

Pravni život

časopis za pravnu teoriju i praksu

TEMATSKI BROJ

PRAVO I NAČELO SAVESNOSTI I POŠTENJA



27

godina kopaoničke škole
prirodnog prava

UDRUŽENJE PRAVNIKA SRBIJE

BROJ 12 • BEOGRAD • 2014 • TOM IV

27
godina



Sprovedeno od strane:



Program
za pravne i
pravosudne
reformе

www.pravnareforma.rs



Publikacija je podržana u okviru Programa za pravne i pravosudne reforme u Srbiji Nemačke organizacije za međunarodnu saradnju (Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH)

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 12/2014 / Godina LXIII / Knjiga 574

1-718

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
Dragana Beker

Kompjuterska obrada i prelom teksta
Javorina Beker

Pretplata za 2013. godinu iznosi: za fizička lica – 4.000 dinara, za pravna lica
– 8.000 dinara, za inostranstvo – 200 Eura, Pretplata se vrši
na žiro račun broj: 310-203539-17
uz naznaku: Pretplata za časopis “Pravni život”

Tiraž: 1.000 primeraka

Štampa: FUTURA, Petrovaradin

PETA KATEDRA

PRAVO NA PRAVDU

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

GORDANA STANKOVIĆ

ZLOUPOTREBA PRAVA STRANAKA U IZVRŠNOM POSTUPKU

*Omnium rerum quarum est usus, atque
abusus potest esse, virtute sola excepta.*
(Sve stvari koje se mogu upotrebiti, mogu se
i zloupotrebiti ako se zaboravi na poštenje).

1. Zloupotreba procesnih ovlašćenja u postupku izvršenja kao delu izvršnog postupka predstavlja pravno pitanje koje nije izazvalo posebno interesovanje u stručnoj literaturi tako da je ostalo na marginama naučnog istraživanja i obrade. Zbog svoje prirode i značaja, ovo pitanje može i treba da privuče pažnju i civilista i procesualista jer se radi o problemu koji zadire u dve grane prava. Ovo pitanje je, isto tako, nesumnjivo značajno i za sam postupak izvršenja u praksi jer predstavlja asocijalnu pojavu koju i izvršni sud i privatni (profesionalni) izvršitelji u okviru svojih zakonskih ovlašćenja treba da otkriju, spreče i sankcionišu.

2. Zabrana zloupotrebe prava je opšti princip pravnog regulisanja ljudskih odnosa koji jasno obeležava i karakteriše jednu posebnu etapu u evoluciji pravne svesti svake države i prožima čitavu oblast njenog prava. Ideja o zabrani zloupotrebe prava, imanentna samom pravu, omogućila je da institut zabrane zloupotrebe prava ima univerzalnu primenu, čak i kad pozitivno pravo određene države ne sadrži izričita pravila o tome i kad ovu ideju plasira i razvija sudska praksa.

Elementi na kojima se zasniva ideja o zabrani zloupotrebe prava imaju takvu prirodu i karakter da omogućavaju da ona postane univerzalno prihvaćen "regulativni princip pravnog saobraćaja"¹ ugrađen u sve delove pravnog sistema. Zloupotreba prava je asocijalna pojava koja je suprotna osnovnim principima prava i pravnog poretka i pravilima morala. Prava koja su priznata pravnim subjektima pravnim normama, kao pravilima društvenog ponašanja, ne treba da budu korišćena na antidruštveni način.² Vršanjem prava ili pojedinih ovlašćenja koja čine sadržinu subjektivnih prava, titulari prava treba redovno da zadovoljavaju svoje pravom priznate potrebe i interese, i, istovremeno, da ostvaruju zakonima projektovane i željene društvene interese i ciljeve. Ukoliko se određeno pravno ovlašćenje ili pravo ne vrši u skladu sa njegovom društvenom ili ekonomskom namenom, dolazi evidentno do zloupotrebe prava.

Zloupotreba prava je univerzalni pravni standard koji služi kao opšti i osnovni pravni kriterijum po kome se ocenjuje ispravnost u ostvarivanju i vršenju subjektivnog prava u svim oblastima jednog pravnog sistema. Princip zabrane zloupotrebe prava predstavlja jedan od osnovnih pravnih principa i u građanskom procesnom pravu,³ o kome, u svom domenu, i zakonodavac i sudija vode računa. Postupak u kome je došlo do zloupotrebe prava nikako ne može da predstavlja pravičan postupak pravne zaštite koji garantuju ustavne i konvencijske norme.

3. U pravnom sistemu svake savremene države priznaje se jednako pravo na sudsku zaštitu subjektivnih prava. Pravo na pravnu zaštitu, priznato i zagarantovano i Ustavom⁴ i Evropskom konvencijom⁵ omogućava svakom licu, koje smatra da ima potrebu za pružanjem pravne zaštite, da zatraži obećanu pravnu zaštitu pred sudovima, kao specijalizovanim organima za pružanje pravne zaštite, bez obzira da li je ono pokrenulo postupak za pružanje pravne zaštite ili je postu-

¹ M. Marković: Zloupotreba prava u građanskom parničnom postupku, *Arhiv*, 1937, knj. 34, br. 1, str. 52.

² Odredba čl. 1000. OIZ je glasila: Ni svojim se pravom služiti ne mož, tek drugome na štetu ili dosadu.

³ I nekadašnji jugoslovenski savezni procesni zakoni, ZPP iz 1956. godine i ZPP iz 1977. godine, proklamovali su princip savesnog korišćenja procesnih ovlašćenja i princip zabrane zloupotrebe prava, kao fundamentalne procesne principe. Ovi procesni zakoni ipak nisu bliže odredili sadržinu pojma "zloupotrebe prava". To je sasvim razumljivo jer se radi o zakonskom tekstu. Određivanje pojmova i njihovo definisanje je stvar teorije prava.

⁴ Videti odredbu čl. 36. Ustava Republike Srbije, "Sl. glasnik RS," br. 98/2006

⁵ Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, izmenjene u skladu sa Protokolom br. 11, "Službeni list Srbije i Crne Gore - Međunarodni ugovori," br. 9/2003, 5/2005 i 7/2005 - ispr. i "Službeni glasnik RS - Međunarodni ugovori," br. 12/2010.

pak pokrenut protiv njega, i da u pravično sprovedenom postupku pravne zaštite bude odlučeno o njegovim pravima i obavezama⁶ bez obzira na njihovu materijal-nopravnu ili procesnopravnu prirodu.

Pravo na pravnu zaštitu ostvaruje se i vrši preduzimanjem procesnih radnji koje strankama stoje na raspolaganju u svakom pojedinom postupku pravne zaštite. Svaka procesna radnja izaziva, kao svoj neposredni cilj, određeni procesni efekt, dok je krajnji cilj svih procesnih radnji u jednom kognicionom sudskom postupku konačna odluka kojom se pruža pravna zaštita određene vrste i određene sadržine. U postupku izvršenja, s obzirom na njegovu namenu i strukturu, krajnji cilj je izvršenje one odluke kojom se faktički životni odnosi saobražavaju pravu. U tom smislu se i postupak izvršenja, kao postupak pravne zaštite, po pravilu, tretira kao integralni deo suđenja⁷ u kome je prethodno odlučeno o postojanju izvršnog potraživanja.⁸

4. Može se dogoditi da je pojedina preduzeta procesna radnja u toku postupka pravne zaštite korektna, da je preduzeta u skladu sa dispozicijom procesne norme koja predviđa i reguliše tu radnju, ali da je preduzeta u nameri da se drugoj strani u postupku pravne zaštite nanese protivpravna povreda. U tom slučaju procesna radnja je spolja korektna i zakonita, ali je preduzeta sa ciljem koji je protivan nameni samog procesnog ovlašćenja i objektivnom cilju postupka. Zbog toga procesni zakon nalaže da se spreči, suzbije i kazni svaka eventualna zloupotreba procesnih ovlašćenja.

Ideja o zabrani zloupotrebe procesnih ovlašćenja u procesnom sektoru pravnog sistema, kao produkt univerzalno prihvaćene teorije o zloupotrebi prava, javila se kao izraz nastojanja da se spreči antisocijalno ponašanje u postupku za pružanje pravne zaštite koje ne odgovara ciljevima i nameni samog postupka. Osim toga, ona se javila i kao reakcija protiv krutosti zakonskih pravila i mehaničke primene prava, i kao moralni korektiv striktne zakonitosti. Zloupotreba prava, kao pravni standard, predstavlja instrument pomoću koga se proces prilagođava stvarnosti i samoj pravnoj stvari u pitanju i koji omogućava da proces ostvari svoju društvenu namenu i svrhu. Ona je jedan od instrumenata pomoću koga se kontroliše korektnost vršenja procesnopravnih ovlašćenja. Isto tako, ona izražava odnos prava i morala i u procesnoj sferi, ali se, očigledno, u tome ne iscrpljuje.

⁶ Čl. 32. st. 1. Ustava Republike Srbije.

⁷ Takav stav dugi niz godina ima Evropski sud za ljudska prava koji postupak izvršenja tretira u smislu odredbe čl. 6. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i sloboda.

⁸ U novije vreme na normativnom planu nastaje sve veći broj izvršnih isprava koje ne potiču iz prethodno vođenog kognicionog postupka, kao što su npr. založna izjava odn. ugovor o hipoteci.

Eventualna zloupotreba prava ili procesnih ovlašćenja je nepoželjna pojava u postupku za zaštitu prava. Postupak upravo postoji da bi se ostvarila i pružila pravna zaštita, da bi se omogućilo vršenje onih prava koja se na redovan i uobičajen način nisu spontano ostvarila u faktičkim životnim odnosima. Ona šteti ugledu sudova kao organa državne vlasti i pravosuđa uopšte, izaziva sumnju u ispravno vršenje sudske funkcije, dovodi u pitanje ugled i objektivnost suda, proizvodi, zbog odugovlačenja postupka, neefikasnost postupka i neažurnost suda, i, u krajnjoj liniji, predstavlja izigravanje zakona i sprečava funkcionisanje pravne države. Zbog toga, zakonodavac zabranjuje da stranke delaju u postupku nasuprot ciljevima postupka kao institucije za zaštitu prava i pravnog poretka, te nije dopušteno da se procesna ovlašćenja koriste zlonamerno, iz osvete ili radi gonjenja jer na taj način dolazi do pravne profanacije, koju nijedan zakonodavac, ni sudija kao njegova produžena ruka, ne bi mogao da dopusti i trpi.⁹ Kad je u pitanju izvršna procedura, zloupotrebu procesnih ovlašćenja u postupku izvršenja treba da spreče i profesionalni (privatni) izvršitelji ne samo kad sprovedu izvršenje, već i kad određuju izvršenje potraživanja koja su nastala prilikom pružanja komunalnih usluga.

Teorijom zloupotrebe prava, koja je inspirisala zakonodavca da proklamuje princip zabrane zloupotrebe prava, ne ide se na to da se strankama zatvore sudska vrata, već se nastoji da se, pre svega, spreči šikaniranje¹⁰ lojalnih i korektnih stranaka, a “nesavesnim, neskrupuloznim i obesnim strankama onemogućiti triumf.”¹¹ Jedan od razloga koji su naveli zakonodavca da zabrani zloupotrebu procesnih ovlašćenja je i mogućnost da pojedinac zakonske prerogative upotrebljava sa ciljem da nanese štetu suprotnoj stranci.

Načelo zabrane zloupotrebe procesnih ovlašćenja važi u svim građanskim sudskim postupcima jer se zloupotreba procesnih ovlašćenja može javiti u raznim i različitim vidovima i formama u svakom od njih. Zakonodavac unapred vodi računa da postoji mogućnost da stranka, u nastojanju da ostvari svoj interes u postupku pravne zaštite, ponesena namerom da naškodi suprotnoj stranci, ponekad može i da se abuzivno ponaša i iz tog razloga proklamuje, kao jedan od fundamentalnih procesnih principa, načelo zabrane zloupotrebe prava i operacionalizuje ga kroz različite procesne institute.

⁹ M. Marković: *Zloupotreba prava, Enciklopedija imovinskih prava i prava udruženog rada*, Beograd, 1978, treći tom, str. 1003–1019.

¹⁰ Pojam šikane se javlja još u rimskom pravu. U literaturi se obično smatra da je institut koji je poznat kao *aemulatio* (delanje sa namerom da se nanese šteta, bez koristi za samog delaoca) bio pravna pojava i institucija iz koje se rodila ideja o zloupotrebi prava.

¹¹ M. Marković: *Teorija građanskog sudskog postupka*, Beograd, 1946, str. 170. M. Marković: *Zloupotreba prava u građanskom parničnom postupku, Arhiv*, 1937, knj. 34, br. 1, str. 52.

Iako je postupak izvršenja, za razliku od postupka obezbeđenja, kao dela izvršne procedure, koncipiran, po pravilu, kao postupak koji nema kognicionu prirodu i u kome se ne odlučuje o samim građanskim subjektivnim pravima i obavezama već vrši definitivna prinudna realizacija prava čije je postojanje utvrđeno u prethodno vođenim kognicionim postupcima, i u njemu može da dođe do zloupotrebe procesnih ovlašćenja s tim što se abuzivno ponašanje stranaka manifestuje na poseban način. Iz tog razloga je i Komitet ministara Saveta Evrope u svojoj Preporuci državama članicama o izvršnom postupku¹² naložio državama da „ustpostave mehanizam kojim će se sprečiti zloupotreba postupka izvršenja od bilo koje stranke.”

5. Zloupotreba procesnih ovlašćenja može se javiti prilikom preduzimanja mnogih procesnih radnji. U praksi se često sreću situacije koje evidentno predstavljaju zloupotrebu procesnih ovlašćenja ali one, u najvećem broju slučajeva, nisu poznate stručnoj javnosti. Okolnost da u postupaku izvršenja postupaju, kao izvršni sudovi, prvostepeni sudovi¹³ dovodi do parcelizacije sudske prakse tako da mnogi slučajevi zloupotrebe procesnih ovlašćenja ostaju nepoznati. S druge strane, veliki broj privatnih izvršitelja postupa u postupku sprovođenja izvršenja i u posebnom postupku namirenja potraživanja komunalnih usluga tako da stručnoj javnosti ostaju nepoznati slučajevi procesnih zloupotreba u postupcima koje oni sprovode.

6. Stranke u postupku izvršenja¹⁴ najčešće zloupotrebljavaju procesna ovlašćenja kad nastoje da preduzimanjem procesnih radnji, koje im inače stoje na raspolaganju, namerno odugovlače postupak ili kad ulažu pravni lek samo da bi sprečile nastupanje pravnosnažnosti određene odluke ili odložile ili osujetile sprovođenje izvršenja.

Na terenu izvršnog postupka, zloupotreba procesnih ovlašćenja pretežno se javlja u fazi sprovođenja izvršenja i usmerena je na prolongiranje prinudne reali-

¹² Videti: Preporuku R (2003) 17.

¹³ Postojeća procesna rešenja, po pravilu, ne omogućavaju da povodom pravnih lekova sudovi višeg ranga vrše ujednačavanje sudske prakse što dovodi do “feudalizacije” ili parcelizacije prakse u postupku izvršenja. Jedina mogućnost na planu ujednačavanja sudske prakse je postupak za rešavanje spornog pravnog pitanja, uređen odredbama ZPP (2011). Tako je Vrhovni kasacioni sud u postupku za rešavanje spornog pravnog pitanja na sednici Građanskog odeljenja Vrhovnog kasacionog suda od 25. juna 2012. godine zauzeo jedinstven pravni stav (verifikovan potpisima sudija 29.06.2012. godine) o spornom pravnom pitanju u vezi primene člana 97. ZIO koji se odnosi na prodajnu cenu i postupak prodaje kad izvršni poverilac, nakon dva neuspela javna nadmetanja, predloži prodaju stvari (pokretnih stvari i nepokretnosti) neposrednom pogodbom. Pravni stav o visini prodajne cene nakon neuspelog javnog nadmetanja dostupan na www.vk.sud.rs

¹⁴ Treba primetiti da i učesnici u postupku izvršenja mogu da zloupotrebe svoja procesna prava i da svojim radnjama, koje nemaju obeležja nezakonitog ponašanja, mogu da osujete ili otežaju izvršenje.

zacije prava izvršnog poverioca. Konkretno procesno ovlašćenje je zloupotrebljeno kad preduzeta radnja nije korisna za razvoj postupka i njegovo odvijanje ka krajnjem cilju ili kad stranka prelazi granice društvene konvencije konsakrirane pravilima procedure. Siguran i pouzdan znak za utvrđivanje eventualne zloupotrebe uvek je nedostatak opravdanog pravnog interesa.¹⁵

7. U domenu procesnih odnosa, zakonodavac redovno kombinuje metod prevencije¹⁶ i metod represije zloupotrebe procesnih ovlašćenja. Prevencija se sastoji, pre svega, u proklamovanju principa savesnog korišćenja procesnih ovlašćenja i principa zabrane zloupotrebe prava. Ove fundamentalne procesne principe svaki zakonodavac konkretizuje i operacionalizuje kroz različite procesne institute ili kroz unošenje izričitih odredbi kojima se ograničavaju, iz preventivnih razloga, pojedina procesna ovlašćenja ili se propisuju široka ovlašćenja koja omogućavaju sudu da kontroliše vršenje procesnih ovlašćenja i sprečava njihovu zloupotrebu.

8. Do zloupotrebe prava može da dođe i u postupku izvršenja,¹⁷ bez obzira što on nema kognicioni karakter i bez obzira što i izvršni sud i profesionalni izvršitelj postupaju isključivo na osnovu podnesaka i drugih pismena, a profesionalni izvršitelj i na osnovu sudske odluke i opšteg ovlašćenja koje potiče od izvršnog poverioca, ukoliko pravilima izvršne procedure nije drugačije propisano.

Zahvaljujući preventivnoj kontrolnoj funkciji koju po zakonu ima, sudija u postupku određivanja izvršenja, u postupku po pravnim lekovima, u postupku sprovođenja izvršenja ili u postupku protivizvršenja ima funkciju saradnika zakonodavca u prevenciji zloupotrebe procesnih ovlašćenja. Zadatak sudije je da u svakoj konkretnoj procesnoj situaciji, kad posumnja u abuzivne namere stranka, proveriti da li stranka savesno koristi svoja procesna ovlašćenja. Sudija, međutim, ne može ostvariti taj zadatak ako se samo oslanja na svoju intuiciju ili osećanja jer bi u tom slučaju postao neobjektivan. Da bi ostvario ovaj zadatak, sudija treba, pre svega, da solidno poznaje pravo. Pored solidnog poznavanja prava, sudija, nesumnjivo, treba da ima i veliko životno iskustvo i da poznaje ljude i njihovu psihologiju.¹⁸

I privatni (profesionalni) izvršitelji, pored sudija, imaju funkciju saradnika zakonodavca na planu suzbijanja zloupotrebe procesnih ovlašćenja. Zakonodavac im je u znatnoj meri olakšao ovaj zadatak time što ih je snabdeo oficijelnim ovla-

¹⁵ Videti: M. Marković: *op. cit.*, str. 54.

¹⁶ Videti: G. Stanković: Prevencija zloupotrebe procesnih ovlašćenja u parničnom postupku Republike Srpske, *Izbor sudske prakse*, br. 12/2004.

¹⁷ Treba primetiti da, pored zloupotrebe prava, u postupku izvršenja može da dođe i do zloupotrebe vlasti.

¹⁸ U tom smislu: S. Georgijevski: *Osnovni principi za građanskoto procesno pravo na Republika Makedonija*, Praven fakultet, Skopje, 1995, str. 85.

šćenjima tako da preduzimanje pojedinih radnji, po pravilu, ne zavisi od predlo- ga stranke.

9. U sudskoj praksi su tokom vremena uočeni mnogi slučajevi zloupotrebe procesnih ovlašćenja, bez obzira što su mnogi od njih ostali nepoznati široj struč- noj javnosti ili su ostali bez sankcije. Savremena zakonska rešenja u Zakonu o iz- vršenju i obezbeđenju Republike Srbije,¹⁹ u skladu sa preporukom Saveta Evrope, motivisana su nastojanjem da se ostvari efikasnost, delotvornost i pravičnost izvr- šenja kao sastavnog dela ljudskog prava na pravično suđenje u razumnom roku.

10. Načelo zabrane zloupotrebe prava, kao fundamentalno procesno nače- lo, iako nije izričito proklamovano u ZIO (2011), primenjuje se u ovom sektoru pravne zaštite u skladu sa pravilom o shodnoj primeni pravila Zakona o par- ničnom postupku iz 2011. g.²⁰ formulisanom u odredbi čl. 10. ZIO. Osim toga, u nastojanju da postupak izvršenja bude pravičan i efikasan i da bude sužen ma- nevarski prostor za eventualne zloupotrebe procesnih ovlašćenja, zakonodavac je princip zabrane zloupotrebe prava u postupku izvršenja operacionalizovao na normativnom planu kroz mnogobrojne procesne odredbe. U domenu izvršne procedure zloupotreba prava se najčešće ispoljava u tome što se procesna ovlašće- nja koriste da bi se odugovlačio postupak i osujetilo namirenje.

Po pravilu, abuzivno ponašanje u postupku izvršenja karakteristično je za izvršnog dužnika koji odugovlačenjem postupka nastoji da prolongira ostvariva- nje potraživanja izvršnog poverioca.²¹ Međutim, od šikanoznog ponašanja pone- kad nije imun ni izvršni poverilac²² koji na različite načine može da zloupotrebi svoja procesna ovlašćenja.²³

¹⁹ Zakon o izvršenju i obezbeđenju, "Sl. glasnik RS", br. 31/2011, 99/11, 55/14 dr. zakon i 109/13 – US, u daljem tekstu: ZIO (2011).

²⁰ Zakon o parničnom postupku, "Sl. glasnik RS", br. 72/11, 55/14 i 49/13 – US i 74/13 – US.

²¹ Npr. u praksi je zabeleženo da je izvršni dužnik odjavio radnju u kojoj su se nalazile popi- sane i procenjene pokretne stvari, da bi osujetio namirenje izvršnog poverioca.

²² Ponekad izvršni poverilac čije se novčano potraživanje namiruje u postupku izvršenja, kome su dobro poznate finansijske prilike izvršnog dužnika, nastoji da ostvari, pored glavnog duga, što veću kamatu ili da izazove što veće troškove postupka i iz tog razloga nastoji da odugovlači po- stupak namirenja. Izvršni poverilac koji nije advokat to može da postigne i na taj način što podno- si nepotpun predlog za izvršenje, koji mu se vraća na ispravku ili dopunu, ili koji, u skladu sa za- konom, ne predujmljuje naknadu na ime prethodnog snošenja troškova izvršenja te je naknadno predujmljuje tek po nalogu suda. Ili, koji za neznatan iznos potraživanja angažuje privatnog izvrši- telja tako da troškovi izvršenja (koji obuhvataju naknadu advokatu za pisanje predloga, sudske takse u postupku određivanja izvršenja koje zavise od visine potraživanja, i pošto zaključujući ugovor sa pri- vatnim izvršiteljem i ovlasti ga da odredi i sprovede izvršenje, on mora i da avansira troškove po- stupka izvršenja) višestruko premašuju iznos potraživanja.

²³ Npr. kad izvršni poverilac kad zahteva prodaju vrednije stvari koja pripada izvršnom duž- niku radi ostvarivanja potraživanja čija je vrednost znatno niža u odnosu na stvar na kojoj traži iz- vršenje iako postoje i druge stvari čijom bi prodajom mogao da se namiri.

11. Prema Preporuci SE R (2003) 17, države su dužne da uspostave mehanizam kojim će sprečiti zloupotrebu postupka izvršenja od bilo koje stranke jer je zakonito, pravično, delotvorno i efikasno izvršenje sudskih odluka od presudne važnosti za svaku državu u stvaranju, jačanju i razvijanju snažnog i respektabilnog pravosudnog sistema i realizacije principa vladavine prava.

Da bi suzbio eventualnu zloupotrebu procesnih ovlašćenja, zakonodavac je na normativnom planu, nastojao da spreči da se postupak izvršenja pretvori u novu parnicu, kao i da prevenira neke od pojava oblika zloupotrebe prava koji su bili evidentni u ranijoj sudskoj praksi. Svaki od instituta koji je bio povod za zloupotrebu prava ili koji je abuzivno korišćen poslužio je zakonodavcu kao povod da formira novi pravni režim u pogledu konkretnog instituta i da suzbije protiviljno vršenje procesnih ovlašćenja. Zakonodavac je pojedinim zakonskim rešenjima, s jedne strane, znatno ojačao i zaoštrio procesnu disciplinu u odnosu na ranija zakonska rešenja, a s druge strane, predvideo razne i različite preventivne mere radi sprečavanja i suzbijanja eventualne zloupotrebe procesnih ovlašćenja i stavio u dužnost sudu da spreči i kazni svaku zloupotrebu prava koja imaju stranke u postupku.

Zaoštavanje procesne discipline manifestuje se, npr. u propisivanju niza kratkih zakonskih, prekluzivnih rokova,²⁴ u dužnosti izvršnog dužnika koji je izjavio prigovor na rešenje o određivanju izvršenja da sve razloge zbog kojih je izjavio pravni lek iznese u prigovoru i da sve isprave, na koje se poziva u prigovoru kao dokaze, priloži uz prigovor ili u zabrani da se novote iznose po proteku roka za prigovor.²⁵

Preventivne mere normativnog karaktera sastoje se u tome što su odredbama ZIO (2011) iz postupka izvršenja eliminisani pojedini procesni instituti koji su u prošlim vremenima redovno bili korišćeni kao instrumenti u cilju zloupotrebe prava. To se, pre svega, odnosi na izuzeće,²⁶ vraćanje u pređašnje stanje, delegaciju nadležnosti, odlaganje izvršenja, pravne lekove.

Predlog za izuzeće postupajućeg sudije može se izjaviti najkasnije do isteka roka za donošenje odluke o prigovoru na rešenje o izvršenju, dok zahtev za izuzeće predsednika suda, sudskog izvršitelja i profesionalnog izvršitelja nije

²⁴ Eksperti Saveta Evrope u svojoj ekspertizi ZIO (2011) smatrali su da su pojedini rokovi ipak prekratki po svom trajanju.

²⁵ Videti odredbu čl. 43. ZIO.

²⁶ ZIO (2011) nije isključio primenu instituta isključenja. U pogledu isključenja sudije, sudskog izvršitelja i privatnog (profesionalnog) izvršitelja i dalje važe odredbe ZPP (2011) koje se shodno primenjuju.

dozvoljen.²⁷ Eventualni zahtev za izuzeće postupajućeg izvršnog sudije ne odlaže izvršenje.

Prema izričitoj odredbi zakonodavca, vraćanje u pređašnje stanje nije dozvoljeno. Samo izuzetno, ono je dozvoljeno iz razloga pravičnosti kad iz opravdanih razloga prigovor na rešenje o izvršenju nije bio izjavljen u zakonom propisanom, prekluzivnom roku. Međutim, podnošenje predloga za vraćanje u pređašnje stanje u tom slučaju ne odlaže izvršenje.

U postupku izvršenja nema ni nužne²⁸ ni celishodne delegacije. Predlog za određivanje drugog stvarno ili mesno nadležnog suda nije dozvoljen. U vreme važenja Zakona o izvršnom postupku iz 2004.g. ali i ranijih zakona kojima je uređivana izvršna procedura, institut celishodne delegacije je najčešće korišćen da bi se odugovlačio postupak izvršenja jer je predlog za celishodnu delegaciju dovodio do zastajanja sa postupkom sve dok najviši sud ne odluči o predlogu za delegaciju.²⁹ Eliminacijom ovog instituta, koji je vrlo često bio zloupotrebljavan, zakonodavac je nastojao ne samo da ubrza postupak, već i da isključi mogućnost da u praksi dođe do zloupotrebe ovog instituta.

U postupku izvršenja, po pravilu, nije dozvoljeno odlaganje izvršenja,³⁰ bez obzira što je ovo zakonsko rešenje nepravično, posebno u odnosu na treća lica.³¹

Preventivne mere kojima se suzbija i prevenira abuzivno ponašanje izvršnog dužnika manifestuju se i u domenu pravnih lekova. Pravo na pravni lek je neophodan instrument za kontrolu zakonitosti jedne odluke. Međutim, kontrola zakonitosti jedne odluke u postupku izvršenja, po oceni zakonodavca, treba da bude proporcionalna sa potrebom za efikasnim i delotvornim postupkom izvrše-

²⁷ Isticanje zahteva za izuzeće nije dozvoljeno, ali je dopušteno da stranka istakne zahtev za isključenje ukoliko se sam sudski ili privatni izvršitelj ne isključi od postupanja u konkretnoj izvršnoj pravnoj stvari iako postoji razlog za isključenje. Ukoliko stranka posumnja u objektivnost privatnog izvršitelja, njoj stoji na raspolaganju prigovor zbog nepravilnosti prilikom sprovođenja izvršenja.

²⁸ Izvršenom pravosudnom reformom ukinuti su sudovi sa malim brojem sudija tako da je praktično prestala potreba za nužnom delegacijom ukoliko dođe do isključenja ili izuzeća izvršnog sudije.

²⁹ Celishodna delegacija je redovno korišćena kao sredstvo zloupotrebe i u postupku određivanja i u postupku sprovođenja izvršenja. U postupku određivanja izvršenja, celishodna delegacija je korišćena pošto je neuspešno bio okončan postupak izuzeća sudije ili predsednika suda iako on nije postupao kao izvršni sudija i zahtevana je iz istih razloga kojima je bio motivisan predlog za izuzeće. U fazi postupka za sprovođenje izvršenja, celishodna delegacija je najčešće zahtevana između dva ročišta za javnu prodaju nepokretnosti. O tome videti: G. Stanković: Delegacija nadležnosti u građanskom sudskom postupku, *Pravni informator*, 12/2007.

³⁰ Videti odredbu čl. 6. ZIO.

³¹ Odlaganje izvršenja po posebnim propisima ima pravo da zahteva javni tužilac. O tome detaljno: G. Stanković–V. Boranijašević: *Izvršno procesno pravo*, Kosovska Mitrovica, 2012, str. 106.

nja. Osim toga, vršenje prava na pravni lek ne treba da stvori mogućnost za zloupotrebu u postupku izvršenja koja bi mogla da dovede do prolongiranja, odlaganja ili sprečavanja izvršenja.

Prema zakonskim rešenjima, pravni lek (prigovor na rešenje o izvršenju) se može izjaviti samo kad je to zakonom propisano. Krug odluka koje se mogu pobijati pravnim lekovima je znatno sužen. Može se pobijati samo rešenje a ne i zaključak. Rešenja koja se donose u postupku sprovođenja izvršenja ne mogu se, po pravilu, napadati pravnim lekom.³² Razlozi za izjavljivanje pravnog leka su taksativno navedeni. Izjavljivanje pravnog leka, po pravilu, ne dovodi do zaustavljanja izvršenja ili tako što je, zbog vrste same odluke, isključena mogućnost da se izjavi pravni lek. Korišćenje prava na pravni lek izvršnog dužnika ne može da dovede do zaustavljanja postupka izvršenja jer bi se samim faktom izjavljivanja pravnog leka i kumuliranjem neosnovanih prigovora na rešenje o izvršenju nastojalo da dovede do prolongiranja izvršenja.

Osim toga, zakonodavac je, da bi sprečio abuzivno procesno ponašanje i ubrzao postupak, promenio pravnu prirodu niza odluka koje se donose u toku postupka sprovođenja izvršenja tako da se u nizu situacija donosi odluka u formi zaključka protiv koga se ne može izjaviti pravni lek, osim prigovora za otklanjanje nezakonitosti prilikom sprovođenja izvršenja koji ne zadržava sprovođenje izvršenja.

U domen preveniranja abuzivnog ponašanja u fazi sprovođenja izvršenja spada i operacionalizacija principa oficijelnosti. Privatni (profesionalni) izvršitelj ovlašćen je da u postupku sprovođenja izvršenja u nizu situacija postupa po službenoj dužnosti tako da njegova ovlašćenja ne zavise, po pravilu, od predloga izvršnog poverioca.

Kad je u pitanju poseban postupak izvršenja radi namirenja potraživanja po osnovu komunalnih i drugih sličnih usluga,³³ vršilac komunalne usluge je dužan da pre pokretanja postupka izvršenja opomene korisnika komunalne usluge koji duguje naknadu za pruženu komunalnu uslugu da plati dug i izvrši svoju ugovornu obavezu u naknadno ostavljenom roku. Postupak opomene, treba da omogućiti, s jedne strane, dobrovoljno ispunjenje dugovane činidbe i da eventualno eliminiše potrebu za vođenjem postupka izvršenja na osnovu verodostojne isprave i izlaganje i vršioaca i korisnika komunalne usluge dodatnim troškovima, ali i da spre-

³² Pravni lek u postupku sprovođenja izvršenja je prigovor radi otklanjanja nepravilnosti u sprovođenju izvršenja. Detaljno o tome: G. Stanković-V. Boranijašević: *Izvršno procesno pravo*, Kosovska Mitrovica, 2012, str. 153.

³³ Detaljno o tome: G. Stanković-V. Boranijašević: *Izvršno procesno pravo*, Kosovska Mitrovica, 2012, str. 241.

či neosnovano pokretanje postupka izvršenja i potencijalnu zloupotrebu prava na pravnu zaštitu.

12. Za slučaj da do zloupotrebe ipak dođe i da ona ne bude blagovremeno otkrivena i sprečena, predviđena su i određena represivna sredstva³⁴ koja i sudija i profesionalni izvršitelj treba da primeni ukoliko otkrije zloupotrebu procesnih ovlašćenja, po službenoj dužnosti ili na zahtev stranke.

Represivna sredstva koja se primenjuju kao reakcija na abuzivno procesno ponašanje nisu posebno predviđena odredbama ZIO (2011) i u tom pogledu shodno se primenjuju pravila ZPP (2011).

Listu represivnih sredstava zbog zloupotrebe procesnih ovlašćenja u savremenom srpskom procesnom pravu čine: naknada troškova izazvanih radnjom koja predstavlja fakt zloupotrebe prava, novčana kazna zbog zloupotrebe procesnih ovlašćenja i naknada štete.³⁵

13. Svaka stranka u postupku izvršenja dužna je da suprotnoj stranci naknadi troškove koji su nastali preduzimanjem abuzivnih procesnih radnji.

Izvršni dužnik je, prema odredbama ZIO (2011), dužan da izvršnom poveriocu nadoknadi, pored troškova postupka koji su bili potrebni, i troškove koji su nastali preduzimanjem abuzivnih procesnih radnji.³⁶ Takav stav je zauzet i u Preporuci R (2003) 17 Komiteta ministara Saveta Evrope.³⁷

I izvršni poverilac je dužan da izvršnom dužniku, na njegov zahtev, nadoknadi troškove postupka koje mu je neosnovano prouzrokovao.

Odluku o naknadi troškova izazvanih preduzetom abuzivnom radnjom mogu da donesu i sudija i privatni izvršitelj u okviru svoje nadležnosti.

14. U represivne mere zbog abuzivnog procesnog ponašanja spada i novčana kazna. U skladu sa odredbom o shodnoj primeni ZPP (2011) u postupku izvršenja, novčanom kaznom može da bude kažnjena stranka koja svoja procesna ovlašćenja koristi protivno cilju zbog kojih su propisana.

Ovu represivnu meru zakonodavac je predvideo u odredbi čl. 33. ZIO (2011) pod (neadekvatnim) rubrumom "Novčana kazna za nepoštovanje suda". U ovoj odredbi predviđeno je da će sud novčano kazniti stranku, učesnika i sva-

³⁴ G. Stanković: Represivni merki poradi zloupotreba na procesnite ovlastovanja, Zbornik na trudovite od međunaroden simpozijum "Savremenoto pravo, pravnite nauke i Justinijanovata kodifikacija," t 2, vol. 2, Skopje, Praven fakultet, 2004, str. 249.

³⁵ Interesantno je da se i u jednom delu procesne literature ne navodi kao represivna mera pravo na naknadu štete. Videti: V. Rajović: Načela parničnog, vanparničnog i izvršnog postupka, *Pravni život*, 12/03, str. 23.

³⁶ Detaljno o tome: G. Stanković-V. Boranijašević: *Izvršno procesno pravo*, Kosovska Mitrovica, 2012, str. 159.

³⁷ Videti odredbu:III, 1, e.

ko drugo lice koje svojim ponašanjem ometa ili sprečava sprovođenje izvršenja. Ovlašćenje suda da izriče novčane kazne predstavlja represivnu meru ne samo zbog nezakonitog ili ekcesivnog ponašanja,³⁸ kojim se narušava procesna disciplina³⁹ već i zbog abuzivnog ponašanja kojim se ometa ili sprečava izvršenje. Npr. ukoliko je sud ili privatni izvršitelj izvršnom dužniku koji je promenio poslodavca naložio da se izjasni kod kog je poslodavca zaposlen,⁴⁰ a on podneskom u roku koji mu je određen pošalje netačne ili nepotpune podatke o svom poslodavcu. Pored greške u vršenju prava, takva procesna radnja izvršnog dužnika ima i elemente namere da se naškodi izvršnom poveriocu, da se osujeti sprovođenje postupka i skrene pravo sa njegove društvene funkcije.

Novčanu kaznu zbog zloupotrebe procesnih ovlašćenja izriče sudija rešenjem na predlog stranke, privatnog izvršitelja ili po službenoj dužnosti.⁴¹ O novčanom kažnjavanju odlučuje izvršni sudija i kad postupak sprovodi privatni izvršitelj. Prilikom odmeravanja visine kazne u okviru zakonom predviđenog raspona, sud je dužan da vodi računa o značaju radnje koja je zloupotrebljena.⁴²

15. Naknada štete zbog zloupotrebe procesnih ovlašćenja⁴³ predstavlja represivnu meru protiv otkrivene zloupotrebe procesnih ovlašćenja u postupku izvršenja čija primena proizlazi iz pravila o shodnoj primeni pravila ZPP (2011).⁴⁴

³⁸ Npr. kad lice ukloni kopiju zapisnika ili oznaku da su određene pokretne stvari popisane (čl. 88 st. 5. ZIO), kad lice raspolaže popisanim stvarima protivno zabrani (čl. 90), kad lice ometa sprovođenje izvršenja prilikom ispražnjenja nepokretnosti (čl. 213 st. 6); kad izvršni dužnik ili drugo lice odbija da preda dete ili preduzima radnje u cilju otežavanja ili onemogućavanja sprovođenja izvršenja (čl. 222, 228).

³⁹ Novčana kazna u postupku izvršenja može da bude i mera prinude

⁴⁰ Videti odredbu čl. 179. ZIO (2011).

⁴¹ Interesantno je da je zakonodavac na privatnog izvršitelja preneo vršenje vlasti i primenu direktne prinude u postupku sprovođenja izvršenja i odlučivanja o određivanju izvršenja u posebnom postupku izvršenja radi namirenja potraživanja koja se tiču komunalnih usluga, ali je zadržao sudsku nadležnost u pogledu izricanja novčanih kazni.

⁴² O postupku i pravnom leku protiv rešenja o izricanju novčane kazne videti: G. Stanković-V. Boranijašević: *Izvršno procesno pravo*, Kosovska Mitrovica, 2012, str. 114.

⁴³ Detaljno o tome: G. Stanković: Naknada štete zbog zloupotrebe procesnih ovlašćenja, Zbornik radova "Zloupotreba prava", Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Niš, 1996, str. 312.

⁴⁴ Prvi Zakon o parničnom postupku Republike Srbije iz 2004. g. (Sl. glasnik RS, 125/2004) izričito je predvideo pravo na naknadu štete zbog zloupotrebe procesnih ovlašćenja. Nekadašnji jugoslovenski procesni zakoni, za razliku od Zakonika o građanskom sudskom postupku iz 1929. godine, nisu predviđali izričito naknadu štete kao sankciju zbog zloupotrebe procesnih ovlašćenja. I pored toga, i bez ovakve materijalnopravne odredbe, u nekadašnjem jugoslovenskom pravu, po opštim principima koji su sadržani u ZOO, postojala je odgovornost za naknadu štete i pravo oštećenog na njenu naknadu.

Abuzivno preduzete procesne radnje u postupku izvršenja mogu da izazovu štetu za jednu od stranaka. Dužnost na naknadu troškova postupka pokriva samo izdatke učinjene u postupku, ali ne pokriva, po prirodi stvari, sve nastale gubitke u imovini stranke, niti može da pokrije gubitke koje stranka kao ličnost trpi. Gubitak vremena, neizvesnost, šikana, briga, prema odredbama procesnog zakona, nikako ne mogu da uđu u sferu troškova nastalih povodom postupka izvršenja, niti se kroz njihovu naknadu mogu namiriti i nadoknaditi. S druge strane, eventualna novčana kazna zbog zloupotrebe procesnih ovlašćenja, predviđena zakonom, ne isplaćuje se oštećenoj stranci već ide u korist države kao kazna zbog šikaniranja suda.

Treba primetiti da se teoretičari obligacionog prava ne bave pitanjem naknade štete zbog zloupotrebe procesnih ovlašćenja jer je šteta nastala u postupku pravne zaštite, a procesualisti, po pravilu, ovo pitanje obrađuju samo sumarno i to uglavnom u udžbeničkoj literaturi koja se odnosi na parnično procesno pravo.⁴⁵ Retki su udžbenici koji obrađuju izvršno procesno pravo u kojima se izlaže princip zloupotrebe procesnih ovlašćenja i posebno naknada štete kao represivna mera zbog zloupotrebe procesnih ovlašćenja u postupku izvršenja.⁴⁶

Pravo na naknadu štete izazvane abuzivnim vršenjem procesnih ovlašćenja poizlazi iz posebnih pravila ZIO (2011) ili iz opštih pravnih principa civilizovanog društva predviđenih propisima obligacionog prava o savesnom korišćenju svojih prava, zabrani zloupotrebe prava protivno cilju zbog koga su priznata ili ustanovljena i zabrani da se vršenjem sopstvenih prava drugome nanosi šteta. U pojedinim slučajevima pravo na naknadu štete zbog zloupotrebe procesnih ovlašćenja u postupku sprovođenja izvršenja izričito je predviđeno kao što je to slučaj sa odredbama koje se odnose na osporavanje postojanja potraživanja, njegove visine i reda namirenja (čl. 141. ZIO). Lice čije je potraživanje bilo neosnovano osporeno, pod uslovom da je osporavanje bilo učinjeno sa ciljem da se omete ili odloži namirenje i ostvarivanje prava i koje je usled toga pretrpelo štetu, ima pravo da štetu koja je utvrđena sudskom odlukom naplati iz iznosa koji je bio polo-

⁴⁵ Videti: B. Poznić: *Građansko procesno pravo*, Beograd, 1993, str. 129; S. Triva–V. Belajec–M. Dika: *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb, 1986, str. 161; M. Čizmović–B. Đuričin: *Građansko procesno pravo*, Podgorica, 1994, str. 107; B. Starović–R. Keča: *Građansko procesno pravo*, 1995, str. 107; A. Janevski–T. Zoroska Kamilovska: *Građansko procesno pravo*, knjiga prva, *Parnično pravo*, Skopje, 2009, str. 114; R. Keča: *Građansko procesno pravo*, Beograd, 2012, str. 153; A. Jakšić: *Građansko procesno pravo*, Beograd, 2012, str. 174; D. Palačković: *Parnično procesno pravo*, Kragujevac, 2004, str. 40; G. Stanković: *Građansko procesno pravo*, Beograd, 2004, str. 243; G. Stanković: *Građansko procesno pravo*, prva sveska, *Parnično procesno pravo*, Beograd, 2013, str. 248, G. Stanković–R. Račić: *Građansko procesno pravo*, prva sveska, *Parnično procesno pravo*, Podgorica, 2010, str. 220; G. Stanković–R. Račić: *Parnično procesno pravo*, Banja Luka, 2010, str. 213.

⁴⁶ Izuzetak predstavlja udžbenik R. Račić: *Izvršno procesno pravo*, Banja Luka, 2009, str. 23.

žen radi obezbeđenja naknade eventualne štete u sudskom depozitu ili na namenskom računu privatnog izvršitelja.

Pravo na naknadu štete zbog zloupotrebe procesnih ovlašćenja nastale u postupku izvršenja može se ostvariti u parnici u skladu sa opštim pravilima građanskog prava.⁴⁷

16. Izvršenje je institucija koja posebno interesuje društvenu zajednicu. Implikacije izvršenja, s obzirom na imovinske promene koje ono donosi, mogu da imaju velike posledice i uticaj na odnos snaga u društvu, s jedne strane. S druge strane, u postupku izvršenja se posredstvom državne prinude obezbeđuje pravni red, izvesnost i sigurnost u jednoj društvenoj zajednici i uspostavlja vladavina prava. Eventualne zloupotrebe prava u postupku izvršenja ne samo što su asocijalne pojave, već predstavljaju profanaciju i kompromitaciju sudske vlasti, kao javne službe, bez obzira da li izvršenje sprovodi sud ili privatni izvršitelj, kome je, kao preduzetniku ili članu ortačkog društva, imenovanjem povereno vršenje sudske vlasti i delegirano pravo na primenu sile na subjekte privatnog prava.

GORDANA STANKOVIĆ, Ph.D.,
Professor, Faculty of Law, University of Niš

ABUSE OF THE RIGHTS OF THE PARTIES IN EXECUTIVE PROCEEDINGS

Summary

Although it has not been explicitly proclaimed in the Law on Enforcement and Security (2011), the principle of prohibition of abuse of the rights, as a fundamental process principle, is applied in this procedure of legal protection according to the rule of appropriate application of the rules of Civil Proceedings (2011). In the endeavor for the enforcement proceedings to be just and effective and the chances for eventual abuse of the procedural powers reduced, the legislator has operationalized on a normative plan the principle of prohibition of abuse of the rights in the enforcement proceedings through numerous procedural regulations which have a preventive and repressive character.

⁴⁷ Videti: G. Stanković: Naknada štete zbog zloupotrebe procesnih ovlašćenja, *Branich*, br. 3–4 / 2004, str. 33; G. Stanković: Načelo zabrane zloupotrebe procesnih ovlašćenja u parničnom postupku Republike Srpske, *Pravo teorija i praksa*, br. 11/2004, str. 47.

ARSEN JANEVSKI,
TATJANA ZOROSKA-KAMILOVSKA

PROTIVIZVRŠENJE PREMA ZAKONU O IZVRŠENJU REPUBLIKE MAKEDONIJE

– Otvorena pitanja i dileme –

POJAM PROTIVIZVRŠENJA

Sprovođenje izvršenja uslovljeno je postojanjem određenih pretpostavki materijalnopravne i procesnopravne prirode. Reč je o pretpostavkama koje moraju da postoje kako bi se izvršenje moglo sprovesti, a odnose se na: izvršnu ispravu, potraživanje za koje se vodi postupak izvršenja i zahtev za izvršenje.

U praksi su moguće situacije kada je izvršenje sprovedeno i poverilac namirio svoje potraživanje, ali su nakon završetka postupka izvršenja neke pretpostavke izvršenja prestale da postoje. Tako se npr. može dogoditi da izvršna isprava na osnovu koje je sprovedeno izvršenje prestane da postoji (zato što je ukinuta, poništena, preinačena, stavljena van snage, itd). U ovim slučajevima je rezultat postupka izvršenja - namirenje potraživanja poverioca - nezakonit, nezavisno što je samo izvršenje bilo zakonito sprovedeno. Namirenje poverioca ne može se smatrati zakonitim, budući da se poverilac bez pravnog osnova stekao deo imovine dužnika. Sprovedenim izvršenjem neosnovano je nastao disbalans u imovinskim sferama poverioca i dužnika, a u njegovom stvaranju učestvovao je organ (lice)

Dr Arsen Janevski, profesor Pravnog fakulteta "Justinijan Prvi" u Skoplju, Republika Makedonija.
Dr Tatjana Zoroska-Kamilovska, profesor Pravnog fakulteta "Justinijan Prvi" u Skoplju, Republika Makedonija.

koji je nosilac javnih ovlašćenja.¹ Nesumnjivo je da postoji potreba da se otklone nezakonite posledice izvršenja, odnosno da se otklone štetne posledice u imovinskoj sferi dužnika i da se restituiše pravno i faktičko stanje koje je postojalo pre izvršenja.

U pravnim sistemima uobičajeno su predviđena dva pravna metoda (postupka) koja omogućavaju dužniku da povрати ono što mu je oduzeto izvršenjem bez pravnog osnova: parnica zbog sticanja bez osnova i protivizvršenje. Reč je o dva različita metoda preko kojih bi se trebao ostvariti isti pravozaštitni cilj - da se otklone nezakonite posledice nastale izvršenjem.

Parnični postupak zbog sticanja bez osnova je redovni pravni put zaštite u slučajima neosnovanog obogaćenja, uključujući i ono koje je rezultat postupka prinudnog izvršenja. Pravni osnov za podnošenje tužbe zbog sticanja bez osnova je opšte pravilo obligacionog prava, prema kojem, uvek kada deo imovine jednog lica na bilo koji način prešao u imovinu nekog drugog lica, a taj prelaz nema svoju osnovu u nekoj pravnoj stvari ili u zakonu, sticatelj je dužan vratiti taj deo imovine, ako je to moguće, a u suprotnom je dužan da nadoknadi vrednost ostvarene koristi. Obaveza vraćanja, odnosno naknade vrednosti nastaje i kada se nešto primi s obzirom na osnov koji se nije ostvario ili je kasnije otpao (čl. 199, st. 1 i 3 ZOO).² Repariranje nezakonitih posledica izvršenja u ovom se slučaju vrši u redovnom parničnom postupku, a to znači u jednom relativno formalnom, strogom i dugotrajnom postupku, u kojem se samo dobija (u slučaju usvajanja tužbenog zahteva) kondemnatorna presuda za vraćanje onoga što je neosnovano oduzeto prilikom prinudnog izvršenja. Ostvarenje krajnjeg cilja zaštite ipak zavisi od toga da li će poverilac (tuženi u parnici zbog sticanja bez osnova) dobrovoljno izvršiti obavezu vraćanja koja mu je nametnuta kondemnatornom presudom, ili, ukoliko to nije slučaj, onda u posebnom postupku prinudnog izvršenja.

