoj strukturi, sa jasnim (i nepovoljnim) posledicama po Ustavom utemeljen raspored ovlašćenja. Ako se prihvati da među ključne funkcije izvršne vlasti spadaju odlučivanje o ratu i miru, vođenje međunarodnih odnosa i obezbeđivanje unutrašnje bezbednosti od spoljnih napada,¹ svaku od ovih svojih dužnosti američka izvršna vlast nastojala je – prema ovim gledištima – da proširi i konvaliduje u formi ustavnog običaja. Tvrdnja da predsednik postepeno postaje (ili već jeste) bezmalo suvereni činilac u američkom poretku nije nova. Naprotiv, kritički nastrojani tekstovi, upravljani protiv narastajuće moći predsedništva postoje, praktično, od kraja XVIII veka, što je jednom ustavnom hroničaru poslužilo da zaključi kako se “dugački besni krik proteže nad izvršnom vlašću” kroz čitavu američku istoriju.² Još za vreme kolonijalne vlasti, stvoreno je “permanentno podozrenje u izvršnu vlast, koje sve odonda stoji na putu razvitka odgovorne vladine službe u Sjedinjenim Državama”.³ Jedan od najvažnijih razloga za to predstavljalo je postupanje britanskog monarha, koje je, u prelomnim momentima kada se odnos između metropole i kolonija u Americi osetno pogoršavao, doživljavao kao tiranski.

Čak i pre američke nezavisnosti, u korenu moderne liberalne političke misli ležala je tendencija da se snage vlasti koje su preteće po lične slobode pojmovno izjednače sa egzekutivom, kojoj je kao ključna karakteristika utvrđen nagon za stalnim širenjem. Razlog tome predstavljali su vekovi potiskivanja sloboda od strane apsolutnih monarha sa evropskog kontinenta. Iz tog razloga su i autori “Deklaracije nezavisnosti” iz 1776. godine upirali prstom u kralja (a ne u parlament) kao personifikaciju tiranije. Britansko političko nasleđe stalno je upozoravalo američke ustavotvorce da je vlast, bez obzira kome je poverena, inherentno agresivna i ekspanzivna.⁴ Iz svih ovih razloga, prvi ustavi američkih država (članica nastajuće federacije) odicali su “generalnim nepoverenjem prema izvršnoj vlasti”, te je trebalo da prođu decenije pre nego što su ovlašćenja guvernera u državama članicama proširena.⁵ I sami članovi ustavotvorne Filadelfijske konvencije, mada su znali da opasnost po pojedinačne slobode može doći od bilo koje grane vlasti (te su, shodno tome, osmislili ustavni dokument opremljen izumima koji

¹ R. Marković, *Izvršna vlast*, doktorska disertacija: Pravni fakultet, Beograd 1976, 6.

² J. M. Burns, *Presidential Government: The Crucible of Leadership*, Houghton Mifflin 1965, 278.

³ K. Fridrih, *Konstitucionalna demokratija: Teorija i praksa u Evropi i Americi*, Podgorica 2005, 55.

⁴ D. Goldfield et al, *The American Journey: A History of the United States, Vol. I*, New Jersey 2002, 81.

⁵ A. C. McLaughlin, *A Constitutional History of the United States*, New York, London 1936, 111.

imaju namenu da ograniče sve tri grane vlasti) poseban strah su imali od egzekutive.⁶ Ovi izvori naglašavaju argumente prema kojima je predsedništvo, praktično od svog osnivanja, bilo zamišljeno kao politički neutralna ustanova, sa veoma ograničenim ovlašćenjima. Drugim rečima, Ustav je izvršnu vlast koncipirao kao granu vlasti koja nije opremljena pravnim kapacitetima za ostvarivanje nadmoći nad ostalim institucijama.

I istorijska perspektiva pruža razloge za uverenost brojnih komentatora u takvo viđenje predsedništva. Nedugo po stupanju na snagu Ustava, američki ustavni poredak opteretila je optužba za izvršnom uzurpacijom. Pošto je predsednik Vašington (George Washington, 1789–1797) objavio neutralnost SAD u ratu između Francuske i Velike Britanije, ova objava napadnuta je od strane simpatizera francuske strane u sukobu kao akt koji se nalazi izvan polja nadležnosti američkog predsednika.⁷ Predsednika Džefersona (Thomas Jefferson, 1801–1809) opoziciona javnost optuživala je, u osvit Rata iz 1812. godine, da njegovi postupci nalikuju radnjama “diktatora u ratu”,⁸ a predsednika Džeksona (Andrew Jackson, 1829–1837) istaknuti članovi Senata prikazivali su kao opasnog čoveka, koji nastoji da “u potpunosti promeni republikanski oblik vladavine” i u svojim rukama koncentriše svu vlast, time što će ostale institucije prepustiti “brzom prevratu”, a ustavni poredak pretvoriti u “tiraniju”.⁹ Ipak, najčešći predmet analize “diktatorskih” postupanja predstavljalo je predsedništvo Abrahama Linkolna (Abraham Lincoln, 1861–1865). Kao predsednik koji je, tokom Američkog građanskog rata (1861–1865), vodio zemlju kroz njenu najdublju ustavnu krizu i najozbiljniji oružani sukob u istoriji, Linkoln je obilato koristio ovlašćenja koja su mu stajala na raspolaganju. Veoma visoka reputacija koju ovaj predsednik uživa u američkoj istoriji delimično je narušena kontinuiranim osporavanjima ustavnosti radnji koje je preduzimao, što se pre svega odnosi na vršenje prerogativa koji pripadaju Kongresu. Linkoln, pisao je jedan engleski komentator sa početka devedesetog veka, imao je više ovlašćenja nego bilo koji pojedinačni engleski političar još od Olivera Kromvela.¹⁰ Ovakva praksa dalje je podsticala razvoj škole mišljenja koja je u izvršnoj vlasti i njenom šefu prepoznavala osnovnu pretnju opstanku ustavne raspodele vlasti.

POVRATNI UTICAJ ORUŽANIH SUKOBA U DVADESETOM VEKU NA PORAST OBIMA KRITIKE

U skladu sa postulatima već formiranog teorijskog pravca, XX vek iznedrio je čitavu seriju značajnih autora koji su dodatno problematizovali pitanje snaže-

⁶ Burns, 279–280.