Protivizvršenje je poseban i specifičan put pravne zaštite koji je kreiran kao alternativa parnici zbog sticanja bez osnova, s ciljem da u jednom relativno pojednostavljenom, kraćem i bržem postupku dužnik ostvari svoje pravo na vraćanje onoga što mu je sa izvršenjem oduzeto bez osnova. Kao specifičan institut izvršnog prava, protivizvršenje je zamišljeno kao posebni postupak u kojem se sublimiraju efekti dva postupka: parničnog postupka zbog sticanja bez osnova i postupak izvršenja. Prvi deo ovog postupka, po svojoj suštini, predstavlja parnicu koja se vodi prema pravilima izvršnog postupka,³ odnosno specifični adhezioni, incidentalni postupak koji se nastavlja u okviru izvršnog postupka, koji je dao po-

¹ Sud, izvršitelj, agencije za izvršenje ili dr. organi, službe ili tela u zavisnosti od sistema izvršenja koji je ustanovljen u određenoj zemlji.

² Zakon za obligacionite odnosi - ZOO ("Služben vesnik na RM", br. 18/2001, 4/2002, 5/2003, 84/2008, 81/2009 i 161/2009).

³ G. Stanković, Građansko procesno pravo, druga sveska, Vanparnično i izvršno pravo, Niš, 2007, str. 197.

vod za njegovo pokretanje.⁴ Sadržaj pravne zaštite određene u ovom delu, prinudno se ostvaruje u drugom delu postupka protivizvršenja.

U pravnom sistemu Republike Makedonije, protivizvršenje kao institut izvršnog prava predviđeno je i uređeno Zakonom o izvršenju,⁵ a svoj kontinuitet vuče iz nekadašnjeg Zakona o izvršenju i obezbeđenju iz 1930 godine, preko Zakona o izvršnom postupku iz 1978 godine i Zakona o izvršnom postupku iz 1997 godine.⁶

Odnos između protivizvršenja i parnice zbog sticanja bez osnova

Pravni poredci ne samo što predviđaju navedena dva metoda za otklanjanje nezakonitih posledica nastalih izvršenjem, već, po pravilu, uređuju i njihov međusebni odnos.⁷

ZI Republike Makedonije uopšte ne predviđa mogućnost vođenja parnice zbog sticanja bez osnova u postupku izvršenja, niti uređuje odnos između protivizvršenja i tužbe zbog sticanja bez osnova. Za razliku od njega, u ranijem ZIP iz 1997 godine bio je izričito utvrđen supsidijarni karakter parnice zbog sticaja bez osnova u odnosu na protivizvršenje, sa propisom da pre isteka roka za podnošenje predloga za protivizvršenje, dužnik ne može da ostvari svoje potraživanje u parničnom postupku (čl. 59 st. 3 ZIP).

U situaciji kada ZI ne sadrži ovakav propis, postavlja se pitanje da li i dalje važi pravilo supsidijarnosti tužbe zbog sticaja bez osnova u odnosu na predlog za protivizvršenje ili je dužnik taj koji bira u kom će postupku ostvarivati svoje pravo? U nedostatku izričite odredbe u zakonu koja bi dala prioritet protivizvršenju, proizlazi da dužnik može da bira u kojem će postupku ostvarivati pravo da traži vraćanje onoga što mu je bez osnova oduzeto u postupku izvršenja. Prilikom izbora metoda pravne zaštite dužnik će se rukovoditi karakteristikama pojedinih metoda, a posebno onom koja daje veće garancije za uspeh u ostvarivanju prava. Sledstveno tome, ako u rokovima propisanim za podnošenje predloga za protivizvršenje, dužnik umesto predloga podnese tužbu zbog sticanja bez osnova, parnični sud kod koga je podnesena tužba ne može tužbu da odbaci kao nedopuštenu,

⁴ M. Dika, Građansko ovršno pravo, I knjiga, Opće građansko ovršno pravo, Zagreb, lipanj 2007, str. 424.

⁵ Zakon za izvršivanje ("Služben vesnik na RM", br. 35/2005, 50/2006, 129/2006, 8/2008, 83/2009, 50/2010, 83/10, 88/10 i 171/10, br. 148/2011 i 187/2013), u daljem tekstu ZI.

⁶ Zakon za izvršna postupka ("Služben vesnik na RM" br.53/97, 59/2000 i 64/2003), u daljem tekstu ZIP.

⁷ Tako, Ovršni zakon Republike Hrvatske (Narodne novine, br. 112/2012, 25/2013 i 93/2014), zatim Zakon o izvršenju i obezbeđenju Republike Srbije (Službeni glasnik RS, br. 31/2011), Zakon o izvršbi i zavarovanju - uradno prečišćeno besedilo (ZIZ-UPB3) (Uradni list Republike Slovenije, št. 110/06).

zato što dužniku stoji na raspolaganje drugi pravni put zaštite - protivizvršenje, za čije pokretanje i dalje teku zakonski rokovi.

Ne možemo sa sigurnošću da tvrdimo da li je navedeno stanje u zakonodavstvu Republike Makedonije rezultat ideje da se dužnik ne ograničava u izboru postupka u kojem će zaštititi svoja prava ili je posledica propusta zakonodavca da uredi pitanje o odnosu protivizvršenja i parnice zbog sticaja bez osnova. Ne treba da se zaboravi da je smisao instituta protivizvršenja da se dužniku da mogućnost da svoje pravo da traži vraćanje onoga što mu je neosnovano oduzeto ostvari u jednom relativno kraćem, jednostavnijem i bržem postupku u odnosu na parnicu zbog sticanja bez osnova. Ako je to tako, onda je logično da se očekuje da će dužnik u svakom konkretnom slučaju dati prednost protivizvršenju (ukoliko postoje sve pretpostavke za vođenje ovog postupka) i da će dužnik posegnuti za tužbom zbog sticanja bez osnova samo nakon isteka rokova za podnošenje predloga za protivizvršenje. Ipak, s obzirom na sadašnju uređenost protivizvršenja, ne možemo očekivati da će to i stvarno biti slučaj. Čini nam se da zbog brojnih drugih otvorenih pitanja i dilema koje postoje u vezi s institutom protivizvršenja, izostanak pravila o supsidijarnosti tužbe zbog sticaja bez osnova u odnosu na predlog za protivizvršenje još više devalvira smisao i značaj ovog procesnog instituta. Zbog toga, smatramo da u ZI treba vratiti pravilo sadržano u odredbi čl. 59. st. 3. ranijeg ZIP, prema kojem pre isteka roka za podnošenje predloga za protivizvršenje, dužnik ne može ostvariti svoje potraživanje u parničnom postupku.

S druge strane, prilikom analize odnosa između protivizvršenja i parnice zbog sticanja bez osnova, ne treba prevideti ni činjenicu da je uvođenjem novog koncepta izvršenja u Republici Makedoniji, i onako umanjena pravozaštitna vrednost i značaj instituta protivizvršenja. Naime, ako se ima u vidu da je postojanje ovog instituta uglavnom inspirisano načelom procesne ekonomije i efikasnosti, odnosno idejom da postupak protivizvršenja u potpunosti vodi izvršni sud (sud koji je sproveo izvršenje) čime se obezbeđuje koncentracija postupanja (izvršenje i protivizvršenje) pred istim sudom (pa čak i isti personalni sastav suda)⁸, jasno je da je ostvarivanje ove ideje dovedeno u pitanje zbog toga što danas kod nas postupak izvršenja sprovodi izvršitelj, a postupak protivizvršenja (u kognicionom delu) vodi sud, odnosno organ koji je doneo izvršnu ispravu. Time, ne samo što se umanjuje vrednost i značaj ovog instituta, već se i problematizuje opravdanost njegovog postojanja u okviru novog sistema izvršenja.

Pretpostavke za protivizvršenje

Nezavisno od prethodne generalne dileme o opravdanosti postojanja instituta protivizvršenja u okviru novog sistema izvršenja, trenutna regulisanost instituta protivizvršenja generiše probleme i dileme i u pogledu mnogih drugih pita-

⁸ Na značajno olakšanim uslovima u organizacijskom i funkcionalnopravnom smislu kod protivizvršenja posebno ukazuje i M. Dika, op. cit., str. 426.

nja koja se odnose na ovaj institut. Jedan deo tih problema i dilema odnosi se na pretpostavke protivizvršenja, koje će u produžetku biti predmet analize.

Kako bi se došlo do protivizvršenja potrebno je da kumulativno bude ispunjeno nekoliko pretpostavki: a) da je izvršenje sprovedeno, b) da je dužnik podneo predlog za protivizvršenje, c) da je predlog podnesen u zakonskom roku, d) da je predlog podnesen nadležnom organu, e) da postoji zakonski razlog za protivizvršenje i f) da je dužnikovo potraživanje prema poveriocu podobno za protivizvršenje. Neke od pretpostavki imaju procesnoppravnu, a druge materijalnopravnu prirodu.

Da je sprovedeno izvršenje. – Kako bi se moglo tražiti protivizvršenje potrebno je da je izvršenje prethodno sprovedeno. Kao što govori i sam naziv, protivizvršenje je suprotno izvršenju. Smatra se da je izvršenje sprovedeno preuzimanjem poslednje izvršne radnje kojom je potraživanje poverioca u celini ili delimično namireno.⁹ Razumljivo, ova izvršna radnja je različita kod različitih vrsta izvršenja, u zavisnosti da li je reč o namirenju novčanog ili nenovčanog potraživanja i u zavisnosti od sredstva i predmeta izvršenja.

Predlog za protivizvršenje koji je podnet pre nego što je izvršenje sprovedeno smatra se nedopuštenim i treba biti odbačen od strane nadležnog organa.

Razlozi za protivizvršenje. – Prema ZI, razlozi za protivizvršenje povezani su sa izvršnom ispravom kao osnovom izvršenja. Tako, protivizvršenje može da se traži ako je izvršna isprava na osnovu koje je sprovedeno izvršenje pravosnažno ukinuta, preinačena, poništena ili stavljena van snage (čl. 78. st. 1. ZI).

Za razliku od ovoga, ZIP iz 1997. godine, pored pomenutog razloga, predviđao je još nekoliko drugih razloga za protivizvršenje: ako je u toku izvršnog postupka dužnik namirio poveriočevo potraživanje, ako je rešenje o izvršenju pravosnažno ukinuto ili preinačeno i ako je sprovedeno izvršenje na novčanim sredstvima koja se vode na računu dužnika kod nosioca pravnog prometa ili je sa isplatom gotovog novca proglašeno za nedopušteno (čl. 59. st. 1. ZIP). Pojedini od navedenih razloga za protivizvršenje su izostavljeni u ZI zbog promene u strukturi postupka izvršenja. Tako, npr. ne može da se zahteva protivizvršenje zbog toga što je rešenje o izvršenju pravosnažno ukinuto ili preinačeno, zato što se u postupku izvršenja prema ZI ne donosi rešenje o izvršenju. Ipak, može se primetiti da je ZI neopravdano izostavio neke od razloga za protivizvršenje koji su bili predviđeni ranijim ZIP. Tako, npr. prema ZI, ako je dužnik u toku postupka izvršenja namirio (dobrovoljno) poveriočevo potraživanje, a pored toga je spro-

⁹ Tako, i S. Triva, V. Belajec–M. Dika, *Sudsko izvršno pravo*, Zagreb, 1984, str. 351, “izvršenje je završeno i kada je potraživanje samo delimično ostvareno ako je u odnosu preostalog dela potraživanja, izvršenje zaustavljeno (npr. zato što nisu pronađena sredstva koja bi bila dovoljna za potpuno ostvarenje potraživanja)”; isto B. Starović, *Vanparnično i izvršno pravo*, Novi Sad, 1992, str. 101. Namirenje poverioca sprovođenjem izvršenja tretira se i kao posebna materijalnopravna pretpostavka za protivizvršenje. Videti, M. Dika, op. cit., str. 425.

vedeno i izvršenje, dužnik ne može da traži protivizvršenje, nego vraćanje dvostruko isplaćenog duga može samo da traži tužbom zbog sticanja bez osnova¹⁰.

Predlog za protivizvršenje. – Postupak protivizvršenja pokreće se samo po predlogu dužnika (načelo dispozicije). Postupak se ne može pokrenuti po službenoj dužnosti od strane suda ili organa od kojeg potiče izvršna isprava (arg. ex. čl. 78. st. 1. ZI). Da budemo precizniji, sa predlogom za protivizvršenje pokreće se prvi (kognicioni) deo ovog postupka, budući da, kako ćemo videti i kasnije, za spovođenje drugog dela (protivizvršenje u užem ili pravom smislu reči) važi opšte pravilo za spovođenje postupka izvršenja sa zahtevom za protivizvršenje.

Predlog za protivizvršenje je specifično pravno sredstvo koje sadrži zahtev za vraćanje onoga što je poverilac stekao bez osnova sprovođenjem izvršenja. U predlogu za protivizvršenje, dužnik ne može pored zahteva za vraćanje istaći i zahtev za naknadu štete koju je pretrpeo zbog neosnovano sprovedenog izvršenja (arg. ex. 78. st. 1. ZI). Pravo na naknadu štete, dužnik može ostvariti u parničnom postupku.

U ZI nije izričito propisano da li u situacijama kada je poverilac sprovođenjem izvršenja naplatio određeni novčani iznos dužnik ima pravo da sa predlogom za protivizvršenje traži samo naplatu glavnice ili i naplatu zatezne kamate na iznos za koji se protivizvršenjem traži, od dana sprovođenja izvršenja do dana vraćanja novčanih sredstva. Ako se ima u vidu, kada bi dužnik svoje pravo ostvarivao u parničnom postupku sa tužbom zbog sticanja bez osnova, isti bi imao pravo da traži i kamate na novčani iznos koji potražuje, da treba uzeti da dužnik takvu mogućnost ima i u postupku protivizvršenja.¹¹ U suprotnom, dužnik bi morao da vodi dva postupka: protivizvršenje zbog vraćanja glavnice i parnicu za kamatu koju ne može da se ostvari sa protivizvršenjem. U takvim situacijama, postaje diskutabilno da li će dužnik uopšte posegnuti za predlogom za protivizvršenje, ako se zna da će sa tužbom zbog sticaja bez osnova potpunije ostvariti svoje pravo.

ZI na izričan način ne propisuje u kakvoj formi treba da se podnese predlog za protivizvršenje, pa se postavlja pitanje da li ovde mogu na odgovarajući način da se primene pravila Zakona o parničnom postupku¹² koji se odnose na formu procesnih radnji, kao i na sadržaj podneska. Ako se pažljivo čita odredba čl. 10. ZI koja se odnosi na primenu pravila ZPP, konstatovaće se da u ovom slučaju ne može biti reč o supsidijarnoj primeni pravila ZPP, zbog toga što je prema odredbi čl. 10. ZI odgovarajuća primena pravila ZPP predviđena samo prilikom sprovođenja izvršenja, ali ne i za protivizvršenje, posebno ne za prvi (kognicioni) deo ovog

¹⁰ Prema čl. 201. ZOO, onaj koji je isti dug naplatio dvaputa, pa makar jednom i na osnovu izvršne isprave, ima pravo da traži vraćanje prema opštim pravilima o sticanju bez osnova.

¹¹ Ovo je izričito propisano npr. u hrvatskom Ovršnom zakonu (čl. 62, st. 3).

¹² Zakon za parničnata postupka ("Služben vesnik na RM", br. 79/2005, 110/2008, 83/2009 i 116/2010), u daljem tekstu ZPP.

postupka. U situaciji zakonske neuređenosti ovog pitanja ostaje da se primenjuju pravila odgovarajućeg procesnog zakona u zavisnosti od toga koji organ odlučuje po predlogu za protivizvršenje (sud, organ uprave, itd) i prema pravilima kojeg postupka (parnični, upravni, itd). Ovo može biti problematično zbog toga što različiti procesni zakoni predviđaju različite procesne garancije u zaštiti prava.

Uz predlog za protivizvršenje, dužnik treba da priloži i odgovarajuće dokaze (npr. odluku kojom se izvršna isprava ukida, preinačava, poništava ili stavlja van snage).

Rok za podnošenje predloga za protivizvršenje. – Pravo dužnika da podnese predlog za protivizvršenje vremenski je ograničeno. Za podnošenje predloga za protivizvršenje predviđen je subjektivni i objektivni rok (čl. 78. st. 2. ZI). Predlog za protivizvršenje može da se podnese u roku od mesec dana od dana kada je dužnik saznao za razlog protivizvršenja, naime da je izvršna isprava na osnovu koje je sprovedeno izvršenje pravosnažno ukinuta, preinačena, poništena ili stavljena van snage (subjektivni rok), a najkasnije u roku od godinu dana od dana završetka izvršenja (objektivni rok). Pomenuti rokovi su prekluzivni, što znači da njihovim protekom dužnik gubi pravo da podnese predlog za protivizvršenje,¹³ a svoje pravo može da ostvari u parničnom postupku.

Organ nadležan da odlučuje po predlogu za protivizvršenje. – Prema ZI, dužnik podnosi predlog za protivizvršenje sudu, odnosno organu koji je doneo izvršnu ispravu (čl. 78. st. 1. ZI). Imajući u vidu odredbe čl. 12. ZI kojima su određene vrste izvršnih isprava, proizlazi da predlog za protivizvršenje može biti podnet sudu, organu uprave, arbitražnom sudu, izvršitelju, notaru, itd. Sud, odnosno organ koji je doneo izvršnu ispravu i kome se podnosi predlog za protivizvršenje nadležan je da odlučuje po predlogu za protivizvršenje.

Pomenuto rešenje ZI moglo bi da stvori probleme u praksi u slučajevima kada je organ koji je doneo izvršnu ispravu (koja je kasnije ukinuta, preinačena, poništena ili stavljena van snage) prestao da postoji. To se naročito odnosi na situacije kada je reč o *ad hoc* arbitražnim sudovima koje se formiraju za jednokratnu upotrebu: konstituišu se za rešavanje konkretnog spora i prestaju da postoje donošenjem arbitražne odluke. Ako je na osnovu te arbitražne odluke sprovedeno izvršenje, a ujednom je spoveden i postupak za poništenje arbitražne odluke pred državnim sudom i odluka je poništena, postavlja se pitanje ko će odlučivati po predlogu za protivizvršenje.¹⁴

¹³ U tom smislu, sud ili drugi organ kome je podnesen predlog za protivizvršenje nakon proteka roka za njegovo podnošenje treba da odbaci predlog kao neblagovremen.

¹⁴ Čak i kada je reč o institucionalnim arbitražama dovodi se u pitanje osnov njihovog postupanja po predlogu za protivizvršenje, ako se ima u vidu da mandat arbitražnog suda prestaje sa završetkom arbitražnog postupka, a može da se reaktivira jedino u slučajevima kada se javi potreba za ispravke ili tumačenja arbitražne odluke, ili donošenja dopunske arbitražne odluke (čl. 32, st. 3 Zakona o međunarodnoj trgovačkoj arbitraži Republike Makedonije ("Služben vesnik na RM" 39/06).

U drugim slučajevima, navedeno ne bi trebalo da pretstavlja problem zbog toga što se u slučaju prestanka određenih organa (službi, tela) predviđa koji drugi subjekat preuzima vršenje poslova iz njihove nadležnosti.

ZI ne propisuje ni sastav u kom bi sud, odnosno organ koji je doneo izvršnu ispravu, odlučivao po predlogu za protivizvršenje. Prema ZIP iz 1997 godine, izvršni postupak (a u tom okviru i postupak protivizvršenja) u prvom stepenu vodio je i odluke donosio sudija pojedinac izvršnog suda (čl. 6. st. 1. ZIP). Izostavljanjem ove odredbe u ZI i u nedostatku izričite odredbe kojom se propisuje sastav suda, odnosno organa koji odlučuje po predlogu za protivizvršenje, ostaje da se primene pravila iz odgovarajućeg procesnog zakona u zavisnosti od toga koji organ odlučuje i prema pravilima kojeg postupka. To bi značilo npr. ukoliko je izvršna isprava na osnovu koje je sprovedeno izvršenje bila sudska odluka doneta u parničnom postupku, koja je nakon toga bila preinačena, predlog za protivizvršenje podnosi se parničnom sudu, koji bi po predlogu trebalo da odlučuje prema pravilima ZPP o sastavu suda u parničnom postupku, a to znači u veću ili preko sudije pojedinca, u zavisnosti od vrednosti u predlogu za protivizvršenje. Ovo otvara novu dilemu. Ako se imaju u vidu pravila koja su za postupak protivizvršenja sadržana u ZI (odlučivanje, po pravilu, na osnovu podataka iz spisa predmeta, bez održavanja ročišta), primena odredbi ZPP u pogledu sastava suda (odlučivanje od strane sudskog veća) mogle bi biti neodgovarajuće.

Imajući vidu probleme koji proizlaze iz sadašnjeg rešenja ZI u pogledu organa nadležnog da odlučuje po predlogu za protivizvršenje, smatramo da je potrebno da se isto promeni tako da se propiše da će po predlogu za protivizvršenje odlučivati osnovni sud na čijem je području izvršitelj sproveo izvršenje. U pogledu sastava suda, smatramo da bi u ZI izrično trebalo propisati da će po predlogu za protivizvršenje odlučivati sudija pojedinac.

Podobnost dužnikovog potraživanja za protivizvršenje. – Ova pretpostavka za protivizvršenje ne proizlazi izričito iz propisa ZI, ali može da se posredno izvede iz zakonske formulacije “tražeći da mu poverilac vrati ono što je dobio sa izvršenjem” (čl. 78. st. 1. ZI). Naime, iz navedene formulacije može da se izvede zaključak da će konkretni sadržaj dužnikovog zahteva prema poveriocu zavisiti od toga za namirenje kakvog potraživanja je izvršenje sprovedeno (novčano ili nenovčano), kao i od konkretnog sredstva i predmeta izvršenja. U tom smislu, zahtev za protivizvršenje može da se sastoji od zahteva za vraćanje određene sume novca, određenih pokretnih stvari ili nepokretnosti ili vraćanja određenih prava koje je poverilac stekao izvršenjem.¹⁵

Ako je sa izvršenjem poverilac dobio određenu sumu novca, a kasnije je otpao osnov izvršenja, dužnik prema poveriocu ima novčano potraživanje koje je

¹⁵ Prema B. Starović, op. cit., str. 101, “sve ono što može biti predmet izvršenja i što se prema razumnom shvatanju može vratiti dužniku kako bi se uspostavilo njegovo pravo, može biti predmet protivizvršenja”.

uvek podobno da bude predmet protivizvršenja. Pri tom, irelevantno je da li se novčani iznos koji je poverilac dobio izvršenjem odnosi na naplatu njegovog novčanog potraživanja prema dužniku ili radi namirenja njegovog nenovčanog potraživanja.¹⁶

Dužnikovo potraživanje prema poveriocu može da se sastoji i od prava na vraćanje određenih pokretnih stvari ili nepokretnosti, ili određenih prava, pod uslovom da još uvek postoji mogućnost njihovog vraćanja, odnosno prenosa na dužnika. Ako je poverilac izvršenjem postigao izvršenje određene radnje od strane dužnika, onda se u postupku protivizvršenja ne može ostvarivati vraćanje onoga što je dobijeno izvršenjem.¹⁷ Potraživanje dužnika prema poveriocu u ovom slučaju nije podobno za protivizvršenje, ali može se ostvarivati tužbom zbog sticanja bez osnova. Ako je izvršenjem ostvareno upisivanje nekog prava u javne knjige, potraživanje dužnika koje je predmet protivizvršenja sastoji se u brisanju prava iz javne knjige.

Postupak protivizvršenja

Postupak protivizvršenja vodi se između dve stranke, koje su, ustvari, iste stranke iz postupka izvršenja samo što sada imaju obrnutu procesnu poziciju: sada je poverilac dužnik, a dužnik je poverilac. Jedino, poverilac i dužnik iz postupka izvršenja (sada sa obrnutim procesnim ulogama), po pravilu, su procesno legitimisane stranke u postupku protivizvršenja. U procesnoj teoriji se smatra da bi, s obzirom da se protivizvršenje sprovodi kao deo izvršnog postupka, za utvrđivanje procesne legitimacije strankama važila opšta pravila izvršnog postupka, što znači da bi se ona utvrđivala prema principu strogog formalnog legaliteta.¹⁸ Iz principa strogog formalnog legaliteta proizlazi da se postojanje potraživanja, kao i legitimacija stranaka u postupku izvršenja dokazuje kvalifikovanom ispravom, kojom je na nesumnjiv način utvrđeno potraživanje (predmet, vrsta i obim), kao i nosilac potraživanja (poverilac), odnosno nosilac obaveze (dužnik). Ako je nakon sprovođenja izvršenja, došlo do sukcesije u pravnom položaju stranke/stranaka iz postupka izvršenja, kao stranke u postupku protivizvršenja javljaju se sukcesori jedne ili obe stranke, koje kvalifikovanom ispravom (javnom ili prema zakonu overenom ispravom) dokazuju svoju legitimaciju u postupku protivizvršenja (čl. 19 ZI).

¹⁶ Tako npr., ako je potraživanje prema izvršnoj ispravi nenovčano i glasi na predavanje jednog ili više određenih predmeta, a oni nisu pronađeni ni kod dužnika, ni kod trećeg lica, na predlog poverioca izvršitelj će proceniti vrednost predmeta i sa zaključkom će opredeliti da dužnik u određenom roku isplati iznos te vrednosti (čl. 213, st. 1 ZI).

¹⁷ Tako S. Triva–M. Dika, op. cit., str. 356 “u ovom slučaju, restitucija - ako je uopšte moguća - ima složenu prirodu i ne može se podvesti pod zakonskim terminima “vraćanje” onoga što je “dobijeno” sa izvršenjem.”

¹⁸ Tako, M. Dika, op. cit., str. 425.

Postupak protivizvršenja, kao posebni postupak u okviru postupka izvršenja, je fragmentarno uređen odredbama ZI (čl. 79. ZI). Sa strukturalnog aspekta, to je složeni postupak, koji se sastoji od dva funkcionalno odvojena stadijuma i to: a) kognicioni stadijum protivizvršenja (stadijum odlučivanja o predlogu protivizvršenja), i b) stadijum sprovođenja protivizvršenja (protivizvršenje u užem ili pravom smislu te reči).

Kognicioni stadijum protivizvršenja počinje podnošenjem predloga za protivizvršenje i završava donošenjem rešenja o predlogu za protivizvršenje. Kao što je već pomenuto, prema rešenju ZI, postupak sprovodi sud, odnosno organ koji je doneo izvršnu ispravu. Cilj ovog stadijuma je da se preko ispitivanja osnovanosti podnetog predloga za protivizvršenje kreira izvršna isprava, kao osnova za prisilno ostvarivanje prava dužnika da mu se vrati ono što mu je bez osnova oduzeto u postupku izvršenja.

Iako, ZI to izričito ne propisuje, sud odnosno organ koji je doneo izvršnu ispravu, nakon što primi predlog za protivizvršenje, najpre bi trebao da ispita da li je predlog blagovremen, potpun i dopušten. Ako utvrdi da je predlog neblagovremen, nepotpun ili nedopušten, sud, odnosno organ koji je doneo izvršnu ispravu predlog odbacuje, a u suptotnom, produžava postupanje po predlogu.

Kognicioni stadijum protivizvršenja vodi se u skladu sa načelom saslušanja stranaka. U tom smislu, ako je predlog za protivizvršenje blagovremen, potpun i dopušten, sud, odnosno organ koji je doneo izvršnu ispravu dostaviće predlog poveriocu i pozvati ga da podnese odgovor u roku od osam dana od dana dostavljanja.

Podnošenje odgovora od strane poverioca zavisi od njegove dispozicije. Ako u navedenom roku poverilac podnese odgovor i u njemu ospori predlog, sud odnosno organ koji je doneo izvršnu ispravu, rešenjem odlučuje o predlogu. Nadležni organ, po pravilu, odluku o predlogu za protivizvršenje donosi na osnovu podataka iz spisa predmeta, bez održavanja ročišta. Ipak, nadležni organ može da zakaže i ročište, imajući pritom u vidu činjenično stanje konkretnog predmeta. Kada ZI propisuje mogućnost da se zakaže ročište pre donošenja rešenja o predlogu za protivizvršenje, zakon govori samo o sudu ("Sud, po isključku, ceneći činjenice predmeta, radi donošenja rešenja može zakazati i ročište" - čl. 79 st. 2 ZI), ali ne i o drugom organu od kojeg potiče izvršna isprava i koji je, isto tako nadležan da odlučuje po predlogu za protivizvršenje. Ovo je još jedna potvrda da ZI nije dosledan u regulisanju instituta protivizvršenja.

Ako poverilac ne podnese odgovor na predlog, neblagovremeno podnese odgovor, ili izjavi da se ne protivi predlogu, sud, odnosno organ koji je doneo izvršnu ispravu, rešenjem usvaja predlog (čl. 79, st. 3 ZI). Iz navedene odredbe, kao da proizlazi da sud, odnosno organ koji je doneo izvršnu ispravu donosi rešenje kojim se usvaja predlog na osnovu izrične ili prećutne dispozicije poverioca, nezavisno od toga da li je predlog za protivizvršenje osnovan. Navedeno tumačenje zakonskog propisa je pogrešno. U pomenutim slučajevima, sud, odnosno organ

koji je doneo izvršnu ispravu doneće rešenje kojim se usvaja predlog za protivizvršenje samo ukoliko osnovanost predloga proizlazi iz navoda i dokaza (priloga) navedenih u predlogu, kao i podataka sadržanih u spisima izvršnog predmeta.

Rešenjem kojim se usvaja predlog za protivizvršenje, sud, odnosno organ koji je doneo izvršnu ispravu, naložiće poveriocu da u roku od 15 dana vrati dužniku ono što je dobio izvršenjem. Ako sud, odnosno organ koji je doneo izvršnu ispravu nađe da je predlog neosnovan, odbiće ga rešenjem. Donošenjem rešenja po predlogu za protivizvršenje završava kognicioni stadijum postupka protivizvršenja.

Kao što je napred navedeno, iako ZI to izričito ne propisuje, u slučaju da je poverilac sprovođenjem izvršenja naplatio određeni novčani iznos, u rešenju kojim se usvaja predlog i nalaže poveriocu da vrati ono što je dobio izvršenjem, sud, odnosno organ koji je doneo izvršnu ispravu će na zahtev dužnika odrediti i naplatu zatezne kamate prema propisanoj stopi na novčani iznos na kojem je sprovedeno izvršenje od dana sprovođenja izvršenja do dana vraćanja novca.

Sud ili drugi nadležni organ neće usvojiti predlog za protivizvršenje ako se traži vraćanje predmeta u pogledu kojeg su nastupile takve faktičke i pravne promene tako što vraćanje više nije moguće (čl. 80. ZI). Koje faktičke i pravne promene predmeta dovode do nemogućnosti za protivizvršenje? U literaturi je notirano da su faktičke one promene koje su dovele do uništavanja ili propadanja predmeta, kao i promene kojima je predmet prerađen, ukoliko mu je kvalitet poboljšan i uvećana mu je vrednost, ili je inkorporiran u neki drugi predmet, tako da fizičko razdvajanje nije moguće.¹⁹ Pravne promene obuhvataju otuđivanje predmeta ili prava koja su predmet protivizvršenja, bez promene njihovih bitnih svojstva.²⁰ Ipak, to što postoji nemogućnost protivizvršenja ne znači da je dužnik ostao bez bilo kakve pravne zaštite. Pravo da mu se vrati ono što mu je bez osnova bilo oduzeto izvršenjem, u ovom slučaju dužnik može da ostvari tužbom u parničnom postupku.

Rešenje kojim se usvaja predlog za protivizvršenje i kojim se nalaže poveriocu da vrati dužniku ono što je dobio izvršenjem je odluka kondemnatorne prirode, koja saglasno odredbama ZI, ima karakter izvršne isprave (čl. 12 ZI). Ukoliko poverilac u paricionom roku od 15 dana od dostavljanja rešenja ne vrati dužniku ono što je dobio izvršenjem, dužnik na osnovu tog rešenja (kada postane pravosnažno i izvršno) može da traži prinudno izvršenje saglasno propisima ZI (čl. 79. st. 4. ZI). Time počinje drugi stadijum ovog postupka - stadijum sprovođenja protivizvršenja. Sprovođenje protivizvršenja traje sve dok se ne preduzme i poslednja izvršna radnja kojom se dužniku vraća sve ono što mu je bilo oduzeto izvršenjem.

¹⁹ Videti S. Triva-M. Dika, op. cit., str. 357, B. Starović, Komentar Zakona o izvršnom postupku, Beograd, 1987, str. 199.

²⁰ Tako S. Triva-M. Dika, op. cit., str. 357.

Pravni lekovi u postupku protivizvršenja

ZI ne sadrži odredbe o tome da li se protiv rešenja donetog po predlogu o protivizvršenju (rešenje kojim predlog odbija kao neosnovan, rešenje kojim se usvaja predlog, kao i rešenje kojim se predlog odbacuje) mogu izjaviti pravni lekovi i koji pravni lekovi. Ovo pitanje nije bilo uopšte problematično u okviru ranijeg ZIP iz 1997. godine, budući da su u osnovnim odredbama ovog zakona bile sadržane odredbe o pravnim lekovima u izvršnom postupku, koje su se odnosile i na protivizvršenje.

U uslovima zakonske neuređenosti ovog pitanja, iz ustavnog načela o dvo-stepenosti u postupanju²¹ eksplicitno proizlazi pravo žalbe protiv rešenja po predlogu za protivizvršenje donesenog u prvom stepenu. Ko će odlučivati po žalbi protiv rešenja i prema pravilima kojeg postupka zavisi od toga koji je organ odlučivao po predlogu za protivizvršenje (sud ili drugi organ od kojeg potiče izvršna isprava). Ovde se ponovo javljaju problemi i otvorena pitanja. Naime, u određenim slučajevima, korišćenje prava žalbe protiv rešenja donetog po predlogu za protivizvršenje može biti problematično, npr. kada je reč o odluci arbitraže (čak i kada je reč o institucionalnoj arbitraži, budući da u arbitražnom suđenju, po pravilu, nema instancione kontrole), ili kada po predlogu o protivizvršenju odlučuje notar (kada je izvršna isprava na osnovu koje je sprovedeno izvršenje notarska isprava). Ovi problemi su još jedan argumenat u prilog našeg zalaganja da o predlogu za protivizvršenje odlučuje samo sud.

S druge strane, postavlja se pitanje da li se protiv pravnosnažnih odluka donetih u postupku protivizvršenja mogu izjaviti vanredni pravni lekovi i koji vanredni pravni lekovi. To naročito zbog činjenice što je u ZI izostavljena odredba ranijeg ZIP iz 1997 godine, prema kojoj protiv pravnosnažne odluke donete u postupku izvršenja (i obezbeđenja) nije dopuštena revizija, ni ponavljanje postupka (čl. 8 ZIP).

U situaciji kada ZI izričito ne uređuje ovo pitanje, diskutabilno je da li su dopušteni vanredni pravni lekovi u postupku protivizvršenja. S jedne strane, kada je reč o sudskim odlukama donetim u parničnom postupku, na dopuštenost ovih pravnih lekova prema režimu ZPP kao da upućuje supsidijarna primena odredbi ZPP u postupku izvršenja. Ipak, smatramo da i ovde nema mesta supsidijarnoj primeni odredbi ZPP, budući da se, prema čl. 10. ZI, odredbe ZPP na odgovarajući način primenjuju "kod sprovođenja izvršenja", ali ne i na protivizvršenje, a posebno ne na prvi, kognicioni stadijum protivizvršenja. Pored toga, izvršne isprave, kao osnova izvršenja, mogu poticati i od drugih organa (službi, tela) koji su pre-

²¹ Amandman XXI tačka 1 Ustava Republike Makedonije kojim je zamenjen čl. 15 Ustava Republike Makedonije: "Garantuje se pravo žalbe protiv odluka donetih u postupku u prvom stepenu pred sudom. Pravo žalbe ili druga vrsta pravne zaštite, protiv pojedinačnih pravnih akata donetih u postupku u prvom stepenu ispred organa uprave ili organizacije ili drugog organa koji vrši javna ovlašćenja uređuje se zakonom".

ma ZI nadležni da odlučuju o predlogu za protivizvršenje (na pr. notar, izvršitelj), pa pitanje o pravnim lekovima (redovnim i vanrednim) protiv njihovih odluka je dovedeno u pitanje.

Imajući u vidu pomenute probleme, smatramo da u ZI treba izričito regulisati i režim pravnih lekova u postupku protivizvršenja. U tom smislu, trebalo bi propisati da protiv rešenja donetog po predlogu za protivizvršenje, stranke imaju pravo žalbe, gde će se na odgovarajući način primenjivati odredbe ZPP. Protiv pravnosnažnog rešenja donetog u postupku protivizvršenja treba da se dopusti revizija i ponavljanje postupka prema pravilima parničnog postupka. Možda bi najcelishodnije bilo ukoliko bi se u ZI propisalo da se u postupku o odlučivanju po predlogu za protivizvršenje na odgovarajući način primenjuju odredbe ZPP, ako ZI nije drugačije određeno. Na taj se način obezbeđuje supsidijarna primena odredbi ZPP o pitanjima koja nisu uređena posebnim pravilima ZI, a odnose se na protivizvršenje. Sa obzirom na fragmentarno uređenje protivizvršenja u ZI, pravilo o supsidijarnoj primeni ZPP i te kako je potrebno.

ZAKLJUČAK

Analiza rešenja ZI koja se odnose na protivizvršenje ukazuje da protivizvršenje nije potpuno uređen i zaokružen procesni institut izvršnog prava, pa bi njegova primena mogla prouzrokovati ozbiljne probleme u praksi. Smisao protivizvršenja je da se omogući dužniku da obezbedi restituciju onoga što mu je bez osnova oduzeto izvršenjem u okviru jednog sumarnog postupka, po pravilu, uređenom posebnim procesnim pravilima, koji odgovaraju generalnom konceptu izvršenja i opravdavaju postojanje ovog procesnog instituta, nudeći prednosti u odnosu na parnicu zbog sticanja bez osnova. Očigledno je da je zbog brojnih dilema i otvorenih pitanja koja se javljaju u vezi protivizvršenja, mala verovatnoća da će to biti "atraktivna alternativa" parnici zbog sticanja bez osnova. Različita tumačenja zakonskih propisa ili misaonih konstrukcija koje nemaju sigurnu osnovu u izričitom zakonskom propisu ne bi mogli biti temelj postupanja po konkretnim zahtevima za protivizvršenje. Odatle, institut izvršenja bi morao biti predmet ozbiljnog interesa zakonodavca kod i onako čestih izmena i dopuna ZI. Pri tom, trebalo bi da se vrlo ozbiljno razmisli o potrebi postojanja protivizvršenja u okviru novog sistema izvršenja, a u slučaju pozitivnog odgovora na ovo prethodno pitanje, treba izgraditi zaokruženi i održivi koncept protivizvršenja, a u tom smislu na odgovarajući način urediti mnoštvo pitanja, a posebno pitanje nadležnog organa, postupka, pravnih lekova, odnos sa tužbom zbog sticanja bez osnova, itd.

ARSEN JANEVSKI, LL.D.,

Professor, Faculty of Law "Iustinianus Primus", Skopje,
Republic of Macedonia

TATJANA ZOROSKA-KAMILOVSKA, LL.D.,

Assistant Professor, Faculty of Law "Iustinianus Primus", Skopje,
Republic of Macedonia

COUNTER-EXECUTION ACCORDING TO THE LAW
ON ENFORCEMENT OF THE REPUBLIC OF MACEDONIA
– open questions and dilemmas –

Summary

Counter-execution is a separate and specific method of legal protection, created as an alternative of the lawsuit for acquisition without basis, in order to provide the debtor the possibility to restore what has been dispossessed in enforcement proceedings, without basis, in a relatively simplified, shorter and faster proceedings. The authors analyze the relation between the counter-execution and the lawsuit for acquisition without basis in the absence of an express provision of the Law on enforcement of the Republic of Macedonia. Furthermore, the suppositions for counter-execution, the procedure of counter-execution and the system of legal remedies in the counter-execution proceedings are analysed. Finally, the authors conclude that taking in consideration the numerous dilemmas and open issues that emerge in relation to the counter-execution, there is a small probability that it will be an "attractive alternative" to the lawsuit for acquisition without basis. Therefore it is necessary to change the law in order to build a completely settled and encompassed concept of counter-execution.

UPOTREBA STATISTIČKIH PODATAKA U ANTIDISKRIMINACIONIM PARNICAMA

DISKRIMINACIJA I DOKAZIVANJE DISKRIMINACIJE

Ratifikacijom međunarodnih ugovora o ljudskim pravima¹ Srbija se obavezala da svakome na svojoj teritoriji obezbedi efikasnu pravnu zaštitu od diskriminacije kako bi pravo na nediskriminaciju učinila praktičnim i delotvornim. Ispunjavajući ovu obavezu, država je Ustavom zabranila svaki oblik diskriminacije po bilo kom ličnom svojstvu² i uspostavila celovit sistem zaštite od diskriminacije, koji čine raznovrsni oblici sudske i vansudske zaštite.³ Jedan od osnovnih oblika sudske zaštite od diskriminacije jeste građanskopravna zaštita, kojom se neposredno štiti pravo na nediskriminaciju. Pružanje građanskopravne zaštite

Dr Nevena Petrušić, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu. Rad je rezultat istraživanja u okviru projekta Ministarstva prosvete i nauke Republike Srbije, br. 179046: Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru.

¹ O međunarodnom pravnom okviru zaštite od diskriminacije, detaljno: Dimitrijević, V. Popović, D. Papić, T. Petrović V. (2006) Međunarodno pravo ljudskih prava, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2006; Krstić, I., Međunarodni standardi zabrane diskriminacije, u: Nevena Petrušić (ur.), Sudska građanskopravna zaštita od iskriminacije. Poverenik za zaštitu ravnopravnosti i Pravosudna akademija, Beograd, 2012, str. 47–75.

² Videti čl. 21. Ustava RS ("Sl. glasnik RS", br. 98/06).

³ O sistemu pravne zaštite od diskriminacije, detaljno: Petrušić, N., Diskriminacija i pravna zaštita od diskriminacije, u: Pravna klinika za zaštitu prava žena - norme i praksa, zbornik radova (Slobodanka Konstantinović Vilić, ur.) Autonomni ženski centar, Ženski istraživački centar za edukaciju i komunikaciju, Niš, 2013. str. 23–45.

od diskriminacije regulisano je Zakonom o zabrani diskriminacije,⁴ i to tako što su supstancijalnim pravilima ovog zakona regulisani su oblici građanskopravne zaštite i uslovi pod kojima se ona pruža,⁵ dok je procesnim pravilima regulisan postupak za zaštitu od diskriminacije.⁶ Metod za pružanje građanskopravne zaštite od diskriminacije jeste parnica, koja se vodi po pravilima posebnog parničnog postupka – postupka za zaštitu od diskriminacije.⁷ Ovaj postupak čini set posebnih pravila, s tim što se shodno primenjuju⁸ i pravila opšte parnične procedure sadržana u Zakonu o parničnom postupku⁹ u svim onim procesnim situacijama koje nisu regulisane posebnim pravilima.

U parnicama za zaštitu od diskriminacije jedan od ključnih izazova jeste dokazivanje diskriminacije jer se ona, po pravilu, ne vrši otvoreno, već se prikri-va i pravda raznim izgovorima tako da je teško utvrditi uzročno-posledični odnos između ličnog svojstva i nejednakog postupanja. S druge strane, sama diskriminacija često nije rezultat namere, već je posledica načina mišljenja, ali i predrasuda i stereotipa kojih ponekad nisu svesni ni sami izvršio- ci diskriminacije. U praksi je retkost da postoje neposredni dokazi o diskriminatornom postupanju, a pojedini raspoloživi dokazi često nisu dostupni žrtvama. Konačno, zbog kompleksnosti samog koncepta diskriminacije i njene strukture kao pravnog pojma, koju čine raznovrsne pravne činjenice, utvrđivanje diskriminacije se, u krajnjem, svodi na

⁴ Zakon o zabrani diskriminacije (u daljem tekstu ZZZD, "Sl. glasnik RS", br. 22/09). Pored ZZZD, pravila o građanskopravnoj zaštiti od diskriminacije sadržana su i u Zakonu o sprečavanju diskriminacije osoba sa invaliditetom iz 2006. godine ("Sl. glasnik RS", br. 33/06) i Zakonu o ravnopravnosti polova iz 2009. godine, ("Sl. glasnik RS", br. 104/09).

⁵ U čl. 43. ZZZD propisano je nekoliko pravozaštitnih zahteva koji se mogu istaći u parnicama za zaštitu od diskriminacije pod određenim uslovima: zahtev za propuštanje (prohibitivni zahtev), zahtev za utvrđenje diskriminacije (deklarativni zahtev), zahtev za uklanjanje stanja diskriminacije (restitutivni zahtev), zahtev za naknadu štete (reparacioni zahtev) i zahtev za objavljivanje presude (publikacioni zahtev). Detaljno: Vodinec, V. V., Građanskopravna zaštita od diskriminacije, u: Nevena Petrušić (ur.), Sudska građanskopravna zaštita od diskriminacije, (Nevena Petrušić ur.), Beograd, Poverenik za zaštitu ravnopravnosti i Pravosudna akademija, 2012, str. 218–238; Petrušić, N., Građanskopravna zaštita od diskriminacije na prostoru Zapadnog Balkana, materijalno-pravni aspekt, u: Aktuelne tendencije u razvoju i primeni evropskog kontinentalnog prava, tematski zbornik radova, sv. 2. Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu, Niš, str. 157–170.

⁶ Sudska građanskopravna zaštita od diskriminacije na osnovu pola/roda regulisana je odredbama sadržanim u čl. 43–51. Zakona o ravnopravnosti polova, koji je *lex specialis* u odnosu na ZZZD. Videti: Pajvančić, M., Petrušić, N., Jašarević, S. Komentar zakona o ravnopravnosti polova, Centar modernih veština, Beograd, 2010, str. 105–121.

⁷ Postupak u parnicama za zaštitu od diskriminacije regulisan je u VI odeljku ZZZD, pod rubrumom "Sudska zaštita" (čl. 41–46. ZZZD).

⁸ Čl. 41. st. 2. ZZZD.

⁹ Zakona o parničnom postupku ("Sl. glasnik RS", br. 72/2011, 49/2013 - odluka US, 74/2013 - odluka US i 55/2014, u daljem tekstu: ZPP).

zaključivanje na osnovu saznanja o onim činjenicama koje konstituišu konkretni oblik diskriminacije.¹⁰

Iskustvo je pokazalo da u parnicama za zaštitu od diskriminacije primena standardnih pravila o dokazivanju i teretu dokazivanja¹¹ predstavlja nepremostivu prepreku za pružanje delotvorne zaštite od diskriminacije i da je njihova primena u ovim parnicama suprotna principima pravičnog suđenja.¹² Zbog toga su razvijena specifična pravila o dokazivanju, koja se tiču tereta i standarda dokazivanja, kao i specifičnih dokaznih sredstava kojima se pojedine pravno relevantne činjenice mogu dokazati. Ova posebna pravila dokazivanju, koja su opšteprihvaćena u uporednom pravu, standardizovana su evropskim antidiskriminacionim direktivama,¹³ a primenjuju ih i Evropski sud za ljudska prava¹⁴ i Evropski sud

¹⁰ O problemima dokazivanja deiskriminacije, šire: Roriv, I. Dokazivanje slučajeva diskriminacije, Uloga situacionog testiranja, Regionalni centar za manjine, Beograd, 2012, str. 15–40.

¹¹ Prema opštim pravilima o teretu dokazivanja, videti: Stanković, G., Gradansko procesno pravo, Prva sveska, Parnično procesno pravo, Beograd, str. 434–437.

¹² Detaljno: Rodin, S., Dokazivanje diskriminacije i teret dokazivanja u pravu Evropske unije, u: Grgić, A., Potočnjak, Ž., Rodin, S., Selanec, G., Šimonović Einwalter, T., Uzelac A. Vodič uz Zakon o suzbijanju diskriminacije (ur. Tena Šimonović Einwalter), Ured za ljudska prava Vlade Republike Hrvatske, Zagreb, 2009, str. 109.

¹³ Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin Official Journal L 180, 19/07/2000 (Direktiva o rasnoj jednakosti); Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation Official Journal L 303, 02.12.2000 (Direktiva o jednakosti pri zapošljavanju); Council directive of 9 February 1976 on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions (76/207/EEC), Official Journal L 39, 14.2.1976, (Direktiva o jednakom tretmanu muškaraca i žena u pristupu zaposlenju, stručnoj obuci, unapređenju i uslovima rada); Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast), Official Journal L 204/23, 26.7.2006 (Direktiva o uvođenju principa jednakih mogućnosti i jednakog tretmana muškaraca i žena po pitanjima zapošljavanja i zanimanja); Council Directive 2004/113/EC of 13 December 2004 implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services, Official Journal L 373/37, 21.12.2004 (Direktiva o implementaciji jednakih mogućnosti i jednakog tretmana muškaraca i žena u pristupu dobrima i uslugama i njihovoj ponudi); Council Directive 97/80/EC of 15 December 1997 on the burden of proof in cases of discrimination based on sex Official Journal L 14, 20.1.1998 (Direktiva o teretu dokazivanja u slučajevima diskriminacije na osnovu pola).

¹⁴ Mada prvobitno nije bio sklon prebacivanju tereta dokazivanja, Evropski sud za ljudska prava (u daljem tekstu: ESLJP) vremenom je postao svestan potrebe za prilagodavanjem zahteva u vezi sa dokazima koji se nameću diskriminisanim licima, imajući u vidu specifičan karakter diskriminatornih motiva, koje je najčešće vrlo teško utvrditi. Takav stav potvrđen je u mnogim odlukama Suda. (Videti: Petrušić, N., Krstić, I., Marinković, T, Komentar Zakona o zabrani diskriminacije, Pravosudna akademija, Beograd, 2014, str. 303).

pravde.¹⁵ Suština pravila o teretu dokazivanja ogleda se u tome što je tužilac dužan da ponudi činjenice i dokaze na osnovu kojih se može zaključiti da je diskriminacija verovatno izvršena, a ako u tome uspe, onda je tužilac taj koji treba da dokaže da načelo jednakosti nije povređeno, tj. da diskriminacija nije izvršena. Sam pojam “verovatnost” tumači se u skladu sa doktrinom *prima facie* dokaza,¹⁶ kako to čine i ESLJP i ESP.¹⁷ U slučajevima neposredne diskriminacije, ako tužilac iznese dovoljno činjenica i dokaza na osnovu kojih se može zaključiti da je tužilac prema njemu postupao nepovoljnije u odnosu na drugog u uporedivim okolnostima, tvrđenje tužioca da je diskriminisan dovedeno je do stepena verovatnosti, tj. postoji *prima facie* dokaz o diskriminaciji. Kada je reč o posrednoj diskriminaciji, da bi ona *prima facie* bila dokazana, tužilac treba da iznese činjenice i ponudi dokaze iz kojih se može sa zaključiti da ga je određeno neutralno pravilo (kriterijum ili praksa), koje se primenjuje u odnosu na sve, zbog nekog njegovog ličnog svojstva stavilo u nepovoljniji položaj u odnosu na druge u analognoj situaciji.¹⁸

Pored specifičnih pravila o prebacivanju tereta dokazivanja, u savremenom antidiskriminacionom pravu postoje specifičnosti i u pogledu dokaznih sredstava. Naime, pored klasičnih dokaznih sredstava, za dokazivanje diskriminacije u širokoj upotrebi su situaciono testiranje i statistički podaci, a u pojedinim up-

¹⁵ U daljem tekstu ESP. Pravi naziv ovog ugovora je Sud pravde Evropskih zajednica – čl. 19 Ugovora o Evropskoj uniji - konsolidovana verzija Ugovora iz Lisabona, <http://eur-lex.europa.eu/en/treaties/index.htm> (pristup 12.07.2014).

¹⁶ Standard *prima facie* dokaza preuzet je iz anglosaksonskog pravnog kruga i deo je common law tradicije. Da li je ovaj standard ispunjen procenjuje se davanjem odgovora na pitanje da li su pretežniji izgledi da je diskriminacija izvršena ili da nije izvršena, imajući u vidu dokaze na kojima se zasniva postojanje verovatnosti da je došlo do diskriminacije. Sud o tome da li je diskriminacija izvršena formira se na osnovu postojanja nekog tipičnog razvitka događanja koje, prema pravilima iskustva, upućuje na kauzalnu vezu s diskriminatornim postupanjem ponašanjem ili na odgovornost za takvo ponašanje, pri čemu se imaju u vidu i pravila iskustva prava zajednice. Radi se, zapravo, o tzv. “pretežnoj verovatnosti”. (O tome, šire: Potočnjak, Ž., Grgurev, I., Grgić, A., Dokazivanje *prima facie* iskriminacije, u: Djelotvorna pravna zaštita u pravičnom postupku, Izazovi pravosudnih transformacija na jugu Evrope, (ur. Alan Uzelac, Jasnica Garašić, Aleksandra Maganić), Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2013, str. 325-327; Dika, M., Sudska zaštita u diskriminacijskim stvarima, u: Crnić, I. i dr. Primjena antidiskriminacijskog zakonodavstva u praksi, Centar za mirovne studije, Zagreb, 2011. str. 84–86).

¹⁷ Po shvatanju ESLJP, *prima facie* dokaz može proisteći iz dovoljno jakih, jasnih i neprotivrečnih indicija ili od isto takvih faktičkih pretpostavki. Sud prihvata da su tačni oni činjenični navodi koji su: “potkrepljeni slobodnom ocenom svih dokaza, uključujući i zaključke koji izviru iz činjenica i podnesaka stranaka [...]. Dokaz može slediti iz postojanja dovoljno čvrstih, jasnih i neprotivrečnih indicija ili iz sličnih neoborenih faktičkih pretpostavki...” (vid. Nachova and Others v. Bulgaria, predstavka br. 43577/98, odluka od 26. februara 2004. para. 166). Identičan stav ESLJP zauzeo je i mnogo ranije (Chassagnou and Others v. France, predstavka br. 25088/94, 28331/95 i 28443/95, odluka od 29. aprila 1999. par. 91–92. i Timishev v. Russia, predstavka br. 55762/00 i 55974/00, odluka od 13. marta 2006, par. 57).

¹⁸ Isto pravilo propisano je i u članu 49. stav 2. ZRP.

orednim sistemima razvijeni su i drugi metodi, kao što su “procedura upitnika”, “zahtev za pružanje informacija” i sl.¹⁹ Problemi vezani za dokazivanje diskriminacije još uvek su na marginama interesovanja pravnih teoretičara iako se u ovoj oblasti pojavljuje niz pitanja značajnih kako s teorijskog, tako i s praktičnog aspekta. U skromnoj domaćoj naučnoj literaturi posvećenoj antidiskriminacionim parnicama nešto više pažnje posvećeno je teretu dokazivanja, dok su specifična dokazna sredstva skoro u potpunosti zanemarena. U cilju podsticanja šireg naučnog interesovanja za ovu oblast, ovaj rad posvećen je upotrebi statističkih podataka, specifičnom dokaznom sredstvu u odnosu na koje pravni profesionalci tradicionalno izražavaju sumnju, uprkos tome što u pojedinim slučajevima diskriminaciju uošte nije moguće dokazati bez adekvatnih statističkih dokaza.

Da bi se razumeo značaj statističkih podataka u dokazivanju diskriminacije, neophodno je imati u vidu činjenice koje čine konstitutivne elemente pojedinih oblika diskriminacije, a koje mogu biti predmet dokazivanja putem statističkih podataka. Zato su u prvom delu rada ukratko izloženi elementi pravnog pojma neposredne i posredne diskriminacije, dok je drugi deo rada fokusiran na metodološke i druge probleme vezane za upotrebu statističkih podataka u parnicama za zaštitu diskriminacije.

PREDMET DOKAZIVANJA U PARNICAMA ZA ZAŠTITU OD DISKRIMINACIJE

Kao i u drugim parnicama, i u parnicama za zaštitu od diskriminacije sud je dužan da utvrdi pravno relevantne činjenice od kojih zavisi primena prava. Koje su činjenice pravno relevantne, zavisi od toga koji je oblik diskriminacije u pitanju jer, kao što je već rečeno, svaki oblik diskriminacije ima određene elemente koji ga konstituišu. Koje će od ovih činjenica biti predmet dokazivanja,²⁰ zavisi od toga da li su među strankama sporne ili nesporne.²¹

Kada je u pitanju neposredna (direktna) diskriminacija, s obzirom na njen zakonski pojam (čl. 6. ZZD), predmet dokazivanja mogu biti sledeće činjenice: 1) nepovoljnije postupanje prema licu ili grupi lica, 2) s obzirom na njihovo lično svojstvo, 3) u odnosu na postupanje prema drugom licu, odnosno grupi lica u analognoj situaciji (uporednik – comparator) koja to svojstvo nemaju.

Posredna (indirektna) diskriminacija, koja je konceptijski mnogo složenija i teža za otkrivanje, zasniva se na ideji da prema licima koji se nalaze u različitom

¹⁹ Videti: Dominique, A., Reducing the Burden of Proving Discrimination in Australia, http://sydney.edu.au/law/slr/slr31/slr31_4/Allen.pdf (pristup 12. 06. 2014); Roriv, I., op. cit., str. 37.

²⁰ Predmet dokazivanja (thema probandum) su tvrdjenja stranake o postojanju ili nepostojanju činjenica koje su od značaja za odlučivanje. Videti: Staković, G., op. cit., str. 430–434.

²¹ Predmet dokazivanja su samo sporne pravno relevantne činjenice, one o kojima su stranke iznele kontradiktorna tvrdjenja ili o kojima se protivna stranka uopšte nije izjasnila. Stanković, G., op. cit., str. 431.

društvenoj poziciji treba postupati različito u onoj meri u kojoj je to nužno da bi im se omogućio jednak pristup društvenim dobrima i jednake mogućnosti za uživanje prava i sloboda.²² Posredna diskriminacija je manifestacija tzv. strukturalne diskriminacije, diskriminacije koja proizlazi iz pravila, normi, stavova i ponašanja u institucijama i društvenim strukturama, koji manjinske grupe i njihove pripadnike stavlja u nepovoljniji položaj u pogledu prava i mogućnosti koje ima većinsko stanovništvo. Zbog toga je zabrana posredne diskriminacije u funkciji dostizanja supstantivne jednakosti između društvenih grupa koje pravni poređak prepoznaje i priznaje kao određene kategorije.²³

Kod posredne diskriminacije, imajući u vidu njen zakonski pojam (čl. 7. ZZD), mogući predmet dokazivanja jesu sledeće pravno relevantne činjenice: 1) postojanje neutralnog pravila, kriterijuma ili prakse, 2) koje lice, odnosno grupu lica koja imaju određeno lično svojstvo 3) stavlja u nepovoljniji položaj u odnosu na druga lica u analognoj situaciji, koja to lično svojstvo nemaju. Budući da se posredna diskriminacija može opravdati zakonitim ciljem neutralnog pravila (kriterijuma, prakse) i postojanjem srazmernosti u pogledu sredstava koja su upotrebljena za ostvarivanje cilja,²⁴ u parnici za zaštitu od diskriminacije predmet dokazivanja mogu biti i ove činjenice.²⁵ Suština samog fenomena diskriminacije jeste nepovoljniji tretman pojedinca ili grupe zbog nekog njihovog ličnog svojstva. Dok se kod neposredne diskriminacije radi se o različitom (nepovoljnijem) postupanju, kod posredne diskriminacije ne razlikuje se samo postupanje, već se razlikuju posledice, koje su nesrazmerno nepovoljnije u odnosu na određenu grupu, odnosno pojedinca koji toj grupi pripada. Zbog toga, da bi se ispitalo da li je diskriminacija izvršena, neophodno je pristupiti upoređivanju. Kod neposredne diskriminacije, upoređivanju podleže samo postupanje prema onome za koga se tvrdi da je diskriminisan, u odnosu na drugog ko se nalazi u analognoj situaciji, koje je različito (nepovoljnije) prema diskriminisanom. Kod posredne diskriminacije upoređuju se posledice koje je jednako postupanje proizvelo prema diskriminisanom u odnosu na druge u analognoj situaciji, a koje su u ishodu nepovoljnije prema diskriminisanom (tzv. diskriminatorni efekat).²⁶

²² Šire: Marinković, T., Pravna i suštinska jednakost - konceptualna razgraničenja, u: Sudska građanskopravna zaštita od diskriminacije (ur. Nevena Petrušić), Pravosudna akademija, Poverenik za zaštitu ravnopravnosti, Beograd, 2012, str. 39.

²³ Ibidem.

²⁴ Detaljno: Petrušić, N., Krstić, I., Marinković, T., op. cit., str. 45.

²⁵ Ni kod neposredne ni kod posredne diskriminacije motivi tuženog nisu pravno relevantni, niti je potrebno dokazivati da tuženi ima rasističke, rodne ili druge stereotipe i predrasude. Ne treba dokazivati ni nameru tuženog da diskriminiše, jer diskriminacija može biti izvršena čak i kada je diskriminator postupao u dobroj nameri. Šire: Petrušić, N., Krstić, I., Marinković, T., op. cit., str. 310–311.

²⁶ Videti: Arnardóttir, O., M., Non-discrimination Under Article 14 ECHR: the Burden of Proof, Scandinavian Studies In Law, 2012, Vol. 51. p. 13–39. http://www.socwork.gu.se/digitalAssets/1446/1446967_arnard--ttr--burden-of-proof---ssl-vol.-51--p.-13-39.pdf. (pristup 07.07.2014).

DOKAZIVANJE PUTEM STATISTIČKIH PODATAKA

Kratak osvrt na iskustva u komparativnoj sudskoj praksi

Primena statističkih podataka započela je u praksi američkih sudova, nakon donošenja Zakona o građanskim pravima iz 1964. godine, i oni su najpre korišćeni za dokazivanje činjenice nejednakog tretmana (disparate treatment discrimination), a od 1991. godine, kada je zabranjena i posredna diskriminacija, i za dokazivanje diskriminatornog efekta neutralnih pravila, kriterijuma i prakse (disparate-impact discrimination).²⁷ Danas se u sudskim postupcima statistički podaci često koriste kao dokaz diskriminatorne politike i prakse u zapošljavanju i ostvarivanju prava na rad i u vezi sa radom, prava na obrazovanje i dr., koja se ogleda u nejednakom tretmanu pripadnika pojedinih društvenih grupa, zasnovanom na rasi, boji kože, veri, polu ili etničkom poreklu. Radi se o masovnim slučajevima diskriminacije koji su rezultat diskriminatornog obrasca i prakse poslodavaca (discriminatory pattern and practice cases), a koji su često predmet klasnih tužbi.²⁸ U praksi američkih sudova uspešno su okonače brojne parnice po klasnim tužbama, koje se odnose na diskriminaciju žena, afroamerikanaca i drugih etničkih grupa, a u kojima su za uspeh bili ključni upravo statistički dokazi.

Kod diskriminacije koja je rezultat diskriminatornog obrasca i prakse prepoznatljive su dve faze u njenom utvrdjivanju: u prvoj fazi tužilac pomoću statističkih podataka i drugim sredstvima treba da dokaže postojanje diskriminatornog obrasca i prakse do određenog stupnja verovatnoće.²⁹ Ukoliko u tome uspe, polazi se od pretpostavke da je odluka o zapošljavanju svakog pripadnika grupe

²⁷ U literaturi posvećenoj američkom antidiskriminacionom pravu razlikuju se različiti tretman (eng. disparate treatment, unequal treatment) i različiti uticaj (eng. disparate impact, adverse impact, disproportionate exclusion). Ovo razlikovanje proističe iz federalnog Zakona o građanskim pravima iz 1964. (Civil Rights Act of 1964, Pub.L. 88–352, 78 Stat. 241), koji je stavio van zakona diskriminaciju rasnih, etničkih, nacionalnih i verskih manjina i žena u oblasti rada, školovanja i javnim ustanovama. Zakon je najpre zabranjivao samo nejednak tretman koji je posledica diskriminatorne namere ili motiva, da bi 1991. godine bio dopunjen odredbama koje zabranjuju i diskriminaciju koja se ogleda u različitom uticaju koje proizvodi neutralno pravilo, kriterijum ili praksa (disparate-impact discrimination). Videti: Shoben, E. W. the use of statistics to prove intentional employment discrimination, <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3742&context=lcp> (pristup 10. 07. 2014).

²⁸ O klasnim tužbama, videti: Janičević, D, Rešavanje tzv. klasnih sporova u parničnom i arbitražnom postupku, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, 2006, br. 47, str. 109-122. i tamo navedenu literaturu.

²⁹ U američkom pravu o dokazivanju ovaj stupanj verovatnoće naziva se "pretežnost dokaza" (preponderance of evidence); ono što je predmet dokazivanja ustanovljava sa sa verovatnoćom preko polovine, ali verovatnost ipak ne dostiže stupanj dokaza izvan razumne sumnje (proof beyond reasonable doubt). Orloff, N., Sedinger, J., A framework for evaluating the preponderance-of-the-evidence standard, http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4643&context=penn_law_review (pristup 10. 07. 2014). Videti i: Marković, M., Građansko procesno pravo, Knj. 1. sv. 2. Niš, 1982, str. 282–284.

rezultat diskriminatornog obrasca, pa je na poslodavcu da dokaže da, bez obzira na diskriminatorni obrazac i praksu, njegova odluka o zapošljavanju konkretnog pripadnika grupe nije bila diskriminatorna. Po shvatanju američkog Vrhovnog suda izraženom davne 1977. godine u slučaju *Teamsters v. United States* (431 U.S. 324, 1977), dokaz o diskriminatornom obrascu i praksi prvenstveno zavisi od statističkih dokaza, kojima se mogu pridodati i iskazi svedoka, koji statističkim dokazima daju “životnu ubedeljivst”.³⁰

Statistički podaci mogu poslužiti i za dokazivanje postojanja ustanovljene prakse, od koje se u pojedinačnim slučajevima odstupa, čime se vrši diskriminacija. Tako, na primer, u predmetu *Mauldon*³¹ zaposlenom je otkazan ugovor o radu neposredno pre nego što je napunio 63 godine iz zdravstvenih razloga. Dokazujući da je time diskriminisan, zaposleni je priložio statističke podatke koji su pokazali da je u periodu od 5 godina 90% zaposlenih u grupi kojoj i sam pripada ostalo da radi posle 60. godine, a među njima je 50% ostalo i posle 64. godine. Prvostepeni sud je smatrao da su ovi podaci irelevantni, budući da je po ugovoru o radu tzv. normalna starosna granica za penzionisanje zaposlenih 60 godina života, te da je stvar diskrecije poslodavca da li će nekog zaposlenog zadržati na radu nakon što napuni 60. godina. Drugostepeni sud je, međutim, zauzeo stav da tzv. normalna starosna granica, utvrđena ugovorom, u praksi često nije primenjivana, i da je prvostepeni sud trebalo da uzme u obzir “statističku situaciju”, tj. da je statistički podaci u konkretnom slučaju ima dokazanu vrednost jer pokazuju da je 54–60% zaposlenih penzionisano posle 60. godine, što je legitimno pokrenulo “razumna očekivanja” zaposlenog da može raditi do 65. godine.

Danas je dokazivanje putem statističkih podataka u širokoj primeni i u državama EU³² i najčešće se koristi za prima facie dokazivanje posredne diskriminacije, odnosno diskriminatornih efekata neutralnih pravila u odnosu na pojedine “zaštićene društvene grupe”.³³

Vrhovni sud Holandije se još 1982. godine u slučaju *Binderen protiv Kaje* izjasnio da u parnicama za zaštitu od diskriminacije statistički podaci legitimno dokazno sredstvo i da mogu poslužiti kao dokaz prima facie. U ovom slučaju Kaja, stanovnik Holandije turskog porekla, godinama je čekao na odgovarajuću kuću, oslanjajući se na program socijalnog stanovanja za koji je bila odgovorna

³⁰ Videti: King, A. G., “Gross Statistical Disparities” as Evidence of a Pattern and Practice of Discrimination: Statistical versus Legal Significance, http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/lel_flash/LL_king_authcheckdam.pdf (pristup 10. 07. 2014).

³¹ *Mauldon v British Telecommunications PLC* [1987] ICR 450. Navedeno prema: Russell, J., Statistics: experiences of a lawyer (9 June 2008), http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/03_Burden_of_proof/2008_Russell-EN.pdf (pristup 10. 07. 2014).

³² Ova presuda nemačkog suda privukla je medijsku pažnju i u Srbiji. Videti: <http://mondo.rs/a118443/Info/Svet/Matematicki-dokaz-slucaja-diskriminacije.html> (pristup 07. 07. 2014).

³³ Šire: Schutter, O., Proving discrimination, 2003, http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/03_Burden_of_proof/2003_De_Schutter_EN.pdf (pristup 10. 07. 2014).

korporacija za socijalno stanovanje Binderen. Tokom postupka Kaja je pred sud izneo podatak da je od 157 kuća, koje je Binderen dodelio samo jedna dodeljena porodici imigranata. Učešće imigrantskih porodica u gradu bilo je 4,6%, a među onima koji su se prijavili za socijalno stanovanje, 10,2% bili su imigranti. Ostale korporacije su porodicama imigranata dodelile 7,2% svog stambenog prostora. Vrhovni sud Holandije zauzeo je stav da su statistički podaci validni i prebacio je teret dokazivanja na korporaciju, koja je bila dužna da dokaže da svojom politikom nije diskriminirala imigranate.³⁴

U Nemačkoj je veliku pažnju izazvao slučaj polne diskriminacije za čije su dokazivanje statistički podaci bili presudni. Naime, 2006. godine Zemaljski sud u Berlinu doneo prvu presudu zasnovanu na statističkim podacima, odlučujući po tužbi zbog diskriminacije koju je protiv firme "Gema" podnela žena zaposlena u odeljenju ljudskih resursa, tvrdeći da nije unapređena zbog svog pola. Iz tužbu je podnet izveštaj veštačenja grupe statističara i matematičara, koji su izračunali da ne može biti puka slučajnost to što se na svih 16 direktorskih pozicija u firmi Gema nalaze muškarci, iako 85% zaposlenih čine žene. U postupku je utvrđeno da je tužena firma 2006. godine, bez raspisivanja konkursa, na mesto direktora za ljudske resurse postavila muškarca koji je vodio personalno odeljenje u ispostavi firme u Minhenu. Tužilja je tvrdila da je time diskriminirana jer je u ispostavi u Berlinu obavljala isti posao sa istom kvalifikacijom i dužim radnim stažom u firmi. U izveštaju veštaka-matematičara navedeno je da je verovatnoća da je Gema tek pukim slučajem na svih 16 direktorskih mesta postavila muškarce, iako oni čine samo 15 % zaposlenih – manja od jedan odsto. Sud je ocenio da je tužilja "podnela statistički dokaz da ona očito zbog diskriminacije nije unapređena", imajući posebno u vidu činjenicu da na sledećem nivou rukovodećih pozicija u Gemi radi samo jedna jedina žena.

U Bugarskoj je Sofijski rejonski sud bio u prilici da, odlučujući po žalbi, ocenjuje da li je državni univerzitet, uvodjenjem upisnih kvota za žene i muškarce u školskoj 2004/2005. godini na studijskom programu "Pravo", diskriminirao žene. Naime, ovaj univerzitet je objavio konkurs za upis studenata na studije prava, i to ukupno 220 studenata, od kojih su polovina muškarci, a polovina žene. Na konkurs se prijavio 661 muškarac i 1263 žene, a primljeno je 110 muškaraca i 113 žena. Tužilac je tvrdio da upisne kvote onemogućavaju konkurenciju predstavnika oba pola, da su upisnim kvotama kandidati stavljeni u neravnopravan položaj s obzirom na njihov pol, te da su u konkretnom slučaju prepreka za prijem žena, navodeći kao ključni dokaz podatke da su muškarci ostvarili minimalno 23,64 poena, a žene 26,26 poena. Sud je utvrdio da uvodjenje upisnih kvota ne predstavlja diskriminaciju jer se radi o meri koja ima zakonit cilj, koji se ogleda u balansiranom učešću predstavnika oba pola u obrazovnom programu, a da se razlika u minimal-

³⁴ Navedeno prema: Roriv, I., oc. cit., str. 26.

nom broju ostvarenih poena između muškaraca i žena može objasniti činjenicom da je za upis konkurisalo mnogo više žena nego muškaraca.³⁵

Evropskim antidiskriminacionim direktivama izričito je propisana mogućnost primene statističkih podataka. U Preambuli Direktive o rasnoj jednakosti (2000/43/EZ) navedeno je: “Ocena činjenica na osnovu kojih se može pretpostaviti da je došlo do neposredne ili posredne diskriminacije stvar je koja se prepušta nacionalnim sudskim ili drugim nadležnim organima, u skladu sa odredbama nacionalnog zakona ili prakse. Takve odredbe, posebno u slučajevima posredne diskriminacije, mogu dozvoliti da diskriminacija bude dokazana bilo kojim dokaznim sredstvima, uključujući i statističke podatke” (par. 15). I u Direktivi 2006/54/EZ, koja se odnosi na jednakost muškaraca i žena u domenu rada ukazuje se da je “radi boljeg razumevanja različitog tretiranja muškaraca i žena u pitanjima zapošljavanja i obavljanja zanimanja, trebalo bi i dalje izrađivati, analizirati i stavljati na raspolaganje na odgovarajućim nivoima uporerive statistike razvrstane prema polu”.³⁶

Statistički podaci podaci primenjuju se i u praksi ESLJP i ESP. U mnogim postupcima pred ovim sudovima ključni dokaz o izvršenoj diskriminaciji bili su upravo statistički podaci. Tako je, na primer, u predmetu Hugengijk protiv Holandije,³⁷ ESLJP odlučivao o tome da li su žene posredno diskriminisane time što je kao kriterijum za invalidninu propisan određeni nivo prihoda. U postupku je utvrđeno da primena ovog kriterijuma štetno pogađa procentualno veći broj žena nego muškaraca. Po shvatanju suda, “kada je podnosilac tužbe u mogućnosti da pokaže, na osnovu nesporne službene statistike, postojanje prima facie indikacije da posebno pravilo – čak i kada je formulisano na neutralan način – evidentno procentualno više pogađa žene nego muškarace, dužnost tužene vlade je da pokaže da je to rezultat objektivnih faktora koji nisu vezani za bilo kakav oblik diskriminacije na osnovu pola”.

U praksi ESP statistički podaci se takođe koriste za prima facie dokazivanje posredne diskriminacije u pogledu prava na zaradu i drugih prava radnika. Tako su u združenom predmetu predmetu Šonhait i Beker³⁸ radilo o različitim stopama penzija radnika sa skraćenim radnim vremenom i radnika s punim radnim vremenom, koja se nije zasnivala na razlici u vremenu provedenom na po-

³⁵ Videti: Решение от 12.03. 2007 г. по гр.д. № 1710/2005 г. на Софийския районен съд, Сборник съдебна практика по приложението на закона за защита от дискриминация, Комисия за защита от дискриминация, София, 2010, стр. 81–86.

³⁶ Par. 37. Preambule revidirane Direktive o jednakim mogućnostima i jednakom tretmanu muškaraca i žena u oblasti zapošljavanja i obavljanja zanimanja (2006/54/EZ).

³⁷ Hoogendijk v. the Netherlands, Application No. 58641/00, odluka od 6. januara 2005. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-68064#%22itemid%22: \[%22001-68064%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-68064#%22itemid%22: [%22001-68064%22]}) (pristup 11. 07. 2014).

³⁸ C- 4/02, 5/02, Schönheit and Becker, ECJ, 2003. <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-4/02> (pristup 11.07. 2014).

slu. Radnici sa skraćenim radnim vremenom primali su nižu penziju od radnika s punim radnim vremenom, što je značilo da su radnici sa skraćenim radnim vremenom bili manje plaćeni. Ovo pravilo se jednako primenjivalo na sve radnike sa skraćenim radnim vremenom, ali su izneti statistički podaci kojima je dokazano da su približno 88% radnika sa skraćenim radnim vremenom ženskog pola, na osnovu čega je utvrđeno da je ovo neutralno pravilo imalo nesrazmerno negativan učinak na žene u odnosu na muškarce.

U predmetu Enderbi³⁹ ESP je rešavao slučaj diskriminacije zasnovane na polu, koja se ogledala u tome što su logopedi imali znatno niže plate od kliničkih psihologa i farmaceuta, iako se obavljali rad jednake vrednosti. Sud je utvrdio da postoji posredna diskriminacija, navodeći kao ključni argument činjenicu da su među logopedima skoro isključivo žene, a među kliničkim psiholozima i farmaceutima pretežno muškarci, ukazujući da “nacionalni sud treba da preceni da li može da uzme u obzir statističke podatke, tj. da li oni obuhvataju dovoljan broj lica, da li ilustruju čisto slučajne ili kratkotrajne pojave i da li su u principu uporedivi” (par. 17).

U domaćem antidiskriminacionom zakonodavstvu nisu sadržana posebna pravila o dokazivanju putem statističkih podataka,⁴⁰ tako da se u antidiskriminacionim parnicama, saglasno čl. 41. st. 2. ZZD, shodno primenjuju pravila opšte parnične procedure kojima su regulisana dokazna sredstva i izvodjenje dokaza. U više nego skromnoj antidiskriminacionoj praksi još uvek nema pravnosnažnih presuda koje su zasnovane na statističkim dokazima.

Izvori i vrste statističkih podataka

Statistički podaci su veoma raznovrsni po sadržini i izvorima, po tome ko ih i na koji način prikuplja, kako se kompariraju i predstavljaju i dr.

U parnicama za zaštitu od diskriminacije mogu se kao dokaz ponuditi službeni statistički podaci, koje prikuplja, analizira i obrađuje Republički zavod za statistiku, na osnovu Zakona o statističkim istraživanjima,⁴¹ ili to čine drugi organi javne vlasti, u okviru svoje nadležnosti da prikupljaju, analiziraju i prezentuju određene statističke podatke koji se tiču stanovništva, stanja u pojedinim oblastima društvenog života, kao i ekonomskih, socijalnih i drugih pojava. Mnogi organi imaju dužnost da vode evidencije i baze podataka u određenim oblastima,

³⁹ C-127/92 Enderby, ECJ. <http://eur-ex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61992J0127:EN:HTML>

⁴⁰ U pojedinim antidiskriminacionim zakonima u regionu takva pravila postoje. Tako je u čl. 15. st. 2. Zakona o zabrani diskriminacije Bosne i Hercegovine (“Sl. list BiH”, br. 59/09), propisano: U slučajevima u kojima osoba smatra da je snosila posledice diskriminacije, kao dokazno sredstvo za ostvarenje prava iz stava 1. ovog člana mogu se koristiti i statistički podaci ili baze podataka.

⁴¹ “Sl. glasnik RS”, br. 83/92, 53/93, 67/93, 48/94 i 101/2005.

koje mogu biti izvor saznanja o određenim činjenicama. S druge strane, pojedine istraživačke i nevladine organizacije, kao i nezavisna tela, kao što je Poverenik za zaštitu ravnopravnosti,⁴² prikupljaju, analiziraju i prezentuju statističke podatke o određenim pojavama. Konačno, u određenim oblastima postoji zakonska dužnost i privatnih subjekata da prikupljaju podatke. Tako je, na primer, u čl. 12. Zakona o ravnopravnosti polova propisana dužnost poslodavaca da vode evidencije o polnoj strukturi zaposlenih, koji se obrađuju i evidentiraju kao statistički, što obezbeđuje redovnost i uniformnost evidencije, kao i mogućnost komparacije i otkrivanja eventualnog diskriminatornog obrasca i prakse.

Svi ovi statistički podaci mogu biti korišćeni u parnicama za zaštitu od diskriminacije i poslužiti kao dokaz nepovoljnijeg tretmana ili nepovoljnijih posledica koje privodno neutralno pravilo proizvodi u odnosu na pripadnike određene društvene grupe. Pri tome je potrebno imati u vidu i ograničenja u pogledu prikupljanja podataka koji su vezani za seksualnu orijentaciju, veru, nacionalnu pripadnost ili druga lična svojstva, budući da se radi o posebno osetljivim podacima, koji podležu ograničenjima radi zaštite pravo na privatnost.⁴³

U pojedinim slučajevima statistički podaci nisu javno dostupni, već se nalaze u rukama onoga za koga se tvrdi da je izvršio diskriminaciju. U pogledu edicione dužnosti tuženog i posledica njegovog eventualnog odbijanja da pruži statističke podatke, shodno se primenjuju pravila opšte parnične procedure, uključujući i pravilo da će sud, s obzirom na sve okolnosti, po svom uverenju da ceni od kakvog je značaja što stranka koja drži ispravu neće da postupi po rešenju suda kojim joj se nalaže da podnese ispravu ili protivno uverenju suda ne priznaje da se isprava nalazi kod nje (čl. 241. st. 5. ZPP).⁴⁴ Treba imati u vidu da se od tuženog mogu tražiti samo oni statistički podaci sadržani u evidenciji i dokumen-

⁴² Poverenik za zaštitu ravnopravnosti je samostalan, nezavisan i specijalizovani državni organ, ustanovljen ZZD, nadležan za suzbijanje svih oblika i vidova diskriminacije. Šire: Petrušić, N. Procesni položaj poverenika za zaštitu ravnopravnosti u antidiskriminacionim parnicama, *Pravni život*, tematski broj, Pravo i moral, Udruženje pravnika Srbije, 2012, br. 11, tom 3, str. 905–922.

⁴³ Prema odredbama o uslovima za obradu podataka iz čl.8-18. Zakona o zaštiti podataka o ličnosti ("Sl.glasnik RS" 97/08), obrada podataka o ličnosti, koja, između ostalog, podrazumeva i prikupljanje i korišćenje podataka, nije dozvoljena bez zakonskog ovlašćenja ili bez izričitog pristanka lica čiji podaci se obrađuju. Za obradu naročito osetljivih podataka (čl. 16-17), Zakon zahteva strožije uslove. Ovi podaci se mogu obrađivati na osnovu slobodno datog pristanka lica, pri čemu se pristanak lica daje u pismenom obliku koji sadrži oznaku podatka koji se obrađuje, svrhu obrade i način njegovog korišćenja. Uslovi su strožiji i u pogledu obaveze primene posebnih mera zaštite ove vrste podataka.

⁴⁴ Takvo tumačenje u skladu je sa stavovima Evropskog suda pravde, koji je stoji na stanovištu da tužilac nema pravo na pristup podacima koje se nalaze kod tužioca, a kojima može dokazati diskriminaciju, ali da je nacionalni sud dužan da tu činjenicu uzme u obzir prilikom utvrđivanja diskriminacije. Videti argumentaciju Evropskog suda pravde u slučajevima: C-104/10, Patrick Kelly v. National University of Ireland (University College, Dublin) (2011.), C-415/10, Galina Meister v. Speech Design GmbH (2012.), ECR I-000.

taciji kojom on već raspolaže, tako da on nema dužnost da prikuplja nove statističke podatke.⁴⁵

Kada su u pitanju statistički podaci koji se nalaze kod trećih lica i organa, u pogledu njihovog pribavljanja shodno se primenjuju pravila ZPP.⁴⁶

U parnicama za zaštitu od diskriminacije ponekad su dovoljni statistički podaci koji su izraženi numerički, aritmetičkim sredinom ili kroz procenat i koji lako mogu razumeti i laici. Ponekad je, međutim, neophodna složena statistička analiza, koja zahteva primenu raznih tehnika za utvrđivanje statističke značajnosti razlika, kao što su tzv. Hi-kvadrat, analiza varijanse i sl., kada je, po pravilu, neophodno odrediti veštaka – matematičkog statističara, koji će dati svoj nalaz i mišljenje. Shodno čl. 261. ZPP, tužilac može sudu da priloži pisani nalaz i mišljenje veštaka odgovarajuće struke, a svaka stranka može da angažuje stručnjaka ili drugog veštaka da stavi primedbe na dostavljeni nalaz i mišljenje ili da nov nalaz i mišljenje (čl. 271. ZPP).

Dokazivanje diskriminatornih efekata putem statističkih podataka

Jedan od elemenata posredne diskriminacije jesu značajno (nesrazmerno) negativne posledice⁴⁷ koje prividno neutralno pravilo proizvodi u odnosu na određenu grupu, odnosno na pripadnika te grupe. Iako ne jedini, statistički podaci su veoma važno dokazno sredstvo kojim se ove pravna činjenica može dokazati. U vezi sa tim mogu se javiti brojni problemi, od kojih su neki već evidentirani i uspešno prevaziđeni u uporednoj sudskoj praksi.

U praksi domaćih sudova problem u vezi dokazivanja posredne diskriminacije putem statističkih podataka može proisteći iz same definicije posredne diskriminacije, sadržane u čl. 7. ZZD, u kojoj se kao element diskriminacije navodi samo “stavljanje u nepovoljniji položaj” i to lica ili grupe lica, ali se izričito ne navodi da taj položaj treba da bude nepovoljniji u odnosu na druge, niti se navodi prag koji “nepovoljniji položaj” treba da dostigne, kako je to određeno evrop-

⁴⁵ Ovakav stav je opšteprihvaćen u praksi američkih tribunala za radne sporove. U predmetu Carrington v Helix Lighting Ltd [1990] IRLR 6, tribunal je u obrazloženju odluke naveo: “[...] nema tog autoriteta koji bi tražio od poslodavca da pripremi plan koji otkriva detalje o etničkom sastavu gde ta informacija već nije postojala u evidenciji ili dokumentima iz koje bi bilo moguće prikupiti tražene dokaze. Autoritet koji nalaže otkrivanje ograničen je na ona dokumenta koja već postoje”. Navedeno prema: Russell, J., op. cit.

⁴⁶ Čl. 242. ZPP.

⁴⁷ Treba primetiti da se u definiciji posredne diskriminacije sadržane u čl. 7. ZZD, govori o stavljanju u nepovoljniji položaj, bez izričitog navodjenja da je taj položaj nepovoljniji u odnosu na druge, niti da se radi o značajno nepovoljnijem položaju. Videti: Petrušić, N., Krstić, I., Marinković T., op. cit., str. 45–47.

skim direktivama.⁴⁸ Ovaj nedostatak u zakonskom definisanju posredne diskriminacije može da otvori pitanje koga i sa kim treba upoređivati i kakav ishod tog upoređivanja treba da bude da bi se diskriminacija dokazala.

Nesumnjivo je da su u slučajevima posredne diskriminacije, bez obzira da li je tužba podignuta zbog diskriminacije pojedinca ili čitavu grupu, predmet statističke komparacije uvek posledice koje neutralno pravilo proizvodi u odnosu na uporedive grupe. Prema tome, i kada je u pitanju diskriminacija pojedinca, ne upoređuju se pojedinci iz različitih društvenih grupa, već društvena grupa kojoj pojedinac pripada u odnosu na drugu uporedivu grupu jer je uzrok diskriminacije pojedinca upravo njegova pripadnost određenoj grupi.⁴⁹

S druge strane, da bi jedno neutralno pravilo, kriterijum ili praksa bili kvalifikovani kao diskriminatorni, neophodno je da proizvede značajno nepovoljne posledice u odnosu na određenu društvenu grupu, u odnosu na ostale. U praksi Evropskog suda pravde i Evropskog suda za ljudska prava za dokazivanje diskriminacije potrebno je ponuditi dokaze o tome da je naročito veliki deo pojedinaca iz određene “zaštićene grupe” pogodjen negativnim učinkom. Tako se u odlukama ESP koje se odnose na polnu diskriminaciju navodi da neutralno pravilo, kriterijum ili praksa mora negativno da pogađa “na znatno veći broj žena nego muškaraca”, na “znatno manji procenat muškaraca nego žena”, na “prilično više žena nego muškaraca” i sl.⁵⁰ Sreću se i odluke da se nepovoljniji uticaj meri putem statističkog praga izraženog procentima, pri čemu ne postoji jedinstven stav kolika disproporcija treba da postoji između broja onih koje je neutralna mera stavila u napovoljniji položaj u odnosu na druge da bi se smatrala diskriminatornom.

U uporednoj praksi postoji evidentna sklonost sudova da primenjuju “statističke formule”, što često može da dovede do pogrešnih zaključaka. Naime, u određenim slučajevima dovoljna i mala disproporcija, jer ako pokazuje konstantnu nejednakost u dužem vremenskom periodu može dovesti do mnogo nepo-

⁴⁸ Upravo zbog ovih nedostataka, definicija posredne diskriminacije sadržane u čl. 7. ZZD nije u skladu sa evropskim standardima. Radi upoređivanja, navodimo definiciju posredne diskriminacije iz čl. 2. Direktive 97/80/EZ o teretu dokazivanja u slučajevima diskriminacije na osnovu pola (tzv. Direktiva o teretu dokazivanja): [...] posredna diskriminacija postoji kada jedno na prvi pogled neutralno pravilo, kriterijum ili praksa stavlja u nepovoljniji položaj znatno veći udeo osoba koje pripadaju jednom polu, osim ako je to pravilo, merilo ili praksa primereno i nužno, te može biti opravdano objektivnim razlozima koji nisu povezani sa polom.

⁴⁹ Objašnjavajući suštinu posrednu diskriminaciju na osnovu pola, Selanec navodi: [...] Postoji nebrojeno mnogo razloga zbog kojih bi neka neutralna mera mogla biti nepovoljna za neku osobu. Ono što nas zanima sa stajališta zaštite jednakosti žena i muškaraca na tržištu rada – povezanost nepovoljnog učinka neutralne mjere s pripadnošću osobe određenom spolu”. (Videti: Selanec, G. (2008) Analiza Zakona o ravnopravnosti spolova, CESI, Zagreb, 2008, str. 75).

⁵⁰ Videti: Priručnik o evropskom antidiskriminacijskom pravu, Agencija Evropske unije za temeljna prava, 2010, Vijeće Europe, 2010., str. 123.

voljnijeg ishoda.⁵¹ Ipak, u pojedinim situacijama podaci dobijeni statističkim upoređivanjem preuveličavaju se ili pogrešno shvataju i iz neznatnih statističkih razlika izvlače pogrešni zaključci.

S druge strane, iskustvo pokazuje da procenti mogu da zamaskiraju velike ili male razlike u stvarnim brojevima, a i sami procenti mogu da iskrive sliku o pravom stanju stvari jer male razlike u procenatima mogu da predstavljaju velike razlike u stvarnim brojevima, dok velike razlike u procentima mogu jedino da predstavljaju male razlike u stvarnim brojevima. Tako, na primer, ako poslodavac postavi određeni kriterijum koji važi za sve zaposlene, za koji se tvrdi da nesrazmerno pogađa žene u odnosu na muškarce, potrebno je uporediti koliko je među zaposlenima žena i muškaraca koji taj kriterijum mogu da zadovolje. Procenat će zavisiti od toga koliki je ukupan broj zaposlenih kod poslodavca, koliko je među njima žena i muškaraca i koliki je broj žena i muškaraca koji postavljeni kriterijum mogu da zadovolje. Ako je, na primer ukupan broj onih na koje se kriterijum odnosi 10.000, a među njima 9.000 muškaraca, od kojih 700 može da zadovolji kriterijum i 1.000 žena, od kojih samo 50 mogu da zadovolje kriterijum, onda je proporcija muškaraca koji mogu da zadovolje kriterijum 7,7%, dok je proporcija žena 5%. Potpuno bi drugu sliku statistički podaci pružili ako je ukupan broj zaposlenih 20, i to 12 muškaraca, od kojih 9 može da zadovolji kriterijum, i 8 žena, od kojih 7 može da zadovolji kriterijum. U tom slučaju proporcija muškaraca koji mogu da zadovolje kriterijum iznosila bi 75%, dok bi proporcija žena bila 87,5%. Iako razlika od 10,5% između muškaraca i žena koji mogu da zadovolje kriterijum izleda bitno, ona to zapravo nije, jer je dovoljno da odu samo dva muškarca koja ispunjavaju uslov i dodje samo jedna žena koja ispunjava uslov, pa da više ne postoji bilo kakva razlika.⁵² Da bi se izbegle ove zamke, potrebno je da sudovi razmotre stvarne razlike u proporcijama, tj. da imaju u vidu realne brojeve.

Jedan od problema u vezi sa upotrebom statističkih podataka kojima se dokazuju diskriminatorni efekti neutralnih pravila tiče se njihove validnosti. Naime, da bi statistički podaci bili validni, neophodno je izvršiti odgovarajuću statističku komparaciju, što podrazumeva pravilno određivanje veličine uzoraka koji se upoređuju, kao i pravilan izbor grupa koje se upoređuju. Značajno je, takođe, da se prilikom upoređivanja diskriminatornih efekata uzmu u obzir statistički podaci koji se odnose na trenutak kada je mera usvojena, kao i oni koji su nastali

⁵¹ Takav stav ESP izrazio je u predmetu ECJ, R v. Secretary of State for Employment, ex parte Seymour-Smith and Perez, Case C-167/97 [1999] ECR I-623, 9 February 1999. <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=44408&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=482288> (pristup 20.07. 2014).

⁵² Primer preuzet iz: Russell, J., Statistics: experiences of a lawyer, 9 June 2008, Anti-Discrimination Documentation, Academy of European Law (ERA), http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/03_Burden_of_proof/2008_Russell-EN.pdf (pristup 10. 07. 2014).

tokom trajanja mere jer se time može pokazati kumulirani uticaj te mere u odnosu na grupe koje se upoređuju.⁵³

Kad je reč o veličini uzoraka, ona mora biti statistički značajna jer rezultati dobijeni na malim uzorcima mogu predstavljati slučajnost. Razmatrajući probleme u vezi sa upotrebom statistike, ESP je nacionalnim sudovima uputio jasnu poruku: "Dužnost nacionalnog suda je da proceni da li će uzeti statistiku u obzir odnosno da li ta statistika sadrži podatke o dovoljno velikom broju pojedinaca/ki, da li ilustruje slučajnu ili kratkotrajnu pojavu i da li uopšteno može biti od značaja za slučaj".⁵⁴

Za validnost statističkih podataka značajno je koje se grupe upoređuju, što podrazumeva pravilan izbor uporednika (komparabilne grupe). Tako, na primer, kada se statističkim podacima upoređuju razlike u platama, neophodno je da grupe koje se upoređuju budu komparabilne, što podrazumeva da se prilikom definisanja grupa za komparaciju uzmu u obzir priroda posla koji se obavlja, radni uslovi, nivo obučenosti i sl, kako se razlike ne bi mogle pripisati individualnom radnom učinku.

ZAKLJUČAK

U parnicama za zaštitu od diskriminacije jedno od važnih dokaznih sredstava kojima se dokazuje nejednak tretman i nejednak (diskriminatorni) efekat prividno neutralnih pravila, kriterijuma ili prakse u odnosu na određene društvene grupe. Da bi statistički podaci imali dokaznu vrednost, neophodno je da budu prikupljeni primenom adekvatne metodologije, što podrazumeva pravilno određivanje veličine uzoraka za komparaciju, kao i pravilan formiranje statističkog uzorka (grupa za komparaciju). S druge strane, statistički podaci kojima se dokazuju diskriminatorni efekti neutralnih mera treba da manifestuju krajnji ushod primene tih mera. Sklonost sudova, evidentirana u uporednoj praksi, da primenjuju "statističke formule", često može da dovede do pogrešnih zaključaka jer u pojedinim slučajevima mala disproporcija, koja konstantno postoji u dužem vremenskom periodu može dovesti do još nepovoljnijih ishoda. Prilikom interpretacije statističkih nalaza, neophodno je imati u vidu male razlike u procenatima mogu da predstavljaju velike razlike u stvarnim brojevima, dok velike razlike u procentima mogu jedino da predstavljaju male razlike u stvarnim brojevima. Sve ove zamke treba da budu izbegnute kako bi statistički podaci bili podloga za donošenje zakonitih i pravednih sudskih odluka. U razvoju domaće antidiskrimina-

⁵³ Šire: Potočnjak, Ž., Grgić, A., Važnost prakse Europskog suda za ljudska prava i Europskog suda pravde za razvoj hrvatskog antidiskriminacijskog prava, u: Primjena antidiskriminacijskog zakonodavstva u praksi, Centar za mirovne studije, Zagreb, 2010, str. 34.

⁵⁴ C-167/97 Regina v. Secretary of State for Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith and Laura Perez, 9.februar 1999, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61997CJ0167&from=EN> (pristup 10. 07. 2014).

cione sudske prakse, koja je sada više nego skromna, korisno je da sudovi oslonac traže u bogatoj uporednoj praksi i praksi evropskih pravosudnih institucija – Evropskog suda za ljudska prava i Evropskog suda pravde.

NEVENA PETRUŠIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty of Law University of Niš

USING STATISTIC DATA IN ANTIDISCRIMINATION LITIGATIONS

Summary

In 2009, Serbia adopted the Anti-discrimination Law, by which it finalized the national anti-discrimination legislation and established the comprehensive system for anti-discrimination, comprising various forms of legal protection. Judicial protection of non-discrimination right is exercised in a litigation, in which there are applied special rules, adjusted to the subject of anti-discrimination litigation and the contents of legal protection provided in it. In antidiscrimination litigations, one of the key challenges is to do with proving the discrimination. In order to provide for the effective protection against discrimination, there have been established the special rules about the burden and standards of proof and the facts, constituting some discrimination forms, may be proven by special proving means, as well. This paper deals with the use of statistic data, which are trying to prove the unequal treatment or diverse (discriminatory) effect of ostensibly neutral rules, criteria or practice in relation to the members of a particular social group. They are especially important for providing prima facie evidence of committed discrimination and transferring the burden of proof on the respondent. This paper elaborates some of the most important issues, related to the use of statistical evidence in anti-discrimination litigations, with pointing out to the viewpoints in the comparative law and practice. There were considered the sources of statistical data, the possible traps, in view of the selection and size of statistical patterns, interpretation of disparities, etc., as well as postulates that must be met in order the statistical data could have the proven value.

OBAVEŠTENJE TREĆEG LICA O PARNICI

1. Obaveštenje trećih lica o parnici (*litis denuntiatio*) je stari procesni institut koji, uglavnom, sve do nedavno nije privlačio pažnju pravnih pisaca. U procesnoj literaturi¹ skoro da i nije bilo radova u kojima se analiziraju pitanja koja ova procesna ustanova izaziva, ukoliko se izuzmu udžbenici² i komentari Zakona o parničnom postupku. Razlog za to treba, verovatno, tražiti u tome što, uprkos promenama u procesnom zakonodavstvu, odredba koja se odnosi na ovaj procesni institut nije menjana sve do nedavno. Zakon o parničnom postupku iz 2011. godine³ doneo je, između ostalog, i nova rešenja u pogledu ovog instituta. To je i

Dr Ljubica Mandić, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Prištini, sa sedištem u Kosovskoj Mitrovici.

¹ Jedan od retkih pravnih pisaca koji je ukazao na neka pitanja koja se javljaju povodom ovog instituta bio je prof. Poznić. Videti: B. Poznić–Beleške uz Zbirku sudskih odluka za 1071. g., *Anali*, 6/1973.

² Videti: M. Marković, *Građansko procesno pravo*, knjiga prva, *Parnični postupak*, Beograd, 1957, str. 230; B. Poznić–V. Rakić–Vodinelić, *Građansko procesno pravo*, Beograd, 2010, str. 196; S. Triva–V. Belajec–M. Dika, *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb, 1986, str. 374; A. Janevski – T. Zoroska–Kamilovska, *Građansko procesno pravo*, knjiga prva, *Parnično pravo*, Skopje, 2009, str. 220; R. Keča–B. Starović, *Građansko procesno pravo*, Novi Sad, 2004, str. 254; R. Keča, *Građansko procesno pravo*, Beograd, 2012, str. 127; D. Palačković, *Parnično procesno pravo*, Kragujevac, 2004, str. 122; A. Jakšić, *Građansko procesno pravo*, Beograd, 2012, str. 583, G. Stanković, *Građansko procesno pravo*, knjiga prva, *Parnično procesno pravo*, Beograd, 2013, str. 180; G. Stanković–R. Račić, *Parnično procesno pravo*, Banja Luka, 2010, str. 163; G. Stanković–R. Račić, *Građansko procesno pravo*, *Parnično procesno pravo*, 2010, Podgorica, str. 162.