⁷ E. S. Corwin, *The President: Office and Powers*, New York 1941, 7–8.

⁸ McLaughlin, 337.

⁹ *Ibid.*, 442.

¹⁰ Dž. Brajs, *Savremene demokratije, I*, Beograd 1931, 66.

nja uloge predsednika. Kritički nastrojeno raspoloženje prema egzekutivi posebno je raslo u periodima ratnih okolnosti, odnosno značajnih međunarodnih sukoba u kojima su Sjedinjene Države uzele učešće. Tokom čitavog veka, osnovne postavke o manjkavostima američkog institucionalnog poretka grupisale su se oko teze o izvanrednoj ekspanziji izvršnih ovlašćenja.

Sa dolaskom na položaj “jakih” predsednika, poput Mekinlija (William McKinley, 1897–1901) ili Teodora Ruzvelta (Theodore Roosevelt, 1901–1909), nadređena pozicija predsedništva u ustavnom sistemu glasno je isticana.¹¹ Neposredno pred stupanje nacije u Drugi svetski rat, izražavana je bojazan da je predsedništvo postalo “opasno personalizovano” u dvostrukom smislu. Prvo, da vođstvo koje izvršna vlast pruža ovisi o slučajnosti ličnosti, protiv koje metod izbora predsednika putem elektorskog kolegijuma ne pruža dovoljna jemstva i, drugo, da ne postoji telo koje bi predsednik bio dužan da konsultuje, kako bi od njega dobio nezavistan savet.¹² I jedan naš autor tvrdio je kako su “stvarne funkcije” predsednika “u mnogome izmenjene ako nisu sasvim nove”, te da su učinile da on postane “najmoćniji izabrani šef države koji je do sada poznat u istoriji”.¹³ Pišući o periodu Prvog svetskog rata, poznati francuski pisac tvrdio je da je predsednik Vilson (Woodrow Wilson, 1913–1921) sprovodio “istinsku diktaturu” na planu spoljnih poslova za vreme trajanja ovog svetskog sukoba.¹⁴

Optužbe za diktatorsko postupanje predsednika produbljene su u periodu mandata predsednika Frenklina Ruzvelta (Franklin D. Roosevelt, 1933–1945), jedinog šefa izvršne vlasti u američkoj istoriji koji je na toj funkciji proveo više od dva mandata. Njegovo postupanje prema Vrhovnom sudu, viđeno je kao “jasan dokaz diktature”.¹⁵ Istovremeno, predsedništvo je za dvanaest godina Ruzveltovog mandata u tolikoj meri osnaženo da, po rečima jednog autora, nikada više nije vraćeno u okvire kojim je ograničavano za vreme ranijih, “slabih” predsednika.¹⁶ Optužbe za diktaturu čule su se i u toku Drugog svetskog rata, prilikom Ruzveltovog stupanja u treći, pa u četvrti mandat.¹⁷

Naizgled neutralne i objektivne konstatacije o tome da je predsednik preuzeo glavnu poziciju u američkoj organizaciji vlasti množile su se u toku, ali i nakon Drugog svetskog rata. O predsedništvu je pisano kao funkciji čiji uspon ne zavisi od ličnih karakteristika nosilaca te funkcije, pošto su i “slabi” i “jaki” pred-

¹¹ H. Laski, *The American Presidency: An Interpretation*, London 1943, 133–134.

¹² Corwin, 316.

¹³ J. Đorđević, *Predsednički sistem*, Beograd, 1939, 3.

¹⁴ J. Barthélemy, *Démocratie et politique étrangère*, Paris 1936, 141.

¹⁵ Fridrih, 227.

¹⁶ Graubard, S., *The Presidents: The Transformation of the American Presidency from Theodore Roosevelt to George W. Bush*, London 2004, 297.

¹⁷ E. B. Fincher, *The President of the United States*, New York 1955, 67.

sednici odbijali od sebe nasrtaje na vlastiti ustavni domen i privlačili druge državne i političke institucije u orbitu svog uticaja. Tako je uspon predsedništva predstavljen kao "institucionalna tendencija, a ne samo razvoj koji je ovisio od slučaja krize i ličnosti".¹⁸ Zaključeno je da je rezultat učestalih međunarodnih kriza i oružanih sukoba nakon Drugog svetskog rata predstavljalo "razaranje tradicionalnih ustavnih odnosa", obzirom da su ovlašćenja Senata da savetuje i odobrava zaključenje ugovora "atrofirala u ono što se uobičajeno smatra dužnošću da se daje urgentni pritisak sa minimumom saveta".¹⁹ Iskustva iz dva svetska rata, sa predsednicima Vilsonom, F. Ruzveltom i Trumanom (*Harry S. Truman, 1945-1953*), kao najuticajnijim figurama tokom trajanja ovih sukoba, služio je da potkrepi gledišta teoretičara i ustavnih istoričara koji su držali da je predsedništvo preuzelo nadmoćnu poziciju u sistemu ustavnih institucija.

Sredina druge polovine prethodnog veka dala je nov zamah gledištima po kojima je predsedništvo opasno prekoračilo linije vlastitih ustavnih ovlašćenja. Pojedini autori pisali su zapažene radove u kojima su, na veoma oštar način, iznosili svoje procene rizika koje po ustavni poredak nosilo postupanje predsednika L. Džonsona (Lyndon B. Johnson, 1963-1969) i Niksona (Richard M. Nixon, 1969-1974). Tokom Vijetnamskog rata, akademski kritičari pozivali su se na izvorne ustavne principe, navodeći da je autonomno ovlašćenje egzekutive za stupanje Sjedinjenih Država u rat bez izričitog odobrenja Kongresa – protivno Ustavu. Takvo gledište preraslo je u praktični konsenzus tokom 1970-ih i 1980-ih.²⁰ Vijetnamski sukob uticao je na to da brojni autori zauzmu radikalno drugačija stajališta o podeli ratnih ovlašćenja, u pravcu strože zakonodavne kontrole nad postupcima egzekutive. Šlezindžer je pisao o "imperijalnom predsedništvu" koje ne poštuje ustavna ograničenja i načelo podele vlasti, odnosno političke odgovornosti. On je tvrdio da takav svoj položaj predsedništvo duguje međunarodnim okolnostima, u vidu povratnih dejstava spoljne politike SAD na ravnotežu između ustavnih organa.²¹ Umesto da okončanje Niksonovog predsedništva (pred pritiskom javnosti, ali i Kongresa i Vrhovnog suda), ublaži kritički raspoložene tekstone i predloge, trend opšte kritike institucije predsedništva potrajao je i nakon njegove ostavke na funkciju (koja do danas predstavlja istorijski presedan).²² Ni kasniji razvoj događaja, uključujući i kongresne istrage iz druge polovine 1970-ih godina, nije osporio raniju predstavu o predsedniku čija snaga preteže nad uticajem ostalih institucija.