³ “Službeni glasnik Republike Srbije”, br. 72/2011.

bio razlog što je delimično izmenjeni institut obaveštavanja trećeg lica o parnici privukao pažnju pravnih pisaca - procesualista koji se bave problemima građanskog procesnog prava.⁴

2. U osamanaestoj glavi Zakona o parničnom postupku, koja nosi naslov "Učešće trećih lica u parnici", zakonodavac je regulisao i obaveštenje trećeg lica o parnici.⁵ Iako obaveštavanje trećeg lica o parnici ne predstavlja intervenciju trećih lica u tuđoj parnici, niti samo po sebi dovodi do učešća umešača, zakonodavac je, u skladu sa tradicionalnim zakonskim rešenjima, regulisao ovaj institut koji redovno izaziva materijalnopravna dejstva ali koji može da dovede, u krajnjoj liniji, i do intervencije trećeg lica u tuđoj parnici.

3. Obaveštenje trećeg lica o parnici, koje je u Zakonu o parničnom postupku iz 2011. g. regulisano u čl. 221, predstavlja institut koji je bio regulisan i u starom srpskom procesnom pravu i u svim jugoslovenskim procesnim zakonima.

Zakonik o postupku sudskom u građanskim parnicama za Srbiju predviđao je u par. 336–341. ustanovu zaštite. Prema propisima koji su tada važili u Srbiji, ona ugovorna strana koja je teretnim ugovorom prenela na drugu ugovornu stranu stvar ili pravo bila je dužna da akcipijensa u slučaju parnice zbog prenetog predmeta ugovora brani ukoliko je on pozove u pomoć i da mu u parnici pruži zaaštitu tako što će braniti njegove interese. Ukoliko se to ne bi dogodilo, štetne posledice bi pogađale kako onu ugovornu stranu koja se bez pozivanja u pomoć sama upustila u parnicu, tako i pozvanog ugovarača koji se nije odazvao pozivu u pomoć a stranka koja je bila pozivalac je izgubila parnicu.⁶

Zakon o sudskom postupku u građanskim parnicama Kraljevine Jugoslavije u par. 122. regulisao je dva instituta. Obaveštenje o parnici koje ima za cilj da

⁴ Videti: G. Stanković, Obaveštenje trećeg lica o parnici i imenovanje prethodnika, *Pravni informator*, 3/2013, str. 50- 54; G. Stanković, Intervencijsko dejstvo presude prema umešaču, Zbornik radova IX tradicionalnog međunarodnog naučnog skupa "Pravnički dani Prof. dr Slavko Carić, "Savremene tendencije razvoja pravnih sistema država u regionu" Pravni fakultet za privredu i pravosuđe, Univerzitet Privredna akademija, Novi Sad, 2012, str. 309-322.

⁵ Prof. G. Stanković s pravom ukazuje da ova glava ZPP nije valjano pravo-tehnički redigovana. Naslov ove glave je neodgovarajući jer je zakonodavac prevideo da javni tužilac, kao državni organ, nikako nije treće lice u parnici bez obzira na pravo da se umeša u tuđu parnicu. Osim toga, prof. G. Stanković ukazuje da je ista greška ostala neprimećena i u procesnoj literaturi i navodi, kao primer da je prof. Poznić, u svom kapitalnom delu, *Komentar Zakona o parničnom postupku prema tekstu Zakona iz 1976. godine sa docnijim izmenama i dopunama* (Službeni glasnik, Beograd, 2009, str. 510) napisao da su treća lica koja preduzimaju parnične radnje, iako nemaju svojstvo stranke ni zastupnika, javni tužilac i umešač.

⁶ O tome: D. Arandelović, *Građansko procesno pravo Kraljevine Jugoslavije*, Beograd, 1932, str. 139.

se zasnjuje neko građansko pravno dejstvo i poziv za zaštitu⁷ ili traženje zaštite od nekog pravnog subjekta sa kojim je parnična stranka u pravnom odnosu koji je regulisan pravilima građanskog prava koja izričito predviđaju da stranku koja je propustila da obavesti treće lica o parnici koja je otpočela pogađaju posledice propisane pravilima građanskog materijalnog prava. Kad se radi o obaveštavanju trećeg lica o parnici, savesna parnična stranka je izveštavanjem o parnici davala priliku denuncijantu da uzme učešće u parnici kao umešač kako joj on kasnije ne bi prebacivao da je loše vodila parnicu. Pored toga, ona se na taj način i obezbeđivala za budućnost i predupređivala da je kasnije pogode i neke materijalnopravne posledice. Obaveštavanjem trećeg o parnici stranka je stvarala uslove koje predviđa materijalno pravo da u slučaju gubitka parnice može da traži naknadu od trećeg lica ali i da eventualno ne duguje i snosi naknadu trećem. Propisi građanskog sudskog postupka nisu propisivali dužnost stranke da treće lice obavesti o parnici jer je to zavisilo od njene dispozicije. Međutim, dužnost obaveštavanja je postojala prema propisima građanskog (i trgovačkog) prava pošto se obaveštavanjem stvarao osnov za eventualni zahtev za naknadu u nekoj budućoj parnici.

U drugoj jugoslovenskoj državi, oba zakona kojima je bio regulisan parnični postupak, i Zakon o parničnom postupku iz 1956. g. i Zakon o parničnom postupku iz 1976. g., predviđali su institut obaveštavanja trećeg lica o parnici, kao procesni institut koji treba da omogućiti da treće lice posredstvom suda sazna za parnicu kako bi iz te okolnosti mogle da nastupe određene posledice ili određena dejstva predviđena pravilima materijalnog i pravilima procesnog prava.⁸ I odredbama prvog srpskog Zakona o parničnom postupku iz 2004. g. bio je regulisan ovaj procesni institut na isti način kao što je bio regulisan u jugoslovenskim procesnim zakonima.

Novo rešenje u pogledu ovog instituta doneo je tek Zakon o parničnom postupku iz 2011. g. koji je predvideo dva nova rešenja. Prva novina sastoji se u tome što sud odlučuje da obavesti treće lice ne samo na traženje stranke⁹ već i po službenoj dužnosti. Druga novina odnosi se na izričito predviđeno intervencijsko dejstvo presude u odnosu na treće lice koje je bilo obavешteno o parnici posredstvom suda.¹⁰

⁷ Videti: F. Goršić, *Komentar građanskog parničnog postupka sa Uvodnim zakonom*, knjiga prva, Beograd, 1933, str. 433.

⁸ Detaljno o tome: G. Stanković, *Građansko procesno pravo*, prva sveska, *Parnično procesno pravo*, Beograd, 2013, str. 180.

⁹ G. Stanković, *Građansko procesno pravo*, prva sveska, *Parnično procesno pravo*, Beograd, 2013, str. 181.

¹⁰ Tako i: G. Stanković, *Predgovor za Zakon o parničnom postupku*, Službeni glasnik, Beograd, 2011, str. 92; G. Stanković, *Građansko procesno pravo*, prva sveska, *Parnično procesno pravo*, Beograd, 2013, str. 180; G. Stanković, *Obaveštenje trećeg lica o parnici i imenovanje prethodnika*,

4. Zakon o parničnom postupku iz 2011.g. regulisao je institut obaveštavanja trećeg lica o parnici na zahtev stranke na isti način kao i prethodni Zakon o parničnom postupku iz 2004.g. i to kako u pogledu uslova, tako i u pogledu samog postupka.

Svaka parnična stranka može da bude zainteresovana da o parnici bude obavješteno neko treće lice sa kojim se ona nalazi u nekom građanskopravnom odnosu i koga, po pravilima građanskog materijalnog prava, treba da obavesti o parnici. Stranka koja želi da nastupi neko materijalnopravno dejstvo u pravnom odnosu koji postoji između nje i nekog trećeg lica a koje je predviđeno propisima građanskog materijalnog prava ili koja želi da se oslobodi sopstvene odgovornosti za slučaj da izgubi parnicu ima pravo i mogućnost da zatraži od parničnog suda da prosledi njenu informaciju tom trećem licu u kome ga obavještava o tekućoj parnici u kojoj je ona stranka. Istovremeno, parnična stranka koristi ovaj procesni institut i da bi mogla da ostvari i neke procesne efekte koji bi mogli da nastupe ako obavješteno treće lice sazna za parnicu.

5. Pokretanjem postupka za obavještanje trećeg lica o tuđoj parnici u toku jednog parničnog postupka, kako ističe prof. Stanković, počinje poseban adhezioni postupak koji se vodi pridruženo i simultano uz tekući parnični postupak.

Ovaj postupak se pokreće tako što stranka upućuje sudu podnesak u kome traži da sud obavesti treće lice o parnici. Stranka ima pravo da traži da se njen podnesak sa obavještenjem koje je upućeno trećem licu dostavi tom trećem licu ne samo u toku prvostepenog i drugostepenog postupka, već i u toku postupka po vanrednim pravnim lekovima.¹¹ Tužilac to može da zahteva od trenutka kad je postupak pokrenut, a tuženi od trenutka kad je parnica počela da teče.

Procesna radnja¹² kojom se pokreće ovaj adhezioni postupak je predlog koji ima zakonom predviđenu formu i sadržinu. Podnesak koji je upućen sudu, pored obavezne sadržine koju mora da ima svaki podnesak, mora da sadrži i razlog zbog koga stranka traži da treće lice bude obavješteno o parnici.

Sud nije dužan da drugom parničaru dostavi podnesak koji sadrži obavještenje o parnici. Parnični protivnik stranke koja traži da treće lice bude obavješteno o

Pravni informator, 3/2013, str. 50–54; G. Stanković, Intervencijsko dejstvo presude prema umešaču, Zbornik radova IX tradicionalnog međunarodnog naučnog skupa "Pravnički dani Prof. dr Slavko Carić, "Savremene tendencije razvoja pravnih sistema država u regionu" Pravni fakultet za privredu i pravosuđe, Univerzitet Privredna akademija, Novi Sad, 2012, str. 309–322.

¹¹ G. Stanković, *Građansko procesno pravo*, prva sveska, *Parnično procesno pravo*, Beograd, 2013, str. 181.

¹² Prof. Stanković smatra da je ova procesna radnja po svojoj pravnoj prirodi saopštenje. Stranka od suda zahteva da on obavesti treće lice o parnici i, posredstvom suda, ona trećem licu saopštava činjenicu da se vodi parnica u kojoj je ona stranka. Ova stranačka procesna radnja izaziva sudsku parničnu delatnost.

parnici nije subjekt u ovom adhezionom postupku, niti vođenje ovog adhezionog postupka ima bilo kakav uticaj na njegov procesni položaj.

Sud je dužan da donese rešenje kojim će naložiti da se obaveštenje o parnici dostavi trećem licu, da odredi način dostavljanja, da izda dostavnu narednu i da trećem licu preko organa dostavljanja dostavi pripremljeno obaveštenje.

Zahtevom da treće lice bude obavešteno o parnici stranka nastoji da obezbedi za sebe javnu ispravu, kao dokaz da je nastupilo neko materijalnopravno dejstvo u odnosu između nje i nekog trećeg lica. Ta javna isprava je dostavnica, kao zapisnik o izvršenom dostavljanju. Na taj način stranka koja je zahtevala da sud obavesti treće lice o parnici obezbedila je javnu ispravu, kao siguran dokaz da su nastupila određena građanskopravna dejstva.¹³

6. Dostavljanjem obaveštenja o parnici trećem licu ne nastupaju neposredna procesnopravna dejstva u tekućoj parnici niti obaveštavanje dovodi do prekida ili zastoja u parnici, ne utiče na tok rokova, niti može da izazove odgađanje ročišta ili odlaganje rasprave. Iz tog razloga samo obaveštavanje trećeg lica posredstvom suda je, po svojoj pravnoj prirodi, sudska vanparnična radnja.¹⁴

Dostavljanjem podneska koji sadrži obaveštenje koje je upućeno trećem licu, parnična stranke je, pored materijalnopravnih dejstava, ostvarila još jedan cilj. Treće lice je saznalo za parnicu tako da i ono može, ako ima pravni interes, da i samo preduzme neke radnje povodom tuđe parnice. Obaveštavanje trećeg lica o parnici nikako ne predstavlja poziv trećem licu da se umeša u tekuću parnicu. Ono samo pruža mogućnost trećem licu da reaguje na način koji predviđaju pravila procesnog prava. Obavešteno treće lice, naime, može da naknadno postane stranka u parnici ukoliko se pridruži jednom od parničara, a može i da se umeša, kao umešač, u tuđu parnicu, ukoliko ima pravni interes.¹⁵

7. Parnična stranka koja je zahtevala od suda da sud obavesti treće lice o parnici imala je poseban pravni interes da koristi ovo procesno ovlašćenje. Ona je obaveštavanjem trećeg lica o parnici stvorila pretpostavke da dođe do intervencionog dejstva presude koja će biti doneta u tekućoj parnici pošto je blagovremeno obavestila treće lice o parnici, bez obzira da li će ono iskoristiti mogućnost mešanja u tuđu parnicu, koju mu procesni zakon pruža. Pravnosnažna presuda koja bude doneta u tuđoj parnici o kojoj je obavešteno treće lice proizvođiće dejstvo i

¹³ Stranka je mogla i vansudskim putem da obavesti treće lice o parnici ali bi u tom slučaju dokazivanje bilo nešto otežano.

¹⁴ Tako i: G. Stranković, *Građansko procesno pravo*, prva sveska, *Parnično procesno pravo*, Beograd, 2013, str. 183.

¹⁵ Prof. Stanković smatra da obavešteno treće lice može i samo kao tužilac da pokrene parnicu podizanjem tzv. tužbe glavnog mešanja ali da se dejstvo te parnične radnje ne bi direktno ispoljilo kao povod za preduzimanje procesnih radnji u tuđoj tekućoj parnici jer je obaveštavanje bilo samo povod za preduzimanje inicijalne parnične radnje.

prema trećem licu zbog same činjenice da je treće lice bilo obavešteno o parnici koja je bila u toku i bez obzira što ono nije želelo da se umeša u tuđu parnicu. Samim obaveštavanjem o parnici trećem licu je pružena prilika da se umeša u parnicu i time je isključena mogućnost da ono kasnije, u nekoj budućoj parnici, ističe prigovor da je stranka loše vodila parnicu. Prema pravilima Zakona o parničnom postupku, samo stranka koja je posredstvom suda obavestila treće lice o parnici, ima pravo da se u naknadnoj parnici između nje i obaveštenog trećeg lica, poziva na intervencijsko dejstvo presude.¹⁶

Samo izuzetno, ukoliko je, treće lice prekasno bilo obavešteno u parnici¹⁷ ili ako u budućoj parnici u kojoj mu je parnični protivnik stranka koja ga je obavestila o parnici koja je vođena uspe da dokaže da se njen parnični protivnik ne-lojalno ponašao u ranijoj parnici i svojim parničnim radnjama ili propuštanjem da ih preduzme sam doprineo da izgubi parnicu, moguće je da se spreči intervencijsko dejstvo pravnosnažne presude u kasnijoj parnici bez obzira što nije bila iskorišćena pružena mogućnost za intervenciju trećeg lica.

8. Sasvim novo rešenje u Zakonu o parničnom postupku iz 2011.g. predstavlja zakonom propisano obaveštavanje određenih trećih lica o parnici po službenoj dužnosti. Za razliku od klasičnog obaveštavanja trećeg lica o tuđoj parnici na zahtev jednog od parničara, novi Zakon o parničnom postupku predviđa i reguliše i obaveštavanje trećeg lica na inicijativu samog suda.

U odredbi čl. 221. st. 3. ZPP (2011) predviđen je poseban slučaj obaveštavanja trećeg lica o parnici po službenoj dužnosti ako je to treće lice država, autonomna pokrajina ili jedinica lokalne samouprave.

Do obaveštavanja određenih trećih lica po službenoj dužnosti dolazi da bi se zaštitili javni interesi.¹⁸ Sud je dužan da obavesti o tuđoj parnici određena treća lica ukoliko je ocenio da raspolaganje stranaka ili odluka suda u jednoj parnici koju treba da donese ili je već doneta u prvostepenom postupku može da utiče na imovinska prava i obaveze Republike Srbije odn. autonomne pokrajine ili jedinice lokalne samouprave.

Ovu svoju dužnost sud ostvaruje tako što o parnici koja je u toku obaveštava zastupnika određenog pravnog lica. Ukoliko su u pitanju imovinska prava i interesi Republike Srbije, sud je dužan da obavesti državnog pravobranioca, a ako

¹⁶ Detaljno: G. Stanković, Intervencijsko dejstvo presude prema umešaču, Zbornik radova IX tradicionalnog međunarodnog naučnog skupa "Pravnički dani", prof. dr Slavko Carić, "Savremene tendencije razvoja pravnih sistema država u regionu" Pravni fakultet za privredu i pravosuđe, Univerzitet Privredna akademija, Novi Sad, 2012, str. 309–322; G. Stanković, *Građansko procesno pravo*, prva sveska, *Parnično procesno pravo*, Beograd, 2013, str. 176.

¹⁷ Npr. u fazi postupka po vanrednim pravnim lekovima.

¹⁸ Tako: G. Stanković, *Građansko procesno pravo*, prva sveska, *Parnično procesno pravo*, Beograd, 2013, str. 184.

su u pitanju imovinska prava i interesi autonomne pokrajine ili jedinice lokalne samouprave, sud će obavestiti nadležnog pravobranioca.¹⁹

Dužnost suda da eventualnog umešača obavesti o tuđoj parnici do sada je postojala samo kad se radi o javnom tužiocu i o organu starateljstva.

Prema odredbi čl. 214. ZPP (2011) sud je dužan da obavesti nadležnog javnog tužioca kad smatra da postoje zakonski uslovi za njegovo učestvovanje u parnici i kad je njegovo učestvovanje po oceni suda potrebno. Obaveštavanjem javnog tužioca o tuđoj parnici sud je pružao mogućnost javnom tužiocu da uzme učešće u tuđoj parnici kao umešač *sui generis*.

Pošto je organ starateljstva pravno lice koje ima zadatak da se stara o zaštiti određenih kategorija lica, i posebno dece, pojedinim posebnim propisima predviđena je dužnost za sud da obaveštava organ starateljstva ukoliko on nije stranaka u postupku da bi mu pružio priliku da se umeša u parnicu. Prema odredbama Porodičnog zakona iz 2005.g. sud je dužan da obavesti organ starateljstva o razlozima za zaštitu prava deteta (čl. 263. st. 3. i čl. 264. st. 4. PZ) da bi mogao da interveniše u javnom interesu.

Odredbom čl. 221. st. 3. Zakona o parničnom postupku iz 2011.g. predviđena je, međutim, dužnost suda da u svakoj parnici posebno vodi računa o imovinskim interesima države, autonomne pokrajine ili jedinice lokalne samouprave i da o parnici obaveštava njihove zastupnika po zakonu. Ovom odredbom proširene su dužnosti i prvostepenog i instancionih sudova, jer se i u prvom stepenu i u postupku po pravnom leku može doneti odluka koja može da utiče na imovinska prava i obaveze Republike Srbije odn. autonomne pokrajine ili jedinice lokalne samouprave.

Zakonodavac je zaključio da sud mora posebno da vodi računa o pravima i obavezama određenih javnopravnih pravnih lica i zaključio je da postoji potreba da ova lica budu obaveštena o parnici u kojoj će sudska odluka imati uticaja na njihova imovinska prava i obaveze jer može biti povređen javni interes. Obaveštenje o parnici koje upućuje sud zastupnicima po zakonu određenih trećih lica nema značenje poziva da se ta treća lica umešaju u parnicu. Njihovim obaveštavanjem sud pruža informaciju zastupnicima tih pravnih lica kao razlog i povod da preduzmu određene aktivnosti u cilju zaštite imovinskih prava i interesa pravnih lica koja zastupaju ili indirektno podstiče ta pravna lica da se umešaju u parnicu u javnom interesu.

¹⁹ U Zakonu o parničnom postupku stoji da je sud dužan da obavesti Republičkog javnog pravobranioca odn. pravobranioca autonomne pokrajine ili jedinice lokalne samouprave jer je ovaj zakon donet pre Zakona o pravobranilaštvu ("Službeni glasnik RS", br. 55/2014) i sa njim nije terminološki usklađen. Donošenjem Zakona o pravobranilaštvu došlo je do promene u organizaciji i nadležnostima pravobranilaštva.

Ova odredba u Zakonu o parničnom postupku nesumnjivo ima zaštitni karakter. U praksi ona treba da bude korišćena kad su u pitanju parnice koje se vode oko stvari koje su u javnoj svojini Republike Srbije odn. u pokrajinskoj svojini ili u svojini grada.

9. Zakonom predviđeno obaveštavanje po službenoj dužnosti države, autonomne pokrajine ili jedinice lokalne samouprave od strane suda razlikuje se od obaveštavanja trećih lica o parnici do koga dolazi na inicijativu samih stranaka i posredstvom suda.²⁰ Do obaveštavanja trećeg lica na inicijativu suda i po službenoj dužnosti dolazi da bi se zaštitili javni interesi, dok stranka traži da se treće lice obavesti o parnici posredstvom suda radi zaštite njenih privatnih interesa.

Za obaveštavanje koje se šalje državnom pravobraniocu odn. pravobraniocu koji zastupa autonomnu pokrajinu ili jedinicu lokalne samouprave nije uvek od značaja da li već postoji neki pravni odnos između pravnog lica koje oni zastupaju i jednog od parničara, kao što je to slučaj kod obaveštavanja trećeg lica koje posredstvom suda upućuje jedna parnična stranka koja obaveštavanjem trećeg lica nastoji da zasnuje neko materijalnopravno dejstvo u već postojećem pravnom odnosu.

O potrebi da treće lice bude obavješteno o tuđoj parnici procenjuje sama stranka. Da bi sud obavestio zastupnike određenih javnopravnih lica dovoljno je da je sud, na osnovu činjeničnog stanja u konkretnoj parnici koje je utvrdio ili koje je već utvrđeno, proceni da će sudska odluka koju će doneti ili koja je donesena pogoditi prava i obaveze države, autonomne pokrajine ili jedinice lokalne samouprave.

9. Zakon o parničnom postupku iz 2011.g. nije regulisao postupak kad sud pokreće po službenoj dužnosti postupak u kome obaveštava određena treća lica o tuđoj parnici, s obzirom da se obaveštavanje o tuđoj parnici po službenoj dužnosti razlikuje od obaveštavanja do koga dolazi na inicijativu stranke.

Obaveštenje koje sud po službenoj dužnosti šalje zastupnicima države, autonomne pokrajine ili jedinice lokalne samouprave mora, pored osnovnih podataka o samoj parnici da sadrži razlog zbog koga im se se obaveštenje upućuje i u kojoj fazi je konkretna parnica. Sud mora da informiše zastupnike države, autonomne pokrajine ili jedinice lokalne samouprave na koji način raspolaganje stranaka u konkretnoj parnici ili odluka koju će doneti ili je doneta, a koja se nalazi u postupku kontrole zakonitosti po pravnom leku, može da utiče na imovinska prava i obaveze države, autonomne pokrajine ili jedinice lokalne samouprave. Obaveštenje koje se šalju zastupnicima po zakonu države, autonomne pokrajine ili jedinice lokalne samouprave trebalo bi da sadrži informacije obavještenim zastupnicima ovih trećih lica koje bi omogućile da se oni upoznaju sa činjeničnim sta-

²⁰ Na ovu razliku iscrpno je ukazala prof. Stanković.

njem i stanjem u postupku da bi zastupnici po zakonu ovih pravnih lica mogli da odluče koje se procesne radnje preduzeti povodom konkretnog postupka.

9. U zakonskom tekstu nije precizirano u pogledu kojih raspolaganja postoji dužnost obaveštavanja tj. da li se radi o raspolaganjima u domenu materijalnog ili procesnog prava.

Prof. Stanković smatra da zakonodavac svakako nije imao u vidu one radnje raspolaganja koje predstavljaju dispozitivne parnične radnje. U smislu odredbe čl. 3. st. 3. Zakona o parničnom postupku iz 2011. g. sud je dužan da spreči takva raspolaganja po službenoj dužnosti jer ih neće dozvoliti. Zakonodavac je imao u vidu raspolaganje procesnim materijalom²¹ kojim stranka direktno utiče na sudsku odluku jer utiče na formiranje činjenične podloge na koju će sud primeniti materijalno pravo i doneti odluku o osnovanosti istaknutog zahteva. Disponiranje procesnim materijalom, s obzirom na dominantno važenje raspravnog načela prema odredbama aktuelnog Zakona o parničnom postupku, predstavlja posebno opasan oblik raspolaganja procesnim ovlašćenjima jer definitivno utiče na sudsku odluku pošto sud ima zadatak da samo razmotri i utvrdi one činjenice koje su stranke uznele i da izvede samo one dokaze koje su stranke predložile jer u našem parničnom procesnom pravu više ne važi tzv. princip materijalne istine.

U parničnom postupku priznate činjenice koje je izneo parnični protivnik stranke smatraju se nespornim činjenicama i ne mogu da budu predmet dokazivanja. Priznanjem činjenica, u skladu sa principom dispozicije, stranka raspolaže procesnim materijalom i na taj način ona menja uslove za primenu materijalnog prava i na posredan način utiče na sudsku odluku.²² Osim toga, nezakonito raspolaganje procesnim materijalom ne mora uvek da bude rezultat raspravljanja i dokazivanja. Prema odredbama aktuelnog Zakona o parničnom postupku, nesporno činjenično stanje može da bude posledica tuženikovog odgovora na tužbu, a procesna posledica koju zakon predviđa je donošenje presude bez otvaranja usmene rasprave.

Kad sud zaaključi da raspolaganje procesnim materijalom ide za tim da direktno utiče na sudsku odluku a da to nije u interesu države, autonomne pokrajine ili jedinice lokalne samouprave dužan je da o tome obavesti njihove zastupnike po zakonu. Iako još nije doneo presudu, niti je ona postala pravnosnažna ili još nije odlučio o pravnom leku, sud je dužan da obavesti zastupnike države, autonomne pokrajine ili jedinice lokalne samouprave o tome da će odluka koju će doneti uticati na njihova imovinska prava i obaveze.

²¹ Npr. moguće je da tuženi u odgovoru na tužbu ne ospori činjenice koje su navedene u tužbi i da na taj način stvori uslove da sud odmah donese presudu bez usmene rasprave (čl. 291. st. 2)

²² Detaljno o tome: G. Stanković, Načelo dispozicije i nedozvoljene radnje raspolaganja u parničnom postupku, *Bilten Vrhovnog suda Srbije*, br. 2/2006, str. 211.

10. Prema izričitoj dikciji zakona presuda iz parnice u kojoj je sud obavestio nadležnog zastupnika po zakonu države, autonomne pokrajine ili jedinice lokalne samouprave ne proizvodi intervencijsko dejstvo. Intervencijsko dejstvo nastupa samo kad je treće lice obavešteno posredstvom suda, a ne kad ga je sud obavestio po službenoj dužnosti.

LJUBICA MANDIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty of Law, University of Priština,
Kosovska Mitrovica

INFORMING OF THIRD PERSON ABOUT PENDING LITIGATION
(LITIS DENUNTIATIO)

Summary

In this article author presents all the novelties related to legal institute as known as *litis denuntiatio* that our new Civil procedural Law from 2011 brought us. Author of this article notes that this legal institute was part of both Serbian and Yugoslavian civil procedural system. Although author finds that this legal institute is part of our legal tradition, the fact is that our new Civil procedural Law from 2011 brings first significant novelties of this legal institute. According to our new Civil procedural Law, as first, Court can decide to inform third person about pending litigation, not only if civil party is asking Court to to that. Court can do that now *ex officio*. Second novelty refers to explicitly regulated interventional effect of judgment toward third person that was informed of pending litigation by the Court.

MILENA TRGOVČEVIĆ-PROKIĆ

POVREDE SLUŽBENE DUŽNOSTI JAVNOG BELEŽNIKA

U V O D

U jugoslovenski pravni sistem javni beležnik¹ je uveden 1930. godine, ali je svoju funkciju uglavnom ostvarivao na području tradicionalnog uticaja austrougarskog prava, dok se u drugim delovima Jugoslavije (Srbija bez Vojvodine, Crna Gora, Kosovo i Metohija, Bosna i Hercegovini i Makedonija) zapravo i nije afirmisao.

Javno beležništvo je bila važna pravosudna institucija u pravnom sistemu Kraljevine Jugoslavije. Po ovom Zakonu bila je predviđena disciplinska odgovornost za javne beležnike. Njegova je delatnost bila od velike koristi za pravni porredak i pravnu sigurnost, naročito radi pravilne primene zakona, te možemo reći da su javni beležnici imali ulogu preventivne pravne regulative – jurisdikcije. Beležnik je kao nepristrasan sudija stranaka, i po Zakonu Kraljevine Jugoslavije imao ulogu da doprinese sprečavanju mogućih sporova između stranaka, a njegove isprave su imale karakter javne isprave. On je disciplinski odgovarao ako je u svom poslu i privatnom životu vređao čast i ugled ili dovodio u pitanje beležničku službu, ako je povredio službenu dužnost ili protivzakonito vršio službene radnje. Isto tako, ako se nije pridržavao zakonskih odredaba, ako je nepropisno obavljao

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

¹ Zakon o javnim beležnicima Kraljevine Jugoslavije “*Službene novine KJ*”, 220/1930, 22/31 i 72/31, u daljem tekstu: ZJB KJ.

službene radnje ili ih odugovlačio.² Javno beležništvo je bila važna pravosudna institucija u pravnom sistemu Kraljevine Jugoslavije.

Postupanje beležnika po nalogu suda u ostavinskom postupku iskorišćen je kao bitan argument za ukidanje ovog instituta, jer se smatralo da su troškovi javnog beležnika previsoki i nepotrebni s obzirom na to da postupak mogu sprovesti sami naslednici. Ovaj institut je prestao da postoji 7. novembra 1944. godine.

U savremenom pravnom sistemu južnoslovenskog područja beležnik je ponovo zauzeo mesto kao važan pravni institut. Ovaj institut usvojen je prvo u Sloveniji,³ zatim u Hrvatskoj, a kasnije u drugim bivšim republikama Jugoslavije.⁴ Srbija je tek nedavno donela Zakon o javnim beležnicima.⁵ Iako je Zakon donet maja 2011. godine, njegova primena je odlagana više puta, jer su rokovi za njegovu primenu ambiciozno određeni. Nemogućnost primene zakona opravdava se nemogućnošću raspisivanja konkursa za javne beležnike, jer je mali broj kandidata položio javnobeležnički ispit, tako da nije postojala mogućnost da se pokrene postupak imenovanje javnih beležnika. Osim toga, ovi razlozi su usloveli i nemogućnost osnivanja Javnobeležničke komore koja treba da objavi početak obavljanja delatnosti beležnika i donese statut i druge akte. Primena Zakon o javnim beležnicima Srbije počela je 1. septembra 2014. godine.

NADZOR NAD RADOM JAVNIH BELEŽNIKA

Nepristrasnost i nezavisnost omogućavaju javnom beležniku da obavlja službu s javnim položajem, i on je dužan da se za vreme ili izvan službe ponaša u skladu s poštovanjem poverenja koje iziskuje njegova služba. Odgovornosti javnih beležnika proističe iz više složenog mehanizma kontrole rada javnih beležnika i utvrđivanja eventualnih povreda pravila ponašanja koja su propisana: zakoni-

² Član 169. ZJB KJ; sličnu definiciju imaju i savremena zakonodavstva bivših jugoslovenskih zemalja, član 150. Zakon o javnom beležništvu "Službeni glasnik RS", broj 31/11, 85/12, 19/13 i 55/14 u daljem tekstu: ZJB Srbije, član 145. ZJB Hrvatske, član 112. Zakon o javnim beležnicima "Udarni list R. Slovenije", broj 13/94, u daljem tekstu: ZJB Slovenije. član 118. Zakon o notarskoj službi Republike Makedonije "Službeni glasnik R Makedonije," broj 55/07, 86/08, u daljem tekstu: ZN Makedonije.

³ Zakon o javnim beležnicima "Udarni list R. Slovenije" broj 13/94, u daljem tekstu: ZJB Slovenije.

⁴ Zakon o javnim bilježnicima "Narodne Novine" broj 78/93, 29/94, 162/98, 16/07, 75/09, u daljem tekstu : ZJB Hrvatske; *Zakona o notarima* "Službene novine Federacije BiH", broj 45/02, u daljem tekstu: ZN BiH; *Zakona o notarima* "Službeni glasnik Republike Srpske," broj 86/04, 2/05, 74/05, 76/05, 91/06, 37/07 i 50/10, u daljem tekstu ZN Republike Srpske; Zakona o notarima "Službeni list R. Crne Gore," broj 68/05, 48/08, u daljem tekstu: ZN Crne Gore.

⁵ Zakon o javnom beležništvu "Službeni glasnik RS", broj 31/11, 85/12, 19/13 i 55/14, objavljen je dana 9. 5. 2011, a poslednjim izmenama zakona- predviđeno je da će se uslovi za primenu Zakona o javnom beležništvu steći do 1.9.2014. Prvi javni beležniciu Srbiji izabrani su 1. avgusta 2014. godine i nakon sedam dana položili su zakletvu.

ma, podzakonskim aktima i pravilima struke. Obaveza javnobeležničke profesije se ogleda u poštovanju strogih načela pravosudnog sistema koja se ogledaju u načelima raznih postupaka. Svaki javni beležnik kao sastavni deo pravosudnog sistema Srbije, u svom radu, svakodnevno mora voditi računa o strogom poštovanju pravila javnobeležničke službe. Nadzor nad radom javnih beležnika obavljaju: sudovi, ministarstvo nadležno za pravosuđe i Javnobeležnička komora.

Ingerencije sudova u radu javnih beležnika uglavnom se može označiti kao ingerencije koje se odnose na stručni nadzor nad radom javnih beležnika. Sud vrši kontrolu stručnosti i rada javnih beležnika, a Zakonom o vanparničnom postupku⁶ uređeno je pitanje postupanja javnog beležnika po nalogu suda. Sud prema procesnom zakonu ima pravo nadzora i ima ovlašćenje da javnom beležniku odredi rok za postupanje. Nakon završene službene radnje javni beležnik je dužan da bez odlaganja podnese izveštaj sudiji koji mu je poverio postupak. U situaciji kada treba da se izuzme javni beležnik, tada je on sam, po službenoj dužnosti, dužan da vrati predmet predsedniku suda uz dostavu pismenog izveštaja o tome da ima razloga zbog kojih on ne može da postupa, odnosno mora da se izuzme, kao i u drugim slučajevima. O njegovom izuzeću odlučuje predsednik suda koji mu je poverio postupak. Javni beležnik je dužan da obavesti sud zbog kojih razloga nije mogao da preduzme radnje. Ako javni beležnik odbije da postupa u postupku iz opravdanih razloga, sud će mu naložiti da vrati spise u određenom roku.

Sud može da oduzme predmet u slučaju nepostupanja u određenom roku, odnosno zbog neažurnosti, vođenja postupka koji šteti strankama, stvaranje nepotrebnih troškova postupka, bolest ili izuzeća, i u svim posebnim slučajevima koje oceni kao "važne razloge". Isto stranka može izjaviti prigovor sudu, kada je nezadovoljna radom javnog beležnika. Sud može naložiti dodatni rok za postupanje beležniku. Sud je dužan da donese rešenje o oduzimanju poverenog postupka i naredi da javni beležnik dostavi spise predmeta. Sud ovo rešenje dostavlja javnom beležniku, učesnicima u postupku, Komori i ministarstvu nadležnom za poslove pravosuđa.

Sud može ovaj postupak poveriti drugom javnom beležniku ili ga sam sprovesti. Protiv odluke suda o oduzimanju predmeta nije dozvoljena žalba. Ako bi se usvojilo rešenje da je žalba dozvoljena, tada bi se odugovlačio postupak i izvršao cilj beležničke službe, a koji se sastoji u bržoj zaštiti stranaka i sprečavanju spорова. Osim toga, sud odlučuje i o eventualnim spornim pitanjima ukoliko na primer, javni beležnik odbije da obavi neki posao, smatrajući da za to nije nadležan.

Drugi deo kontrolne funkcije svakako da pripada Ministarstvu pravde. Ovu nadzornu ulogu možemo označiti kao upravnu. Ministarstvo nadležno za poslove pravde vršiće kontrolu nad zakonitošću rada javnih beležnika u svim onim segmentima koji su propisani podzakonskim aktima koja i donosi Ministar pravde. To su podzakonska akta koja najviše liče na poslovnik o radu sudova (sudski po-

⁶ Član 30a-30ž Zakon o vanparničnom postupku Službeni glasnik SR", br. 46/95, 18/2005, 85/2012, 45/2013, 55/2014.

slovník). To su poslovi: o načinu označavanja javnobeležničke kancelarije, radnom vremenu, ispunjenosti uslova za rad, postojanju svih neophodnih uslova za rad, čuvanju predmeta, arhiviranju predmeta, vođenju knjiga i evidencija i sl. Upravni nadzor vrši ministarstvo kroz tzv. redovnu i vanrednu kontrolu. Redovna kontrola podrazumeva permanentni nadzor nad obavljanjem javnobeležničkih poslova dok se vanredna kontrola može vršiti prema iskustvima uporednog prava po nahodanju samog ministarstva ili po pritužbi nekog od građana ili suda.

Treći oblik nadzora nad radom javnih beležnika pretstavlja nadzor koji vrši javnobeležnička komora. Komora⁷ ima kontrolnu funkciju nad radom javnih beležnika, a ona se ogleda u staleškom nadzoru njenih članova. Nadzor javnobeležničke komore nad beležnicima jeste službeni nadzor koji se odnosi na proveru službenih dužnosti beležnika. Ona se stara da beležnici u skladu sa zakonom, savesno i odgovorno obavljaju svoju službu i da čuvaju čast svoje profesije. Komora je dužna da vrši interne kontrole nad radom beležnika koje imaju za cilj da otklone uočene nepravilnosti u radu beležnika i uputi ih na pravilno postupanje, na ovaj način se izbegava arbitarnost a unapređuje služba. U vršenju nadzora nad radom ugledom, čašću svojih članova, komora se brine za savesno i lojalno obavljanje profesije beležnika. Ona svojim članovima izriče disciplinske mere zbog neispunjavanja njihovih profesionalnih obaveza, može izreći meru opomene, ukora, novčane kazne. Komori je ostavljena mogućnost da predlaže pred sudom i teže disciplinske kazne za učinjenu težu povredu u obavljanju dužnosti javnog beležnika ili da predloži razrešenje. Ove nadležnosti komore značajno rasterećuju pravosuđe.

Sasvim je sigurno da će se ovaj nadzor u toku konstituisanja javno beležničke službe pooštrevati i dodatno afirmisati. Prema iskustvima iz zemalja koje imaju dužu tradiciju u radu javnih beležnika, zapazili smo izuzetan značaj kontrolne funkcije upravo javnobeležničkih komora. To je sasvim razumljivo jer su upravo javni beležnici najviše motivisani da uoče i otklone svaku nepravilnost u svom radu ili u radu nekog od njihovih kolega. Nadzor nad radom javnih beležnika u smislu profesionalnog rada, uređuje se disciplinskim aktima kao i etičkim kodeksom. Profesionalnu odgovornost dakle Komora će kontrolisati tako što će voditi računa da se javni beležnici ponašaju upravo onako kako se od njih to i očekuje. Komora će reagovati na svaki vid povrede pravila ponašanja ili kršenja ugleda javnobeležničke službe te je njena uloga sigurno izuzetna.

Građanska odgovornost ima za cilj da osigura obeštećenje za stranku koja trpi štetu koju je učinio javni beležnik, dok disciplinska odgovornost ima za cilj da štiti profesiju od povreda službenih dužnosti javnog beležnika, dok etička odgovornost ima za cilj da štiti ugled profesije. U evropskom zakonodavstvu postoji srazmera u povećanju kvantiteta i kvaliteta i obima posla beležnika i jačanju od-

⁷ Javnobeležnička komora Srbije osnovana je 15. Avgusta 2014. god.

govornosti njihovog rada, što je stimulans za beležnike da obavljaju savesno svoje obaveze, ali i u sigurnosti građana da će biti zaštićeni od nezakonitog rada.

DISCIPLINSKE POVREDE

U Osnovnim načelima latinskog notarijata predviđeno je da “zakon svake države određuje disciplinski code koji se primenjuje na notare, koji moraju biti pod stalnim nadzorom vlasti i komore. Stoga notari moraju obavljati dužnost u dobroj veri i cjelovito prema onima koji zahtevaju njihove usluge, prema državi i svojim kolegama.⁸ Disciplinske povrede su radnje javnog beležnika kojima je učinio povredu službene dužnosti i ugleda svoje profesije. One se sastoji u svakom aktu koji izvrši javni beležnik, njegov zamenik, pripravnik, kandidat koji je suprotan službenim dužnostima, obavezama, ugledu profesije, uopšte suprotan profesionalnim pravilima. Disciplinska odgovornost je nezavisna od ostalih vidova odgovornosti (prekršajne, građanske, krivične, etičke) i disciplinski postupak se pokreće radi utvrđivanja povrede službene dužnosti i utvrđivanja disciplinske odgovornosti. Krivica javnog beležnika, prilikom povrede dužnosti jeste uslov i za disciplinsku odgovornost. Zakon o javnom beležništvu Srbije predviđa dva osnovna oblika disciplinskih dela: lakša povreda dužnosti i disciplinski prestup.

Lakša povreda službene dužnosti. – Pod lakšom povredom javnobeležničke dužnosti smatra se “povreda dužnosti koja nije disciplinski prestup, a koja je kao takva određena statutom.”⁹ U uporednom pravu uobičajeno je negativna definicija ovog disciplinskog dela i ono se ne opisuje bliže, pa je “izraženo odstupanje od opšteg načela da se na krivičnu odgovornost može pozvati samo kada se radi o krivičnom delu.”¹⁰

Disciplinski prestupi. – Drugi oblik disciplinskog dela je prestup koji je teži oblik profesionalnih obaveza i propusta. Javni beležnik “kada izvrši nezakonitu radnju ne vrši javnu funkciju nego je krši.”¹¹

Može se klasifikovati da u teška disciplinska dela spada kada beležnik ozbiljno ugrozi poverenje svojom nesavesnošću, povredom svojih funkcija, nepristrasnosti, zabrane bavljenja drugim zanimanjem, čuvanja službene tajne i drugo. Ako prekr-

⁸ “Osnova načela latinskog notarskog sustava”, Javni bilježnik, Zagreb, broj 22/2000, str. 11).

⁹ Član 150. stav 2. ZJB Srbije.

¹⁰ Crnić, I., Dika, M., *Zakon o javnom bilježništvu*, Organizator, Zagreb, 1984, str. 76, navode da je reč o: negativnoj definiciji disciplinskog dela, jer zakon ne traži da se to disciplinsko delo pobliže opiše, što otvara široku mogućnost odovornosti javnog beležnika. Neurednost ne definišu ni ostali zakoni o beležništvu, član 112. ZJB Slovenije, član 118. ZN Makedonije, član 145. ZJB Hrvatske, član 70, 71. ZJB Mađarske (61/1991) i dr.

¹¹ Kelzen, H., *Opšta teorija prava i države*, Centar za publikacije pravnog fakulteta Univerzitet u Beogradu, Bedograd, 1998, str. 109, 112. “državni organ ili državni funkcioner koji izvrši nezakonitu radnju ne vrši time državnu funkciju, nego je krši.”

ši obaveze iz svog poslovanja ili povredi dužnosti koje proističu iz njegovog pravnog položaja, kao što je neobavljanje službe u kancelariji, neuredno vođenje knjiga, odsustvovanje sa posla.

VRSTE PRESTUPA

Javni beležnik ne može da disciplinski odgovara za dela koja nisu izričito predviđena u zakonu, pa su disciplinski prestupi taksativno određeni u zakonu,¹² jer beležnik ne može da disciplinski odgovara za dela koja ne predviđa zakon. To su: povreda nepristrasnosti prilikom sačinjavanja isprava, nepridržavanje odredaba zakona kao disciplinski prestup, prikriivanje zakonski smetnji prilikom izbora, povreda zabrane zastupanja, naplaćivanje nagrade protivno javnobeležničkoj tarifi, nedolično traženje stranaka neplaćanje članarine komori, prekoračenje naloga suda i nepostupanje po pravosnažnim odlukama suda i nadzornih organa, povreda dužnosti urednog vođenja poslovnih knjiga, povreda upotrebe službenog jezika, neovlašćeno raspolaganje sa stvarima depozita, preuzimanje jemstva, neovlašćeno vršenje službe i povreda obaveze usavršavanja.

Povreda nepristrasnosti prilikom sačinjavanja isprava. – Javni beležnik prema strankama ima odnos službenog lica kao i sudija, te ne može stranke da stavi u neravnopravan pravni položaj. Pravne posledice narušenja nepristrasnosti pojavljuju se, na primer, u slučaju da javni beležnik postupa u predmetima iz kojih neposredno proizilaze prava i obaveze za njega ili njegove srodnike. Ovo je povezano sa zabranom njegovog učešća u javnobeležničkom postupku pri izradi isprave, jer takva isprava ne može imati dejstvo javne isprave. Javni beležnik mora da pouči neuku stranku na pravne posledice posla koje preuzima. Ovo je osnovna dužnost koja spada u osnovne elemente njegovog položaja. Nepristrasnost će biti povređena prilikom sastavljanja isprava: ako ne poštuje pravila forme, sadržine i pisanja isprave, ne unese datum, ne unosi pravu volju stranaka, ako ih neprikladno savetuje i neupozori na posledice, odnosno ne unese pouku, ne pozove svedoke ili prevodioce, kada pogrešno utvrdi činjenično stanje, ako preduzme radnju koju po zakonu mora biti izuzet i povredi dužnost čuvanja tajne.

Povreda utvrđivanja prave volje stranaka. – Načelo savesnosti i istinitosti je izraženo u javnobeležničkoj delatnosti, a posebno pri izradi isprava. Javni beležnik mora da se pridržava prave volje stranaka i činjeničnog stanja. Ova dužnost javnog beležnika je povređena, na primer, pri sačinjavanju zaveštanja, kad javni beležnik ne unese pravu volju zaveštaoca i ne upozori ga na pravne posledice koje se odnose na zaveštanje. Osim toga, javni beležnik je dužan da upozori stranke na moguće sporove ili pravne smetnje koje mogu nastati zbog njihovih izjava. Ukoliko stranke ostanu pri svojim izjavama i posle upozorenja u ispravu mora da se unese i upozorenje javnog beležnika, jer javni beležnik imao obavezu da i materijalnoopravno poučava stranke.

¹² Član 152. stav 3. ZJB Srbije.

Povreda dužnosti savetovanja. – Beležnik je dužan da stranke savetuje i da im pojasni prirodu pravnog posla ili date izjave, što je najčešće slučaj pri sačinjavanju beležničkog zapisa. Isprava koju sačinjava mora biti pravno valjana. Stoga on mora savetovati stranke i poučiti ih o pravnom poslu, ali ne sme da posreduje između stranaka. Njegova dužnost je da savetuje stranke i da ih upozori na poslovne rizike koji su povezani sa pravnim poslom, kao i na posledice rušljivosti i manjkavosti pravnog posla¹³. Drugim rečima – da ih upozori na sve pravne pretpostavke za valjanost pravnog posla. Međutim, javni beležnik nije dužan da pouči stranku o ekonomskom učinku pravnog posla, odnosno o načelu jednake vrednosti kod dvostranih pravnih poslova o čemu stranke moraju da vode računa.

Povreda pouke i upozorenja. – Prilikom izrade isprava beležnik je dužan da pouči stranke o pravnom poslu i da iznese svoj stav o tome. Naime, javni beležnik mora da sačini pravnovaljanu ispravu koja odgovara pravoj volji stranaka i da učesnicima objasni pravi značaj posla. Zabelešku o pouci unosi u zapisnik.¹⁴ Opšta službena dužnost beležnika, zakonom propisana, jeste da pouči stranke u postupku. Posebna dužnost beležnika odnosi se na posebne rizike koji su povezani sa konkretnim pravnim poslom. Stoga on mora da upozori i pouči stranke o promeni pravnog posla, kao i o pravnim pretpostavkama za valjanost pravnog posla, na primer, da stranka mora imati uredno punomoćje, ili o učincima i posledicama pravnog posla, kao i o očekivanju razvoja pravnog posla. Javni beležnik mora da pouči stranke i o njihovim posebnim radnjama i zahtevima, koji su označeni za posebne vrste radnji pravnog posla, na primer – da uzme potrebne podatke iz lista nepokretnosti, ako je reč o izjavi učesnika da je stekao hipoteku na nepokretnosti. Ako se javnom beležniku to pravo učini sumnjivo, on mora proveriti ovaj podatak. Obaveza na pouku proizilazi iz njegove funkcije nepristrasnosti i nezavisnosti. Povreda dužnosti pozivanja svedoka i prevodioca. Javni beležnik je prilikom izrade isprave dužan da, ukoliko je stranka gluva, slepa ili nema ili nepismena, a i kod sastavljanja naslednih ugovora, da pozove dva svedoka akta koja moraju da učestvuju ili da pozove i drugog javnog beležnika. Ukoliko se radi o stranci koja ne zna jezik, javni beležnik je dužan da pozove i prevodioca. Povreda dužnosti će biti ako prilikom sačinjavanja isprave nisu prisutne stranke.

Povreda dužnosti utvrđivanja činjeničnog stanja. – Izdavanje potvrde o činjenicama je najveći oblik saopštenja u javnobeležničkoj ispravi i zbog toga on mora da se pridržava objektivne reprodukcije onog što je video i opazio. Javni beležnik ne mora da potvrdi da je video zlatne poluge, već da navede da je video

¹³ Vrhovni pokrajinski sud u Minhenu, SVS>NNL, Izveštaj sudske prakse, 1998: “notar, nije dužan da ispita ekonomsko pitanje, da li u nekom planu plaćanja predviđene rate po vrednosti odgovaraju izvršenim građevinskim radovima ako ova povreda prouzrokuje njihovu zaštitu i na njih utiče, jer interesi trećeg lica treba da budu zaštićeni kod propisane službene obaveze protiv ugrožavanja.”