¹⁸ Burns, 314.

¹⁹ V. Dž. Fulbrajt, *Arogancija moći*, Beograd: Filip Višnjić, 2005, 52.

²⁰ R. J. Delahunty, J. Yoo, *Making War*, Cornell Law Review, Vol. 92/2007, 101.

²¹ A. Schlesinger, *The Imperial Presidency*, Washington D.C 1973, ix.

²² Smerdel, B, *Evolucija predsjedničke vlasti u Sjedinjenim Američkim Državama: Kongresni veto*, doktorska disertacija: Pravni fakultet, Zagreb 1984, 152.

Najzad, osnova za preispitivanje uloge predsedništva ostalo je na pretek i u najsavremenijem razdoblju američke istorije. Niz posmatrača komentarisao je razvoj institucije predsedništva na kraju XX i početku XXI veka, posebno u svetlosti učešća SAD u oružanim sukobima van američkog kontinenta, vođenih suprotno normama međunarodnog prava.²³ Predsedništvo je iznova osporavano, a "tajnost" i diskrecija koji ga okružuju smatrani su opasnim oruđem koje služi tome da učvrsti i dodatno proširi pozicije izvršne vlasti u odnosu prema sudskoj i zakonodavnoj grani. Po nekim autorima, proširenje predsedničkih ovlašćenja ne odlikuje se "stranačkom pripadnošću", budući da administracije koje dolaze iz obe glavne političke partije nastoje da poziciju predsedništva održe na barem jednakom nivou na kojem su je nasledili od prethodnika.²⁴ Nove odlike političke dominacije instituciji predsedništva doneli su predsednici Regan (Ronald Reagan, 1981–1989), Klinton (William Clinton, 1993–2001) i Dž. V. Buš (George H. W. Bush, 2001–2009). Ipak, i njihovi prethodnici optuživani su da su ovlašćenja funkcije, kada je reč o sukobima u kojima američke oružane snage učestvuju, učinili tako velikim da su neki od ratova bili vođeni na inicijativu izvršne vlasti, što je u sukobu sa jasnim odredbama Ustava prema kojima jedino Kongres ima pravo da objavljuje rat (čl. II, odeljak 8, t. 11). Kao upečatljiv primer navodi se i okolnost po kojoj je moderni predsednik uživa ulogu "vrhovnog zapovednika stajace vojske od preko milion ljudi, sa snagama raspoređenim po čitavom svetu" i oružanim arsenalom čija se količina i efikasnost nisu mogli zamisliti krajem XVIII veka.²⁵

SREDIŠNJE KOMPONENTE KRITIKE IZVRŠNE VLASTI

Osnov za bojazni iznete od strane svih ovih autora tiču se okolnosti da demokratska politička teorija ima brojne razloge da se stalno suprotstavlja koncentraciji težišta vlasti u izvršnoj grani. I onda kada je priznavala da postoji premoć egzekutive nad ostalim granama vlasti, teorija je težila da je učini odgovornom pred zakonodavnom granom, odnosno pred javnim mnjenjem.²⁶ Pored toga, iz navodno dominantne pozicije egzekutive rađala se pretnja fuzije izvršnih i zakonodavnih ovlašćenja u njenim rukama. Kapacitet zakonodavnog tela da obavlja stručnu kontrolu izvršne grane vlasti predstavlja značajan pokazatelj demokratski-

²³ B. Vudvord, *Plan napada*, Beograd 2004; B. Woodward, *Mensonges d'Etat: Comment Bush a perdu la guerre?*, Paris 2007; S. Fumaroli, *Tempête sous un crâne: L'Amérique en guerre 2003–2006*, Paris 2007; S. Graubard, *op. cit.*

²⁴ S. Levinson, J. M. Balkin, *Constitutional Dictatorship: Its Dangers and Its Design*, *Minnesota Law Review*, 1789–1866 (2010), 1828.

²⁵ *Ibid*, 1812.

²⁶ Marković, 424.

nosti određenog društva. Odsustvo ili ograničena uloga te kontrole predstavlja, prema tome, pretnju samom opstanku demokratskog uređenja.

Kako bi sistem ustavnih institucija bio zaštićen od preteće izvršne uzurpacije, u američkoj akademskoj javnosti zabeleženi su predlozi za ustanovljenjem dualne izvršne vlasti (ustanovljenjem dva istovremena nosioca dužnosti predsednika), odnosno uvođenjem kolektivnog predsedništva (po švajcarskom modelu)²⁷, *ali i* institucionalnim snaženjem kabineta, ili čak određenom vrstom parlamentarne vlade praćene podelom određenih elemenata izvršne vlasti sa Kongresom.²⁸ Postojale su i ideje da se status i ovlašćenja predsednika izmene putem ustavnog amandmana (u skladu sa procedurom predviđenom izvornim čl. V Ustava). Tako, prema predlozima reformista iz 1960-ih, dužina trajanja obavljanja funkcije predsednika bila bi ograničena na jedan mandat,²⁹ a šefovima departmana (koji predstavljaju ustavni ekvivalent ministara u uporednom pravu) bilo bi dopušteno da imaju svoje mesto u Predstavničkom domu (bez prava glasa).³⁰ Ove ideje nisu ozbiljnije zaživele zbog otpora pristalica formalnog ustavnog *status quo*. Ipak, nije neosnovano tvrditi da je u svako doba istorije Ustava iz 1787. godine postojao otpor menjanju njegove sadržine, kada je reč o onim njegovim delovima kojima je regulisan odnos između institucija vlasti. Na to ukazuje činjenica da su amandmani na Ustav izuzetno retko obuhvatali taj, i inače veoma složen, odnos.