¹⁴ Rijavec, V., “Civilnopravna odgovornost notarjev,” *Pravna praksa*, Ljubljana, 1998, str. 406 – razlikuje opštu i posebnu pouku javnog beležnika.

“poluge sa zlatnim” sjajem ili da mu je na uvid podnet – originalni spis. Naime, potvrda beležnika obuhvata pored utvrđivanja stvarne prirode stvari i nalaz veštaka, na koje on mora da se osloni. Takođe, kod overe datuma on ne može anti-datirati datum i staviti lažno datiranje.¹⁵ On nesme da potvrdi da je nastupila činjenica koja nije nastupila.

Povreda zabrane izuzeća. – On ne može da unosi zabeležbu koja nije. Kada postoji zakonska pretpostavka za izuzeće javnog beležnika, tada je on dužan da uskrati obavljanje radnje i sačinjavanje javnobeležničke isprave. Uslov za izuzeće javnog beležnika je upravo zakonom predviđena zabrana za poslove gde je on stranka, zakonski zastupnik, srodnik po krvi u pravoj liniji ili pobočnoj do određenog stepena¹⁶. Javni beležnik na ovu zabranu pazi po službenoj dužnosti, jer svaka zabrana radnje javnog beležnika ima za cilj da izbegne kršenje njegovih zakonskih obaveza, a posebno njegovu funkciju nezavisnosti i nepristrasnosti.

Zakonska pretpostavka isključenja javnog beležnika povezana je s pretpostavkom pristrasnosti koja budi sumnju u njegovu nezavisnost i nepristrasnost, a samim tim i sumnju u kršenje njegovih zakonskih obaveza. Zbog toga ako preduzime radnje u slučaju kada postoji zabrana učešća u javnobeležničkom postupku, tada javni beležnik čini povredu službene dužnosti koja povlači disciplinsku odgovornost.

Povreda dužnosti čuvanja tajne. – Specifična priroda odnosa koja je moguća na području delatnosti javnog beležnika i stranke uslovlila je čuvanje tajne, odnosno podataka koje je stranka saopštila beležniku u pogledu imovinskog stanja ili statusa. Sama stranka može da oslobodi beležnika čuvanja tajne, ali to može i sud, odnosno predsednik prvostepenog suda. Ovo drugo – u slučaju da je stranka umrla, ili da je njenu izjavu, potrebnu radi utvrđivanja istine, moguće pribaviti samo uz velike teškoće, kao i u slučaju da se čuvanjem tajne stranci nanosi šteta. Obaveza čuvanja tajne postoji i nakon prestanka obavljanja delatnosti javnog beležnika. Na primer, povreda ove obaveze je i u slučaju da javni beležnik bračnom detetu koje se pojavljuje kod njega kao klijent saopšti da mu je stranka navela da ima dece i van braka.

Povreda pravila koje se odnose na formu i način sastavljanja isprava. – Javni beležnik mora da se pridržava pravila koje se odnose na formu i sadržinu javnobeležničkih isprava. On mora da unese datum i mesto prilikom sastavljanja isprava. Javni beležnik mora i da poštuje pravila pisanja koja su predviđena za zapise i zapisnike. On ne može da unosi zabeleške koja nije predviđena zakonom.

Nepridržavanje zakonskih odredaba. – Zakon uopšteno određuje kao disciplinski prestup preduzimanje radnji protivno zakonu I kojima se narušava nepristrasnost. Dužnost beležnika je da postupa u skladu sa propisima i načelom

¹⁵ Beck'sches, *Notar-Handbuch*, red. Wolfram Waldner, 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2000, str. 1173.

¹⁶ Član 54. ZJB Srbije.

savesnosti i poštenja. U svom delanju on nesme da ugrozi nepristrasnost i nezavisnost. Povredom ovih funkcija on čini disciplinski prestup. Javna funkcija beležnika podrazumeva zabranu bavljenja drugim poslovima i posebno ponašanje. On ne može svojim ponašanjem u zvanju i privatnom životu da vređa čast i ugled svog staleža i da dovodi u pitanje poverenje u javnobeležničku službu.

U pojedinim uporednim pravima povreda ugleda i časti je predviđena kao posebni disciplinski prestup.¹⁷ Osim toga, javni beležnik mora da se pridržava svih dužnosti koje je predstavljaju njegovu zakonom utvrđene obaveze na primer da obavlja službu u radno vreme i u svom sedištu. Naime, on mora da pazi na svoju mesnu nadležnost. Javni beležnik ne može neopravdano da odbije službenu radnju kada mu se stranke obrate, takvim ponašanjem čini povredu službene dužnosti. Međutim, ukoliko bi pravni posao koji stranke zahtevaju bio protivzakonit ili nesavestan, ili bi dovodio do zablude, ili bi pak oštetio treću osobu, ili ukoliko ne bi odgovarao pravoj volji učesnika, javni beležnik će biti dužan da odbije svoju radnju.¹⁸ Javni beležnik je takođe dužan da odbije svaku radnju sa maloletnim licem, ili zbog bilo kojeg drugog razloga koji predviđa zakon, kao zabranu da se ne može zaključiti pravni posao, a što se odnosi posebno na poslovno nesposobna lica.¹⁹ Njegova opšta službena dužnost jeste da zakonito i savesno postupi, pa kršenjem ove dužnosti on čini povredu službene dužnosti. Dužnosti javnog beležnika su određene zakonom o beležništvu. Pravilnikom i drugim podzakonskim aktima, nepridržavanjem zakonom utvrđenih obaveza on čini povredu službenih dužnosti: vođenje evidencije, plaćanje osiguranje, čuvanje knjiga i drugo.

Pored toga, on u delokrugu svoje delatnosti primenjuje zakone iz različitih pravnih oblasti u postupcima koje preduzima, koje mora pravilno da primenjuje razmatrajući svaki konkretni slučaj posebno. On mora da poštuje procesna načela svih zakona. Na primer, on čini propust i kada se nepridržava rokova predviđenih u zakonu. Ovo je naročito važno kod rokova koji se odnose na izjave kod protesta menice i čeka. Takođe se zahteva da zna sve propise i nacрте zakona, koji tek treba da budu usvojeni pred parlamentom. Javni beležnik nije pasivni zapisivač volja stranaka, već mora i sa stručnim savetima da im pomogne da postignu sporazum koji osigurava pravnu sigurnost i interes svih saugovorača. On može da obavlja poslove koji su zakonom stavljeni u delokrug, i to, samo u skladu sa zakonom.

Prikrivanje zakonski smetnji prilikom izbora. – Zakon taksativno predviđa kumulativne uslove za izbor (državljanstvo, pravni fakultet, pravosudni ispit i drugo). Ukoliko je javni beležnik svesno prikrrio postojanje zakonskih uslova prilikom postupka imenovanja čini disciplinski prestup, pa će mu u tom slučaju biti

¹⁷ Član 33. stav 4. ZJB Hrvatske, član 2. ZN Republike Srpske, a bilo je predviđeno i članom 145. ZJB KJ.

¹⁸ Član 9. ZJB Srbije, član 35. tačka 1. ZJB KJ, član. 53. ZN BiH, član 45. ZN R.Srpske.

¹⁹ Član 35. ZJB KJ, član 48. ZN R.Srpske.

izrečena disciplinsku kazna oduzimanja prava na obavljanje službe. Javni beležnik, kao što je rečeno, biće razrešen.

Povreda zabrane zastupanja. – U uporednom pravu usvojeno je pravilo da javni beležnik nije zastupnik stranke, već njihov poverenik. On se stara o pravnom poslu I pravima stranaka. Pojedina prava predviđaju da javni beležnik može da zastupa stranku samo u vezi isprave koju je sačinio i to u nespornim stvarima. Iako ova prava dopuštaju zastupanje od strane javnog beležnika, predviđaju povredu ove dužnosti u svim slučajevima kada nije ovlašćen da zastupa stranku, odnosno kada mu zakon zabranjuje.²⁰

Srpski zakon propisuje zabranu zastupanja za beležnika i ukoliko bi javni beležnik zastupao stranku i u nespornim stvarima tada bi on učinio disciplinski prestup, jer je zvanje beležnika nespojivo je sa advokaturom. Povreda ove dužnosti razgraničava funkciju zastupanja kod javnog beležnika i advokata, jer je osnovna delatnost advokata zastupanje. Postavlja se pitanje da li javni beležnik može da ovlasti svog zamenika ili pomoćnika da ga zamene kada je postavljen za izvršioca zaveštanja ili arbitra. Shvatanje sudske prakse u Nemačkoj polazi od poverenja koje je ukazano beležniku, a ne od stručnosti lica koje ga menjaju”da treba počiti od činjenice da postavljanje beležnika za izvršioca zaveštanja počiva na ličnom poverenju što ne važi za zaposlene, odnosno njegove predstavnike.²¹

Naplaćivanje nagrade protivno javnobeležničkoj tarifi. – Naplata javnobeležničkih usluga mora biti u skladu sa propisanom tarifom. Javni beležnik nemože proizvoljno da sklapa dogovore o paušalnom plaćanju nagrade i troškova, stoga je zakonom izričito zabranjen svaki takav sporazum. Izričito je zabranjeno svako eventualno ugovaranje nagrade veće od propisane ili obećanje o snižavanju nagrade. Ovaj pravni posao biće pravno nevaljan a proizvešće kao posledicu disciplinski prestup. Princip nepristrasnosti biće narušen u odnosu na obavezu plaćanja usluga javnom beležniku, na primer, kod dvostranih pravnih poslova, ako samo jedna stranka plati uslugu. prema tome, javni beležnik mora striktno da se drži javnobeležničke tarife i nemože da istu proizvoljno tumači. U savremenim zakonodavstvima sadržane su odgovarajuće norme koje obezbeđuju nepristrasnost i to kroz nalog javnom beležniku da se “postara” da nijedna stranka ne bude u lošijem položaju od druge stranke.²² Poseban disciplinski prestup će biti ako obećava smanjenje nagrade da bi privukao stranke. Javni beležnik ne sme da privhati nalog za plaćanje naknade unapred, time bi se stvorila pogrešna predstava o

²⁰ Član 161. ZJB Hrvatske, član 128. ZN FBiH, član 124. ZN Republike Srpske.

²¹ Vrhovni pokrajinski sud u Frankfurtu 7. 12. 1999, Mitt Bay Not 2000, 464, treba počiti od činjenice da postavljanje beležnika za izvršioca zaveštanja počiva na ličnom poverenju što ne važi za zaposlene, odnosno njegove predstavnike, cit. kod Beck'sches, *op. cit.*, str. 1173.

²² Član 52. stav 1. ZJB Srbije, član 161. ZJB Hrvatske, član 2, 128. ZN Federacije BiH, 124. ZN R. Srpske, član 2. ZN Makedonije, član 3. Crne Gore, a isto je bilo predviđeno i ZJB Kraljevine Jugoslavije (član 170. stav 13. a u vezi sa članom 9. stav 4.).

visini zahtevane naknade. Javni beležnik ne sme da prihvati "uslovljen nalog radi izvršenja preuzete radnje"²³ na primer, ako bi stranka zahtevala da overenu izjavu o gašenju hipoteke dostavi vlasniku s tim da vlasnik nepokretnosti plati beležniku ovu radnju, a da o tome ne postoji saglasnost. Isto će biti u slučaju ako dužnik uslovi da overenu izjavu o priznanju duga, ili izjavu na pristanak izvršenja snosi poverilac. Javni beležnik troškove nagrade može da izda samo dužniku.

Nedolično traženje stranaka. – U domaćem i uprednom pravu zakoni o beležništvu predviđaju i povredu dužnosti beležnika, ako kao sudski poverenik vrši pritisak na stranke da im on završava poslove. Javni beležnik mora da prilikom postupanja po nalogu suda da pazi da ne ugrozi nepristrasnost i ugled svog staleža. On nesme da se reklamira ili na drugi nedostojan način privlači stranke, ostvarujući na taj način ekonomske efekte. U pravima koja predviđaju i funkciju zastupanja za beležnika biće ova povreda dužnosti ako vrši pritisak da ga postave za zastupnika. Komercijalno ponašanje javnog beležnika je u suprotnosti sa javnom službom. Javni beležnik mora da prilikom postupanja po nalogu suda da pazi da ne ugrozi nepristrasnost i ugled svog staleža.

Neplaćanje članarine komori. – Javnobeležnička komora se finansira od svojih članova s toga beležnici predlažu budžet i određuju svoju članarinu. Uobičajeno je da članarina zavisi od platežne sposobnosti beležnika, ali može biti i fikсна.²⁴ Komore izdvajaju sredstva za rad iz doprinosa svojih članova. Na skupštini komore se utvrđuje visina doprinosa javnih beležnika. U uporednom pravu su predviđena dva načina izdvajanja doprinosa. Doprinosi beležnika se utvrđuju u paušalnom iznosu koji je isti za sve beležnike ili prema utvrđenom procentu od prihoda beležnika. Ovo drugo rešenje prihvataju prava gde je beležništvo u začetku, odnosno gde pojedine kancelarije beležnika zbog smanjenog obima posla nemogu da opstanu zbog troškova. Komore ostvaruju prihode i iz drugih izvora kao što su sredstva dobijena iz budžeta, prihodi od kamata, prihodi stečeni obavljanjem privredne delatnosti. Komora može da osniva razne fondove radi pružanje materijalne pomoći svojim članovima kao i da osniva socijalne fondove.²⁵ Kršenjem ove obaveze javni beležnik čini disciplinski prestup ako u određenom roku neplati članarinu komori.²⁶

²³ Reithmann, Albrecht, *Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung*, 8. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München, 2001, str. 137, 138.

²⁴ Član 73. Savezna uredba o notarima Nemačke, 1961. godine, u daljem tekstu: SZON, Nemačka predviđa da doprinose od javnih beležnika prikuplja komora. Zaostali, a dospeli iznosi doprinosa mogu da se naplate tako što predsednik komore izdaje platni nalog koji je snabdeven klauzulom o izvršnosti i pečatom Javnobeležničke komore.

²⁵ Član 67. stav 2. i 3. SZON.

²⁶ Član 150. stav 8. ZJB Srbije "ako neplati članarinu tri meseca uzastopno ili šest meseci sa prekidima u toku kalendarske godine."

Prekoračenje naloga suda i nepostupanje po pravosnažnim odlukama suda i nadzornih organa. – Javni beležnik je dužan da postupa po nalogu suda. Nalog suda predstavlja ovlašćenje beležnika da preduzima pojedine radnje ili postupak. On nesme da prekorači ovlašćenje iz naloga. Takvim postupkom on bi činio zloupotrbu ovlašćenja. Javni beležnik ne sme da prekorači rok za postupanje koje mu je određen u nalogu. On ne može da postupa u onim postupcima i poslovima gde je predviđeno ograničenje u poveravanju poslova.

Javni beležnik je dužan da postupa i po pravosnažnim odlukama suda i nadzornih organa. Ako bi mu odlukom komore ministarstva ili suda bilo naloženo da preduzme određenu radnju, a po ovim odlukama ne postupi, tada isto čini disciplinski prekršaj. Naime, komora može javnom beležniku naložiti da plati kaznu na primer, kada se nije odazovao pozivu komore, ako on ne postupi po njenom nalogu i ne plati kaznu, tada čini disciplinski prekršaj.

Povreda dužnosti urednog vođenja poslovnih knjiga. – U dužnost javnog beležnika spada čuvanje isprava koje je sam sačinio i uredno vođenje knjiga. Javni beležnik je dužan da knjige vodi na propisan način i da ih čuva u određenom roku. Javnobeležničkim poslovníkom će biti određen postupak preuzimanja, korišćenja i uništavanja javnobeležničkih isprava i knjiga. On mora da unosi sve podatke u poslovne knjige. Potrebno je da unese vrstu poslova i radnje koje je preduzeo, na primer, koju tarifu je za pojedinu radnju primenio ili naknadno naplatio nagradu. Povreda službene dužnosti urednog i savesnog vođenja knjiga biće i kada propusti da upiše ove radnje ili neistinito ih unosi.

Povreda obaveze upotrebe službenog jezika. – Dužnost javnog beležnika jeste da koristi službeni jezik prilikom izrade isprava. Zakon imperativno određuje upotrebu službenog jezika i pisma kao uslov prilikom izbora. Ako javni beležnik ne upotrebljava službeni jezik, on krši dužnost. Dužnost javnog beležnika je da zna službeni jezik manjine ako je imenovan na područje gde se upotrebljava jezik manjine ili da priloži sporazum o saradnji sa sudskim prevodiocem. U slučaju da ne koristi prilikom preduzetih poslova službeni jezik manjine ili nema adekvatan prevod na tom jeziku, činiće povredu ove dužnosti.

Neovlašćeno raspolaganje sa stvarima depozita. – U delatnost javnog beležnika spadaju poslovi depozita. On je dužan da preuzme na čuvanje dragoceności, gotov novac i hartije od vrednosti i to u cilju da ih uruči određenom licu ili organu. Prilikom preuzimanja ovih predmeta javni beležnik mora da izda potvrdu o njihovom preuzimanju. Na primer, kod ugovora o zalozi kada su u pitanju hartije od vrednosti i potraživanja, realizacija se vrši podnošenjem hartija od vrednosti na naplatu njihovom prodajom u zavisnosti od vrste hartija od vrednosti. Radnja beležnika ogleda se u čuvanju naplaćenog iznosa ili čuvanju stvari. Neovlašćenim raspolaganjem novca i drugih vrednosti koje su mu poverene čini povredu službene dužnosti. To će biti ako povereni novac uloži na račun lica za koje nepostoji nalog, na primer svog srodnika.

Preuzimanje jemstva. – Stranke mogu da se sporazumeju da dužnik položi jemstvo. Izjava dužnika data pred beležnikom predstavlja sredstvo obezbeđenja. Javni beležnik može da čuva obezbeđenu stvar. Javni beležnik ne može na bilo koji način da lično učestvuje u poslovima koje on zaključuje, niti u njima da sude-luje. U suprotnom, preuzimanjem bilo kakve odgovornosti u ovim poslovima, on bi povredio nepristrasnost i javno poverenje. Njegova opšta službena dužnost je da ne sme da posreduje u zaključivanju pravnih poslova ali je dužan da i lica koja kod njega rade nepreduzimaju takve radnje.²⁷

Neovlašćeno vršenje službe. – Javni beležnik mora da poštuje disciplinsku kaznu koja mu je izrečena. Kazna privremenog udaljavanja iz službe spada u teške povrede službenih dužnosti koje ga čine nedostojnim za obavljanje javnobe-ležničke dužnosti i izriče se za određeni vrememenski period. Javni beležnik se briše iz imenika komore. Ako u periodu za koji je izrečena kazna obavlja službu smatraće se da neovlašćeno vrši službu. Isti učinak će imati izrečena mera zabra-ne bavljenja ili udaljavanja iz službe u krivičnom postupku ili od strane predsed-nika suda. Javni beležnik je dužan da postupa po nalogu suda, ali i po pravosnaž-nim odlukama suda i nadzornih organa.

Povreda obaveze usavršavanja. – Zakon propisuje obavezu usavršavanja jav-nih beležnika. Edukaciju beležnika obavljaće Javnobeležnička komora u našem pravu. Kršenjem ove obaveze javni beležnik čini povredu službene dužnosti. Javni beležnik primenjuje zakone, pa je zbog toga potrebna permanentna- stalna edu-kacija beležnika. On mora da prati zakonske propise i da bude upoznat sa sud-skom praksom, otuda proizilazi sankcija za povredu obaveze usavršavanja. Povre-da ove obaveze je i razlog za njegovo razrešenje.

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

VIOLATION OF OFFICIAL DUTIES OF THE NOTARY

Summary

The supervision of the work of public notaries is performed by: the courts, the Ministry of Justice and the public notary chambers. The court will supervise the level of expertise and work done by public notaries. The administrative supervision is conducted by the Ministry of Justice. The supervision of the professional work is done by the chamber of the notary public. The disciplinary responsibility of the notary aims to protect the profession of the breaches from the official duties of the notary.

²⁷ Član 52. ZJB Srbije.

Disciplinary actions are a violation of the notary public who has committed a violation of official duties and the reputation of his/her profession. The fault of the notary public which is done as a violation of duty is a requirement for disciplinary responsibility. The Law on Public Notaries of Serbia has adopted a share of disciplinary offenses to: facilitate misconduct and disciplinary offense. The public notary cannot be liable for disciplinary offenses that are not expressly provided for in the law, and disciplinary offenses explicitly specified in the law. These are: violation of impartiality when drafting documents, failure to comply with the provisions of the law as a disciplinary offense, covering legislative interference, violations of the prohibition of representation, collecting rates contrary to the notary tariffs, improper search for clients, failing to pay member fees to the chamber, reaching the court order and failure to comply with a final court decision and control authority, breach of duty of proper book keeping violations, use of the official language, unauthorized access to the staff under deposit, taking a bail, unauthorized exercise of the injury and training obligations. Disciplinary responsibility of the notary public can be found only in the disciplinary proceedings and he runs in order to establish a violation of determining disciplinary liability. In the European legislature exists a proportion of how much of an increase should there be in the quantity and quality in the volume of the work of the notary and the strengthening accountability for their work, which is a stimulant for the notary to perform their duties conscientiously, but it is also a security of citizens to be protected.

VELIBOR KORAĆ

NOTARSKI ZAPIS BRAČNOG UGOVORA

OD IMPERATIVNOG DO DISPOZITIVNOG IMOVINSKOG REŽIMA SUPRUŽNIKA

Ugovorni imovinski režim do 2007. godine. – Do donošenja Porodičnog zakona 2007. godine u Crnoj Gori režim zajedničke imovine bio je obavezan imovinski režim supružnika. I prema bivšem Osnovnom zakonu o braku i prema Porodičnom zakonu Crne Gore iz 1989. godine pravni režim zajedničke imovine bio je regulisan imperativnim propisima. Bračni drugovi nijesu mogli svojim sporazumom drukčije urediti, otkloniti ili proširiti režim zajedničke imovine. Nijesu ga mogli ograničiti samo na određenu vrstu dobara, niti se unaprijed odreći upravljanja, korišćenja, držanja ili učešća u diobi zajedničke imovine. Ugovor kojim bi bračni drugovi predvidjeli da se režim zajedničke imovine odnosi na dio ili cjelinu posebne imovine bio bi bez pravne važnosti.

Nedopuštenost ugovornog uređivanja imovinskih odnosa bračnih drugova nije značila i zabranu ugovaranja između bračnih drugova uopšte. Bračni drugovi su i prema tadašnjim propisima imali slobodu međusobnog ugovaranja koja je bila ograničena samo imperativnim normama porodičnog prava, posebno zakonskog imovinskog režima. Oni su slobodno mogli zaključivati brojne imenovane i neimenovane ugovore povodom posebne imovine, a najčešće ugovor o poklonu, kupoprodaji, zajmu, razmjeni, punomoćstvu. Mogli su zaključivati ugovore o doživotnom izdržavanju i ugovor o radu, iako je u teoriji i sudskoj praksi bilo drukčijih mišljenja i stavova.¹ Dakle, bilo je dozvoljeno da zaključuju i neke ugovore u

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

¹ Gams, A., Bračno i porodično imovinsko pravo, Beograd, 1966, str. 80; Mladenović, M., Porodično pravo, knj. II, Beograd, 1981, str. 672; Bakić, V., Porodično pravo, Beograd, 1988, str. 176;

vezi sa zajedničkom imovinom: ugovor o upravljanju i raspolaganju zajedničkom imovinom ili njenim djelovima i ugovor o diobi zajedničke imovine.² Neke ugovore bračni drugovi ne mogu zaključivati jer oni po prirodi stvari nijesu mogući u bračnoj zajednici u kojoj bračni drugovi zajednički koriste predmete svoje imovine. Tako su ugovor o posluži, ostavi i zalozi praktično neostvarivi između bračnih drugova, iako izričito nijesu zabranjeni.³ Dakle, priroda braka, a ne objektivno pravo, ne dopušta zaključenje ovih ugovora između supružnika. Kad brak i ugovor koegzistiraju između istih lica ugovor se mora prilagoditi (modifikovati) braku koji je uglavnom regulisan imperativnim normama (alteracija ugovora). "Koegzistencija je moguća ako izvršenje ugovora (ispunjenje prava i obaveza iz ugovora) ostane izvan izvršenja prava i dužnosti koje ugovaračima supružima nameće brak".⁴ Otuda egzistencija braka i ugovora između supružnika zahtijeva često modifikaciju ugovornih prava i obaveza, u suprotnom ugovor će ostati bez pravnog dejstva.

Modifikacija zakonskog imovinskog režima. – Donošenjem Porodičnog zakona Crne Gore iz 2007. godine propisana je mogućnost da bračni drugovi mogu svojim sporazumom isključiti ili izmijeniti zakonski imovinski režim. Imperativnost nije više karakteristika ovog režima. Ugovorno uređivanje imovinskih odnosa supružnika dobilo je znatno širu primjenu. Prvi put je u crnogorsko zakonodavstvo uveden bračni ugovor. Sada, po ugledu na brojna uporedna zakonodavstva, supružnici mogu sami po svojoj volji urediti imovinske odnose. Tako je jedan dugogodišnji kogentni imovinski režim koji je važio i u periodu socijalizma značajno modifikovan dispozitivnim normama.

To opredjeljenje crnogorskog zakonodavstva uslovljeno je promjenama u društveno ekonomskim odnosima, posebno afirmacijom privatne svojine i razvojem preduzetništva. Slobodna privredna inicijativa i razvoj tržišnih odnosa nalažu veću slobodu ugovaranja i u bračnoj zajednici. Dispozitivnost zakonskog imovinskog režima dopušta bračnim drugovima da slobodno i samoodgovorno rješavaju životne odnose i uređuju imovinske interese saglasno svojim potrebama. Veća sloboda u oblasti ugovaranja doprinosi i razvoju demokratskih i ravnopravnih odnosa u bračnoj zajednici. Uostalom i dugogodišnje uporedno iskustvo razvijenih pravnih sistema koji primjenjuju bračni ugovor koji dopušta slobodu sadržajnog uređivanja imovinskih odnosa supružnika i slobodu promjene jednom određene sadržine, uticalo je na uvođenje ovog novog instituta u crnogorsko pravo.

Durović, Lj., Porodično pravo, Beograd, 1988, str. 364; Vizner, B., Građansko pravo u teoriji i praksi, knj. II, Osijek, 1967, str. 125.

² Član 285 stav 1 i član 286 stav 1 Porodičnog zakona Crne Gore iz 1989. godine.

³ Mladenović, M., *op. cit.*, str. 671; Sudžum, R., Imovinski odnosi bračnih drugova, Beograd, 1982, str. 300; Ponjavić, Z., Porodično pravo, Beograd, 2014, str. 413.

⁴ Sudžum, R., *op. cit.*, str. 283.

Uvođenjem bračnog ugovora crnogorsko zakonodavstvo stalo je u red pravnih sistema koji bračnim drugovima pružaju mogućnost da na međusobne imovinske odnose primjenjuju zakonski ili ugovorni režim. "Zakonski je sustav osmišljen prema pretpostavljenim potrebama i interesima prosječnog bračnog para. Ugovorni je sustav pak mogućnost prilagođavanja regulacije imovinskih odnosa posebnim potrebama i željama bračnih drugova".⁵ Mogućnost odstupanja od zakonskog imovinskog režima nije samo od značaja prije i u toku braka, već i nakon njegovog prestanka. Supružnici zaključuju bračni ugovor vodeći računa o sopstvenoj imovini i planovima, ali tako izbjegavaju ili smanjuju sudske sporove o imovini tokom braka kao i u slučaju razvoda braka. Širom slobodom ugovaranja oni dodatno štite međusobne lične odnose uz istovremeno zadržavanje veće slobode imovinske aktivnosti u novim tržišnim uslovima. Ponekad to može biti demotivacija za sklapanje bračnog ugovora jer "odstupanja od zakonskog imovinskog sustava mogla bi biti odbojna bračnim drugovima jer težište stavlja na imovinske interese umjesto na emotivne te kao da pretksazuje prestanak braka".⁶ Ipak, bračni ugovor predstavlja izraz prihvatanja principa autonomije volje bračnih drugova u imovinskim odnosima što, uz određena zaštitna ograničenja, omogućava bračnim drugovima da u cjelini ili djelimično odstupe od zakonskih odredaba koje uređuju imovinske odnose supružnika.⁷

Iskustvo zemalja u kojima se duže vremena primjenjuje bračni ugovor pokazuje njegovo češće zaključivanje između bračnih drugova koji se bave privrednom djelatnošću, što se opravdava samostalnošću privrednog društva i činjenicom da bračni drug koji nije član privrednog društva ne može uticati na njegovo poslovanje. "Ukoliko bračni drug ne-član stiče imovinu u društvu bračnog druga člana (privrednog) društva, rađaju se nepotrebni sporovi sa potraživanjima nečlana, što utiče na sigurnost poslovanja".⁸ Pored toga u literaturi se kao prednosti sklapanja bračnog ugovora navodi otvorenost i povjerenje među supružnicima koju podstiče pregovaranje o imovinskim odnosima, zatim smanjenje sukoba nakon prestanka braka, zaštita vrijednosti imovine, zaštita bračnog druga u odnosu na nasljednike koji zajedno sa njim konkurišu na nasljeđivanje i sl.⁹

Iako ima autora koji izražavaju sumnju u adekvatnost ovakvog rješenja u državama koje su u procesu tranzicije¹⁰ najveća prednost ugovornog regulisanja imovinskih odnosa bračnih drugova svakako je mogućnost izbora: zakonski ili ugovorni režim. Bračni drugovi su sada u prilici da odluče da li njihovim kon-

⁵ Majstorović, I., Bračni ugovor, Zagreb, 2005, str. 145.

⁶ Korać-G., A., Imovinski odnosi, u: Alinčić, M., i dr., Obiteljsko pravo, Zagreb, 2007, str. 515.

⁷ *Ibidem*.

⁸ Salma, J., O bračno-imovinskom ugovoru, Glasnik AKV, br. 62/2002, str. 346.

⁹ Korać Graovac, A., *op. cit.*, str. 516.

¹⁰ Cvejić-Jančić, O., Porodično pravo, Novi Sad, 2009, str. 144.

kretnim potrebama i željama više odgovara zakonski režim zajedničke imovine ili da imovinske odnose sporazumno urede. Pri tome oni mogu praviti razne modalitete ugovora i zakonski imovinski režim isključiti u cjelini ili djelimično. U svakom slučaju, zakonski režim zajedničke imovine ostaće prisutan u svakom braku ako nije isključen ugovorom. Očekivati je, ipak, da će supružnici sve češće svoje imovinske odnose regulisati prije braka ili u toku braka i tako na vrijeme rješavati eventualne sporove u budućnosti.¹¹ Ali će uvijek biti i onih koji će vjerovati da bračni ugovor ima, u određenoj mjeri, "subverzivno dejstvo na bračnu harmoniju".¹²

NOTARSKA FORMA BRAČNOG UGOVORA

Pojam i karakteristike bračnog ugovora. Iz stilizacije člana 301 stava 1 Porođičnog zakona Crne Gore¹³ može se formulisati zakonska definicija ovog pravnog posla: Bračni ugovor je ugovor kojim bračni drugovi tokom trajanja braka ili prije sklapanja braka uređuju svoje imovinske odnose na postojećoj ili budućoj imovini.¹⁴ I u pravnoj teoriji sretamo definicije ovog ugovora. "Bračni ugovor je svečani ugovor koji zaključuju supružnici ili budući supružnici kojim regulišu svoje imovinske odnose u braku."¹⁵ Jedan drugi autor navodi da je "bračni ugovor (*pacta nuptialia*) pravni posao nevjeste i ženika ili bračnih drugova o uređenju imovinskopravnih odnosa na postojećoj ili budućoj imovini".¹⁶ Hausheer navodi "da je bračni ugovor formalni sporazum bračnih drugova o određenom imovinskopravnom režimu, promjeni i ukidanju imovinskopravnog režima, kao i izmjenama imovinskopravnog režima unutar zakonom predviđenih granica".¹⁷

Ovaj ugovor spada u imenovane ugovore s obrzirom na to da ga je zakonodavac zbog važnosti i očekivane učestalosti posebno predvidio, regulisao i odredio mu naziv. Termin "bračni ugovor" nije potpuno adekvatan naziv jer može biti zaključen prije braka, a i vanbračni drugovi mogu zaključiti ugovor o regulisanju međusobnih imovinskih odnosa. U običnom govoru često se koristi i pojam "predbračni ugovor", iako ga Zakon ne poznaje, za razliku od, na primjer, italijanskog prava ili anglosaksonskog pravnog sistema. Porođični zakon posvećuje svega tri člana bračnom ugovoru, to znači da će se pored ovih odredaba *lex specialis* na

¹¹ Tešić, N., „Ljubav na prvi potpis” - o moralnosti bračnog ugovora, *Anali*, 2/2009, str. 244.

¹² Panov, S., Predmet bračnog ugovora, *Pravni život*, br. 10/2009, str. 894.

¹³ "Sl. list RCG", br. 01/07.

¹⁴ Sličnu formulaciju sadrži i Porođični zakon Srbije (čl. 188 st. 1), kao i Obiteljski zakon Hrvatske.

¹⁵ Ponjavić, Z., *op. cit.*, str. 413.

¹⁶ Korać Graovac, A., *op. cit.*, str. 515.

¹⁷ Hausheer, H., u: Basler Kommentar, *Zivilgesetzbuch* : Art. 1 - 456 ZGB, 2002, str. 1030, navedeno prema Majstorović, I., *op. cit.*, str. 222.

sva druga pitanja ovog pravnog posla primjenjivati opšta pravila ugovornog prava iz Zakona o obligacionim odnosima.¹⁸ On je akcesoran ugovor jer ne može samostalno da egzistira, već je zavisan od postojanja braka.¹⁹ Bračni ugovor se može zaključiti i prije braka ali ne proizvodi pravna dejstva ako ne dođe do zaključenja braka.²⁰ Ako brak prestane da postoji i bračni ugovor se gasi. To je po pravilu komutativan ugovor, jer u trenutku njegovog zaključenja supružnici znaju koju i koliko imovinu stiču, naročito kad je predmet regulisanja postojeća imovina. Međutim, kad se regulišu imovinski odnosi na budućoj imovini onda ovaj ugovor dobija aleatoran karakter pošto supružnici ne znaju vrijednost stvari i drugih dobara koja će steći u budućnosti. Najčešće je dvostrano obavezan ugovor, ali je moguće da u konkretnom slučaju bude i jednostrano obavezan. Ovaj ugovor ne bi se mogao jednostavno podvesti pod teretne ili dobročine. Stoga se navodi: "da se radi o pravnom poslu raspolaganja (*Verfügungsvertrag*), koji treba prosuđivati u odnosu na svaki pojedini slučaj".²¹ Bračni ugovor je strogo formalan pravni posao i vezan je za ličnost bračnih drugova. Tokom trajanja braka može biti modifikovan, a može se i raskinuti. On nije obavezan pratilac braka i u slučaju da ga bračni drugovi ne zaključe na njihove imovinske odnose primjenjivaće se zakonski imovinski režim.

Forma ad solemnitatem. – Bračni ugovor je strogo formalni pravni posao za čiju punovažnost je potrebna notarska forma. Istorijski i komparativno sačinjavanje bračnog ugovora konstantno je pripadalo regulaciono-sertifikacionoj funkciji notara. Forma ovog ugovora je propisana Porodičnim zakonom i Zakonom o notariama iz 2005. godine, ali ove odredbe nijesu usaglašene. Prema Porodičnom zakonu bračni ugovor se zaključuje u pismenoj formi i mora biti ovjeren od notara koji je dužan da prije ovjere bračnim drugovima pročita ugovor i upozori ih da se njime isključuje zakonski režim zajedničke imovine.²² Dakle, pored pismene redakcije ugovora zahtjeva se i aktivna intervencija notara kao javnog službenika koji ukazuje na važnost pravnog posla i njegove posljedice što ovom ugovoru daje karakter svečane forme. Bračni ugovor koji se odnosi na nepokretnosti upisuje se u katastar nepokretnosti zbog upoznavanja trećih lica sa njegovom sadržinom. Treća lica koja zaključuju pravne poslove sa bračnim drugovima povodom nepokretnosti na taj način se štite od zaključenja ništavih ugovora.²³

¹⁸ "Sl. list Crne Gore", br. 47/08.

¹⁹ Colin, A., Capitant, H., *Cours élémentaire de droit civil français, Tome III*, Paris, 1932, str. 18.

²⁰ O odnosu bračnog ugovora i braka i posljedicama akcesornosti bračnog ugovora vidi Raucant, L.-Leleu, Y.H., *Les régimes matrimoniaux: 2. Contrat de mariage et modification du régime matrimonial*, Bruxelles, 1999, str. 69-73.

²¹ Majstorović, I., *op. cit.*, str. 171.

²² Član 301 stav 2 Porodičnog zakona Crne Gore.

²³ Ponjavić, Z., *op. cit.*, str. 415.

Međutim, Zakonom o notarima, koji je *lex specialis* za oblik ovog pravnog posla propisano je da se bračni ugovor sačinjava u formi notarskog zapisa. Ako nije sačinjen u ovoj formi on ne proizvodi pravno dejstvo.²⁴ Notarski zapis je vrsta notarskog akta koji se određuje kao akt o pravnim poslovima i izjavama volje stranaka koje za njih sastavlja notar, u posebnoj formi, sa posebnim sadržajem i uz poštovanje postupka sastavljanja, koji time stiče svojstvo javne isprave.²⁵ Zakon o notarima notarski zapis određuje kao akt o pravnim poslovima, izjavama volje i činjenicama koje, u okviru svoje nadležnosti, sastavlja notar.²⁶

U vrijeme brzih društvenih promjena i dinamičnog pravnog saobraćaja notarska forma ugovora udovoljava potrebi povećane pravne sigurnosti. To je u prvom redu interes ugovornih strana kojima će notar, kao preventivni pravni zaštitnik, pomoći da zaključe punovažan ugovor, ukazati na pravne posljedice akta koji preduzimaju, razjasniti nedoumice i tako smanjiti potrebu za tumačenjem i vođenjem parnica povodom zaključenja ugovora.

Obavezna notarska forma za ovaj ugovor nije sama sebi svrha, već kao i svaka druga forma treba da ostvari očekivane ciljeve i zaštititi određene interese. Ova forma ustanovljena je kako u javnom interesu, tako i u interesu ugovornika i trećih lica. Najčešće se kao ciljevi forme navode njena zaštitna i dokazna funkcija, ali su od značaja evidenciona i kontrolna funkcija.²⁷ Forma sprečava ugovornike da se brzopleto i pre nagljeno odluče za ugovor i usmjerava ih da temeljitije i svestranije razmisle o ugovoru koji namjeravaju zaključiti. "Izgovorena reč pada mnogo brže nego napisane reči".²⁸ Ona pruža mogućnost da se preciznije i jasnije formulišu međusobna prava i obaveze ugovornih strana, da se razgraniče pregovori i predugovori od zaključenja ugovora. Uz to, forma pruža mogućnost za uknjižbu određenih prava u javne registre i olakšava kontrolu prometa određenih stvari i prava od strane fiskalnih i drugih organa. Dokazna funkcija forme je njeno opšte obilježje. Pored navedenih funkcija notarska forma ugovora ima naglašenu ulogu ostvarivanja pravne sigurnosti kao najvažnijeg cilja u pravnim odnosima. Iz cilja zbog koga je notarska forma propisana proizilazi da konvalidacija nije moguća bez obzira na to što bi ugovorne strane izvršile obaveze koje iz njega nastaju.²⁹

²⁴ Član 52 Zakona o notarima Crne Gore.

²⁵ Triva, S., Dika, M., Građansko parnično procesno pravo, Zagreb, 2004, str. 240.

²⁶ Član 5 Zakon o notarima Crne Gore.

²⁷ Kötz, H., Flessner, A., European Contract Law, Volume 1: Formation, Validity, and Content of Contract; Contract and Third Parties: Formation, Validity, and Content of Contract; Contract and Third Parties, Translated by Tony Weir, Oxford, 2002, str. 78 i d.; Perović, S., Obligaciono pravo, knj. I, Beograd, 1980, str. 196; Cigoj, S., Obligacije, Ljubljana, 1976, str. 323; Radišić, J., Obligaciono pravo, Beograd, 2004, str. 112; Rašović, Z., Građansko pravo, Podgorica, 2009, str. 278.

²⁸ Stojanović, D., Uvod u građansko pravo, Beograd, 1976, str. 143.

²⁹ Tako i Morait, B., Zakon o obligacionim odnosima i notarska forma, Pravni život, br. 11/2008, str. 441i 442.

Tako je Zakon o notarima u stvari derogirao odredbu člana 68 Zakona o obligacionim odnosima koja predviđia mogućnost konvalidacije ugovora kojem nedostaje forma (*lex specialis derogat legi generali*).

To je forma *ad solemnitatem* ali ona ima i dokaznu funkciju (*ad probationem*) jer se njome na siguran način dokazuje postojanje i sadržina bračnog ugovora. Svrha propisane forme je prevashodno zaštitnog karaktera ona štiti bračne drugove da bez dovoljno promišljanja pristupe zaključivanju bračnog ugovora ali se njome u značajnoj mjeri štite interesi trećih lica odnosno sigurnost pravnog pometa.³⁰ U teoriji ima prigovora da forma, ipak, nije dovoljno zaštitna, pa se predlaže da ovlašćeni organ koji ovjerava ugovor treba, pored ostalog, da skrene pažnju bračnom drugu da u slučaju da tokom braka ostane bez posla neće imati udio u imovini stečenoj tokom braka, kao i ovlašćenje da se odbije ovjera ugovora ako se procijeni da interesi jedne i druge strane nijesu zaštićeni.³¹ Ipak, zaključenje bračnog ugovora u formi notarskog zapisa donosi veću pravnu sigurnost. Pošto ima svojstvo izvršne isprave on "ubrzava i pojednostavljuje rješavanje imovinsko-pravnih pitanja".³² Notar vrši javnu službu i vodi računa jednako o interesima jedne i druge ugovorne strane, pruža im savjete, teži utvrđivanju njihove stvarne volje i upozorava na posljedice pravnog posla koji zaključuju. Stručna osposobljenost notara i njegova obaveza da pazi na punovažnost bračnog ugovora pruža garanciju da će zaključeni pravni posao biti punovažan što smanjuje potrebu za vođenje parnica o njegovoj ništavosti, tumačenju i dogovorenim pravima i obavezama.³³ Obavezna forma notarskog zapisa u jednakoj mjeri štiti i interese trećih lica.

Postupak sačinjavanja. – Postupak za zaključenje bračnog ugovora pred notarom pokreće se na inicijativu bračnih drugova ili lica koja namjeravaju da zaključe brak. Kad supružnici ili budući bračni drugovi traže sastavljanje ugovora one u stvari ističu zahtjev notarima kao javnom djelatniku da izvrši zadatak koji mu je zakonom stavljen u nadležnost.³⁴ On ne može odbiti njihov zahtjev da sačini zapis bračnog ugovora, osim u slučajevima koji su propisani zakonom.³⁵ Notar će prvo utvrditi identitet bračnih drugova odnosno vjerenika i njihovu sposobnost za ugovaranje, a onda pristupiti sačinjavanju pismene redakcije ugovora, i na kraju ugovor pročitati i potpisati.

³⁰ Žnidaršič, V., *Premoženjska razmjera med zakoncerma*, Ljubljana, 2002, str. 461, prema Majstorović, I., *op. cit.*, str. 189.

³¹ Čvejić Jančić, O., *op. cit.*, str. 145.

³² Majstorović, I., *op. cit.*, str. 182.

³³ Đurđević, D., *Javnobeležnički akti*, u: *Javnobeležničko pravo*, priredio prof. dr Dragor Hiber, Pravni fakultet, Beograd, 2006, str. 109.

³⁴ Wagner, K., Knechtel, G., *Kommentar zur Notariatsordnung*, Wien, 2006, str. 186.

³⁵ Član 27 i 28 Zakona o notarima.

Utvrđivanje identiteta. – Notar prije svega treba da utvrdi identitet svakog od aktuelnih ili budućih bračnih drugova. On pri tome nema širok izbor načina i sredstava pomoću kojih bi mogao punovažno utvrditi identitet ugovornih strana. U crnogorskom Zakonu o notarima prihvaćen je tzv. sistem vezanog utvrđivanja identiteta, i to u najužem vidu.³⁶ Predviđen je samo jedan način utvrđivanja identiteta u postupku sastavljanja notarskog zapisa: "...uvidom u dokument izdat od strane nadležnog državnog organa na osnovu kojeg se identitet može utvrditi na nesumljiv način."³⁷ To može biti lična karta, pasoš, diplomatski pasoš, putni list, vojna knjižica, vozačka dozvola ili druga isprava sa fotografijom koju je izdao državni organ na osnovu koje je može sa sigurnošću utvrditi identitet određenog fizičkog lica.

To znači ako jedan ili oba bračna druga nemaju neki od ovih dokumenata oni međusobno ne mogu zaključiti bračni ugovor. Nije dovoljno to što ih notar poznaje lično i po imenu. Notaru nije dopušteno da identitet utvrđuje izjavama punoljetnih svjedoka čiji se identitet može utvrditi javnom ispravom, kao što to može sudija prilikom sastavljanja sudskog testamenta.³⁸

Notar je dužan da u notarski zapis unese broj isprave na osnovu koje je utvrdio identitet ugovornika, kao i naziv organa koji je tu ispravu izdao.³⁹ To isto važi i za zakonske zastupnike, punomoćnike i druge učesnike u postupku sačinjavanja notarskog zapisa o bračnom ugovoru. Ako je notar identitet ugovornih strana i drugih učesnika utvrdio na osnovu ličnog poznanstva ili ih je identifikovao na osnovu valjanog dokumenta, ali je propustio da to unese u notarski zapis, bračni ugovor ne proizvodi pravno dejstvo. Drukčije je u zakonodavstvu Srbije. Zakonom o javnom beležništvu propisano je da zapis koji ne sadrži podatke o načinu utvrđivanja identiteta stranaka ne gubi svojstvo javne isprave.⁴⁰ To znači ako je notar na zakonit način utvrdio identitet stranaka ali je propustio da to unese u notarski zapis ugovor će biti punovažan i imaće svojstvo javne isprave. Drugim riječima, ukoliko je notar pravilno utvrdio identitet stranaka ali je propustio da u notarskoj ispravi konstatuje način kako je to uradio, "takav propust biće pravno irelevantan i ne oduzima notarskom aktu svojstvo javne isprave."⁴¹

Utvrđivanje sposobnosti za ugovoravanje. – Nakon identifikacije bračnih drugova odnosno lica koja namjeravaju da stupe u brak, notar utvrđuje da li ugovor-

³⁶ Đurđević, D., Utvrđivanje identiteta učesnika u postupku sastavljanja notarske isprave, Pravni život, br. 12/2011, str. 71.

³⁷ Član 45 Zakona o notarima Crne Gore.

³⁸ Član 192 Zakona o vanpraničnom postupku („Sl. list RCG”, br. 27/06).

³⁹ Član 51 st. 1 tač. 3 Zakona o notarima Crne Gore.

⁴⁰ Član 84 st. 2 Zakona o javnom beležništvu („Službeni glasnik RS”, br. 31/2011).

⁴¹ Đurđević, D., Utvrđivanje identiteta učesnika u postupku sastavljanja notarske isprave, str. 82.

ne strane imaju poslovnu sposobnost za zaključenje ugovora, razumiju li jezik, treba li im prevodilac ili tumač. Sposobnost za zaključenje bračnog ugovora cijeni se po opštim pravilima ugovornog prava. U svojstvu ugovornika može se naći svako fizičko lice koje ima potpunu poslovnu sposobnost, odnosno koje je punoljetno ili emancipovano i koje je u stanju da shvati stvarni i pravni značaj posljedica koje ovaj pravni posao proizvodi. Dakle, bračni ugovor mogu zaključivati punoljetna lica sposobna za rasuđivanje, a djeca i punoljetna lica lišena poslovne sposobnosti ovaj ugovor mogu zaključivati saglasno svojoj posebnoj poslovnoj sposobnosti. Dijete koje je navršilo 14 godina može zaključiti bračni ugovor uz saglasnost roditelja, kao i lice djelimično lišeno poslovne sposobnosti uz saglasnost staratelja.⁴² Lice koje nije sposobno da shvati značaj pravnog posla koji preduzima ne može zaključiti punovažan ugovor, bez obzira što nije lišeno poslovne sposobnosti.⁴³ Stoga notar da bi spriječio zaključenje ništavog ugovora treba kroz razgovor i postavljanje pitanja da dođe do uvjerenja da li je ugovornik sposoban za razumno rasuđivanje. U slučaju sumnje treba da predloži vještačenje od strane vještaka određene medicinske struke. Ako ugovorna strana ne prihvati vještačenje, a notar je uvjeren da nema potrebnu poslovnu sposobnost, treba da odbije sačinjavanje ugovora. Ako je notar u nedoumici smatramo da bi trebalo da sačini zapis ugovora i da sumnju o poslovnoj sposobnosti ugovornika unese u zapis.

Zaključenje ugovora preko punomoćnika. – Bračni ugovor se može zaključiti preko punomoćnika. U našem pravu za slučaj zaključenja ugovora preko punomoćnika važi princip paralelizma formi što obavezuje notara da provjerava zakonitost i verifikuje punomoćje.⁴⁴ Zakon o obligacionim odnosima predviđa⁴⁵ da forma propisana zakonom za neki ugovor važi i za punomoćje za zaključenje tog ugovora. Prema tome, punomoćje za zaključenje bračnog ugovora mora biti dato u formi notarskog zapisa. Zaključenje bračnog ugovora preko punomoćnika koji nije imao punomoćje u formi notarskog zapisa ima za posledicu ništavost ugovora. Notar je dužan da vlastodavcu i punomoćniku predoči pravne posljedice ugovora koji će punomoćnik zaključiti, a punomoćje mora obuhvatiti bitne bračnog ugovora. Punovažnost ugovora o punomoćstvu koji mora niti zaključen u formi notarskog zapisa pretpostavlja sposobnost vlastodavca (ravna se sa njegovom sposobnošću da sam lino izvrši pravni posao na koji se ovlašćuje punomoćnik) i

⁴² Član 66 Porodičnog zakona Crne Gore.

⁴³ “Stranka koja nije sposobna da razumno rasuđuje, ne može da izjavi pravno relevantnu volju za zaključenje pravnog posla, bez obzira na to što nije lišena poslovne sposobnosti” (Iz presude Vrhovnog suda Srbije, br. Rev.371/2006 od 24.5.2006. godine, obj. Ubavić, M., Ugovor o doživotnom izdržavanju, Beograd, 2011, str. 110 i 111).

⁴⁴ Vidi Poulipiquet, J., Responsabilité des notaires - civile, disciplinaire, pénale, Paris, 2009, str. 67.

⁴⁵ Član 86 Zakona o obligacionim odnosima („Sl. list CG”, br. 47/08, 4/11).

punomoćnika (ravna se sa redovnom poslovnom sposobnošću) da takav ugovor zaključe.⁴⁶

Saglasnost trećeg lica. – Određenim licima za punovažno zaključenje ugovora potrebna je saglasnost trećeg lica. To su maloljetnici stariji od 14 godina i lica lišena poslovne sposobnosti. Saglasnost za zaključenje bračnog ugovora starijim maloljetnicima odnosno licima koja su odlukom suda lišena poslovne sposobnosti daju roditelji odnosno staratelj sa odobrenjem organa starateljstva. Prema opštem pravilu obligacionog prava saglasnost trećeg lica, kao dozvola ili odobrenje, mora biti data u formi propisanoj za ugovor za čije se zaključenje daje.⁴⁷ To znači da roditelj odnosno staratelj saglasnost za zaključenje bračnog ugovora mora dati u formi notarskog zapisa. Međutim, organ starateljstva saglasnost za zaključenje ugovora daje u formi rješenja, a ne u formi notarskog zapisa.⁴⁸ Organ starateljstva odnosno centar za socijalni rad predstavlja javnu ustanovu koja saglasnost daje donošenjem rješenja kao upravnog akta, saglasno pravilima upravnog postupka, na koje se može nadležnom ministarstvu izjaviti žalba.

Ugovorne strane. – Bračni ugovor mogu zaključiti lica koja namjeravaju da zaključe brak (vjerenci) ili bračni drugovi. Ako bračni ugovor zaključuju budućí bračni drugovi onda je njegovo dejstvo odloženo do zaključenja braka. Obično se takav ugovor naziva predbračni ugovor iako zakon ne poznaje taj termin. Bivši bračni drugovi ne mogu zaključiti bračni ugovor. Posle razvoda ili poništenja braka bivši supružnici mogu sporazumno regulisati imovinske odnose, ali taj pravni posao nema karakter bračnog ugovora. Ima, međutim, i mišljenja da se bračni ugovor može zaključiti i poslije prestanka braka razvodom ili poništenjem.⁴⁹ Ovakav stav nema uporište u zakonu, a i pravna teorija smatra da ovaj ugovor ne mogu zaključiti bivši bračni drugovi.⁵⁰ Ugovorne strane mogu biti i vanbračni drugovi koji duže vremena žive u slobodnoj vanbračnoj zajednici. Mogućnost ugovornog regulisanja imovinskih odnosa vanbračnih partnera proizilazi iz odredbe člana 306 stav 2 Porodičnog zakona Crne Gore koji propisuje da se na imovinske odnose vanbračnih drugova shodno primjenjuju zakonske odredbe o imovinskim odnosima bračnih drugova.

Uslovi za zaključenje. – Kao i svaki ugovor bračni ugovor nastaje saglasnošću volja supružnika. Za nastanak i punovažnost ovog ugovora potrebno je da se ispune uslovi u pogledu sposobnosti ugovaranja, saglasnosti volja, predmeta, os-

⁴⁶ Blagojević, B., Građansko-pravni obligacioni ugovori, Beograd, 1947, str. 168.

⁴⁷ Član 22 Zakona o obligacionim odnosima Crne Gore.

⁴⁸ Đurđević, D., Zakon o obligacionim odnosima i ugovori u naslednom pravu, Pravni zbornik, Podgorica, br. 2/2009, str. 68.

⁴⁹ Sokić, O., Bračni ugovor, u: Novo porodično zakonodavstvo, Zbornik radova, Kragujevac, 2006, str. 419.

⁵⁰ Pajić, B., *op. cit.*, str. 106; Majstorović, I., *op. cit.*, str. 178; Ponjavić, Z., *op. cit.*, str. 414; Cvejić Jančić, O., *op. cit.*, str. 143; Korać Graovac, A., *op. cit.*, str. 515.

nova i forme. Sposobnost za zaključenje ovog ugovora imaju vjerenici ili bračni drugovi koji posjeduju poslovnu sposobnost, odnosno sposobnost za zaključenje braka. Još su rimski pravници istakli princip: Ko je sposoban da zaključi brak, sposoban je da zaključi druge sporedne ugovore uz njega.⁵¹ Stoga neki smatraju da maloljetni vjerenici ne mogu zaključiti bračni ugovor, osim kad navršu 16 godina života i uz dozvolu suda zaključe brak (emancipacija).⁵² Međutim, ovo mišljenje nema oslonca u zakonu. Prema članu 66 stav 2 Porodičnog zakona Crne Gore dijete koje je navršilo 14 godina života može preduzimati sve pravne poslove uz prethodnu ili naknadnu saglasnost roditelja odnosno saglasnost organa starateljstva. Dakle, i maloljetna lica koja namjeravaju da stupe u brak mogu zaključiti bračni ugovor.⁵³ Uostalom prema izričitoj zakonskoj odredbi Porodični zakon dozvoljava i bračnom drugu koji je lišen poslovne sposobnosti da može zaključiti bračni ugovor. U njegovo ime ugovor zaključuje staratelj sa odobrenjem organa starateljstva.⁵⁴ Iako se dejstva bračnog ugovora vezuju za dan zaključenja braka, sposobnost zaključenja ugovora cijeni se na dan zaključenja ugovora, a ne braka.

Saglasnost volja bitan je uslov i za nastanak bračnog ugovora koja se realizuje kroz svijest i namjeru vjerenika ili supružnika da zaključe ugovor kojim će regulisati međusobne imovinske odnose. I ovdje volja mora biti ozbiljna, stvarna, slobodna i upućena na nešto što je moguće ostvariti. Iste mane volje koje se uzimaju u obzir prilikom zaključenja braka utiču i na punovažnost bračnog ugovora. Izuzetak bi bio u slučaju prevare koja kod braka nije relevantna ali bi bila razlog za poništenje bračnog ugovora.⁵⁵ Prevara nije predviđena kao mana volje pri sklapanju braka, ali prevaru pri sklapanju bračnog ugovora treba tretirati saglasno članu 58 Zakona o obligacionim odnosima koji daje mogućnost drugoj strani da traži poništaj ugovora.

Sadržina ugovora. – Zakonom nije određena sadržina odnosno predmet bračnog ugovora. Vjerenici ili bračni drugovi ugovorom uređuju režim postojeće imovine i imovine koju će tek steći tokom trajanja braka. Pri tome imaju široku slobodu ugovaranja jer nijesu ograničeni posebnim zakonskim odredbama. Ograničeni su samo imperativnim propisima i pravilima morala. Ugovorne strane mogu u potpunosti isključiti režim zajedničke imovine i ugovoriti da sve što imaju i što steknu u bračnoj zajednici predstavlja njihovu posebnu imovinu. Mogu zadržati zajedničku imovinu, ali samostalno odrediti kriterijume za njeno sticanje i mjerila za diobu. Takođe mogu ugovoriti i susvojinu u jednakim djelovima ili u različitom procentu ili razlomku. Predmet njihovog ugovaranja može biti

⁵¹ *Habilis ad nuptia, habilis ad pacta nuptialia*, prema Stojčević, D., Romac, A., *Dicta et regulae iuris*, Beograd, 1971, str. 159.

⁵² Ponjavić, Z., *op.cit.*, str. 414.

⁵³ Tako i Panov, S., *Porodično pravo*, str. 362; Korać Graovac, A., *op.cit.*, str. 516.

⁵⁴ Član 302 Porodičnog zakona Crne Gore.

⁵⁵ Ponjavić, Z., *op.cit.*, str. 417.

i odgovornost za dugove trećim licima. Moguće je da supružnici ugovore da za sopstvene obaveze koje je preuzeo jedan od njih prije sklapanja braka odgovaraju oba bračna druga solidarno. U svakom slučaju supružnici u bilo kojoj varijanti moraju precizno i nedvosmisleno odrediti režim pojedinih prava na postojećoj ili budućoj imovini s obzirom na to da je za punovažnost ugovora neophodno da njegov predmet bude određen ili odrediv.⁵⁶ Kad je predmet ugovora neodređen ili neodrediv ugovor je ništav.⁵⁷

U teoriji se mogući predmeti bračnog ugovora klasifikuju na: 1) raspolaganja koja znače isključenje zakonskog imovinskog režima, 2) uspostavljanje stvarnih i obligacionih prava i 3) odredbe koje se odnose na izmjene i prestanak samog bračnog ugovora.⁵⁸ Za valjanost ugovora nije od značaja broj imovinskih odnosa koje su bračni drugovi njime regulisali. Oni mogu samo u određenoj mjeri odstupati od zakonskog imovinskog režima i tako učiniti da paralelno egzistiraju i ugovorne i zakonske odredbe za različite djelove imovine. Ugovor može imati samo jednu odredbu kojom se imovinski odnosi uređuju drukčije od zakona, na primjer, da će samo zarade iz radnog odnosa biti posebna imovina ili da će zadržati zajedničku imovinu ali učešće u njoj podjeli neće biti na jednake djelove.⁵⁹

Budući i aktuelni bračni drugovi mogu i ugovoriti, a ne samo isključiti, zajedničku imovinu. Oni mogu dogovoriti da sva postojeća i buduća imovina bude, bez obzira na način sticanja zajednička i tako isključiti posebnu imovinu.⁶⁰ Za neke stvari i druga dobra, kao i prihode od njih, mogu ugovoriti da budu predmetom zajedničke imovine, a druge predmetom posebne imovine. To razvrstavanje može biti vezano za vrstu stvari ili karakter dobara, a može se odnositi samo na prihode od njih. Supružnici mogu promijeniti režim prava, na primjer, samo na nepokretnim stvarima ili samo na akcijama, dobiti od preduzeća, dobiti od igara na sreću ili naknade od životnog osiguranja i slično. Bitno je da je režim pojedinih prava koja bračni drugovi stiču ili njihov obim drukčiji od onog koji je propisan zakonom. Tako bračni drugovi mogu ugovoriti da dobit od poslovanja privrednog društva bude njihova zajednička imovina, i ako je osnivač preduzeća samo jedno od njih. Isto tako se mogu sporazumjeti da sva besteretna sticanja u toku trajanja bračne zajednice (poklon, nasljeđe, legat) svakoga od njih budu njihova susvojina u određenom procentu. U pogledu imovinske komponente autorskih prava mogu ugovoriti različite modalitete: da svi autorski honorari ostanu posebna imovina autora; da se smatraju susvojinom u različitim procentima; da budu posebna imovina supružnika koji nije autor; da cijena od prodatog autor-

⁵⁶ Tako i Pajtić, *op. cit.*, str. 118.

⁵⁷ Član 42 Zakona o obligacionim odnosima Crne Gore.

⁵⁸ Majstorović, I., *op. cit.*, str. 193.

⁵⁹ Belaj, V., Bračna stečevina po Obiteljskom zakonu, Pravo i porezi, br. 11/02, str. 40.

⁶⁰ Ponjavić, Z., *op. cit.*, str. 416.

skog djela (npr. umjetnička slika) bude posebna imovina autora ako je djelo nastalo prije sklapanja braka a otuđeno u braku, a zajednička imovina ako je nastalo i prodato u braku.

Promijenjeni zakonski imovinski režim prati, po pravilu, i ugovorno regulisanje upravljanja i raspolaganja postojećom i budućom imovinom. Uz to, može ići i sporazum o načinu, kriterijumima i vremenu diobe zajedničke imovine. Pri tome diobu mogu vezati za određene uslove, a mogu dogovoriti koje će stvari i prava pripasti kome od njih, posebno ako se bave privatnom praksom ili preduzetničkom djelatnošću. Takve odredbe u ugovoru mogu eliminisati ili smanjiti eventualne sporove između bračnih drugova povodom imovine stečene u bračnoj zajednici. U praksi najčešće biva da vjerenici zaključuju predbračni ugovor i u njemu navode imovinu koju imaju, njenu vrijednost i kakav će režim imati imovina koju će sticati. Bračnim ugovorom najčešće se uspostavlja pravo svojine odnosno pravo zajedničke svojine kao najznačajni dio imovine supružnika, ali se ovim pravnim poslom mogu ustanoviti i druga stvarna i obligaciona prava. Tako se ovim ugovorom može uspostaviti pravo službenosti, zaloge, hipoteke, pravo preče kupovine, pravo zakupa i sl.⁶¹ Može, na primjer, jedan supružnik konstituisati pravo stanovanja za roditelje drugog supružnika, ili da muž u korist supruge konstituiše pravo upotrebe porodičnog nakita.⁶² Što se tiče prava preče kupovine u korist bračnog druga ono je predviđeno zakonom kada je u postupku izvršenja na opredjeljenom dijelu drugog bračnog druga u zajedničkoj imovini već pravno-snažno određena prodaja.⁶³

Konačno, sadržinu bračnog ugovora čine i odredbe koje se odnose na eventualne izmjene i dopune postojećeg ugovora, kao i odredbe koje predviđaju situacije u kojima može doći do raskida zaključenog ugovora. Prema izričitoj zakonskoj odredbi bračni drugovi ne mogu ugovoriti primjenu prava druge države na svoje imovinske odnose.⁶⁴ Ova odredba ima zaštitni karakter, kako za same bračne drugove, tako i za treća lica koja sa njima stupaju u pravne odnose, jer garantuje primjenu crnogorskog zakona na odnose domaćih državljana. Neka prava kao, na primjer, njemačko, zabranjuju i primjenu starog prava, što se preporučuje kao dobro rješenje *de lege ferenda*.⁶⁵ Smatramo da takva odredba nije nepohodna, s obzirom na to da bračni ugovor odnosno njegova odredba o ugovaranju prava koje je prestalo da važi ne bi proizvodio pravna dejstava jer se ugovorom ne može osnažiti nevažeći zakon. Međutim, primjena stranog prava moguća je u slučaju kad jedan od bračnih drugova ima strano državljanstvo. Prema bivšem saveznom

⁶¹ Majstorović, I., *op. cit.*, str. 201 i d. ; Pajtić, *op. cit.*, str. 120 i d.

⁶² Panov, S., *Porodično pravo*, Beograd, 2010, str. 366.

⁶³ Član 298 Porodičnog zakona Crne Gore.

⁶⁴ Član 303 Porodičnog zakona Crne Gore.

⁶⁵ Majstorović, I., *op. cit.*, str. 223.

Zakonu o rešavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u određenim odnosima, koji se jedno vrijeme primjenjivao kao crnogorsko pravo, propisano je da je za ugovorne imovinske odnose bračnih drugova mjerodavno pravo koje je u vrijeme zaključenja ugovora bilo mjerodavno za lične i zakonske imovinske odnose. A ako ovo pravo predviđa da bračni drugovi mogu izabrati pravo koje je mjerodavno za bračno-imovinski ugovor, mjerodavno je pravo koje su oni izabrali.⁶⁶ Prema Zakonu o međunarodnom privatnom pravu Crne Gore⁶⁷ kao odlučujuća činjenica, tačka vezivanja, za izbor mjerodavnog prava za regulisanje imovinskih odnosa bračnih drugova, predviđeno je državljanstvo. Ako su bračni drugovi državljani različitih država, mjerodavno je pravo države u kojoj imaju zajedničko uobičajeno boravište, odnosno posljednje zajedničko_uobičajeno boravište. Ako se mjerodavno pravo ne može odrediti na osnovu ovih kriterijuma mjerodavno je pravo Crne Gore.⁶⁸ Međutim, bračni drugovi mogu da se sporazumiju o mjerodavnom pravu za njihove ugovorne imovinske odnose. Tako se oni mogu u pisanoj formi sporazumjeti da mjerodavno bude: 1) pravo države čije državljanstvo ima jedan od njih; 2) pravo države čije uobičajeno boravište ima jedan od supružnika; 3) pravo države u kojoj namjeravaju da zasnuju zajedničko uobičajeno boravište; 4) za nepokretnosti, pravo mjesta gdje se ta nepokretnost nalazi.⁶⁹

U odredbama bračnog ugovora mogu se naći i klauzule da imovina stečena igrom na sreću u svakom slučaju predstavlja posebnu imovinu supruge, da stvari za ličnu upotrebu jednog bračnog druga predstavljaju njegovu posebnu imovinu bez obzira na vrijednost, da se pokloni koje su bračni drugovi učinili jedan drugome prije ili u toku braka u svakom slučaju vraćaju ako brak prestane razvodom, da se pravo na diobu zajedničke imovine suspenduje na određeni period.⁷⁰ Međutim, lične⁷¹ i ličnoimovinske odnose regulisane imperativnim normama supružnici ne mogu promijeniti bračnim ugovorom. Tako predmet ugovornog regulisanja ne može biti obaveza uzajamnog pomaganja, vjernosti ili zajednice života, kao ni drukčije regulisanje pretpostavki za izdržavanje ili odricanje od obaveze zakonskog izdržavanja ili drukčije uređivanje njihovih dužnosti prema djeci.⁷² Nedopuštene su, razumije se, i odredbe ugovora suprotne mora-

⁶⁶ Član 37 Zakona o rešavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja.

⁶⁷ „Sl. list CG”, br. 01/14, 6/14, 11/14, 14/14.

⁶⁸ Član 80 u vezi sa članom 81 st. 1 Zakona o međunarodnom privatnom pravu.

⁶⁹ Član 82 Zakona o međunarodnom privatnom pravu.

⁷⁰ Panov, S., Predmet bračnog ugovora, Pravni život, br. 10/2009, str. 899 i d.

⁷¹ Drukčije je u šerijatskom pravu (ugovaranje prava žene da živi kod roditelja, ograničenje poligamije muža), Begović, M., Šerijatsko Bračno pravo, Beograd, 1936, str. 97.

⁷² Napoleonov bračni ugovor sa Žozefinom, zaključen 1796. godine, dan pred vjenčanje čuvenog para (prodat na aukciji 2014. godine za 437.500 eura), pored odredaba kojom su isključili zajedničku imovinu i odgovornost za obaveze drugoga, sadrži i neke klauzule lične prirode. Dostupno na adresi: <http://www.thehistoryblog.com/archives/32457>.

lu društva. Moglo bi se, eventualno, za povredu nekih ličnih dužnosti supružnika vezivati smanjenje udijela u zajedničkoj imovini, na primjer, supružnik koji povrijedi obavezu vjernosti imaće za određeni procenat manje učešće u imovini koju su zajednički sticali.⁷³

Obaveza notara da savjetuje supružnike. – Prije sačinjavanja bračnog ugovora, kao i tokom pismene redakcije pravnog posla, notar ima obavezu da buduće ili aktuelne bračne drugove, kao ugovorne strane, pouči i poduči ugovornom regulisanju međusobnih imovinskih odnosa. To je njegova esencijalna dužnost za svaki pravni posao koji se zaključuje u obaveznoj formi notarskog zapisa. Notari kao nepristrasni zapisivači volja stranaka dužni su da ih upoznaju o prirodi i obimu njihovih prava i obaveza i da to jasno i nedvosmisleno unesu u notarski akt. To podrazumijeva da notar kroz razgovor sazna, utvrdi i analizira interese stranaka, razmotri dopuštene opcije i alternative, otkloni eventualne konflikte interesa i ponudi najpovoljnije rješenje.⁷⁴

Zakon o notarima, po ugledu na uporedno zakonodavstvo, sadrži odredbu o podučavanju stranaka koja se odnosi na dva pravila: ispitivanje volje stranaka i njeno unošenje u notarski akt. Prije nego pristupi sačinjavanju notarskog akta notar ima obavezu da ispita pravu volju stranaka i da ih poduči o pravnim posljedicama koje proizvodi pravni posao koji namjeravaju da zaključe.⁷⁵ Ispitivanje prave volje stranaka obično započinje pripremnim razgovorom koji notar vodi u svojoj kancelariji gdje nakon izjava učesnika pravnog posla postavlja pitanja i razmatra podatke koji su mu ponuđeni. Notar treba prvo da sazna relevantne podatke o pravnom poslu koji stranke žele da bi mogao da pruži pouku i poduku. To ne znači da treba nekritički da slijedi izjave stranaka, već da kroz razgovor sa njima provjeri njihovo razumijevanje konkretnog pravnog posla.⁷⁶ On treba da razjasni njihove izjave i da ih upozori kad smatra da su one nejasne, nerazumljive i dvosmislene, sa izričitom obavezom da stranke upozori na moguće pravne smetnje i sudske sporove do kojih može doći zbog takvih izjava. Njegova je obaveza da otkloni sve nejasnoće, zablude i sumnje, a posebno da pouči i zaštiti neiskusne i nevjeste stranke.⁷⁷ Notar treba da utvrdi koja je slabija strana i da obezbijedi da ona ne bude pretjerano ugrožena. To je “izjednačavajuća uloga” notara koja se ispoljava u uspostavljanju ravnoteže između stranaka u slučaju disbalansa zbog eko-

⁷³ Vidi Tešić, N., Ko plati dukat da u brak uđe, nudi dva da iz braka izađe, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 1/2012, str. 304.

⁷⁴ Schalast, Ch., u: Povlakić, M. i dr., Komentar zakona o notarima u Bosni i Hercegovini, Sarajevo, 2009, str. 14.

⁷⁵ Član 48 st. 1 Zakona o notarima Crne Gore.

⁷⁶ Rijavec, V., Civilnopravna odgovornost notariev, Pravna praksa, Ljubljana, br. 11/98, str. III.

⁷⁷ Softić, V., u: Povlakić, M. i dr., Komentar Zakona o notarima u Bosni i Hercegovini, str. 185 i 177.

nomskih, obrazovnih, zdravstvenih i drugih razloga.⁷⁸ Ako stranke i pored upozorenja notara insistiraju da takve njihove izjave ostanu, notar ih mora unijeti u akt koji sačinjava, ali će u njemu istovremeno navesti činjenicu da ih je upozorio na posljedice takvih izjava.⁷⁹

V. Rijavec pravi razliku između opštih i posebnih pouka koje je notar dužan da daje.⁸⁰ Opšta dužnost savjetovanja odnosno poučavanja propisana je zakonom i obavezuje notara u svim poslovima, a posebna se odnosi na određene pravne poslove gdje je notar dužan da ukaže na posebne rizike koji se odnose na konkretni pravni posao. Među opšte pouke ova autorka navodi ukazivanje strankama na prirodu pravnog posla, pravne pretpostavke koje moraju biti ispunjene za njegovu punovažnost, dejstva i posljedice koje proizvodi pravni posao, očekivanja i razvoj pravnog posla, manjkavosti u pogledu zastupanja ili davanja odobrenja za sklapanje pravnog posla, uz posebnu obavezu notara da strankama ukaže na primjenu imperativnih propisa. Posebna poučavanja zavise od vrste pravnog posla i odnose se, na primjer, na podatke o nepokretnostima u javnim knjigama, na potrebu da se zaključeni sporazum, za koji se plaća porez treba prijaviti nadležnom organu, na obavezu da je kod sklapanja dvostranih ugovora neophodno prisustvo obje stranke, na postojanje prečeg prava kupovine i sl.⁸¹ Što se tiče unošenja izjava o pravnom poslu u notarski akt moglo bi se reći da taj postupak ima tri faze. Prvo notar jasno, potpuno i određeno unosi izjave stranka u akt koji sačinjava, zatim strankama čita tekst izjava koje je zapisao, a onda neposrednim pitanjima provjerava da li sadržaj notarskog akta odgovara volji stranaka.⁸² Preciziranjem izjava stranaka razjašnjavanjem pravnih pitanja i pojašnjenjem pravnih dejstava posla koji stranke žele preveniraju se sudski sporovi povodom sačinjavanja notarskog akta. Notar se ne može osloboditi obaveze savjetovanja, bez obzira na kompetentnost stranaka ili činjenicu da one imaju advokata ili drugog stručnog konsultanta koji im pomaže u pregovaranju i sačinjavanju pravnog posla. Ali obim savjetovanja će svakako zavisiti od kompetentnosti stranka, vrste i prirode pravnog posla i valjanosti priložene dokumentacije. U tom pogledu on strankama treba da pruži "istu snagu oružja". Ako je, na primjer, jedan supružnik pravni profesionalac ili iskusni privrednik, a drugi nema potrebna znanja iz imovinsko-pravnih odnosa, onda će notar posebnu pažnju obratiti na zaštitu slabije strane.⁸³

⁷⁸ Uporedi Jingryd, O., *Impartial Legal Counsel in Real Estate Conveyances*, The Swedish Broker and the Latin Notary, Stockholm, 2012, str. 112, dostupno na adresi: <http://kth.divaportal.org/smash/record.jsf?pid=diva2%3A589190&dsid=9973>.

⁷⁹ Član 48 st. 3 Zakona o notarima Crne Gore.

⁸⁰ Rijavec, V., *op. cit.*, str. III i IV.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² Član 48 st. 2 Zakona o notarima.

⁸³ Povelakić, M., *Odgovornost notara za prouzrokovanu štetu u obavljanju notarske službe*, Referat na stručnoj Konferenciji – Uloga i perspektiva notarske službe u BiH, Sarajevo, 2013, str. 10.

U pravnoj teoriji i sudskoj praksi obaveza savjetovanja notara razdvaja se “na obavezu objašnjavanja strankama i obavezu ličnog istraživanja”.⁸⁴ Obaveza objašnjavanja podrazumijeva pružanje kompletnih informacija strankama o pozitivnim i negativnim posljedicama pravnog posla, tumačenje pojedinih stručnih izraza, davanje odgovora na postavljena pitanja, kao i pojašnjavanje i drugih posljedica, pogodnosti i nepogodnosti pravnog posla koje nisu pravnog karaktera (ekonomski efekti, fiskalne dažbine, administrativne obaveze i sl.).⁸⁵ Ima mišljenja da notar nije dužan da podučava stranke o ekonomskim efektima pravnog posla i ekvivalentnosti davanja.⁸⁶ Smatramo da notar prvenstveno treba da ukaže na manjkavosti koje dovode do ništavosti ili rušljivosti pravnog posla, ali može, naročito kad se radi o neukoj ili neiskusnoj stranci ukazati i na druge posljedice preduzetog pravnog posla. U svakom slučaju notar “ne sme biti pasivni i ćutljivi sastavljač isprave”, već aktivni sudionik koji ima zadatak da nadomjesti neznanje stranka, da ih stručno poduči i onda kad one misle da to nije potrebno ili da se radi o opštepoznatim činjenicama.⁸⁷ Na isti način postupiće notar i u slučaju kad stranke podnesu gotov nacrt pravnog posla.⁸⁸ To što je nacrt pravnog posla sačinio advokat ili drugi pravni stručnjak ne oslobađa notara obaveze da ispita stvarnu volju stranka i ukaže na pravne posljedice koje taj pravni posao proizvodi. Cjelovito i kompetentno razjašnjenje svih relevantnih elementa i činjenica pravnog posla sprječava rizike njegove nepunovažnosti i djelotvornosti i obezbjeđuje pravne pretpostavke da notarski akt bude izvršen kako glasi.

Da bi notar mogao strankama da objasni prirodu i posljedice pravnog posla koji namjeravaju da sklope često je potrebno da se on upozna, odnosno da sam preduzme određena istraživanja radi kompletiranja informacija koje nije, iz raznih razloga, mogao dobiti od stranka ili su mu one pogrešno predočene. Doktrina lično istraživanje notara, kao drugi dio obaveze savjetovanja stranaka, rasčlanjuje na tri elementa: 1) provjeru tačnosti informacija koje su dale stranke, 2) utvrđivanje sposobnosti stranaka koje namjeravaju da sačine pravni posao i 3) provjeru svih dokumenata na osnovu kojih treba da se sačini notarski akt.⁸⁹ U slučaju propuštanja notara da izvrši obavezu savjetovanja i upozorenja stranaka u toku postupka sačinjavanja notarskog akta mogu nastupiti negativne posljedice.

⁸⁴ Knežić-Popović, D., *Nepriistrasnost javnog beležnika*, Pravni život, br. 3/2008, str. 540.

⁸⁵ Đurđević, M., *Notarijat i ugovori*, u: *Javnobeležničko pravo*, D. Hiber (ur.), Beograd, 2006, str. 222.

⁸⁶ Rijavec, V., *op. cit.*, str. III; Ovaj stav je zastupljen u njemačkoj literaturi, Vidi Gaupp, R., *Die Unparteilichkeit des Notars: Eine garantie des vertragsrechts* (Thema I), XXIV. Kongress Des Lateinischen Notariats Bericht Der Deutschen Delegation, 2003, str. 31, fn. 28 i literaturu tamo navedenu, doptupno na adresi: www.bnotk.de/_...Kongress/.../THEMA_I_-GAUPP.

⁸⁷ Knežić-Popović, D., *op. cit.*, str. 540.

⁸⁸ Softić, V., *op. cit.*, str. 178.

⁸⁹ Knežić-Popović, D., *op.cit.*, str. 540.

To prije svega može dovesti do toga da stranke zakluče nepunovažan pravni posao. Zbog toga može nastati šteta za koju će biti odgovoran notar. Pored imovinskopravne odgovornosti notar može, zbog neobavljanja poslova u skladu sa zakonom odgovarati disciplinski, a nije isključena ni krivičnopravna odgovornost.

Priznanje notarskog zapisa. – Nakon sastavljanja bračnog ugovora slijedi priznanje (rekognicija) notarskog zapisa kao najznačajnija faza notarskog postupka.⁹⁰ Notar supružnicima treba da pročita notarski zapis, da ih upozna sa sadržinom akta koji zaključuju, da se neposrednim pitanjima uvjeri da li on odgovora volji stranaka. Nakon toga bračni drugovi izjavljuju da je tako postupljeno, da su razumjeli sadržinu bračnog ugovora i da su saglasni sa tim zapisom kojeg slobodnom voljom odobravaju i svojeručno potpisuju u prisustvu notara, a nakon toga potpisuje i notar. Pravila o potpisivanju i parafriranju notarskog zapisa propisana su Zakonom o notarima i Pravilnikom o radu notara.

VELIBOR KORAC, LL.K.,
Teaching Assistant, Faculty of Law University of Montenegro

NOTARY INSTRUMENT OF MARITAL AGREEMENT

Summary

The novelty of the new Family Law in Montenegro is marital agreement (marital contract, nuptial agreement) with spouses regulating property relations in marriage. The future or current spouses have the possibility to regulate their relations, according to their needs, over current or future assets by a contract and thus exclude the legal regime of common property. They decide on elements in marital contract and in that have broad liberty to agree on the character of assets acquired in marital union, and they can agree on the way and time of assets division. Their freedom of contracting is limited by the general rule of the law on obligations that the contract is not to be in contravention with imperative regulations and societal morals and with the ban on applying another state's law to their own property relations

Marital agreement in our new Montenegrin legislation received the form of *ad solemnitatem*. By passing the Law on Notaries in 2008, since the beginning of work of notaries in Montenegro (2011) this contract is to be concluded in the mandatory form of a notarial instrument. Notarial instrument represents a public document on legal transaction made by a notary public in a particular form, on behalf of the parties, with special contents and following a special procedure. The Notary teaches parties to the contract and throughout the procedure of preparation of the notarial instrument pays special attention, as preventive guardian of legality, that the contract or any provision within shall not be declared null or void.

⁹⁰ Vidi Đurđević, D., Priznanje notarskog zapisa, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 1/2012, str. 160.

VUKAŠIN RISTIĆ

DA LI SU NEIZABRANE SUDIJE U 2009. GODINI PRAVO NA NAKNADU ŠTETE PROTIV DRŽAVE SRBIJE MORALE DA OSTVARUJU PREKO SUDA

U V O D

Pripreme za reformu pravosudnog sistema u Republici Srbiji započele su znatno pre 2009. godine, jer je pravosuđe u celini zapalo u veliku neažurnost. Sudski postupci za ostvarivanje povređenih prava subjekata, koji su pravdu tražili na sudu, trajali su neuobičajeno dugo, često sa neizvesnim okončanjem i ishodom. Pravda je postala spora i teško dostižna, što je u velikoj meri poljuljalo ugled pravosuđa u celini, posebno na rad sudova i u njihovo zakonito, samostalno i nezavisno suđenje.

Država je preko ovlašćenih pravosudnih organa, pristupila opsežnim pripremama za sprovođenje reforme, najpre donošenjem novih i izmenama postojećih procesnih zakona, u cilju usaglašavanja i harmonizacije sa modernim evropskim zakonodavstvom, a zatim, i uporedo sa tim, i organizovanju novih sudova, kao i kadrovskim i personalnim promenama u toj oblasti. Ocenjeno je da reforma celokupnog pravosuđa (sudova opšte i posebne nadležnosti, sudova za prekršaje i javnog tužilaštva), u zemlji od neprocenljivog značaja za ulazak u red zemalja Evropske unije, kojoj se težilo.

Tako je, u maju mesecu 2006. godine, doneta Nacionalna strategija razvoja o sadržini i ciljevima reforme, a u istoj godini, u novembru mesecu, donet je novi

Vukašin Ristić, predsednik Udruženja pravnika Beograda.

Ustav Republike, sa Ustavnim zakonom za njegovo sprovođenje. Najviši pravosudni organi zemlje zaključili su da se, pored ostalog, može i mora pristupiti tzv. opštem izboru svih sudija opšte i posebne nadležnosti, iako su se isti već nalazili na sudijskim funkcijama, kao stalnim, izabranim po ranijim propisima. U svrhu bržeg i racionalnijeg sprovođenja reforme doneti su, krajem 2008. godine, tzv. pravosudni zakoni, čija je primena započela prvog januara 2010. godine.

U okviru novo donetih procesnih zakona iz oblasti pravosuđa značajnu ulogu (nažalost: negativnu), imao je novi Zakon o Visokom savetu sudstva umesto ranijeg Zakona o Visokom savetu pravosuđa, kao najviši pravosudni organ u zemlji, kome su data najšira zakonska ovlašćenja u odnosu na ukupan položaj i pravni status sudija uopšte. Ovim i drugim pratećim opštim aktima trebalo je da budu obezbeđeni osnovi za uspešno i zakonito sprovođenje reforme, sa ciljem da se u punoj meri ostvari vladavina prava, kroz podelu na zakonodavnu, izvršnu i sudsku vlast.

Novi Ustav, i u odnosu na sudsku vlast, ostao je u svemu pri osnovnim načelima iz ranijeg Ustava od 1990. godine, proklamujući da ona mora biti nezavisna i samostalna, te da se nad njom ne mogu vršiti nikakvi uticaji od strane zakonodavne i izvršne vlasti, koji bi ostvarivanje tih osnovnih načela u postupanju i odlučivanju sudova dovodili u pitanje.

Ustavom iz 2006. godine, kao i Zakonom o sudijama iz 2008. godine, zadržano je, jedno od primarnih i osnovnih načela, stalnost i nepremestivost sudija, čija sudijska funkcija ne može prestati i u slučajevima da se u određenom sudu smanji broj sudija, odnosno i da taj sud bude ukinut (Član 12. i 13. tog zakona, koje je načelo postojalo i u ranijim ustavnim i zakonskim propisima). Nosioci ovih promena u pravosuđu bili su, uz Ministarstvo pravde, Vrhovni savet sudstva i Državno veće tužilaca, kao najviši pravosudni organi u oblasti sudstva i tužilaštva. U sprovođenju odluka iz napred navedenih opštih akata u vezi sa planiranom reformom, Vrhovni savet sudstva, najpre je doneo odluku o ukupnom broju sudija u sudovima opšte i posebne nadležnosti u Republici, i objavio oglas za izbor 2.483 sudije, iako je sudijsku funkciju u vreme objavljivanja oglasa obavljalo 2.379 sudija. Dakle, sistematizacijom je povećan broj sudija za 104, iako ta mera nije bila u skladu sa uspostavljanjem nove mreže sudova i planiranom racionalizacijom pravosuđa.

U pravničkoj javnosti u to vreme ispoljavala su se, neretko, mišljenja da nije bilo ustavnog i zakonskog osnova za izbor (reizbor) sudija koji su se već nalazili na stalnim sudijskim funkcijama, izabranim po ranijim propisima, čiji mandati do tog momenta nisu bili prestali ni po kom zakonskom osnovu. Smatralo se da je između novog Ustava iz 2006. godine, i onog iz 1990. godine, u odnosu na te funkcije, održan pravni kontinuitet, te da se, samim donošenjem novog Ustava, ne stvara potreba za novim izborom, odnosno reizborom tih lica.

Međutim, Visoki savet sudstva, oslanjajući se na Odluku Ustavnog suda Srbije, br. 1 Uz-43/09 od 09. jula 2009. godine, koji nije prihvatio inicijative za pokretanje postupka za utvrđivanje neustavnosti odredaba člana 99. stav 1. člana 100 i člana 101. stav 1. Zakona o sudijama, obavio je tzv. opšti izbor svih sudija. Od prijavljenih sudija na stalnoj funkciji od 2.373. sudije, izabrano je 1.531 sudija, a nije izabrao 842 sudije, kojima je prestala sudijska dužnost sa 31. decembrom 2009. godine. Proizlazi da je neizabrani broj "stalnih" sudija iznosio preko 35%, koji su ostali na ulici. (Iz odluke VSS, br. 06-00-37/2009-01 od 25.12.2009. godine, o neizboru sudija). Visoki savet sudstva bio je primoran da za svakog neizabranog sudiju, koji se nalazio na stalnoj sudijskoj funkciji, donese pojedinačne odluke sa konkretnim razlozima za njihov neizbor. Propisi, ranije važeći i oni koji su bili u primeni u vreme održavanja izbora, nalagali su obavezu ovlašćenog organa da o prestanku stalne sudijske funkcije, nakon sprovedenog meritornog postupka, donese pojedinačnu odluku sa obrazloženjem i pravom na ulaganje pravnog sredstva za ocenu njene zakonitosti.

S druge strane, domaća stručna pravnička javnost i nadležna tela Evropske unije bili su na strani neizabranih sudija da se preispita zakonitost odluka Visokog saveta sudstva prvog sastava o njihovom neizboru. Neizabrane sudije su protiv tih odluka podnale žalbu Ustavnom sudu Srbije, u skladu sa odredbama iz člana 148. stav 2. Ustava i člana 67. Zakona o sudijama. Donet je, međutim, iz nedovoljno jasnih razloga, Zakon o izmenama i dopunama Zakona o sudijama – "Službeni glasnik RS", br. 101/10, koji je odredio da po tim žalbama odlučuje stalni sastav Visokog saveta sudstva, kao o prigovorima na odluke prvog sastava, pa su ti predmeti od strane Ustavnog suda ustupljeni Visokom savetu na preispitivanje. Ispostavilo se, nažalost, da je stalni sastav Visokog saveta sudstva, po tim žalbama kao prigovorima na odluke prvog sastava o neizboru ovih lica, postupao nezakonito i na njihovu štetu, jer se nije pridržavao pratećih dokumenata, ustava i zakona, koji propisuju postupak u vezi izbora i prestanka sudijske funkcije. Visoki savet sudstva u tom sastavu odbio je najveći broj prigovora, kao neosnovane, a uvažio oko 10% ukupno uložених prigovora. Pri tom, i ovaj Savet u stalnom sastavu, činio je velike povrede postupka i povrede zakona, kao i pratećih dokumenata, u odnosu na postojanje potrebnog kvoruma za odlučivanje. Osim toga, u tom postupku učestvovali su i neki članovi Saveta, koji su odlučivali i u prvo stepenu, što je protivno zakonu. Ovi postupci, kao što je poznato, okončani su odlukama Ustavnog suda Srbije u toku 21012. godine, kada su usvojene žalbe svih neizabranih sudija, izjavljene protiv odluka stalnog sastava Visokog saveta sudstva u drugom stepenu, kojima su odbijeni njihovi prigovori, kao neosnovani.

Visoki savet sudstva je u svemu postupio po tim odlukama Ustavnog suda i sve sudije izabrao u odgovarajuće novoosnovane sudove u skladu sa važećim propisima, njihovim prijavama i vratio ih na posao. Kao razlog ništavosti odluka o

neizboru sudija Ustavni sud je naveo da u postupku izbora Visoki savet sudstva, ni u dopunskom postupku o preispitivanju zakonitosti prvostepenih odluka, nije utvrdio da je oborena pretpostavka o postojanju stručnosti, osposobljenosti i dostojnosti za obavljanje ove funkcije od strane tih lica, pa su te odluke ništave, jer se zasnivaju na bitnim povredama postupka za obavljanje izbora i prestanka stalne sudijske funkcije.

U daljem izlaganju ovog skromnog referata ukazaćemo na neke propuste i nezakonitosti u postupanju Visokog saveta sudstva, koji se, nema sumnje, doveli do potpunog neuspeha i kraha planirane reforme u pravosuđu, što je prouzrokovalo niz negativnih posledica, koje treba u što kraćim i razumnijim rokovima otkloniti.

Nezakonito postupanje Visokog saveta sudstva u sprovođenju reforme

a. Iako su sve sudije u Republici u vreme objavljivanja oglasa za izbor, bile izabrane po ranijim propisima na ove funkcije, kao stalne, doneta je odluka da se izvrši tzv. opšti izbor sudija, koji se, prvenstveno na njih odnosio.

Međutim, ni po jednom od ovih ustava, i zakona o sudovima i sudijama iz tog perioda, nije bilo propisano da se promenom ustava mora izvršiti reizbor (ponovni izbor) sudija koji su se nalazili na stalnim funkcijama i čiji mandat, u vreme oglašavanja izbora nije bio prekinut! Sudije su bile primorane da podnesu prijave za izbor (reizbor), a da pre toga nije bila doneta odluka nadležnog organa da im je funkcija, i *po kom ustavnom i zakonskom razlogu, izričito nabrojanom, istekla*. To je, po našem mišljenju, bilo protivno i ustavnim i zakonskim propisima, jer je teško razumeti da se oglašava izbor na radna mesta sudija koja nisu upražnjena i za koja se ne zna da li će i u momentu izbora (reizbora) biti upražnjena.

Proizlazi, da je nadležni organ prethodno morao doneti odluku o novoj sistematizaciji i broju upražnjenih mesta sudija, makar opštom odlukom da svim postojećim sudijama prestaje sudijska funkcija po sili ustava i zakona, određenog dana i datuma, da bi oni mogli da podnesu prijave za novi izbor. U protivnom, kada se u momentu podnošenja prijava za izbor, ta lica već nalaze na tim funkcijama koje vrše, ne može se govoriti ni o "reizboru", jer pre izbora u nove sudove, od strane nadležnog organa nije bio donet pojedinačan akt – odluka, da im je funkcija po ranijim propisima prestala. Ove sudije, u novoj mreži sudova, kada su ukinuti i prestali sa radom "stari" sudovi, *nastavljaju funkciju* u sudu koji preuzima nadležnost ukinutog suda, kako to izričito određuje Zakon o sudijama u članu 13. kao osnovnom načelu o stalnosti sudija. Visoki savet sudstva u tom slučaju donosi odluku o tome "u kojem sudu sudija nastavlja funkciju", on vrši njegov "izbor" za određeni novoobrazovani sud prema propisanim uslovima i uvezi sa podnetom prijavom za izbor.

Po našem mišljenju odredba iz člana 7. stav 2. Ustavnog zakona za sprovođenje Ustava iz 2006. godine, ne odnosi se na te sudije, zatečene na stalnim sudijskim funkcijama, pa se njihov (ponovni) izbor nije mogao vršiti dok se od nadležnog organa ne donese *pojedinačna* odluka o prestanku te funkcije. Ta odredba se odnosi na izbor sudija na stalnu funkciju *posle* stupanja na snagu i početka primene Zakona o sudijama i Zakona o Visokom savetu sudstva. Do tada Visoki savet sudstva imao je ustavno i zakonsko ovlašćenje da za te sudije samo donose odluku o njihovom *raspoređivanju* u odgovarajući novi sud, ukoliko za to ispunjavaju propisane uslove. Ali, ni u kom slučaju da vrše njihov izbor, jer se oni na toj funkciji već nalaze! Smatramo, dakle, da se "izbor" tih sudija u novu mrežu sudova od strane Visokog saveta sudstva *isključivo* odnosi na njihov raspored u koji će sud biti raspoređeni, ako ispunjavaju određene uslove, a ne da li će uopšte biti birani za sudije, jer su se oni na toj funkciji već nalazili!

Naše mišljenje o nepostojanju uslova za opšti izbor, odnosno reizbor ovih sudija, potkrepljeno je i mišljenjima ovlašćenih ustanova i institucija iz ove oblasti, kao i afirmisanih pravnih stručnjaka. Tako je, na primer, *Venecijanska komisija* početkom 2009. godine, ovom organu stavila primedbu "da uopšte nije očigledno da postoji potreba za procenom ponovnog imenovanja (reizbora) svih sudija", a sadašnji ministar pravde i državne uprave izjavio je u avgustu mesecu 2012. godine, pored ostalog, da su "u pravosuđu narušeni osnovni civilizacijski principi *stalnosti* (podvukao V. R.) i nezavisnosti sudija i samostalnosti tužilačke funkcije. Bilo je političkog uticaja na pravosuđe nad kojim je zavladao strah", kaže ministar.

Društvo sudija Srbije, kao slobodna i nezavisna asocijacija svih sudija Republike, više puta je javno prigovaralo ovakvom postupanju Visokog saveta sudstva, uz tvrdnju da je "reizborom sudija bila ugrožena samostalnost sudijske funkcije kao osnova nezavisnosti i da *reizbor* (podvukao V. R.) nije smeo da se desi".

Prof. dr. Ratko Marković, profesor ustavnog prava, više puta je istupao u javnosti i konstatovao da je "reizbor bio nepotreban, ta odluka je dokaz da je reizbor sproveden na nezakonit način i ona pokazuje da je reforma u ovom segmentu totalni fijasko".

Prof. dr. Milan Škulić, profesor krivičnog prava i predsednik Saveta udruženja pravnika Srbije, u avgustu mesecu 2012. godine, je izjavio da je "veliko pitanje da li je *opšti* (podvukao V. R.) izbor bio u skladu sa ustavom, jer Ustav iz 1990. godine, proklamuje stalnost sudija, to isto i Ustav iz 2006. godine, znači postojao je ustavni kontinuitet tih ustava".

Međutim, iako je Ustavni sud Srbije zauzeo stav da opšti izbor nije bio neustavan, on je pravosudnu reformu vratio na početak, jer je sve odluke Visokog saveta sudstva poništio. Kada je u pitanju opšti izbor tada se *ne donose* pojedinačne odluke o neizabranim licima, već o onim koji su izabrani, a iz kojih se vidi zašto su ovi ostali neizabrani, ali je bilo potrebno i u skladu sa zakonom, da su postojala

le rang liste o svim kandidatima koji su podneli prijave za izbor, "Džabe su krečili", misleći na odluku Ustavnog suda da se radi o opštem izboru kako je prof. Škućić, dalje naveo.

b. Visoki savet sudstva je zakonom propisao novu organizaciju, uređenje, nadležnost i vrstu sudova, uspostavljajući novu mrežu sudova, smanjenjem njihovog broja, odnosno obrazovanjem jedinica i odeljenja pojedinih osnovnih i drugih sudova, u cilju poboljšanja ukupne efikasnosti i postizanja bolje ažurnosti.

Taj vid reforme, pokazalo se, takođe, potpuni kolaps u postupanju po konkretnim predmetima, zbuđenost nesnalaženje njegovih aktera. Cilj je bio da se pojača disciplina i odgovornost svih izvršilaca u tim novo obrazovanim sudovima i da pojeftine ukupni troškovi koji takve reforme obavezno prate. Osim toga, želelo se da se postigne ravnomernost u opterećenju sudija, koja se vidno razlikovala po pojedinim sudovima i sudijama u broju predmeta koje su rešavali, ali i u tome se nije uspeo, jer ravnomernost u opterećenju nije postignuta, a neažurnost se u pojedinim, posebno gradskim sudovima, povećala i po nekoliko stotina puta po pojedinom sudiji. Neizabrane sudije su prestale sa radom 01.januara 2010. godine, a izabrane su se neumereno opteretile. Do pravde se još teže i sporije dolazilo!

Promenom vlasti u Republici u ovom delu reformi stanje je vidno popravljenno, jer su mnogi ranije ukinuti sudovi ponovo obrazovani i uvedeni u život, što je u kratkoj primeni do sada već dalo povoljnije rezultate na poboljšanju ukupnog stanja u ovoj oblasti.

c. Visoki savet sudstva je, protivno izričitim zakonskim odredbama, odgovoran što su sudije birane na period od tri godine, bez ikakvih ocena o kvalitetu njihovog rada, stekle status sudija na stalnoj funkciji, jer je trebalo da takav status steknu samo one sudije koje od ovlašćenih tela za svoj dotadašnji rad, budu ocenjeni sa ocenom "izuzetno obavlja sudijsku funkciju" (čl. 52 Zakona o sudijama).

d. Visoki savet sudstva je u dužem periodu, postupao i odlučivao bez potrebnog kvoruma, iako mu je i od domaće stručne javnosti i određenih ovlašćenih organa i institucija na to ukazivano. Takođe, u postupanju i odlučivanju u izmišljenom drugom stepenu, ovaj organ je postupao u sastavu lica, od kojih su neka odlučivala i u prvom stepenu, što je protivno ustavnom načelu o pravu žalbe i drugog pravog sredstva protiv odluke kojom se odlučuje o pravu, obavezi ili na zakonu zasnovanom interesu nekog lica (čl. 36. st. 2 Ustava Republike Srbije).