Naposletku, teza o nametljivoj izvršnoj vlasti koja koristi (ili proizvodi) neredovne okolnosti na međunarodnom planu kako bi ostvarila ili održala unutrašnju ustavnu dominaciju, svoje uporište nalazi i u opštem uporednom trendu porasta uticaja egzekutive. Pošto su, uporedno posmatrano, parlamenti izgubili ulogu institucionalnog jezgra moderne predstavničke vladavine, njihovu ulogu preuzela je izvršna vlast koja se, nezavisno od oblika vladavine ili modela parlamentarnog ili predsedničkog režima, "trudi da postane srž predstavljanja".³¹ Prof. Marković pisao je još sedamdesetih godina prošlog veka o često prihvatanom zaključku kako je egzekutiva postala "nekom vrstom gravitacionog centra vlasti".³² Ovakav stav neki autori iz okruženja iznose i u novije vreme, kada tvrde da izvršna vlast "danas dominira svim modernim političkim sustavima bez obzira na ustrojstvo državne vlasti".³³ U skladu sa tim, neki ustavni komparatisti slažu se sa tezom kako je "egzekutiva", zapravo, u današnje vreme pogrešan izraz, ukoli-

²⁷ B. u: Smerdel, 153.

²⁸ Corwin, 316.

²⁹ Dvadeset drugim amandmanom, koji je stupio na snagu 1951. godine, broj mandata predsednika (i potpredsednika) ograničen je na dva.

³⁰ Burns, 53.

³¹ Fridrih, 261.

³² Marković, 433.

³³ B. Smerdel, C. Sokol, *Ustavno pravo*, Zagreb 2009, 201.

ko se u obzir uzme stepen autoriteta koji su izvršne vlasti širom sveta prigrabile za sebe.³⁴ Ipak, prema svemu što je utvrđeno, pristalice škole mišljenja o neprihvatljivom i protivustavnom usponu uticaja predsedništva ne ispoljavaju interes za istraživanje pitanja opšte tendencije snaženja egzekutive u demokratskim porecima. Autori sa takvim stavovima su, kao što se može videti, svoje tvrdnje iznosili još od kraja XVIII veka, u periodu za koji se nikako ne može vezati početak savremenog porasta ovlašćenja izvršne grane vlasti, u Sjedinjenim Državama ili van njih.

OSPORAVANJE TEZE O IZVRŠNOJ DOMINACIJI

Premda kritikovano sa brojnih strana zbog navodnih nastojanja da, bez utemeljenja u Ustavu ili u postulatima sistema kočnica i ravnoteža, redefiniše odnos među najvišim institucijama vlasti u svoju korist, američko predsedništvo nije isključivo posmatrano kao nosilac ovih težnji, opasnih po samu demokratsku strukturu političkog sistema. Argumenti kojima su tvrdnje o agresivnoj izvršnoj vlasti pobijane stare su koliko i Ustav, a odnosile su se praktično na sve tačke na kojima se kritika izvršne vlasti temelji. Ocene o snage diktatorskim ili despotским razmerama snage koju je izvršna vlast stekla izričito su odbacivane od strane brojnih autora iz dvadesetog veka.³⁵

Pre svega, istorijski posmatrano, nije sasvim tačna tvrdnja da je strah od snažne egzekutive vodio delegate Filadelfijske konvencije usvajanju rešenja iz Ustava. Uprkos tome što je takva strepnja u određenoj meri postojala, ipak je jedan od važnih motiva za zakazivanje, odnosno održavanje same ustavne konvencije ležao u potrebi za snaženjem nacionalne egzekutive, koja je kasnije, usvajanjem Ustava, oličena u instituciji predsedništva. Dominantna struja među delegatima, koju su činili "federalisti", odlikovala se pragmatičnošću. Stoga su ustavopisci bili spremni da napuste svoje ranije (predrevolucionarne) stavove o opasnostima koje izviru iz snažne izvršne vlasti.³⁶ Nezavisnost predsednika zbog toga je garantovana odredbama čl. II Ustava, koje su u potpunosti usklađene sa prioriternim ustavnim principom podele vlasti. Pored toga, autori "Federalističkih spisa" optuživali su protivnike usvajanja novog Ustava upravo zbog njihovih navodnih preterivanja

³⁴ I. Mény, A. Knapp, *Government and Politics in Western Europe: Britain, France, Italy, Germany*, Oxford 1998, 208.

³⁵ H. Laski, *op. cit.*, 66; C. Rossiter, *The American Presidency*, New York 1956, 24; W. H. Taft, *Our Chief Magistrate and His Powers*, New York 1938, 140–141, itd.

³⁶ E. A. Posner, A. Vermeule, *Tyrannophobia*, *Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper No. 276*, The Law School, The University of Chicago, September 2009, 7. Slično i: Š. Deren, *Demokratska i republikanska stranka u političkom sistemu SAD*, doktorska disertacija: Fakultet političkih nauka, Zagreb 1973, 261.

u napadu na koncept savezne izvršne vlasti (predsedništva).³⁷ Pošto je, pre usvajanja Ustava, "suprematija legislature prepoznata kao suprematija frakcija i tiranija promenljivih većina", neophodna je bila energičnija izvršna vlast i "nije sporno (...) da je Ustav trebalo da proširi vlast egzekutive".³⁸ Ustavotvorci su bili svesni nedostataka i ekscesivnih vršenja nadležnosti zakonodavnih tela u državama članicama, kao i ozbiljnih manjkavosti Kontinentalnog kongresa, jer je u to doba "jedna grana vlasti obavljala sve zadatke"³⁹ Tako je Ustav iz 1787. godine predstavljao kontinuitet sa političkim razvojem koji je već bio započeo. Slabosti Članaka o konfederaciji (*Articles of Confederation and Perpetual Union*) iz 1777. godine predstavljale su snažan argument za isticanje teze prema kojoj je saveznoj izvršnoj vlasti Ustavom dodeljena vodeća uloga u procesu jačanja opštih institucionalnih kapaciteta mlade federacije.

Pored izvesnih izričitih ovlašćenja koja su Ustavom preneti na predsednika, opšta odredba o izvršnim prerogativima⁴⁰ nije predstavljala slučajan izbor pisaca Ustava. Važno je bilo da enumeracija pojedinih ovlašćenja jednostavno specifikuje ključne nadležnosti koje su prirodene definiciji izvršne vlasti, pri čemu bi ostatak ovlašćenja egzekutive "proisticao" iz navedene generalne klauzule, pod uslovom da takvo tumačenje bude u skladu sa ostalim delovima Ustava i sa načelima slobodne vladavine. Iz tog ugla posmatrano, izvršna vlast koja je poverena predsedniku treba da trpi samo one izuzetke koji su izričito predviđeni u ustavnom dokumentu, a to su pravo učešća Senata u zaključivanju ugovora i imenovanju službenika, kao i pravo Kongresa da objavi rat. Hamilton je ovu ideju predstavio kao "generalnu doktrinu" američkog Ustava.⁴¹ Ovo stanovište prihvatili su rado i brojni nosioci predsedničke funkcije.

Tvrđnje o snaženju izvršne vlasti na štetu parlamentarne kontrole nikada nisu bile ograničene na SAD. Kao što smo videli, marginalizacija zakonodavnih tela od strane vlada koje teže da njihovo postupanje što je više moguće amortizuju, predstavlja tendenciju prisutnu u brojnim savremenim demokratijama. Što je još važnije, reč je o trendu koji je posebno primetan bio u drugoj polovini devedesetih godina prošlog veka.

³⁷ A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, *The Federalist Papers*, New York 1961, LXVII, 419.

³⁸ E. H. Levi, *Some Aspects of Separation of Powers*, 76 *Columbia Law Review*, 371-408 (1976), 378.

³⁹ L. Fisher, *Constitutional Conflicts between the Congress and the President*, *Princeton, New Jersey*, 1982, 13.

⁴⁰ Čl. II, odeljak 1, st. 1. Ustava kratko naglašava da "izvršnu vlast vrši predsednik Sjedinjenih Američkih Država". Ova odredba poznata je u američkoj ustavnoj literaturi kao "odredba o dodeljivanju ovlašćenja" (*vesting clause*).

⁴¹ McLaughlin, 255-256. Jedan od zapaženih autora koji su nastojali da ospore ovu doktrinu bio je sam Madison. Strepeći od porasta autokratske vladavine u Americi, Madison je tvrdio da je ovaj koncept izvršne vlasti formiran po uzoru na postojeći britanski sistem, što je u njegovim očima, dovoljno kompromitovalo čitavu zamisao: *Ibid*, 259.

desetog veka – dakle, upravo u periodu kada su kritike snaženja američkog predsedništva bile najglasnije u istoriji (sa izuzetkom perioda Građanskog rata).⁴² Posmatrano dublje kroz istorijsku i uporednu perspektivu, američka vladavina predstavljala je veoma usamljen oblik predsedničkog sistema u kojem osnove ustavne postavke nisu formalno izobličene, u pravcu kreiranja modela vladavine poznatog kao “prezidencijalizam”, koji se prvenstveno odlikuje potpuno nezavisnom i nesporno dominantnom izvršnom vlašću, od čijeg se širenja ne mogu zaštititi ni zakonodavna ni sudska grana vlasti. Kakve god kritike bile upravljene na račun američke egzekutive, činjenica je da njeni nosioci nisu nastojali da promene formalne obrasce funkcionisanja ustavnih institucija.

S druge strane, prema određenim gledištima, izvršna vlast je i pozvana da igra vodeću ulogu u odnosima između nominalno ravnopravnih ustavnih činilaca. Ako se prihvati da je vlada “motorna institucionalna snaga u modernim društvima”, njena uloga i politička moć mora rasti u okolnostima koje odlikuje nužnost usvajanja i sprovođenja odluka koje su od najvećeg značaja za opstanak države kao suverene političke zajednice.⁴³ Uz to, složenost međunarodnih odnosa ima za posledicu da se “situacija može brzo promeniti u odnosu na stanje koje je postojalo u trenutku usvajanja zakonodavstva”, te se “može ispostaviti da je teško ili nemoguće opozvati ili izmeniti zakone, kako bi se prilagodili novoj situaciji”.⁴⁴ I inače, prema ovom teorijskom pravcu, vođstvo među granama vlasti prirodno bi trebalo da pripada egzekutivi, zbog dinamike kojom se odlikuju njeni postupci, ako i zbog posebnih karakteristika koje se odnose na njen sastav i sredstva koje joj svakodnevno stoje na raspolaganju. Porast uticaja predsedništva ubrzan je rastom “pozitivne države” i “velike vlade” (*big government*), praćene snaženjem javne uprave, ali i nizom spoljnih i unutrašnjih kriznih situacija tokom HH veka.⁴⁵ Brojne okolnosti, dakle, mogu biti uvršteni među činioce koji su doprineli snaženju predsedništva, ali to i dalje ne znači da je izvršna vlast neopravdano izdignuta sa položaja na kojem se nalazila po usvajanju Ustava.

S druge strane, pojedini predsednici (kroz čitavu američku istoriju) vršili su svoja ovlašćenja striktno se držeći jezičkog tumačenja Ustava, sa oprezom kojim se ne odlikuje postupanje aktera zainteresovanih za proširivanje nadležnosti funkcije koju vrše. Svakog moćnog predsednika nasleđivao bi jedan ili više slabih predsednika za redom,⁴⁶ a nadležnosti predsedništva u takvim okolnostima po pravilu su prenošene u umanjenom obimu od onog u kojem su prethodno bile

⁴² Smerdel, 10.

⁴³ M. Radojević, *Položaj Vlade u novom Ustavu Srbije*, Politička revija, god. (XXI), VIII, vol. 21, br. 3/2009, 61–62.

⁴⁴ D. Jr. Wallace, *The President's Exclusive Foreign Affairs Powers over Foreign Aid: Part II*, Duke Law Journal, Vol. 1970, 463–464.

⁴⁵ Rossiter, 62–65.