Do problema u nedostatku kvoruma, da ne zaboravimo, došlo je i zbog podnošenja ostavke jednog člana Saveta, odnosno, pokretanja krivičnog postupka protiv drugog člana, nažalost, oba iz reda sudija, kao izbornih lica. Član Saveta protiv kojeg se vodi krivični postupak, koliko je poznato, suspendovan je sa te funkcije do okončanja istog, a radi se o krivičnom delu koje je navodno počinjeno pre više od 13 godina. Krivični postupak protiv tog člana Saveta, koliko je po-

znato, još nije okončan, a presudom prvostepenog suda on je oslobođen od svake krivične odgovornosti. Član Saveta koji je podneo ostavku na tu funkciju izjavio je da to čini zbog nezakonitog i neprincipijelnog rada tog organa.

Spominjemo ovde izveštaj *Saveta za borbu protiv korupcije*, kao organa Vlade Republike Srbije, od 24. aprila 2012. godine, o postignutim rezultatima u sprovođenju reforme u pravosuđu, koji je konstatovao da nadležni i odgovorni organi Republike nisu izvršili preko potrebnu prethodnu analizu stanja u pravosuđu, kao polaznu osnovu za realizaciju postavljenih ciljeva reforme.

Vrhovni savet sudstva i Ministarstvo pravde u proteklom periodu nisu ukazivali na probleme i propuste u sprovođenju reforme, niti su dali smernice za dalji tok reforme. To se posebno odnosi na uspostavljenu novu mrežu sudova, smanjenje ukupnih troškova organa pravosuđa i građana, kao i na izmene procesnih propisa radi postizanja veće efikasnosti. Takođe, Udruženje evropskih sudija za demokratiju i slobodu "MODEL", prilikom dolaska u našu zemlju i obilaska državnih organa, dao je zvanično saopštenje za javnost na dan 15.04.2012. godine, uz ostalo "da je potresen stanjem u srpskom pravosuđu, jer je proces reforme obavljen MIMO svih preporuka Saveta Evrope i Venecijanske komisije".

Na kraju, smatramo i da je bila suvišna izmena Zakona o sudijama u 2010. godini, u smislu da o žalbama neizabranih sudija odlučuje, umesto Ustavni sud Srbije, kako je članom 67. tog istog zakona bilo propisano, Visoki savet sudstva u stalnom sastavu, jer se pokazalo, videli smo, da se time ništa nije postiglo ("vuk dlaku menja a ne ćud"), jer je konačnu odluku o sudbinama neizabranih sudija ipak doneo Ustavni sud Srbije.

Na ovaj način, dotakli smo, primerice radi, samo neke od propusta i povreda zakona od strane Visokog saveta sudstva da bi se, potpunije i pravilnije, shvatila činjenica da su takvim postupanjem Saveta, posebno u prvom sastavu, nanete neprocenjive štete, ne samo državi i pravosuđu u celini, posebno na međunarodnom planu, već i samim neizabranim sudijama zbog njihovog grubog i neprimerenog odstranjivanja iz procesa obavljanja ove, veoma ugledne i svuda u svetu, cennjene profesije! Sudije su trpele veliku štetu u bukvalnom smislu te reči, ne samo u materijalnom pogledu već i u velikom uniženju zbog psihičkih patnji i bolova, povrede ugleda i sudijske časti u okolini u kojoj žive, kao i sredinama u kojima su ove funkcije obavljali. Nije besmisleno reći da će te sudije ovo što im se desilo pratiti do kraja karijere, ako ne i do kraja života, jer, rekli smo da je njihov nezakoniti neizbor u javnosti, u najvećem broju slučajeva, da obuhvati i tzv. moralnu, neimovinsku, štetu, da sa sebe skinu taj teret i dožive neki vid moralne satisfakcije, jer su, što se tiče materijalne štete, tu golgotu preživeli! Zato ćemo u sledećem poglavlju dati svoje mišljenje da je naknada tim licima morala biti regulisana na drugačiji način, a ne da se ista ostvaruje tužbama preko suda! U pitanju nije dilema da li tim licima pripaca makar materijalna šteta, već koliki im iznos pripa-

da, kao naknada za deo zarade koji im pripada za vreme za koje nisu obavljali ovu funkciju. Kada se tako ovaj problem sagleda moglo bi se postaviti ipitanje da li se uopšte u ovim slučajevima radi o sporu – tužbama ovih lica protiv države, koja ih je vratila na ove funkcije, kao stalne i dala im sva ovlašćenja i poverenja koja toj kategoriji lica pripadaju svuda, kod nas i u civilizovanom svetu!

Država, zapravo, *ne spori* da im ova naknada pripada (bar u odnosu na materijalnu štetu), pa je i sa tih razloga bilo razumno i oportuno i u interesu obe strane, da se pitanje ove naknade uredi vansudskim putem, bez pokretanja i vođenja sudskih sporova, koji samo uvećavaju ukupnu štetu i u izvesnoj meri, izazivaju podozrenje i stvaraju neprijatne odnose između tih sudija koji traže naknadu i onih sudija, koji o tome odlučuju. Trebalo bi preduzeti sve mere da se ti sporovi što pre okončaju i time makar jedan segment neuspešne reforme vrati u prvobitno stanje.

Sporovi neizabranih sudija za naknadu štete protiv države Srbije

Da bi se bolje sagledala sva potreba i opravdanost zahteva za naknadu štete zbog navedenih nezakonitih odluka o prestanku sudijskih funkcija, ukazali smo, napred, samo delimično, po našem viđenju, koliko je nepravde i nezakonitosti neto tim odlukama ovim licima i koliko štete, čijem nastanku nisu ni u najmanjoj meri doprineli. Štetu će zbog takvog stanja trpeti država, kao i građani i drugi pravni subjekti, zbog otežanog ostvarivanja svojih prava pred pravosudnim organima u ovom periodu.

Odgovorni su štetu počinili hotimično i uz teške zloupotrebe svojih položaja, što je prouzrokovalo nesagledive štetne posledice u odnosu na državu, pravosudni sistem u celini, i u izvesnoj meri umanjilo izgleda za prijem zemlje u Evropsku uniju.

Zato se država Srbija, preko izabranih i odgovornih organa, ne može i ne sme zadovoljiti samo na ovim konstatacijama, već mora u istini da potraži načina za primenu konkretnih sankcija učinocima ovih propusta i povreda zakona. Jer, jednostavno rečeno, onako kako su ti organi i odgovorna lica postupala u sprovođenju reforme, nije primereno ni jednom iole uređenom pravnom sistemu. To i takvo “suđenje” je daleko od najprimitivnijeg deljenja pravde, pa se postavlja pitanje i moralnog integriteta ovih lica, članova Visokog saveta sudstva, kao i njihovog daljeg opstajanja u redovima pravosuđa. Radi se i o ličnoj odgovornosti onih koji su se o zakon ogrešili.

Odluka Ustavnog suda da se poništavaju sve odluke o neizboru sudija i da je Visoki savet sudstva obavezan da ta lica vrati na posao i ranije funkcije, je više nego što je potrebno, u pravom smislu reči, podobna i valjana javna isprava da se ovim licima naknadi sva šteta, koju su zbog toga pretrpeli. Oni nisu ni na koji

način doprineli nastanku štete, a nisu bili u mogućnosti niti da spreče njen nastanak, niti da nešto preduzmu da se ista umanju, iz razloga koji bi se morali razumeti. U urbanim sredinama, posebno, nije bilo mogućnosti da se za to vreme ostvaruju prihodi po osnovu rada, osim u advokaturi, koja ih je sa sumnjom u njihov integritet, ipak primala u svoje redove.

Moglo je, dakle i moralo, da se pokuša i preduzme sve, da država preko ovlašćenog zakonskog zastupnika, postigne sporazume – vansudska poravnanja o vrsti i visini te naknade svakom pojedincu, pošto isti za to pruži validne dokaze. Takvu obavezu lica koja ističu neka potraživanja prema državi propisuju i važeći zakoni. U javnosti se nagađa da će ta naknada premašiti iznos od 15 miliona evra, koja će se zbog navedenih dodatnih izdataka, povećati u procentu za oko 20–30%, na teret države. Osim naknade koja neizabranim licima pripada za izostalu zaradu, na teret države će pasti i ostali troškovi koji pripadaju tim licima, iako deo istih prethodno oni sami snose. Tu se radi o zakonskoj kamati od podnošenja tužbe do isplate naknade, sudskoj taksi za podneske i odluke, troškove veštačenja i troškove zastupanja od strane advokata.

Po odredbama važećeg Zakona o parničnom postupku iz člana 193. predviđena je obaveza lica koje namerava da podnese tužbu protiv Republike Srbije, da pre podnošenja tužbe Republičkom javnom pravobranilaštvu dostavi predlog za mirno rešavanje spora, osim ako je posebnim propisom predviđen rok za podnošenje tužbe. Predlog za mirno rešavanje spora mora da sadrži sve podatke iz člana 192. ovog zakona, kojim je propisana sadržina tužbe. Ukoliko u roku od 60 dana Republički javni pravobranilac ne odgovori na predlog, smatraće se da predlog nije prihvaćen u kom slučaju se može podneti tužba nadležnom sudu. Sud će da odbaci tužbu kao nedozvoljenu, ako nije podnet ovaj predlog, odnosno ako nije protekao dok od 60 dana od dana njegovog prijema.

Sporazum postignut između Republičkog javnog pravobranioca i ovog lica ima snagu izvršne isprave, što znači da se na osnovu istog, u smislu odredaba Zakona o izvršenju i obezbeđenju može tražiti prinudna naplata ugovorene naknade. Slična odredba postoji i u Zakonu o javnom pravobranilaštvu, - "Sl. glasnik RS", br. 43/91, u članu 12. s tim što se Republičkom javnom pravobraniocu nalaže da pre pokretanja parnice preduzme potrebne mere radi sporazumnog rešavanja spornog odnosa. S druge strane, lice koje namerava da pokrene odgovarajući postupak protiv Republike Srbije može se obratiti Republičkom javnom pravobranilaštvu sa predlogom za sporazumno rešenje spornog odnosa. O preduzetim merama i postignutom rezultatu, Republičko javno pravobranilaštvo je dužno da obavesti podnosioca predloga u roku od 30 dana od prijema zahteva.

Poznato je da su sve neizabrane sudije pre podnošenja tužbe za naknadu štete, postupile po odredbama iz člana 193. Zakona o parničnom postupku i podnele predlog za mirno rešavanje spora, snabdeven svim dokazima za osnovanost

zahteva. Takođe je nesporno da se uglavnom Republički javni pravobranilac na te predloge nije u zakonskom roku oglasio, nakon čega su ta lica podnela tužbu za naknadu štete protiv države Srbije, nadležnim sudovima. Ti postupci su u toku i, koliko je poznato, nema konačno završenih sporova, jer su protiv svih odluka prvostepenih sudova, izjavljene žalbe Apelacionim sudovima od strane zakonskog zastupnika tužene države, Republičkog javnog pravobranioca jer su tužbeni zahtevi prvostepenim odlukama, po pravilu, usvajani u celini ili u većem delu.

Međutim, s obzirom da se u suštini radi o jednostavnim i sumarnim sporovima, te da je tužena država u obavezi da pretrpljenu štetu ovim licim naknadi, stvara se u javnosti utisak da ti sporovi neuobičajeno dugo traju, da se izvode i dokazi o nebitnim činjenicama, tako da se njihovo okončanje ne očekuje u bližoj budućnosti. To, uz ostalo stvara kod neizabranih sudija nedoumicu i zbunjenost da li će se i kada ti sporovi, koje doživljavaju vrlo neprijatno, i kada završiti. Opet, kod sudija koji te sporove vodu u svojstvu predsednika veća provejava obaveza i strah da sve činjenice od nepotrebnih detalja izvode, što u krajnjoj liniji stvara i izvesno nepoverenje među tim sudijama, koje obavljaju iste poslove u istim sudovima.

Mišljenja smo da je Republičko javno pravobranilaštvo u rešavanju ovih sporova moralo da pokaže veće angažovanje i uloži maksimalne napore da se pitanje naknade materijalne štete razreši u prethodnom postupku, zaključivanjem sporazuma sa neizabranim sudijama. Na taj način izbeglo bi se vođenje sporova za ovaj vid štete, a vrlo verovatno, da bi se time odlučilo i o pitanju naknade nematerijalne štete, imajući u vidu da sve sudije taj vid štete nisu u tužbi ni isticale.

Neizabrane sudije sa nelagodnom su primile saznanje da Republički javni pravobranilac nije reagovao na njihove predloge za zaključivanje sporazuma, što je stvorilo potrebu da pokreću i vode sudske sporove.

S obzirom da je odredbom iz člana 193. stav 5. ZPP propisano da sporazum postignut između Republičkog javnog pravobranioca i lica koje je podnelo predlog, ima snagu izvršne isprave, dakle istu onu snagu koju ima i sudska odluka, nije jasno zašto je isti propustio priliku za zaključivanje sporazuma i išao na vođenje sudskih sporova, koji su, u suštini, bili na štetu obe strane.

Ponavljamo, Ustavni sud Srbije, poništavanjem svih odluka Visokog save-ta sudstva o neizboru sudija i nalogom da se isti vrata na stalne sudske funkcije, stvorio je obavezu za Visoki savet sudstva da te sudije rasporedi na odgovarajuće sudijske funkcije u novoj mreži sudova, ukoliko za to ispunjavaju uslove, a za državu Srbiju stvorio je obavezu da im naknadi pretrpljenu štetu. Otuda, nije jasan stav zakonskog zastupnika tužene države da i kroz sudske postupke osporava tužbeni zahtev u celosti u osnovi i visini, iako i sama država priznaje da je osnov tužbenog zahteva nesporan. Time, kao da se ide na odugovlačenje spora, što ponavljamo nije ni u čijem interesu.

Zbog svega iznetog, zalažemo se i sada, bez obzira što su svi sudski postupci u podmaklom toku, pa i kod donošenja prvostepenih presuda, da se pristupi zaključivanju sporazuma, u smislu člana 193. stav 5. Zakona o parničnom postupku, jer to nije protivno zakonu.

U odnosu na nematerijalnu štetu treba pre svega istaći da zahtev za njenu naknadu nisu sve sudije u tužbama istakle, a zatim smatramo da bi se i o tom vidu štete istovremeno mogao postići sporazum, minimalnim dosuđivanjem iste ili pak odustankom od tog zahteva. Postalo je, u međuvremenu, sporno da li ovim licim osim materijalne štete pripada i neimovinska šteta, koja se odnosi na njihovo trpljenje, psihičke patnje i bolove zbog povrede časti i ugleda, te i načina na koji su ova lica odstranjena iz reda nosilaca sudijske funkcije.

Preovladava, ipak, mišljenje da ovaj vid naknade ne pripada tim licima samim tim što su odluke o njihovom neizboru oglašene ništavim, ali bi se pojedini licim u posebnim i izuzetnim slučajevima mogla dosuđivati izvesna pravična naknada, kao vid satisfakcije za povređena lična dobra, ako su te povrede izazvale i neke teže posledice kod tog lica.

Pokušali smo da pre nego što iznesemo svoj stav o tome da se navedeni poremećeni odnosi među strankama razreše vansudskim putem, ukažemo na prethodno stanje i razloge koji sudovali do tog poremećaja i do potpunog neuspeha planirane reforme u pravosuđu. Nije logično i nije uputno, da se vode sporovi između ovih stranaka, kada među njima nije sporno da stoji obaveza države da neizabranim sudijama naknadi svu prouzrokovanu materijalnu štetu, nastalu isključivom krivicom njenih bivšig najviših organa pravosuđa. Osim toga, pokušali smo da izrazimo svoj stav, potprepljen od ovlašćenih institucija i eminentnih pravnika, da su izbori za lica koja su se u vreme izbora nalazila na stalnim sudijskim funkcijama za njih bili suvišni i nepotrebni. Na to se ovi organi nisu obazirali, već su nastavljali da čine propuste i vređaju zakon, što je dovelo do potpunog kraha planirane reforme.

Predložili smo i u ovoj zakasneloj fazi sporova za naknadu štete, koji su u toku da se učine obostrani napori i u obostranom interesu, da se o tim naknadama zaključi sporazum i utvrde način i eventualno, rokovi njenog izmirenja, jer to nije ni u ovoj fazi, protivno zakonu.

Neizabrane sudije bi prihatile izmirenje obaveza od strane države i u određenim rokovima, u kom slučaju, rekli smo, ukupna šteta na teret države bila bi neuporedivo manja.

Nova vlast u Republici Srbiji daje optimizam da će planirana reforma u pravosuđu, iako zakasnela, sprovesti do kraja i na zadovoljavajući način, te da će svi njihovi ciljevi biti u potpunosti ostvareni. U tom smislu daju ohrabrenje učinjene promene u novoj mreži sudova (u većem delu organizacija sudova vraćena na stare pozicije), kao i najavljene promene u izboru i sastavu članova Visokog save-

ta sudstva, što će nesumnjivo, proces reforme ubrzati. Uz to, ne treba zaboraviti, obećanu i zasluženu primenu odgovarajućih sankcija prema odgovornim licima, za učinjene povrede zakona i nastalu štetu pričinjenu državi.

VUKAŠIN D. RISTIĆ,
President of the Jurists Association of Belgrade

UNELECTED JUDGES AND THE RIGHT TO COMPENSATION EARNED BY THE COURT

Summary

Firstly, the paper gives a brief overview of the failure of the High Judicial Council in the implementation of reforms in the judiciary in Serbia during 2009 and thereafter, until the decision of the Constitutional Court of Serbia, by which were canceled as illegal, all the individual decisions of the Council on non-election of judges and was ordered the same to return to work and continue performing permanent judicial functions. Having made a complete reintegration of unelected judges in 2009, they were forced to exercise through the courts their right to compensation for damage from the Serbian state, by initiating and conducting judicial proceedings, although there were legal options and obligations of the Republic Public Attorney's Office, as the representative of the Republic Serbia, to conclude agreements with them about that compensation.

Attorney General represents the state of Serbia in all disputes with other parties. He is authorized and obligated to with the persons who claimed a compensation of the state of Serbia, in a non-contentious procedure seek to conclude an agreement on compensation, to thereby avoid litigation. In this case, should these agreements with non-elected judges would be concluded, the majority of whom wanted so, the total compensation that the state is obliged to pay them, would be much lower, which would be of mutual benefit both for Serbia and for themselves.

BRANKA BABOVIĆ

ZABRANA IZNOŠENJA NOVIH ČINJENICA I DOKAZA U PRVOSTEPENOM PARNIČNOM POSTUPKU

U V O D

U ovom radu autor se bavi istraživanjem sistema prekluzija iznošenja novih činjenica i dokaza u prvostepenom parničnom postupku kao novom rešenju srpskog parničnog procesnog prava. Iako prekluzije nisu strane našem pravu, niti nemačkom i austrijskog građanskom procesnom pravu kao pravima čiju tradiciju u ovoj oblasti delimo, ovaj institut je, doduše u ekstremnijem obliku, u prvostepenom parničnom postupku u određenim društvenim okolnostima prevaziđen¹. *Ratio* povratka sistema prekluzija u srpsko pravo je ubrzanje našeg parničnog postupka primenom koncepcija anglosaksonskog prava, što je u radu analizirano. Autor ukazuje na razlike između anglosaksonskog i kontinentalnog pravnog sistema i nalazi da treba dobro analizirati jedan pravni institut i njegovo mesto u pravnom sistemu iz koga potiče, pre nego što bude preuzet u drugi pravni sistem, kako bi bio pažljivo iskrojen i proizveo željene efekte. Autor se u daljem fokusira na pravni poredak Srbije i iznosi: (i) analizu uporednopravnih rešenja, (ii) rešenja anglosaksonskog pravnog područja koja vode ubrzanju postupka i njihovo preuzimanje, (iii) kratak pregled istorijskog razvoja sistema prekluzija u našem pra-

Branka Babović, asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Ovaj članak je rezultat rada na projektu Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu "Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom Evropske unije" koji se realizuje na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu u 2014. godini.

¹ Greger in Zöller, *Zivilprozessordnung*, Keln, 2014, str. 919, A. Jakšić, *nav. delo*, str. 184-185

vu, (iv) rešenja uvedena Zakonom o parničnom postupku iz 2011. godine, (v) zaključna razmatranja.

UPOREDNO PRAVO

Uvod

Međusobni uticaji različitih pravnih područja su poslednjih decenija intenzivirani. Tako su u poslednjem periodu evidentni uticaji anglosaksonskog pravnog područja na parnično procesno pravo zemalja kontinentalne pravne tradicije, pa tako i Srbije. Međutim, postavlja se pitanje kako se pravni instituti potekli iz drugih pravnih sistema implementiraju u postojeće pravosudno okruženje, tačnije da li jedan pravni institut ili njegova modifikacija, proizvode isti efekat u pravnom području u koje su preuzeti i u pravnom području u kome su izvorno nastali.

Pre preuzimanja instituta iz drugih pravnih sistema, potrebno je izvršiti poređenje pravnih sistema (odnosno uvažiti dosadašnje rezultate uporednopravne analize) kako na planu funkcionisanja pravnog sistema u celini, tako i na mikro planu analize efekata uvođenja određenog pravnog instituta u pravni sistem naše zemlje. Dakle, bilo bi potrebno izvršiti kako makrokomparaciju pravnih sistema i relevantnog društvenog okruženja u celini, tako i mikrokomparaciju primene određenog pravnog instituta i efekata koje ta primena proizvodi.

Tako bi, primera radi, "makrokomparacija"² podrazumevala analiziranje pitanja kako svoje pravo na pristup sudu mogu da ostvare nepriviligovane grupe stanovništva, odnosno koliki su troškovi koje bi imali tom prilikom³. Makrokomparacija bi se mogla vršiti počevši od same uloge države u pravosudnom sistemu, pa i u parničnom postupku. Uloga države, je, naime, različita u anglosaksonskom i u kontinentalnom pravnom području. U zemljama kontinentalne pravne tradicije država je tradicionalno aktivistička u regulisanju društvenih odnosa, dok je u zemljama anglosaksonskog pravnog područja država reaktivna i prvenstveno ostavlja građanima da sami odluče o iniciranju i vođenju parničnih postupaka pred sudom koji je u ulozi nezainteresovanog arbitra⁴. S druge strane, aktivistička država, kakva je tradicionalno u kontinentalnoj Evropi, bila je tu da obezbedi socijalni mir, pa je i cilj parničnog postupka u takvim državama prvenstveno ostvarivanje viših ciljeva nego što je obezbeđivanje ostvarivanja individualnih prava. Tako je, istorijski gledano, aktivistička država kontinentalne pravne tradicije da-

² Kako je naziva Peter Gottwald, "Comparative Civil Procedure", dostupno na adresi <http://www.asianlii.org/jp/journals/RitsLRev/2005/2.pdf>.

³ P. Gottwald, *Comparative Civil Procedure*, str. 29.

⁴ Uloga sudije na anglosaksonskom pravnom području se menjala tako da danas on neretko aktivno učestvuje u case management, više o tome: Aleksandar Jakšić, *Građansko procesno pravo*, Beograd, 2012, str. 177.

vala sudijama više ovlašćenja, nego što je to činila reaktivna država, pa se tako i sam parnični postupak razlikovao⁵.

Ovo je samo jedna od razlika i jedan ugao gledanja na postupak, ali možda i jedna o početnih razlika iz kojih sledi niz drugih suštinski i u pojedinostima bitnih specifičnosti pojedinih pravnih sistema i pravnih područja.

Tako je još osamdesetih godina prošlog veka Damaška⁶ pokušao da definiše osnovne razlike između kontinentalnog i anglosaksonskog pravosudnog sistema vršeći makrokomparaciju. On je postavio dva osnovna kriterijuma po kojima se razlikuju zemlje evropskokontinentalne i anglosaksonske pravne tradicije. Jedan kriterijum je sama koncepcija državne vlasti, pa je na gore opisan način napravljena razlika između aktivističke i reaktivne gržave, dok je drugi kriterijum regulisanje načina ostvarivanja autoriteta u ova dva sistema. Prema ovom autoru, u evropskokontinentalnom pravnom području taj odnos je "vertikalna", hijerarhijski, kako u pogledu toga da sude uglavnom profesionalne sudije, tako i da je pretežno prisutan legalistički pristup odlučivanju u postupku u kome se retko donose izdvojena mišljenja, dok se prednost daje pisanim nad usmenim dokazima. S druge strane u anglosaksonskim zemljama, struktura je više "horizontalna" pa suđenju mnogo više učestvuju laici, nego što je to slučaj u zemljama kontinentalne pravne tradicije, što se na sam postupak oslikava tako što dovodi do toga da su presude u kontinentalnom pravnom području više bazirane na doktrini, nego što je to slučaj u anglosaksonskim zemljama gde su više bazirane na činjenicama i sudskoj praksi⁷. Ilustracije radi, u kontinentalnom pravnom području, opet postoje razlike između toga koliko se sudije u presudama pozivaju na naučne radove, pa nemačke sudije u tom pogledu prednjače u odnosu na francuske sudije.

Jasno je da su razlike između celokupnog pravosudnog okruženja i samog postupka u evropskokontinentalnim i anglosaksonskim zemljama velike, pa se i prilikom preuzimanja pojedinih pravnih instituta one moraju uvažiti, kako bi se našli pravi načini da se ostvare zacrtani ciljevi. Drugim rečima, kada želimo da unapredimo naš pravni sistem, po ugledu na sisteme koji su u tom konkretnom segmentu uspešniji od nas, treba da uvažimo sve postojeće specifičnosti pravnog sistema iz koga preuzimamo određeni pravni institut, kao i našeg pravnog sistema. Ovaj posao je svakako kompleksniji kod društava u tranziciji, imajuću u vidu da je celokupan pravni i politički sistem u stanju promene.

Tako je u naš pravni sistem najnovijim Zakonom o parničnom o parničnom postupku iz 2011. godine (u daljem tekstu: "ZPP") implementirano nekoliko ideja

⁵ Joachim Zekoll, "Comparative Civil Procedure" u Mathias Reimann, Reinhard Zimmermann (eds.) *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, 2008, str. 1332

⁶ Mirijan R. Damaska, "The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process (1986) u J. Zekoll, *nav. delo*, str. 1330

⁷ J. Zekoll, *nav. članak*, str. 1331-1334

anglosaksonskog prava, koje se prvenstveno odnose na povećanje efikasnosti odnosno brzine postupka⁸, a da se opravdano postavlja pitanje da li te ideje, konkretizovane kroz određene pravne institute u pravnom sistemu Srbije ostvaruju svrhu zbog koje su uvedene odnosno da li je namera unapređenja efikasnosti našeg parničnog postupka rezultirala uspešnim izmenama parnične procedure.

ZPP-om iz 2011. godine modifikovan je sistem prekulzija, koji je usko povezan sa time da se težište postupka premešta sa ročišta za glavnu raspravu na pripremno ročište, odnosno fazu pripremanja glavne rasprave. Naime, ZPPom je predviđeno da se u fazi pripremanja ročišta za glavnu raspravu sakupi procesna građa, a da je na ročištu za glavnu raspravu moguće iznošenje novih činjenica i dokazanih predloga samo pod uslovom da stranka učini verovatnim da bez svoje krivice nije mogla ranije da ih iznese. Postavlja se pitanje da li ovakva regulacija ostvaruje svrhu zbog koje je uvedena, a to je povećanje efikasnosti parničnog postupka, ili pak rizikuje da se efikasnost svede na puko povećanje brzine parničnog postupka, na uštrb ostavarivanja prava na pravično suđenje.

Osvrt na austrijsko i nemačko pravo

U Nemačkoj i Austriji, zemljama na čijoj tradiciji počiva naše parnično procesno pravo, zakonom nisu tako strogo kao u našem pravu posatavljena vremenska ograničenja iznošenja činjenica dokaza u prvostepenom parničnom postupku, već je zakonodavac dao veću ulogu sudijama koje treba da obezbede efikasnost postupka, ali i ostvarivanje prava na pravnično suđenje. Sudija igra ključnu ulogu u obezbeđenju primene ovih načela u konkretnoj situaciji.

Tako je u Austriji u prvostepenom postupku, pod blažim uslovima nego u našem pravu, dozvoljeno iznošenje novih činjenica i dokaza u toku celog prvostepenog postupka⁹. Sud je, u Austriji, ovlašćen da odbije izvođenje dokaza ukoliko nađe da je ono usmereno samo na odugovlačenje postupka¹⁰.

U Nemačkoj sud može odbiti predlaganje napadnih i odbrambenih sredstava (*Angriffs- und Verteidigungsmittel*)¹¹ ukoliko nisu učinjeni blagovremeno, a njihovo predlaganje bi dovelo do odugovlačenja postupka ili se može pripisati gru-

⁸ A. Jakšić, *nav. delo*, str. 174-197

⁹ Walter Rechberger, Daphne-Ariane Simmota, *Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, Erkenntnisverfahren*, Wien, 2010, str.412.

¹⁰ Walter Rechberger, Thomas Klicka, "Accelerating Civil Procedure in Austria in the Twentieth Century", u C.H. van Rhee (ed.) *The Law's Delay, Essays on Undue Delay in Civil Litigation*, Cambridge, 2004, str. 241.

¹¹ Sredstva napada i sredstva odbrane su sva ona sredstva kojima se potkrepljuju navodi optužbe ili navodi odbrane, tako Adolf Baumbach, Wolfgang Lauterbach, Jan Albers, Peter Hartmann, *Zivilprozessordnung*, München, 2014, str. 1170.

boj nepažnji stranaka¹². Naime, § 282 nemačkog Zakona o parničnom postupku (*Zivilprozessordnung*) propisuje da je svaka stranka dužna da iznese napadna i odbrambena sredstva blagovremeno, kako to zahteva pažljivo i na podsticanje postupka usmereno parničenje.

Sud je, u nemačkom pravu, ovlašćen da proceni da li je predlog učinjen blagovremeno, odnosno da li je u pitanju savesno parničenje i efikasno postupanje stranaka. Tako se navedena zakonska odredba po kojoj sud treba da ceni da li je određeno sredstvo napada ili odbrane blagovremeno podneto tumači tako da se uzimaju u obzir kako objektivne okolnosti tako i držanje stranaka da bi se proverilo da li je realno bilo moguće ranije predložiti ta odbrambena sredstva¹³.

Dakle, zakonodavac propisuje standard, dosta široko formulisan, ostavljajući sudu na slobodnu ocenu kada će ga primeniti i na taj način omogućava sudu da izbalansira ostvarivanje prava na suđenje u razumnom roku i prava na pravično suđenje.

Pored samog predlaganja činjenica i dokaza, fleksibilnije norme su propisane i u pogledu dostavljanja podnesaka. Tako je propisano da je stranka dužna da blagovremeno pre ročišta dostavi pripremni podnesak kako bi druga strana mogla da sprovede potrebne radnje u cilju odgovaranja na navode iz pripremnog podneska. Pri čemu, nemačkim zakonom nije stogo određeno u kom roku pre održavanja ročišta. Dakle, i u ovom slučaju zakonodavac se oslanja na procenu sudija i advokata, odnosno stranaka u postupku. Ukoliko, pak, stranka na ročištu ne može da se izjasni na navode suprotne strane zato što joj nisu dostavljene blagovremeno pre ročišta, ona je, izričito u ovoj situaciji, po zakonu ovlašćena da traži od suda rok za izjašnjenje¹⁴. Ona napadna i odbrambena sredstva koja su izneta nakon isteka roka su dozvoljena jedino kada sud po svom slobodnom sudijskom uverenju oceni da njihovo iznošenje ne bi otežalo donošenje odluke ili ukoliko bi stranka dovoljno opravdala svoje kašnjenje¹⁵. Takođe, sud može da odbije ona napadna i odbrambena sredstva koja nisu blagovremeno podneta, ukoliko oceni da bi dovela do odugovlačenja postupka ili da se kašnjenje može pripisati gruboj nepažnji¹⁶.

Ukoliko usled neblagovremenog podnošenja odbrambenih i napadnih sredstava dođe do odlaganja ročišta, u Nemačkoj, stranka koja je uzrokovala odlaganje je dužna da nadoknadi drugoj strani troškove održavanja tog ročišta¹⁷.

¹² A.Baumbach, W.Lauterbach, J.Albers, P.Hartmann, *nav.delo*, str. 1289-1303.

¹³ Greger in Zöller, *Zivilprozessordnung*, Keln, 2014, str. 919.

¹⁴ §283 nemačkog Zakona o parničnom postupku.

¹⁵ §296 stav 1 nemačkog Zakona o parničnom postupku.

¹⁶ § 296 stav 2 nemačkog Zakona o parničnom postupku.

¹⁷ § 95 nemačkog Zakona o parničnom postupku.

Pored toga, posebnim zakonom¹⁸ je predviđena mogućnost razrezivanja takse za kašnjenje u postupku¹⁹. U krajnjoj liniji, onoj stranci koja kasni u postupku pre-
ti i prekluzija²⁰, ali u tom smislu da stranka ne može da iznese nova napadna i od-
brambena sredstva ukoliko, po slobodnoj oceni suda, to ne bi dovelo do odugo-
vlačenja postupka, a ne može se pripisati gruboj nepažnji²¹.

Jasno je da nemački zakonodavac, kao ni austrijski, ne postavlja kruta pra-
vila o iznošenju novih činjenica i dokaza u parničnom postupku, već postavlja si-
stem pravila kojima ostavlja sudiji na ocenu da li će dozvoliti uzimanje u obzir
zakasnelih podnesaka stranaka. Takvom regulacijom, nemački zakonodavac štiti
Osnovnim zakonom (ustavom)²² garantovano pravo na pravično suđenje kod
odredbi koje treba da obezbede efikasniji postupak²³.

UPLIV ANGLOSAKSONSKOG PRAVA

Kako se prilikom obezbeđenja brzine postupka, u evropskokontinentalnom
pravnom području koriste ideje anglosaksonskog prava²⁴, treba analizirati i upliv
ideja anglosaksonskog prava u naš pravni sistem.

U SAD (prema Saveznim pravilima o parničnom postupku), kao i u engle-
skom pravu²⁵, u pripremanju ročišta za glavnu raspravu se prikuplja celokupna
procesna građa, a stranke su, načelno u oba pravna sistema dužne najkasnije 30
dana pre ročišta za glavnu raspravu da dostave sudu listu dokaznih sredstava koja
treba da budu izvedena na ročištu za glavnu raspravu²⁶. Međutim, u obe zemlje
samo pripremanje ročišta za glavnu raspravu traje znatno duže, nego što je to slu-
čaj kod nas. U tim zemljama samo pripremanje glavne raspave traje mesecima,
dok ročište za glavnu raspravu neretko i samo jedan dan²⁷.

Prema ZPPu iz 2011. godine, sud zakazuje ročište za glavnu raspravu u roku
od 30 dana od dana zaključenja pripremnog ročišta. Prvo ročište za glavnu ra-
spravu se ne mora održati u tom roku. Ipak, okvirno, ne postoji veliki vremenski

¹⁸ § 98 nemačkog Zakona o sudskim troškovima.

¹⁹ Verzögerungsgebühr.

²⁰ Greger in Zöller, Zivilprozessordnung, 2014, str. 920.

²¹ § 296 II d ZPO.

²² Član 103 I nemačkog Osnovnog zakona.

²³ A. Baumbach, W.Lauterbach, J.Albers, P.Hartmann, *nav.delo*, str. 1291.

²⁴ A. Jakšić, *nav. delo*, str. 173-197.

²⁵ Više o tome: Stuart Sime, *A practical approach to civil procedure*, Oxford 2010, 383-384.

²⁶ U SAD Rule 26, *Federal Rules of Civil Procedure*, Peggy Kerley, Joanne Banker Hames, Paul Sukys, *Civil procedure*, Stanford 2014, str. 260.

²⁷ A. Jakšić, *nav. delo*, str. 180.

raspon između zaključenja pripremnog ročišta i održavanja ročišta za glavnu raspravu u našem pravu i u anglosaksonskim zemljama. Međutim, razlika je velika u dužini trajanja pripremanja glavne rasprave. Po našem važećem ZPPu, pripremanje glavne rasprave, po pravilu, traje 30 dana (rok za odgovor na tužbu) i još 30 dana u kome će biti zakazano i održano pripremono ročište.

U anglosaksonskim zemljama, bez obzira na specifičnosti prava pojedinih zemalja u okviru ovog sistema, pripremanje glavne rasprave traje znatno duže, nekad i više od godinu dana. Samo jedna od faza postupka pripremanja glavne rasprave je i postupak *discovery* ili *disclosure* koji podrazumeva i razmenu svih činjenica i dokaza vezanih za konkretan sporni odnos²⁸. Dakle, pripremanje glavne rasprave je u zemljama anglosaksonske pravne tradicije bitna, ali i vremenski jako zahtevna faza parničnog postupka. S druge strane, u srpskom pravu je pripremanje glavne rasprave, nakon najnovijih izmena, namenjeno da bude težište parničnog postupka, ali je faza koja traje neuporedivo kraće. Po pravilu, u anglosaksonskim zemljama, na ročištu za glavnu raspravu nije dozvoljeno iznošenje novih činjenica i dokaza, ali sudija to može dozvoliti ukoliko zahtevaju "interest of justice" ili "good cause". Dakle, u anglosaksonskom pravnom području, posmatrano na primeru Engleske i Saveznih pravila o parničnom postupku u SAD, čak i u takvoj koncepciji parničnog postupka gde ročište za glavnu raspravu traje neretko i jedan dan, a prethodio mu je višemesečni pripremoni postupak u okviru koga je u fazi *discovery* ili *disclosure* došlo do razmene svih činjenica i dokaza vezanih za sporni odnos, moguće je da sud dozvoli iznošenje novih činjenica i dokaza i na ročištu za glavnu raspravu, ukoliko to zahtevaju razlozi pravičnosti. Sudska praksa o tumačenju ovih kriterijuma je razvijana decenijama²⁹.

Prema srpskom ZPPu pitanje dozvole iznošenja novih činjenica i dokaza se svodi na pitanje krivice stranaka, ali ne i na pitanje pravičnosti³⁰. Iz toga bi moglo da se zaključi da je sistem prekluzija uveden kako bi se "disciplinovanjem" stranaka ubrzao parnični postupak. Naime, zakonodavci često pokušavaju da ubrzaju postupak tako što menjaju zakone. Da bi se otklonila posledica, a to je odugovlačenje postupka, treba prvo utvrditi uzrok problema, odnosno da li je problem u zakonu ili primenjivanju prava ili u ličnim slabostima i greškama. Ovo drugo je teško ispraviti promenom zakona, čak iako deluje privlačno da se takvi nedostaci ispravljaju menjanjem zakona, odnosno uvođenjem kazni³¹.

²⁸ Više o tome npr. Stuart Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure*, Oxford, 2010, str.382-404.

²⁹ A. Jakšić, *nav. delo*, str. 185.

³⁰ A. Jakšić, *nav. delo*, str. 186.

³¹ Paul Oberhammer, Tanja Domej, *Improving the efficiency of civil justice: Some remarks from an Austrian perspective in Civil Justice between Efficiency and Quality: From Ius Commune to the CEPEJ*, (ed. C.H.van Rhee, Alan Uzelać), Antwerp, 2008, str. 64.

Srpski zakonodavac je upravo izmenom zakona želeo da otkloni nedostatke koji po svemu sudeći nisu u samom zakonu, već u pravosudnom i društvenom okruženju.

U Austriji je pokušano uvođenje prekluzije na pripremnom ročištu, ali je uz otpor stručne javnosti 2002. godine taj pokušaj propao³². Tako se austrijsko procesno pravo održalo na inicijalnim idejama Franca Klajna iako bi prema nekim mišljenjima trebalo uvesti prekluzije na pripremnom ročištu kako bi se povećala efikasnost postupka³³. Franc Klajn je, naime, smatrao da za prekluzijama nema potrebe, pošto sam sudija svojim rukovođenjem postupkom nadomešćuje ono što se prekluzijama želi postići³⁴.

ISTORIJAT

Članom 352. stav 1. ZPPa iz 1976. godine bilo je dozvoljeno iznošenje novih činjenica i dokaza i u postupku po žalbi, a ne samo na ročištu za glavnu raspravu. Pozivajući se na nove činjenice, žalilac je bio dužan da navede dokaze kojima bi se te činjenice utvrdile, a predlažući nove dokaze bio je dužan da navede činjenice koje tim dokazima treba utvrditi. U praksi je i ovakva odredba primenjivana dosta blago za stranku, pa tako "u slučajevima u kojima je žalbom iznesena nova činjenica za koji nije predložen dokaz, drugostepeni sud će, ako oceni da je činjenica pravno značajna ukinuti presudu i predmet vratiti na ponovni postupak. Prvostepeni sud će onda od stranke tražiti da za novu činjenicu predloži odgovarajuće dokaze"³⁵. Zakonska regulativa je bila dijametralno različita u odnosu na današnju. Očigledno da brzina rešavanja spora u parničnom postupku nije imala primat nad pravilnim utvrđivanjem činjeničnog stanja primenom, tada vladajućeg načela materijalne istine.

U Srbiji je ZPP iz 1976. godine, sa izmenama i dopunama, važio sve do 2004. godine. Tim zakonom je napušten dotadašnji koncept parničnog postupka, između ostalog i napuštanjem do tada preovlađujuće primene načela materijalne istine³⁶. Uvedena je zabrana iznošenja novih činjenica i dokaza u postupku po žalbi, dok je u prvostepenom postupku bilo moguće iznošenje novih činjenica i dokaza sve do zaključenja ročišta za glavnu raspravu. Promene parničnog postupka su pratile proces tranzicije koji je bio započeo u našem društvu, pa je u

³² P. Oberhammer, T. Domej, *nav. članak*, str. 67.

³³ Tako P. Oberhammer, T. Domej, *nav. članak*, str. 66-67.

³⁴ P. Oberhammer, T. Domej, *nav. članak*, str. 66.

³⁵ Borivoje Poznić, *Komentar Zakona o parničnom postupku, prema tekstu Zakona iz 1976. godine sa docnijim izmenama i dopunama*, Beograd, 2009, str. 890.

³⁶ A. Jakšić, *nav. delo*, str. 410.

tom smislu menjan parnični postupak, ali i celokupan pravosudni sistem, preventivno, kako bi postao efikasniji.

Osvrt na pitanje istine u parničnom postupku

U nemačko ustrijskom sistemu procesnog prava tradicionalno je davana prednost utvrđivanju materijalne istine u odnosu na ostale ciljeve parničnog postupka.

Međutim, čak i tada, sam pojam istine je različit u državama različitog društvenog uređenja. Tako je u našoj zemlji, kao socijalističkoj državi, u vreme važenja ZPPa iz 1976. godine, utvrđivanje materijalne istine bilo primarni cilj parničnog postupka³⁷. Tako je u parničnom postupku kao cilj bilo postavljano utvrđivanje materijalne istine nasuprot formalnoj istini koja je, prema tadašnjem shvatanju, bila rezultat postupka baziranog na raspravnom načelu, u kome je bilo bitno da stranke budu jednake pred sudom pa je takav postupak štitio interese buržoazije. Za razliku od toga, postupak u kome bi bila utvrđivana materijalna istina od strane sudije koji je zastupao socijalističku ideologiju i koji je na činjenično stanje, utvrđeno uz primenu načela oficioznosti, primenjivao pravo³⁸. Same ideje Franca Klajna na kojima počiva jugoslovensko parnično procesno pravo o primatu opšteg dobra nad dobrom individue su u socijalističkoj zemlji, kakva je bila Jugoslavija, naišle na plodno tle³⁹.

Međutim, u socijalističkom državnom uređenju, ovakve ideje su dobile i drugačiji oblik, pokazujući svoje negativne strane. Osim toga, umesto ubrzanja postupka, kako je inicijalno prema idejama Franca Klajna bilo postavljena reforma parničnog postupka, utvrđivanje materijalne istine je dovelo do odugovlačenja postupka. Radi utvrđivanja materijalne istine u kombinaciji sa, primera radi, primenom pravila da je u postupku po žalbi dozvoljeno iznošenje novih činjenica i dokaza dovelo je do višestrukog vraćanja na ponovni postupak i time do odugovlačenja postupka⁴⁰.

Imajući u vidu takvu istorijsku podlogu, čini se da uvođenje prekluzija u prvostepeni parnični postupak treba represivnim putem da premeste promenu u društvenom uređenju koja se oslikava i na parnični postupak. Strogo posled-

³⁷ Alan Uzelac, C.H. van Rhee, "The Pursuit of Truth in Contemporary Civil Procedure, revival of accuracy or a new balance in favor of effectiveness?" u Alan Uzelac, C.H. van Rhee (editors) *Truth and Efficiency in Civil Litigation Fundamental Aspects of Fact-finding and Evidence-taking in a Comparative Context*, Cambridge, 2012, str. 25-26.

³⁸ A. Uzelac, C.H. van Rhee, *nav. članak*, str. 27.

³⁹ Alan Uzelac, Kroatien, "Rezeption des Ideenguts von Franz Klein als Aufgabe für die Zukunft?" In: Rechberger Walter H (ed.), *Die Entwicklung des Zivilprozessrechts in Mittel- und Südost-europa seit 1918*, Wien, 2011, str. 184.

⁴⁰ A. Uzelac, *nav. članak*, str. 194-199.

com nedostavljanja svih relevantnih činjenica i dokaza u najranijoj fazi postupka, zakonodavac je želeo da promeni dužinu trajanja postupaka u Srbiji. Međutim, ovakva regulacija vuče sa sobom opasnost od povrede prava na pravično suđenje, pa je potrebno imati u vidu poštovanje i jednog i drugog prava kod primene odnoshnih odredaba ZPPa.

ZAKON O PARNIČNOM POSTUPKU IZ 2011. GODINE

ZPPom iz 2011. godine je predviđeno da su stranke dužne da, najkasnije na pripremnom ročištu, odnosno na prvom ročištu za glavnu raspravu ako pripremono ročište nije obavezno, iznesu sve činjenice potrebne za obrazloženje svojih predloga, da predlože dokaze kojima potvrđuju iznete činjenice, kao i da se izjane o navodima i ponuđenim dokazima protivne stranke. Time je uvedena prekluzija u prvostepeni parnični postupak, a saglasno članu 314. ZPPa predviđeno je da stranke mogu, u podnescima ili na kasnijim ročištima, sve do zaključenja glavne rasprave, da iznose nove činjenice i predlažu nove dokaze, samo ako učine verovatnim da bez svoje krivice nisu mogle da ih iznesu, odnosno predlože na pripremnom ročištu, odnosno na prvom ročištu za glavnu raspravu, ako pripremono ročište nije održano. Sud, pri tom, neće uzeti u obzir činjenice i dokaze koji su izneti, odnosno predloženi suprotno toj odredbi. Dakle, izuetak od pravila da se činjenice iznose i dokazi predlažu na pripremnom ročištu je sveden na situacije koje se mogu pripisati krivici stranaka, a ne i na one koje su potrebne radi utvrđivanja istinitog činjeničnog stanja⁴¹.

Naime, u parničnom postupku važi raspravno načelo, kao i načelo kontradiktornosti, a sud nema više istražna ovlašćenja kakva je imao ranije. Takođe, sud je dužan da omogući jednoj strani da se izjasni o navodima druge strane, ali to ne znači da cilj parničnog postupka nije utvrđivanje istine, odnosno da sudija treba da bude doveden u situaciju da zbog striktnih pravila, ispunjavanja norme, ostvarivanja brzine i izbegavanja sankcija zažmuri na ono što je potrebno da bi se ostvario cilj parničnog postupka, a to je utvrđivanje istine.

Da zaključimo, ne treba ostavljati sudijama previše prostora za pribegavanje strogom formalizmu. U oblasti krivičnog prava su se pojavile odluke u kojima je ESLJP zauzeo stanovište u kojima sudovi čak treba da ignorišu pojedina ograničenja data unutrašnjim pravom, ako bi to bilo neophodno da se zaštite prava garantovana konvencijom⁴². U oba slučaja bilo je reči o ograničenjima koja se mogu smatrati "preteranim formalizmom", ali kako sud ovakvo postupanje nije označio

⁴¹ Treba razlikovati istinito utvrđivanje činjeničnog stanja od utvrđivanja materijalne istine u postupku. Više o tome: A. Jakšić, *nav. delo*, str. 410-412.

⁴² Mathony v. Luxembourg 2007 i Perlala v. Greece 2007.

kao pravilo⁴³, ne može se jasno predvideti dalji razvoj ni u oblasti krivičnog prava, pa možda i u oblasti parničnog postupka. Naime, formalna pravila imaju za cilj da garantuju traženi nivo pravne sigurnost i određeni pravilan način definisanja postupka⁴⁴. Sudije su sklone tome da primenjuju formalna pravila, čak i kada postoji drugi način da se reši neka sporna situacija⁴⁵. Kao formalna pravila u literaturi se navode često ona kod kojih ostaje predmet spora ili deo predmeta spora nerešen. Tome sudije pribegavaju kada žele da izbegnu odlučivanje zbog važnosti ili osetljivosti nekog spora⁴⁶.

Iako izgleda da je tumačenje prava u parničnom postupku daleko od tumačenja koje daje u navedenim krivičnim slučajevima ESLjP, prilikom primene instituta prekluzija treba voditi računa o izbegavanju stogog formalizma i imati u vidu jedan od osnovnih ciljeva parničnog postupka, a to je utvrđivanje istine.

OCENA I PERSPEKTIVE

Pravila o prekluzijama moraju biti pažljivo definisana, tako da ne proizvode suprotan efekat od onog kome su namenjene. Tako, prekluzije bi inicijalno trebalo da rezultiraju koncentracijom procesne građe, odnosno da dovedu do ubrzanja parničnog postupka. Međutim, ukoliko su tako skrojene da se stranke u postupku osećaju da su pod pritiskom da u inicijalnoj fazi postupka iznesu sve činjenice i dokazne predloge, može se doći u situaciju da sud bude pretrpan procesnom građom, pa da dovede do usporavanja postupka⁴⁷.