⁴⁶ Posner, Vermeule, 8; Rossiter, 62.

stečene.⁴⁷ Primera radi, tokom XIX veka, posebno nakon Građanskog rata, u akademskoj javnosti ponovo je na snazi bila teorija prema kojoj zakonodavno telo predstavlja najpotpuniji izraz narodne volje. Posledica toga bio je uspon uticaja Kongresa, koji je praktično trajao sve do početka XX veka.⁴⁸ Nalik tome, period od 1921. do 1933. godine predstavljao je “eru svesnog odricanja od vlasti od strane [niza] predsednika”.⁴⁹ Gledište o svojevnoj uzdržanosti američkog šefa države od vršenja čak i onih nadležnosti koje nesporno pripadaju izvršnoj vlasti, potvrđuje se osvrtom na pojedine etape u istoriji predsedništva.

Važnu promenu u odnosima između zakonodavne vlasti i predsedništva predstavljao je period druge polovine XX veka, sa posebnim naglaskom na njegovu sedmu i osmu deceniju. Čak i gorljivi protagonisti zaštite kongresnih ovlašćenja priznaju da je američko predsedništvo, onakvo kakvo je postojalo tokom prve polovine dvadesetog veka, okončano između 1960-ih i 1970-ih, kao posledica uzburkanih odnosa u američkoj politici, izazvanih pre svega učešćem (i porazom) Sjedinjenih Država u Vijetnamskom ratu. Zanimljivo je da je ovakav razvoj događaja (poznat i kao “preporod Kongresa”)⁵⁰ usledio veoma brzo nakon što je, krajem šezdesetih, u pravnoj i politikološkoj literaturi preovladao stav o nepovratno izgubljenim ovlašćenjima Kongresa.⁵¹ Čak i u doba očigledne nadmoći predsednika, prof. Marković je upozoravao da *ovlašćenja američkog šefa države “ne treba da stvore predstavu da je reč o svemoćnoj ustavnoj i političkoj ustanovi”,* budući da predsednik svoje nadležnosti “vrši u okviru granica jednog složenog ustavnog i političkog sistema”.⁵² Nekoliko puta u toku poslednjeg veka, Kongres bi se uzdigao na talasu izbornog uspeha, dok je predsedništvo, kontrolisano od strane rivalske političke stranke, tonulo do najniže političke pozicije. Pritom, u svakoj od ovih prilika dolazilo je do sukoba između zakonodavne i izvršne vlasti, i to oko njihovih dugoročnih odnosa, pošto je Kongres nastojao da potvrdi prednost koju je prethodno bio stekao.⁵³ Sve ovo ukazuje da su tvrdnje o neminovno dominantnoj izvršnoj vlasti pre bile odgovor teorije (ali i zainteresovanih političkih činilaca) na privremena odstupanja egzekutive od ustaljenih ustavnih obrazaca, nego što su za osnov imale nesporne istorijske činjenice.

⁴⁷ Ilustrativna je procena koju je svojevremeno izneo Tokvil rečima da vlast predsednika Džeksona “raste neprestano”, ali da, zauzvrat, “moć [institucije] predsednika opada”, te da će se ona “preneti oslabljena njegovom nasledniku”: A. de Tokvil, *O demokratiji u Americi*, Sremski Karlovci, Novi Sad 2002, 334.

⁴⁸ Levi, 386.

⁴⁹ Laski, 137.

⁵⁰ Smerdel, 20.

⁵¹ *Ibid*, 150–152.

⁵² Marković, 222.

⁵³ H. C. Sr. Mansfield, *The Dispersion of Authority in Congress*, Proceedings of the Academy of Political Science, Vol. 32, No. 1, Congress against the President, New York 1975, 2.

Jedan od gledišta koje služe relativizaciji tvrdnji o sve snažnijem predsjedništvu naglašava da je ono institucija koja je u velikoj meri podložna ličnim uticajima trenutnih nosilaca funkcije. Predsednici su, kroz istoriju, bili međusobno vrlo različite ličnosti, u psihološkom, sociološkom i politikološkom smislu. Tokovi snaga koje su na njih vršili uticaj bili su isuviše burni i nepredvidivi, a čitav politički i društveni kontekst time je trajno obeležen nedovršenošću i promenljivošću odnosa snaga među institucijama. Zbog toga nije moguće da se vrše uopštavanja o načinima na koje je predsedništvo evoluiralo tokom istorije, niti da se izgradi stabilna teorija o sistematskom proširivanju uticaja izvršne vlasti u Sjedinjenim Državama.⁵⁴ I inače, "tiranofobija" (*tyrannophobia*), odnosno strah od diktature je važna tema u američkom političkom diskursu, iako diktatura nikada nije postojala u SAD, niti je ikada zaista bila blizu ostvarivanja. Time se ovaj koncept kvalifikovao za status "iracionalnog političkog stava", koji se meša sa, ponekad neophodnom, reformom institucija.⁵⁵ Praktično svi značajniji predsednici iz američke istorije nazivani su "diktatorima", ili je isticano da su prisvojili "diktatorska ovlašćenja, a isto se odnosilo i na znatan broj "manjih" predsednika. Racionalni kritičari trebalo bi da osavremene svoje procene u svetlosti ovakvog iskustva, a ono podvlači da rizik po demokratiju i ustavnost, ni nakon gotovo dva i po veka republike, nije realizovan.

ZAKLJUČAK

Teze o nasrtljivoj prirodi političke moći kojom raspolaže predsednik svodile su se često na nedovoljno utemeljene stavove o otuđujućoj i donekle, čak, mističnoj prirodi američke inokosne egzekutive. Zasnovane na pojednostavljenom pristupu, ove analize su za zajednički imenitelj imale grubi pravolinijski determinizam, koji nije praćen upečatljivim ukazivanjem na determinante postepenog (i samim time, teško uočljivog) prelaska iz demokratskog sistema u poredak koji odlikuju crte autoritarnosti. Uz postojanje predsednika koji je (praktično neposredno) biran od strane naroda, teško je da se teza o autoritarnoj prirodi te funkcije može odgovorno braniti. Pored toga, mehanizmi zakonodavne i sudske kontrole nad različitim ovlašćenjima izvršne vlasti nalaze mesto u brojnim ustavnim odredbama.⁵⁶

⁵⁴ Burns, 151.

⁵⁵ Posner, Vermeule, 9.

⁵⁶ Ograničenja predsedničkoj vlasti raširena su po čitavom Ustavu. Dužina trajanja mandata od četiri godine jedno je od njih. Važna je i nemogućnost izvršne vlasti da se suprotstavi stupanju na snagu propisa koji je usvojen u Kongresu dvotrećinskom većinom *uprkos* prethodno uloženom predsedničkom vetu. Zakonodavno telo i Vrhovni sud ovlašćeni su za vođenje postupka opoziva predsednika i potpredsednika pre isteka njihovih ustavnih mandata. Još su važniji članovi I i III Ustava, koji zadržavaju neka važna ovlašćenja van domena predsedničke vlasti, ili ih izričito poveravaju drugim or-

Olaka upotreba izraza kao što su “tiranski predsednik”, ili “diktator” obesmišljava kritičke osvrte onda kada su oni zaista zasnovani, dok, sa druge strane, priziva upotrebu vaninstitucionalnih metoda borbe protiv izvršne vlasti, što je nedopustivo u bilo kojoj ustavnoj demokratskoj državi. Kritičari su dužni da budu precizni kada iznose svoje prigovore i preporuke, kako bi bilo izbegnuto podrivanje legitimnih ovlašćenja budućih predsednika, odnosno kako bi se očuvala ravnoteža vlasti između državnih organa. Neophodno je, iz svih ovih razloga, pažljivo razgraničiti ulaganje opravdanih prigovora na postupanja pojedinačnih nosilaca predsedničke funkcije od generalnog uvažavanja ovlašćenja izvršne vlasti i važne pozicije koju ona zauzima u ustavnom poretku.

Pored činjenice da raspolaže značajnim nadležnostima, predsedništvo istovremeno predstavlja predmet snažnog i gotovo neuništivog mita. Istorijski porast uticaja predsedništva, čak i kada bi se prihvatilo da postoji, nije u nesaglasnosti s Ustavom i njegovim ciljevima, pošto evolucija egzekutive u vodeću političku snagu predstavlja prirodan razvoj ustavnog poretka Sjedinjenih Država, osobito ukoliko se u obzir uzmu savremene uporedne tendencije. Razlog očuvanja ravnoteže između tri grane vlasti počiva u kvalitetu ustavnih odredaba, koje odlikuju jednostavnost, jezgrovitost i pogodnost za dugovečnu neizmenjenu upotrebu, ali i poštovanje koji su nosioci ustavnih ovlašćenja svojim postupanjem iskazivali prema Ustavu kao nasleđu “Očeva osnivača”. Da to nije bio slučaj, značaj ustavnog dokumenta teško da bi nadmašivao skromni uticaj koju ima obična pisana reč, pa makar se ona sadržala i u aktu koji odlikuje najviša normativna vrednost.

VLADIMIR MIKIĆ
Associate University of Belgrade

CRITICAL REVIEW OF ENLARGEMENT OF COMPETENCES OF THE AMERICAN EXECUTIVE

Summary

Ever since the very beginnings of the United States, numerous critics have emphasized the expansive nature of the presidency. Whether their origin have been of scientific or purely political nature, those assessments always tended to accentuate the risks for the system of checks and balances, as well as for the Constitution itself, which allegedly arrive from an assertive executive branch of power. However, historical record suggests that these critics often very sharply accused the presidency because of its aggressive nature and controversial attitude toward the practical maintenance of the principle of the division of power. This paper analyzes historical perspective of these accusa-

ganima, nad kojima izvršna vlast nema kontrolu. Pored toga, i brojni zakoni puni su “posrednih” kočnica na račun predsednika, a sličnu funkciju često su ispunjavale i odluke Vrhovnog suda.

tions and demonstrates that no institutional crisis, however great or dangerous, ever effectively justified the magnitude of such an 'anti-executive' stance of a great number of observers. Basic principles of American constitutional law do not seem to have been changed, much less annihilated, as the bulwark of the critics has been suggesting practically since the Constitution of 1787 was adopted. This paper demonstrates that many elements of the critics have so far proven to be overemphasized.

SADRŽAJ – TABLE OF CONTENTS

Pravda i pravo

Justice and Law

La Justice et le Droit

PRAVO I DOSTOJANSTVO – IV tom

LAW AND HUMAN DIGNITY – Vol. IV

Peta katedra

Fifth Department

PRAVO NA PRAVDU

RIGHT TO JUSTICE

1. Sud u koneksitetu pravde

Court in Connexity of Justice

Nikola Bodiroga

Nove nadležnosti izvršitelja
New competences of enforcement agents 5

Ranka Račić

Deklarativna tužba
Action for declaratory judgment 17

Vladimir Boranijašević

Postupak u parnicama za objavljivanje odgovora na neistinitu,
nepotpuni ili netačno prenetu informaciju
The procedure in litigations for publication of an answer to the untrue,
incomplete or incorrectly transferred information 27

Vukašin Ristić

- Doprinos procesnih zakona Republike Srbije u ostvarivanju ciljeva reforme u pravosuđu
Contribution to the process of law in Serbia achieving the goals of judicial reform 43

*Tatjana Zoroska-Kamilovska,
Milka Rakočević*

- Novi režim ličnog dostavljanja u parničnom postupku Republike Makedonije
The new method of personal service of process in Macedonian civil procedure 55

Jelena Belović

- Izuzetna nadležnost
Emergency jurisdiction 69

Besfort Ramadani

- Revizijski cenzus
Census of revision 79

Anđelija Tasić

- Instrumenti za ujednačavanje sudske prakse
Legal instruments for standardization of jurisprudence 93

Međunarodni odnosi i pravda

International Relations and Justice

a) Međunarodno pravo – elementi inostranosti

International law – foreign elements

Rodoljub Etinski

- Ljudsko dostojanstvo i ljudska prava
Human dignity and human rights 107

Boris Krivokapić

- Sankcije u međunarodnom pravu
Sanctions in international law 125

Sanja Đajić

Međunarodni sporovi o zaštiti životne sredine International environmental disputes	141
---	-----

Duško Dimitrijević

Regulisanje sporova u istočnom kineskom moru u svetlu međunarodnog prava Regulation of disputes in east China sea in the light on international law	159
--	-----

Vladan Jončić

Značaj Berlinske rezolucije o primeni međunarodnog humanitarnog prava u oružanim sukobima u kojima učestvuju nedržavni entiteti The importance of the Berlin resolution on the application of international humanitarian law in armed conflicts involving non-state entities	175
--	-----

Axelle Reiter

A new paradigm for a new century or back to 1948? Nova paradigma za novi vek ili povratak u 1948?	197
--	-----

Jelena Lopičić-Jančić

Pojam genocida u međunarodnom javnom pravu Concept of genocide in the international public law	221
---	-----

Bojan Milisavljević

Srbija pred Evropskim sudom za ljudska prava u slučaju “stare devizne štednje” Serbia before the European Court of human rights in the case “old foreign currency savings”	239
---	-----

Bojana Čučković

Međunarodno pravo i Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda u praksi Ustavnog suda Srbije International law and European Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms in the jurisprudence of the Constitutional Court of Serbia	251
---	-----

<i>Božidar Jeličić</i>	
Dostojanstvo - vrednosna kategorija međunarodnog prava i savremenih međunarodnih odnosa Dignity of the value categories of international law and contemporary international relations	269
<i>b) Pravo Evropske Unije</i> <i>European Union Law</i>	
<i>Radovan Vukadinović</i>	
Mehanizam za rešavanje sporova u SSP Dispute resolution mechanism in the Stabilisation and Association Agreements	283
<i>Zoran Radivojević</i>	
Sporadni postupci pred Sudom pravde EU Incidental proceedings before the Court of justice of the EU	299
<i>Vladimir Medović</i>	
Međunarodna saradnja sa trećim državama u svetlu SSP International agreements with third states in the context from Stabilisation and Association	315
<i>Jelena Čeranić</i>	
Institut evropskog građanstva Union citizenship	327
<i>Vladimir Čolović</i>	
Određivanje i primena merodavnog prava u stvarima nasleđivanja u pravu EU Determination and application of applicable law in cases of inheritance (succession) in the EU law	343
<i>Filip Turčinović</i>	
Međunarodnopravna zaštita životne sredine i ekološko pravo International public law and some aspects of EU environmental law	357
<i>Goce Galev</i>	
Slobodna konkurencija u zemljama malih ekonomija Competition in the countries with small market economies	371

Maja Kambovska

- Odnos između prava konkurencije i prava intelektualne svojine EU
The relationship between competition law and intellectual
property rights 385

*Siniša Domazet,
Svetlana Mihić*

- Iskustva EU u vezi sa predatorskim ponašanjem preduzeća
EU experiences on the predatory behavior of enterprises 397

*Šesta katedra
Sixth Department*

PRAVO NA PRAVNU DRŽAVU
RIGHT TO LEGAL STATE

Gordana Vukadinović

- O ljudskom dostojanstvu kao pravnoj vrednosti
On human dignity as a legal value 413

*Dragan Mitrović,
Marko S. Trajković*

- Šta jeste, a šta nije ljudsko dostojanstvo
What human dignity is, and what it is not 421

Adrian Hollaender

- Menschenwürde als legitimationserfordernis des gesetzten rechts
Ljudskom dostojanstvu kao legitimacionom uslovu
pozitivnog prava 431

*Radivoj Stepanov,
Valentina Sokolovska*

- Pravno filozofski diskurs o prirodnom pravu i ljudskom dostojanstvu
Juridical and philosophical discourse on natural law
and human dignity 439

<i>Saša Bovan</i>	
Metodska svest - <i>conditio sine qua non digniteta pravničke profesije</i> Methodical conscience - <i>conditio sine qua non of the dignity</i> of the legal profession	449
<i>Marina Janjić-Komar</i>	
O duhu zakona i vice versa. O slobodi. The spirit of law and vice versa. About freedom.	467
<i>Goran Dajović</i>	
Teorija prirodnog prava na delu Theory of natural law at work	475
<i>Miloš Zdravković</i>	
Dvorkinov uticaj na pravni pozitivizam Dworkin influence that legal positivism	487
<i>Tomica Delibašić</i>	
Osvrt na misao Živojina Perića, klasika prava Review of thought Zivojin Peric, classic rights	503
<i>Refki Tač</i>	
Stvarna i pravna istina u konceptu dostojanstva The real and legal truth in the concept of dignity	517
<i>Zoran Jelić</i>	
Pravo i lingvistika Law and linguistics	533
<i>Dijana Zrnić</i>	
Dušanov zakonik - između pravnog i književnog akta Dušan's code - between law and literature	547
<i>Ustavno pravna pitanja</i> <i>Constitutional Law Questions</i>	
<i>Vladan Petrov,</i> <i>Darko Simović</i>	
Regionalna država - (ne)ispravan put decentralizacije Republike Srbije Regional state - (in)correct way to decentralization of the Republic of Serbia	557

Mile Dmičić

- Konstitutivnost naroda kao bosanskohercegovački fenomen
The constituency of the peoples as a B&H phenomenon 573

Marko Stanković

- Broj i veličina opština u Srbiji
Number and size of municipalities in Serbia 597

Vladimir Đurić

- Kontrola ustavnosti nečinjenja (propuštanja) zakonodavca
Constitutional review of legislative omission 609

Miodrag N. Simović,

Milena Simović

- Zaštita prava na imovinu u postupcima pred Ustavnim sudom BiH
Protection of right to property in proceedings before Constitutional
court of B&H 625

Nataša Rajić

- O mogućem kodeksu ponašanja narodnih poslanika u Republici Srbiji
On the possibility of code of conduct of deputies in the Republic
of Serbia 643

Radomir V. Lukić

- Ustavni položaj predsednika Republike Srpske
Constitutional position of the president of the Republic of Srpska 657

Ljubomir Ožegović

- Neke kontroverze apstraktne normativne kontrole Ustavnog
suda B&H
Some controversy of abstract normative control of the
Constitutional Court of B&H 671

Savo Manojlović

- Pravna priroda i položaj ustavnog sudstva u sistemu podele vlasti
Constitutional Court - legal role and position on the
separation of powers system 687

Đorđe M. Rašević

- Konstitucionalizacija prava oštećenih
The constitutionalization of victims' rights 701

Sadržaj – Table of Contents

*Dragan Bataveljić,
Blagoje Pušonja*

Ostvarivanje i zaštita ustavnih prava i sloboda
Realisation and protection of constitutional laws and freedoms 717

Vladimir Mikić

Kritički osvrti na porast ovlašćenja američke izvršne vlasti
Critical review of enlargement of competences of the american executive 733