Prekluzije u pogledu iznošenja novih činjenica i dokaza u prvostepenom postupku su prvenstveno uvedene da bi parnični postupak postao efikasniji. Pri tom, pak, treba voditi računa o tome da se pitanje efikasnosti suđenja svede na puku brzinu, bez obzira na sadržajni kvalitet donete odluke⁴⁸. Svakako da postoji potreba za efikasnijim postupkom, koji podrazumeva ne samo brzinu, već i pravilnu i zakonitu odluku. Postavlja se pitanje da li je ovako krut sistem prekluzija podoban za ostvarenje ovih ciljeva.

Može se reći da prekluzije, onako kako su određene u našem pravu, imaju preventivnu ulogu- samo postojanje sistema prekluzija utiče na pojačanu disciplinu stranka i na to da se bolje pripreme za svoje predmet, te doprinose tome da se

⁴³ Fokke Fernhout, Formal rules in civil procedure and access to justice: Striking a balance between excessive formalism and anything goes in civil justice in Civil Justice between Efficiency and Quality: From Ius Commune to the CEPEJ, Antwerp, 2008, str. 214-215.

⁴⁴ F. Fernhout, *nav. članak*, str. 215.

⁴⁵ Fokke Fernhout, *nav. članak*, str. 207-208.

⁴⁶ Fokke Fernhout, *nav. članak*, str. 208-209.

⁴⁷ W.Rechberger, T.Klicka, *nav. delo*, str. 241.

⁴⁸ A. Galič, *nav. članak*, str. 103.

u postupku ne gubi vreme, već da se svi učesnici u postupku maksimalno angažuju. Kao i neki drugi instituti u našem parničnom postupku, npr. vremenski okvir, prekluzije imaju funkciju da primoraju sve učesnike u postupku da dobro pripremljeni dolaze na ročišta, kako bi efikasnije i brže teкао postupak. Na ovaj način zakonodavac pokazuje intenciju da probleme pravosudnog sistema menja uvođenjem pravila o prekluzijama u prvostepenom parničnom postupku, pa ostaje na praksi da se vidi da li ovakva promena dovodi do željenog efekta ili do primene strogog formalizma i ugrožavanja prava na pravično suđenje.

Postavlja se pitanje kako, na drugi način, učiniti postupak efikasnijim, a ujedno obezbediti i donošenje tačne i pravične sudske odluke. Postavlja se pitanje da li se drugim sistemom prekluzija, od postojećeg može postići bolji balans između unapređenja efikasnosti postupka, ali ne na uštrb prava na pravično suđenje.

Kao što je gore navedeno, jedna od mogućnosti je obavezivanje stranke koja je propustila da blagovremeno predloži iznošenje novih činjenica i dokaza, da snosi troškove koje je time preouzrokovala drugoj strani. Tako je u vreme važenja ZPPa iz 2004. godine, kao primarno, važilo pravilo da ukoliko je neposredno pre ročišta ili na samom ročištu dostavljen podnesak, troškovi tog ročišta padaju na teret strane čijom krivicom je došlo do odlaganja ročišta. Međutim, u praksi su retko isticani zahtevi za ovakvu naknadu troškova i često bi bili smatrani nekolegijalnim među advokatima⁴⁹, pa se u našem pravosudnom miljeu ovakvo rešenje pokazalo necelishodnim. Pored toga, ovakvo rešenje bi se odnosilo samo na pitanje krivice stranaka, ali ne i na pitanje utvrđivanja istinitosti činjenica iznetih u parničnom postupku (ne i materijalne istine), pa ne bi rešilo celokupan problem.

Rešenje bi se moglo naći u davanju veće uloge sudiji u nekoj budućoj izmeni ZPPa, onako kako je to definisano u nemačkom i austriskom pravu. Kako je neizvesno kako i da li bi do takvih izmena došlo, postojeće odredbe ZPPa kojima su regulisane prekluzije treba tumačiti ne previše formalistički kako se ne bi ugrozilo pravo na pravično suđenje, ali ni previše fleksibilno, kako procesna ograničenja ne bi izgubila smisao, što je i zahtev Evropskog suda za ljudska prava⁵⁰.

⁴⁹ Aleš Galič, "Ograničenje mogućnosti iznošenja novota i cilj građanskoga parničnog postupka", u: Alan Uzelac, Jasnica Garašić, Aleksandra Maganić, *Liber amicorum Mihajlo Dika*, Zagreb, 2013, str. 107.

⁵⁰ Odluka ESLjPa u slučaju ESIEM protiv Turske od 17. septembra 2013. godine, par. 21.

BRANKA BABOVIĆ

Assistant, Faculty of Law, University of Belgrade

PRECLUSION TO PRESENT NEW FACTS AND EVIDENCE
IN THE FIRST INSTANCE LITIGATION PROCEEDINGS

Summary

Subject of this paper is analysis of preclusion to present new facts and evidence in the first instance litigation proceedings. Baring the fact that one of the most criticized deficiencies of Serbian legal system is lack of efficiency, the Law on civil procedure has changed in 2011 introducing the preclusion to present new facts and evidences in first instance proceedings. Those changes have been made with the intention to accelerate proceedings by introducing strict sanctions for late submissions in the first instance proceedings. However, strict regulation on presentation of facts and evidence may jeopardize right to a fair trial if not interpreted correctly, or changed. Result of this research is that relevant articles of the Law on civil procedure should be changed following Austrian and German legislation. Until the law is changed, the existing regulation shall not be interpreted strictly.

POSTUPAK U PARNICAMA ZA ZAŠTITU OD NASILJA U PORODICI

1. Kao što je poznato, porodica predstavlja osnovnu ćeliju društva. Zdrava porodica, zdravo društvo, moglo bi se zaključiti. Još od nastanka porodice, ona je označavana kao mirna luka u kojoj njeni članovi zadovoljavaju svoje potrebe, u kojoj su okruženi ljubavlju i razumevanjem i koja im pruža sigurnost.

Porodica ima vaspitno obrazovnu funkciju, zaštitničku i psihološku funkciju. U porodici se zadovoljavaju psihološke potrebe, u njoj se pružaju raznovrsni vidovi pomoći i zaštite njenim članovima a ona ima i ulogu značajnog činioca u procesu socijalizacije. Porodicu čine trajne i svestrane veze njenih članova. Sve ove funkcije porodica ostvaruje onda kada u njoj vladaju dobri odnosi, kada nema neravnopravnosti partnera u bilo kom smislu i kada nema bilo koje vrste nasilja u porodici. To svakako ne znači da u savremenom dobu ne dolazi do promena koje utiču na porodicu. Upravo suprotno, promene nastaju i utiču na uslove života velikog broja porodica, na kvalitet njihovog života, sadržinu porodičnih funkcija i njihovo izvršavanje.¹ Ali to ne znači da porodica gubi svoje funkcije i da ona i za pojedica i za društvo ne ostaje značajna zajednica. Kada se u porodici pojavi nasilje, porodica ne može nesmetano da funkcioniše i tada porodični odnosi bivaju poremećeni.

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

¹ U tom smislu: Vilić, D.: Porodica u kontekstu savremenih društvenih promjena, Sociološki diskurs, godina 1, br. 2/decembar 2011, str. 34.

Nasilje u porodici predstavlja fenomen kome se u poslednje vreme posvećuje velika pažnja. Opravdano. Ukoliko u jednoj porodici dođe do fizičkog, seksualnog, ekonomskog ili psihičkog zlostavljanja jednog člana prema drugom, nesumnjivo dolazi do ugrožavanja sigurnosti i odnosa poverenja među članovima porodice, ali dolazi i do ozbiljnog ugrožavanja same institucije porodice.² Nasilje u porodici je univerzalan fenomen, predstavlja model ponašanja,³ na njega utiče nasilje u društvu, značajno utiče na mentalno zdravlje onih koji su mu neposredno izloženi i doprinosi pribegavanju nasilju u međuljudskim odnosima onih lica koja su ga doživela.⁴ Razlozi za visok stepen nasilja u porodici mogu se naći u frustracijama, strahu, poteškoćama i neizvesnosti koje pojedini članovi porodice doživljavaju u društvu i to prenose na porodicu.⁵ Najrasprostranjeniji oblik nasilja u porodici je nasilje muškarca nad ženom ali je nasilje nad decom i nasilje nad roditeljima takođe oblik nasilja koji dobija na intenzitetu.⁶

2. Nasilje u porodici je predmet regulisanja velikog broja međunarodnih i domaćih pravnih akata. Počev od Univerzalne deklaracije UN o ljudskim pravima iz 1948. godine, Konvencije UN o pravima deteta iz 1989. godine,⁷ Preporuke br. R (90) 2E Komiteta ministara Saveta Evrope o socijalnim merama u vezi sa

² Tako: Petrušić, N.: Porodičnopravna zaštita od nasilja u porodici u pravu Republike Srbije, Zbornik radova "Novo porodično zakonodavstvo", Pravni fakultet u Kragujevcu – Centar za porodično pravo, Kragujevac, 2006, str. 21.

³ "Nasilje u porodici predstavlja model ponašanja, koje jedan član porodice preduzima, odnosno ispoljava prema drugom, kako bi uspostavio moć i kontrolu ili zadovoljio neke svoje potrebe na štetu drugog člana porodice, a ne izolovani incident" (Videti: Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu, poslovni broj Gž2. 51/10 od 03.02.2010. godine, Bilten Apelacionog suda u Novom Sadu, broj 1/2010, str. 95).

⁴ U tom smislu: Petrušić, N.: Krivičnopravna i porodičnopravna zaštita od nasilja u porodici, Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije, br. 2/2008, Beograd, str. 565–566.

⁵ Tako: Tekst "Kuda ide savremena porodica", <http://www.sijakovic.com/02/kuda-ide-savremena-porodica/>, pristupljeno: 23. jula 2014.

⁶ Nasilje u porodici uzima zamah i podaci koji su dostupni putem izveštaja i medija ukazuju na porast nasilja u porodici. U tekstu pod naslovom "Nasilja u porodici čak tri puta više" iznose se podaci prema kojima su centri za socijalni rad registrovali 9. 300 zlostavljanih od čega je 96% zlostavljanih upravo u porodici. To je tri puta više zlostavljanih u odnosu na 2006. godinu. To su naime bili zvanični podaci Ministarstva rada, zapošljavanja i socijalne politike. U tekstu se takođe navodi da je prema podacima Viktimološkog društva Srbije svaka druga žena žrtva psihološkog a svaka treća žena žrtva fizičkog nasilja, kao i da se nasilje u četvrtini slučajeva ponavljalo i više od pet puta. S druge strane, iako su podnete 3. 624 prijave zbog nasilja u porodici od strane policije, samo 1. 472 zlostavljača je osuđeno, a ukazuje se i na činjenicu da opada i broj zaštićenih žrtava. Videti: <http://www.novosti.rs/vesti/naslovna/drustvo/aktuelno.290.html:465258-Nasilja-u-porodici-cak-tri-puta-vise>, V. Crnjanski Spasojević | 24. novembar 2013, pristupljeno: 24. jula 2014.

⁷ Čl. 19. Konvencije: "Strane ugovornice će preduzeti odgovarajuće zakonske, administrativne, socijalne i obrazovne mere za zaštitu deteta od svih oblika fizičkog ili mentalnog nasilja, povredivanja ili zlostavljanja, zapostavljanja ili nemarnog postupanja, maltretiranja ili eksploatacije,

nasiljem u porodici,⁸ Pekinške deklaracije i Platforme za akciju iz 1995. godine,⁹ Preporuke 1450 (2000) Parlamentarne skupštine Saveta Evrope o nasilju nad ženama u Evropi,¹⁰ Preporuke 1582 (2002) Parlamentarne skupštine Saveta Evrope o nasilju nad ženama u porodici,¹¹ Preporuke 2002 (5) Komiteta ministara Saveta Evrope o zaštiti žena od nasilja,¹² preko Preporuke 1905 (2010) Parlamentarne skupštine Saveta Evrope, usvojene u martu 2010. godine kojom se ukazuje na neophodnost zaštite dece koja su svedoci nasilja u porodici,¹³ pa sve do Konvencije Saveta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici, koja je sačinjena u Istanbulu, 11. maja 2011. godine a stupila na snagu 1. avgusta 2014. godine¹⁴, nasilje u porodici se definiše kao nedopušteno ponašanje kojim se krše ljudska prava a samim dokumentima se propisuju i ustanovljavaju mehanizmi za sprečavanje nasilja u porodici.

3. U zakonodavstvu Republike Srbije, takođe, postoji veliki broj dokumenata kojima se zabranjuje nasilje u porodici. Ustavom Republike Srbije¹⁵ propisano je da država jemči ravnopravnost žena i muškaraca, zabranjuje neposrednu i po-

uključujući seksualno zlostavljanje, dok je pod brigom roditelja, zakonskih zastupnika ili bilo koje druge osobe koja se brine o detetu.

⁸ Komitet ministara Saveta Evrope usvojio je preporuku 15. januara 1990. godine. <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=569827&SecMode=1&DocId=589942&Usage=2>, pristupljeno: 24. jula 2014.

⁹ Beijing Declaration and Platform for Action, usvojena na IV svetskoj konferenciji o ženama u Pekingu, 15. decembra 1995. god., dostupno na: <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/BDPfA%20E.pdf>, pristupljeno 27. jula 2014.

¹⁰ Violence against women in Europe, dostupno na: <http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta00/erec1450.htm>, pristupljeno: 24. jula 2014.

¹¹ Domestic violence against women, usvojena od strane Odbora ministara 27. septembra 2002. god. U čl. 4. Preporuke se ističe da Parlamentarna skupština Saveta Evrope akte nasilja u porodici smatra krivičnim delima i poziva članice da prepoznaju svoju obavezu da sprečavaju, istražuju i kažnjavaju akte nasilja u porodici i da obezbeđuju zaštitu žrtvama nasilja. U čl. 5. se preporučuje uvođenje politike podizanja nivoa svesti i kampanja koje će informisati javnost o ovom problemu. Takođe, preporučuje se članicama da preduzmu taksativno nabrojane mere koje se tiču žrtava nasilja u porodici, prevencije nasilja u porodici i određene zakonske mere; dostupno na: <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta02/EREC1582.htm>, pristupljeno: 27. jula 2014.

¹² Recommendation Rec (2002) 5 of the Committee of Ministers to member states on the protection of women against violence, usvojena 30. aprila 2002. godine, dostupno na: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=280915>, pristupljeno: 27. jula 2014.

¹³ Dostupno na: <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta10/EREC1905.htm>, pristupljeno: 27. jula 2014.

¹⁴ Zakon o potvrđivanju Konvencije Saveta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici donet je 31. oktobra 2013. godine ("Službeni glasnik RS - Međunarodni ugovori", br. 12/2013) a u "Službenom glasniku RS - Međunarodni ugovori", br. 4/2014 objavljeno je da konvencija stupa na snagu 1. avgusta 2014. godine.

¹⁵ Videti: "Službeni glasnik RS", br. 98/2006.

srednu diskriminaciju po bilo kom osnovu, a naročito na osnovu pola, garantuje pravnu zaštitu ljudskih i manjinskih prava zajamčenih Ustavom, garantuje nepovredivost fizičkog i psihičkog integriteta, jamči zaštitu dece od psihičkog, fizičkog, ekonomskog i svakog drugog iskorišćavanja ili zloupotrebljavanja i jamči posebnu zaštitu porodice, majki, samohranih roditelja i dece.

Nasilje u porodici predstavlja krivično delo, propisano odredbama Krivičnog zakonika Republike Srbije.¹⁶ Propisivanje pravila o krivičnom delu nasilje u porodici bilo je prvi korak u inkriminaciji ovog u savremenom svetu neprihvatljivog i nepoželjnog ponašanja. Krivično delo nasilje u porodici predviđeno je u odredbama iz čl. 194. KZ RS, u glavi devetnaestoj koja je posvećena krivičnim delima protiv braka i porodice.¹⁷ Zakonodavac nas najpre upoznaje sa sadržinom krivičnog dela nasilja u porodici a nakon toga propisuje modalitete kažnjavanja u zavisnosti od toga na koji način, prema kojim licima i sa kojim posledicama je preduzeto nasilje u porodici. Uopšteno, ko primenom nasilja, pretnjom da će napasti na život ili telo, drskim ili bezobzirnim ponašanjem ugrožava spokojstvo, telesni integritet ili duševno stanje člana svoje porodice, kazniće se zatvorom od tri meseca do tri godine.¹⁸ Ukoliko se nasilje u porodici definisano na ovaj način preduzima korišćenjem opasnog oruđa, oružja ili sredstva kojim se može teško narušiti zdravlje ili povrediti telo ili usled nasilja u porodici nastupi teška telesna povreda ili teško narušavanje zdravlja ili je delo nasilja u porodici učinjeno prema maloletniku, i propisane kazne su strožije.¹⁹

U Republici Srbiji je 2011. godine doneta i Nacionalna strategija za sprečavanje i suzbijanje nasilja nad ženama u porodici i u partnerskim odnosima.²⁰

4. Veliki korak u prepoznavanju nasilja u porodici kao značajnog problema društva kao i potrebe za pružanjem zaštite licima izloženim nasilju u porodici načinjen je regulisanjem nasilja u porodici odredbama Porodičnog zakona Republi-

¹⁶ Videti: "Službeni glasnik RS", br. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013. U daljem tekstu: KZ RS.

¹⁷ Krivično delo nasilje u porodici po prvi put je uvedeno u naše zakonodavstvo Zakonom o izmenama i dopunama Krivičnog zakona Republike Srbije ("Sl. glasnik RS", br. 10/2002 od 01.03.2002. god.). Detaljnije o krivičnopravnoj zaštiti od nasilja u porodici, videti: Josifović, I. – Krivično delo nasilje u porodici u praksi, Bilten Apelacionog suda u Novom Sadu br. 6/2014, str. 147–174.

¹⁸ Čl. 194. st. 1. KZ RS.

¹⁹ Kazne se kreću u rasponu od šest meseci do petnaest godina zatvora. Kaznom od tri do petnaest godina zatvora kazniće se lice koje je učinilo delo nasilje u porodici a koje je rezultiralo smrću člana porodice. Detaljnije o statističkim podacima o osuđivanim licima za krivično delo nasilje u porodici, videti: Nikolić-Ristanović, V.: Praćenje primene zakonskih rešenja o nasilju u porodici u Srbiji: nalazi pilot istraživanja, UN Women, 2013, str. 4–5.

²⁰ "Službeni glasnik RS", br. 27/2011. Nacionalnom strategijom su postavljeni strateški ciljevi: uspostavljanje sistema primarne, sekundarne i tercijarne prevencije; unapređivanje normativnog okvira za zaštitu žena od nasilja; unapređivanje multisektorske saradnje i podizanje kapaciteta organa i službi i unapređivanje sistema mera zaštite i podrške žrtvama nasilja.

ke Srbije.²¹ Zakon sadrži i materijalnopravne i procesnopravne odredbe o zaštiti od nasilja u porodici. Najpre, zakon propisuje da je nasilje u porodici zabranjeno i da svako ima, u skladu sa zakonom, pravo na zaštitu od nasilja u porodici.²²

Deveti deo PZ RS posvećen je zaštiti od nasilja u porodici. Pod nasiljem u porodici se prema zakonu podrazumeva ponašanje kojim jedan član porodice ugrožava telesni integritet, duševno zdravlje ili spokojstvo drugog člana porodice (čl. 197. st. 1). Ima mišljenja da je ovako široko postavljena definicija nasilja u porodici bila neophodna kako bi zaštitom bili obuhvaćeni svi akti nasilja u porodici i da se određivanje sadržine nasilničkog ponašanja ostavlja sudskoj praksi.²³

Takođe, smatra se da nasilje u porodici kao socijalnu pojavu karakteriše postepenost i kontinuitet u ispoljavanju te da se definisanjem nasilja u porodici na ovaj način omogućava zaštita od nasilja u porodici u ranim fazama i onda kada poprima najteže oblike.²⁴ Ovako uopšten način definisanja predstavlja pravni standard te je zakonodavac izričito propisao koje se ponašanje naročito smatra nasiljem u porodici. Tako se nasiljem u porodici naročito smatra nanošenje ili pokušaj nanošenja telesne povrede, izazivanje straha pretnjom ubistva ili nanošenja telesne povrede članu porodice ili njemu bliskom licu; prisiljavanje na seksualni odnos; navođenje na seksualni odnos ili seksualni odnos sa licem koje nije navršilo 14. godinu života ili nemoćnim licem; ograničavanje slobode kretanja ili komuniciranja sa trećima; vređanje, kao i svako drugo drsko, bezobzirno i zlonamerno ponašanje.²⁵ I termini "drsko", "bezobzirno" i "zlonamerno" ponašanje, takođe, predstavljaju pravni standard i stvar je ocene suda da li će određenu radnju oceniti kao drsko, bezobzirno i zlonamerno ponašanje.²⁶ Tačnije, drskost, bezobzirnost i zlonamernost su obeležja nasilja u porodici i sadržina ovih pravnih standarda se može utvrditi samo u odnosu na opšte društvene norme i vrednosti.²⁷

²¹ Videti: "Službeni glasnik RS", br. 18/2005, 72/2011. U daljem tekstu: PZ RS.

²² Čl. 10. st. 1. i st. 2. PZ RS.

²³ Tako: Draškić, M.: Nasilje u porodici: prva presuda Vrhovnog suda Srbije, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, godina LVI, br. 2/2008, str. 346.

²⁴ U tom smislu: Milikić, M. – Porodičnopravna zaštita od nasilja u porodici u parničnom postupku, Bilten Vrhovnog kasacionog suda br. 3/2011, str. 189.

²⁵ Čl. 197. st. 2. PZ RS. O merama zaštite i: Wagner, M.: Putokaz za moja prava u zaštiti od nasilja u porodici, Autonomni ženski centar, Beograd, 2005, str. 32–35.

²⁶ "Prilikom ocene da li neko ponašanje jednog člana porodice prema drugom, proisteklo iz njihovih međusobnih nesuglasica, predstavlja nasilje u porodici, relevantno je da li to ponašanje ima takav karakter i intenzitet da bi moglo da ugrozi telesni integritet, duševno zdravlje ili spokojstvo drugog člana porodice" - Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu, Gž2 99/11 od 21.02.2012. godine, Bilten Apelacionog suda u Novom Sadu, broj 4/2012, str. 126.

²⁷ Tako: Petrušić, N.: Krivičnopravna i porodičnopravna zaštita od nasilja u porodici, Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije, br. 2/2008, str. 579. Drsko, bezobzirno i zlonamerno ponaša-

Posebno je važno što je zakonom propisano ko su članovi porodice sa aspekta nasilja u porodici. To su supružnici ili bivši supružnici; deca, roditelji i ostali krvni srodnici, te lica u tazbinskom ili adoptivnom srodstvu, odnosno lica koje vezuje hraniteljstvo; lica koja žive ili su živela u istom porodičnom domaćinstvu; vanbračni partneri ili bivši vanbračni partneri; lica koja su međusobno bila ili su još uvek u emotivnoj ili seksualnoj vezi, odnosno koja imaju zajedničko dete ili je dete na putu da bude rođeno, iako nikada nisu živela u istom porodičnom domaćinstvu.²⁸ Evidentno je da zakonodavac pod članovima porodice ne podrazumeva samo članove koji čine porodicu kao bio-psiho-socijalnu zajednicu roditelja i njihove rođene ili usvojene dece, već i bivše supružnike, bivše vanbračne partnere, lica povezana tazbinskim srodstvom, lica u odnosu hraniteljstva kao i lica u emotivnom ili seksualnom odnosu koja ne žive i nisu živela u porodičnom domaćinstvu. Nesporno je da je definicija članova porodice jako široka, i da je takva kako bi se s jedne strane, sprečilo nasilje kako među članovima postojeće, tako i među članovima ranije postojeće bračne ili vanbračne zajednice, između lica u adoptivnom i tazbinskom srodstvu i lica u odnosu hraniteljstva, ali i između lica koja ne žive u porodičnom domaćinstvu a vezuje ih emotivni ili seksualni odnos ili imaju ili očekuju da se rodi njihovo zajedničko dete. S druge strane, izricanje bilo koje mere zaštite od nasilja u porodici prema bilo kom od ovih lica ima i jaku preventivnu funkciju, u smislu da se i ostalim članovima društva stavlja u izgled kako mogu biti sankcionisani ukoliko se u porodici, vanbračnoj zajednici ili drugoj vrsti porodične zajednice ne ponašaju prema utvrđenim društvenim standardima ponašanja.

5. Odredbama PZ RS precizno su određene mere zaštite koje se u posebnom parničnom postupku mogu izreći u slučaju nasilja u porodici. Svrha izricanja mera zaštite je ograničenje održavanja ličnih odnosa sa drugim članom porodice ili privremena zabrana održavanja odnosa. Prema licu koje vrši nasilje u porodici, sud može odrediti jednu ili više mera zaštite od nasilja u porodici. Prema odredbi iz čl. 198. st. 2. PZ RS mere zaštite od nasilja u porodici su: izdavanje naloga za iseljenje iz porodičnog stana ili kuće, bez obzira na pravo svojine odnosno zakupa nepokretnosti; izdavanje naloga za useljenje u porodični stan ili kuću, bez obzira na pravo svojine odnosno zakupa nepokretnosti; zabrana približavanja članu porodice na određenoj udaljenosti; zabrana pristupa u prostor oko mesta stanovanja ili mesta rada člana porodice i zabrana daljeg uznemiravanja člana porodice.²⁹

nje je svako ponašanje koje odstupa od uobičajenih pravila ponašanja u porodičnim odnosima (npr. ignorisanje, vređanje, napad na čast i ugled, itd.).

²⁸ Čl. 197. st. 3. PZ RS.

²⁹ Lice koje prekrši mere zaštite od nasilja u porodici koje mu je sud odredio na osnovu zakona, može biti kažnjeno zatvorom od tri meseca do tri godine i novčanom kaznom.

Mera zaštite od nasilja u porodici može trajati najduže godinu dana ali se može produžavati sve dok ne prestanu razlozi zbog kojih je bila određena.³⁰ Izrečena mera zaštite od nasilja u porodici prestaje istekom vremena na koje je određena a može prestati i pre isteka vremena trajanja ako prestanu razlozi zbog kojih je bila određena.³¹

Interesantna je odredba zakona u kojoj se, kada je u pitanju mera zaštite, propisuje da se vreme provedeno u pritvoru kao i svako lišenje slobode u vezi sa krivičnim delom odnosno prekršajem uračunava u vreme trajanja mere zaštite od nasilja u porodici.

6. Procesnopravnim odredbama PZ RS propisana su pravila po kojima se postupa u parnicama za zaštitu od nasilja u porodici. Po svojoj pravnoj prirodi, postupak u parnicama za zaštitu od nasilja u porodici je poseban parnični postupak u kome se postupa po pravilima propisanim odredbama PZ RS ali uz primenu odredaba Zakona o parničnom postupku Republike Srbije.³² U literaturi procesnog prava ima mišljenja da se kada je u pitanju ovaj postupak ne radi o posebnom parničnom postupku već da se radi o vanparničnom postupku u kome sud izricanjem određene mere zaštite pruža zaštitničku pomoć žrtvi nasilja u porodici i u kome se uz sadejstvo suda uređuju odnosi stranaka.³³ Kada je postupak u pitanju, zakonodavac govori o „postupku u sporu za zaštitu od nasilja u porodici“. Ne retko zakonodavac pravi grešku i ne razlikuje osnovne institute procesnog prava. Spor predstavlja povod za parnicu, on se u parnici rešava. Parnica je redovan način za rešavanje građanskopravnih sporova te se u ovom slučaju može govoriti o postupku u parnicama za zaštitu od nasilja u porodici, o pravilima po kojima se postupa kako bi se spor koji je pred sud iznet na rešavanje i rešio i na taj način pružila pravna zaštita.

Postupak u parnicama za zaštitu od nasilja u porodici pokreće se kao samostalan postupak. Ovaj postupak se može voditi i kao pridruženi postupak koji se vodi uz postupak u bračnim parnicama, maternitetskim i paternitetskim parnicama, parnicama za zaštitu prava deteta, parnicama za lišenje i vraćanje roditeljskog prava i parnicama za vršenje roditeljskog prava.

³⁰ Ukoliko je nasilje nastavljeno, tužilac ima mogućnost da tužbom zatraži od suda produženje izrečene mere i tada pokreće postupak za produženje mere zaštite od nasilja u porodici. Tužilac mora da podigne tužbu pre isteka trajanja već izrečene mere. To svakako ne sprečava tuženog da i nakon isteka izrečene mere, u novom posebnom parničnom postupku, zatraži pružanje pravne zaštite koja se može sastojati u ponovnom izricanju već izrečene mere u ranijem postupku.

³¹ Čl. 200. PZ RS.

³² Videti: "Službeni glasnik RS" br. 72/2011, 49/2013 - odluka US, 74/2013 - odluka US i 55/2014. PZ RS propisuje u čl. 202. da se na postupak suda koji je u vezi sa porodičnim odnosima primenjuju odredbe zakona kojim se uređuje parnični postupak, ako zakonom nije drugačije određeno.

³³ Tako: Stanković, G. – Građansko procesno pravo, prva sveska, Parnično procesno pravo, Megatrend Univerzitet, Beograd, 2013, str. 605.

U postupku u parnicama za zaštitu od nasilja u porodici stvarno je nadležan osnovni sud³⁴ a pitanje mesne nadležnosti regulisano je na specifičan način. Opšte mesno nadležan sud za postupak u parnicama za zaštitu od nasilja u porodici je sud prema prebivalištu ili boravištu tuženog, u ovom slučaju lica koje vrši nasilje u porodici. Kako bi se olakšao položaj lica nad kojim se vrši ili je izvršeno nasilje u porodici, zakonom je propisano da je pored suda opšte mesne nadležnosti nadležan i sud na čijem području ima prebivalište, odnosno boravište član porodice prema kome je nasilje izvršeno.³⁵ Postupak u parnicama za zaštitu od nasilja u porodici se pokreće tužbom. Ono što treba napomenuti jeste da se kada je u pitanju postupak u parnicama za zaštitu od nasilja u porodici mogu razlikovati dve tužbe: jedna kojom se pokreće postupak za zaštitu od nasilja u porodici i druga, kojom se pokreće postupak za produženje mere zaštite od nasilja u porodici u onim situacijama kada postoji potreba za njenim produženjem.³⁶ Takođe, postoji i tužba za prestanak mere zaštite od nasilja u porodici koja se podnosi sa ciljem da određena mera zaštite prestane pre isteka vremena njenog trajanja.

Pravna priroda tužbe u postupku u parnicama za zaštitu od nasilja u porodici je specifična. Tužba ima istovremeno i konstitutivnu i kondemnatornu prirodu. Onda kada se od suda zahteva da izrekne meru zaštite od nasilja u porodici i naloži tuženom da nešto učini, trpi ili se uzdrži od nekog činjenja tužba ima kondemnatorni karakter. S druge strane, tužbom se traži da se uskrati tuženom vršenje nekog prava odnosno ponašanja, te tužba ima i konstitutivni karakter.³⁷ Tužba može imati i samo konstitutivni karakter u onim situacijama kada tužilac zahteva da prestane određena mera zaštite.

7. Procesna legitimacija za podizanje tužbe pripada članu porodice prema kome je nasilje izvršeno, zakonskom zastupniku tog lica, javnom tužiocu i organu starateljstva.³⁸ Sva ova lica mogu podići tužbu i pokrenuti postupak u parnicama

³⁴ Čl. 22. Zakona o uređenju sudova, "Službeni glasnik RS", br. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011, 78/2011, 101/2011 i 101/2013.

³⁵ Čl. 283. PZ RS.

³⁶ "Kada istekne vreme trajanja mere zaštite od nasilja u porodici, ne može se tražiti daljnje postupanje suda koji je doneo odluku u pravosnažno okončanom parničnom postupku, već se u posebnom parničnom postupku mora ishodovati nova izvršna isprava za vraćanje u sudržavinu stana", Rešenje Okružnog suda u Novom Sadu, Gž. 676/2008 od 20.02.2008. i rešenje Vrhovnog suda Srbije u Beogradu, Rev. 2364/2008 od 17.09.2008, Bilten sudske prakse Okružnog suda u Novom Sadu, br. 14/2008, Intermex, Beograd, dostupno na: <http://www.propisionline.com/Practice/Decision/29656>, pristupljeno: 28. jula 2014.

³⁷ Videti detaljnije: Stanković, G.: Građansko procesno pravo, prva sveska, Parnično procesno pravo, Megatrend Univerzitet, Beograd, 2013, str. 606; Petrušić, N.: Porodičnopravna zaštita od nasilja u porodici u pravu Republike Srbije, Zbornik radova "Novo porodično zakonodavstvo", Pravni fakultet u Kragujevcu – Centar za porodično pravo, Kragujevac, 2006, str. 40.

³⁸ Čl. 284. st. 2. PZ RS. U slučaju da organ starateljstva nije pokrenuo postupak u parnicama za zaštitu od nasilja u porodici, sud može od organa starateljstva zatražiti da pruži pomoć u pri-

ma za zaštitu od nasilja u porodici sa ciljem da sud izrekne jednu ili više mera zaštite od nasilja u porodici. Procesnu legitimaciju za podizanje tužbe za prestanak mere zaštite ima lice protiv koga je mera određena. Aktivnu procesnu legitimaciju za pokretanje postupka ima i dete ali je tada neophodno da dete kao stranku u postupku zastupa zakonski zastupnik. Ukoliko pak postoji kolizija interesa između deteta i zakonskog zastupnika, detetu se postavlja privremeni zastupnik.³⁹

I parnični sud ima mogućnost da po službenoj dužnosti pokrene postupak za zaštitu od nasilja u porodici. Sud će po službenoj dužnosti pokrenuti postupak za zaštitu od nasilja u porodici kao adhezioni postupak koji se pridruženo vodi uz osnovni postupak. Tačnije, kada procesno legitimisano lice nije pokrenulo postupak za zaštitu od nasilja u porodici i nije zatražilo izricanje određene mere zaštite a sud u postupku koji se vodi na osnovu izviđanja dođe do saznanja da je potrebno pružiti zaštitu od nasilja u porodici, sud će po službenoj dužnosti pokrenuti postupak za izricanje mere zaštite od nasilja u porodici.

8. Osnovna procesna načela na kojima se zasniva ovaj poseban parnični postupak znatno su izmenjena u odnosu na procesna načela na kojima se zasniva opšti parnični postupak. Sasvim je ispravan stav prof. Stanković koja ističe da bi “konkretizacija procesnih načela na isti način kao u opštem parničnom postupku predstavljala prepreku za ostvarivanje principa na kojima se zasniva materijalno porodično pravo, ostvarivanje javnog interesa i zaštitu porodičnih prava pojedinaca”.⁴⁰ S druge strane, sama priroda porodičnih odnosa je specifična i kao takva zahteva preoblikovanje načela po kojima se postupa u postupku pružanja pravne zaštite.

Iako je hitnost u postupanju proklamovana opštim odredbama koje se odnose na postupke u oblasti porodičnopravnih odnosa,⁴¹ postupak u parnicama za

kupljanju potrebnih dokaza ali i da iznese svoje mišljenje o svrsishodnosti mere zaštite od nasilja u porodici koja je tražena. U tom slučaju, organ starateljstva ima ulogu pomoćnog organa suda ili specifičnog veštaka (Detaljnije: Stanković, G.: *Građansko procesno pravo*, prva sveska, *Parnično procesno pravo*, Megatrend Univerzitet, Beograd, 2013, str. 606; Draškić, M.: *Nasilje u porodici: prva presuda Vrhovnog suda Srbije*, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, godina LVI, br. 2/2008, str. 351; Petrušić, N.: *Porodičnopravna zaštita od nasilja u porodici u pravu Republike Srbije*, *Zbornik radova “Novo porodično zakonodavstvo”*, Pravni fakultet u Kragujevcu – Centar za porodično pravo, Kragujevac, 2006, str. 41).

³⁹ Dete može samo ili preko drugog lica ili ustanove zatražiti postavljanje privremenog zastupnika kada postoje suprotni interesi između njega i njegovog zakonskog zastupnika. Dete to može zatražiti ukoliko je navršilo 10. godinu života i ako je sposobno za rasuđivanje (čl. 265. st. 3. PZ RS).

⁴⁰ Videti: Stanković, G.: *Osnovna načela posebnih parničnih postupaka u porodičnim stvarima*, *Zbornik radova “Novo porodično zakonodavstvo”*, Pravni fakultet u Kragujevcu – Centar za porodično pravo, Kragujevac, 2006, str. 484.

⁴¹ Postupak u vezi sa porodičnim odnosima hitan je ako se odnosi na dete ili roditelja koji vrši roditeljsko pravo. Postupak se sprovodi, po pravilu, na najviše dva ročišta. Prvo ročište se zakazuje na taj način da se održi u roku od 15 dana od dana kada je tužba primljena u sudu a drugoste-

zaštitu od nasilja u porodici je, prema dikciji zakonodavca, naročito hitan (čl. 285. st. 1. PZ RS). Ovo pravilo se konkretizuje i pojedinačnim rešenjima. Tačnije, sud je dužan da prvo ročište zakaže tako da se održi u roku od osam dana od dana kada je tužba primljena u sudu. Takođe, drugostepeni sud je dužan da donese odluku u roku od 15 dana od dana kada mu je prvostepeni sud dostavio žalbu sa svim ostalim aktima spisa.

Načelo hitnosti se konkretizuje i pravilom po kome se tužba ne dostavlja tuženom na odgovor. Ovo je jedno od najvećih odstupanja u odnosu na pravila opšte parnične procedure. Tačnije, odgovor na tužbu je u opštem parničnom postupku obavezna parnična radnja tuženog. Nakon što mu sud dostavi tužbu, u zakonom propisanom roku, tuženi je dužan da odgovori na tužbu. Ukoliko to ne učini ili odgovori na tužbu a odgovor bude takav da sud po njemu ne može postupati, sud će ukoliko su ispunjeni svi zakonom predviđeni uslovi doneti presudu zbog propuštanja kao meru procesne sankcije za nedelatnog tuženog koji nije postupio po nalogu suda ili tuženog koji je na tužbu odgovorio ali nije ispoštovao pravila o obaveznoj sadržini samog odgovora.

Ono što je karakteristično za postupak u parnicama za zaštitu od nasilja u porodici je činjenica da sud u postupku nije vezan granicama tužbenog zahteva.⁴² To znači da sud nije vezan za predlog tražene mere zaštite od nasilja u porodici koji je tužilac istakao u tužbi. Sud može odrediti i meru zaštite od nasilja u porodici koja u tužbi nije tražena ako oceni da će se izricanjem takve mere postići najbolja zaštita od nasilja u porodici.⁴³ S druge strane, u sudskoj praksi je izražen i stav da je opravdano izricanje mere zaštite u slučajevima kada se nasilje u porodici ne može sa sigurnošću isključiti.⁴⁴

Kada su u pitanju raspravno i istražno načelo, u postupku u parnicama za zaštitu od nasilja u porodici dominira istražno načelo, nasuprot opštem parničnom postupku u kome raspravno načelo ima prednost. Sud može, shodno njevogovoj aktivnoj ulozi primenom istražnog načela, utvrđivati i činjenice koje nisu

peni sud je dužan da donese odluku u roku od 30 dana od dana kad mu je žalba dostavljena (čl. 204. st. 4 i 5. PZ RS).

⁴² Videti: Rešenje Okružnog suda u Novom Sadu, Gž. 1099/2006 od 22.08.2007, Bilten sudske prakse Okružnog suda u Novom Sadu, br. 14/2008, Intermex, Beograd, dostupno na: <http://www.propisionline.com/Practice/Decision/29658>, pristupljeno: 28. jula 2014. Sud je u konkretnom slučaju pored traženih mera zaštite – zabrana približavanja i zabrana pristupa u prostor oko mesta stanovanja – u skladu sa mišljenjem stručnog tima centra za socijalni rad grada Novog Sada odredio i meru zaštite svakog daljeg uznemiravanja.

⁴³ Čl. 287. st. 2. PZ RS.

⁴⁴ "Opravdano je određivanje mere zaštite od nasilja u porodici i kada se prema mišljenju stručnih ustanova ne može sa sigurnošću isključiti seksualno zlostavljanje maloletnog deteta", sentenca iz presude Vrhovnog kasacionog suda Rev. 2857/10 od 09.06.2010. godine, utvrđena na sednici Građanskog odeljenja 13.09.2010. godine, Bilten Vrhovnog kasacionog suda, broj 1/2010, str. 139.

sporne među strankama a može samostalno istraživati i činjenice koje nijedna stranka nije iznela u postupku.⁴⁵ U postupku u parnicama za zaštitu od nasilja u porodici javnost je isključena a podaci iz sudskih spisa predstavljaju službenu tajnu koju su dužni da čuvaju svi učesnici u postupku kojima su ti podaci dostupni.

9. Presuda koju sud donosi u postupku u parnicama za zaštitu od nasilja u porodici ima specifičnu sadržinu jer sadrži i konstitutivni i kondemnatorni element. Konstitutivnim delom presude se tuženom oduzima određeno pravo, unosi promena u odnos stranaka dok se kondemnatornim delom presude naređuje tuženom da se ponaša u skladu sa izrečenom merom zaštite od nasilja u porodici. U literaturi se ističe da je od posebne važnosti da kondemnatorni deo dispozitiva presude bude formulisan na jasan i precizan način jer se na taj način obezbeđuje potpuna izvesnost u pogledu obaveza izvršioca nasilja i da se olakšava prepoznavanje ponašanja suprotnog izrečenoj meri zaštite od nasilja u porodici.⁴⁶

Protiv presude donete u postupku u parnicama za zaštitu od nasilja u porodici može se izjaviti žalba kao redovan pravni lek. Izjavljena žalba nema suspenzivno dejstvo te ne zadržava izvršenje presude o određivanju mere zaštite od nasilja u porodici. Žalba ima isto dejstvo i kada se radi o presudi kojom se produžava mera zaštite od nasilja u porodici. Protiv presude donete u postupku u parnicama za zaštitu od nasilja u porodici dozvoljena je revizija.⁴⁷

10. Kada sud donese presudu u postupku u parnicama za zaštitu od nasilja u porodici, dužan je da je odmah dostavi organu starateljstva na čijoj teritoriji ima prebivalište odnosno boravište član porodice prema kome je nasilje izvršeno. Isto tako, presudu sud dostavlja i organu starateljstva na čijoj teritoriji ima prebivalište odnosno boravište član porodice protiv koga je mera zaštite od nasilja u porodici određena. Presuda se dostavlja organu starateljstva jer je dužan da vodi evidenciju i dokumentaciju o licima prema kojima je izvršeno nasilje i licima protiv kojih je određena mera zaštite od nasilja u porodici.⁴⁸

⁴⁵ Čl. 205. PZ RS.

⁴⁶ Tako: Petrušić, N.: *Porodičnopravna zaštita od nasilja u porodici u pravu Republike Srbije*, Zbornik radova "Novo porodično zakonodavstvo", Pravni fakultet u Kragujevcu – Centar za porodično pravo, Kragujevac, 2006, str. 45.

⁴⁷ Videti: čl. 208. PZ RS. U jednom slučaju iz sudske prakse tužilja je protiv pravnosnažne presude donete u drugom stepenu izjavila reviziju zbog bitnih povreda odredaba parničnog postupka i pogrešne primene materijalnog prava. Najpre je presudom tada Trećeg opštinskog suda odbijen tužbeni zahtev tužilje da se tuženom izrekne mera zaštite od nasilja u porodici – iseljenje iz stana. Presudom Okružnog suda odbijena je žalba tužilje i potvrđena prvostepena presuda. Vrhovni kasacioni sud je utvrdio da je revizija osnovana, da je došlo do pogrešne primene materijalnog prava, preinačio presudu i izrekao meru zaštite zabrane pristupa tuženom u prostor u kome tužilja živi, u periodu od šest meseci (Videti: Presuda Vrhovnog kasacionog suda, Rev. br. 2844/10 od 26.05.2010. god.).

⁴⁸ Način vođenja evidencije i dokumentacije propisuje ministar nadležan za porodičnu zaštitu. U Republici Srbiji je 2005. godine donet Pravilnik o evidenciji i dokumentaciji o licima prema

11. Zakonodavna rešenja u zemljama u regionu su različita kada se radi o pružanju pravne zaštite od nasilja u porodici. U Republici Srpskoj je na snazi Zakon o zaštiti od nasilja u porodici.⁴⁹ Ovim zakonom uređeno je pružanje zaštite od nasilja u porodici, definisan je pojam nasilja u porodici, određen krug lica koji se smatraju članovima porodice te određene vrste prekršajnih sankcija za počinioce nasilnih radnji. Odredbom iz čl. 2. st. 2. ZZNP propisano je da se postupak zaštite od nasilja u porodici obezbeđuje u prekršajnom postupku, primenom odredaba Zakona o prekršajima.⁵⁰

Zakon sadrži široku definiciju nasilja u porodici. Pod nasiljem u porodici se podrazumeva bilo koje delo koje nanosi fizičku, psihičku i seksualnu patnju ili ekonomsku štetu, kao i pretnje takvim delima ili propuštanje činjenja dužne pažnje, koja ozbiljno sputava članove porodice da uživaju u svojim pravima i slobodama po principu ravnopravnosti polova, kako u javnoj tako i u privatnoj sferi života. Zakonodavac potom taksativno nabraja radnje koje smatra nasiljem u porodici.⁵¹

Sud u prekršajnom postupku može izreći prekršajne sankcije u vidu zaštitnih mera.⁵² To su: udaljenje iz stana, kuće ili nekog drugog stambenog prostora; zabrana približavanja žrtvi nasilja; osiguranje zaštite žrtve nasilja; zabrana uznemiravanja ili uhođenja žrtve nasilja; obaveza psihosocijalnog tretmana; obavezno

kojima je izvršeno nasilje u porodici i o licima protiv kojih je određena mera zaštite od nasilja u porodici ("Službeni glasnik RS", br. 56/2005). Ovim pravilnikom uređen je postupak vođenja evidencije i dokumentacije i propisan obrazac evidencionog kartona za lica prema kojima je izvršeno nasilje u porodici i lica protiv kojih je izrečena mera zaštite od nasilja u porodici. Ministarstvo rada, zapošljavanja i socijalne politike 2013. godine donelo je i Poseban protokol o postupanju Centara za socijalni rad - organa starateljstva u slučajevima nasilja u porodici i ženama u partnerskim odnosima.

⁴⁹ Videti: "Službeni glasnik Republike Srpske", br. 118/2005. U daljem tekstu: ZZNP RS.

⁵⁰ U Republici Srpskoj nasilje u porodici je i predmet krivičnopravne zaštite. Detaljnije: Marković, I.: Pravna zaštita žrtava nasilja u porodici u republici Srpskoj, Temida br. 1/2008, str. 6–9.

⁵¹ Čl. 6. st. 2. t. 1–10. ZZNP RS. Radnje nasilja u porodici su: fizički napad člana porodice na drugog člana porodice, bez obzira da li je nastupila fizička povreda ili nije; svaka primena fizičke sile, koja nerezultira direktan napad ili primena psihičke prinude na integritet člana porodice; svako drugo postupanje jednog člana porodice koje može prouzrokovati ili izazvati opasnost da će izazvati fizičku ili psihičku patnju ili ekonomsku štetu; prouzrokovanje osećaja straha ili lične ugroženosti ili povrede dostojanstva, ucenom ili vrebalo pretnjom ili drugom prinudom; ozbiljni verbalni napadi, vređanje, psovanje, nazivanje pogrđnim imenima i drugi način grubog uznemiravanja člana porodice; uhođenje i svi drugi načini uznemiravanja drugog člana porodice; oštećenje ili uništenje zajedničke imovine ili imovine u posedu ili pokušaj da se to učini; propuštanje dužne pažnje i nadzora ili nepružanje pomoći i zaštite i ako za to postoji obaveza po zakonu ili običajima, a to bi imalo za posledicu osećaj fizičke, psihičke ili ekonomsko-socijalne ugroženosti; izolacija i ograničavanje slobode kretanja i komuniciranje sa trećim licima; nebriga i rešavanje osnovnih potreba.

⁵² Detaljno o merama zaštite i zakonskim aktima kojima je regulisano njihovo sprovođenje, videti: Marković, I.: Pravna zaštita žrtava nasilja u porodici u republici Srpskoj, Temida br. 1/2008, str. 15–20.

lečenje od zavisnosti i rad u korist humanitarne organizacije ili lokalne zajednice. Za svaku od propisanih mera predviđeno je i vremensko trajanje. Zaštitna mera udaljenja iz stana, kuće ili nekog drugog prostora se određuje u vremenskom intervalu koji ne može biti kraći od 30 dana niti duži od šest meseci; zaštitna mera zabrane približavanja žrtvi nasilja u porodici se određuje u vremenskom intervalu koji ne može biti kraći od 30 dana niti duži od godinu dana, itd.⁵³

Zaštitne mere od nasilja u porodici se izriču na zahtev lica koje je bilo izloženo nasilju u porodici, na zahtev policije, tužilaštva, centra za socijalni rad, vladinih i nevladinih organizacija ili po službenoj dužnosti. Sud to čini po službenoj dužnosti kada je u pitanju zaštitna mera zabrane približavanja žrtvi nasilja u porodici.

Pitanje zaštite od nasilja u porodici u Republici Crnoj Gori regulisano je Zakonom o zaštiti od nasilja u porodici.⁵⁴ Nakon definisanja nasilja u porodici kao činjenja ili nečinjenja člana porodice kojim se ugrožava fizički, psihički, seksualni ili ekonomski integritet, mentalno zdravlje i spokojstvo drugog člana porodice, bez obzira na mesto gde je učinjeno, zakonodavac propisuje ko se smatra članom porodice (čl. 3), određeni su oblici nasilja i propisane zaštitne mere koje se izriču u slučaju nasilja u porodici. Zakonodavac vrlo opširno predviđa oblike nasilja i to sa dva aspekta. Najpre, se taksativno navode oblici ponašanja koji se smatraju ugrožavanjem fizičkog, psihičkog, seksualnog ili ekonomskog integriteta, mentalnog zdravlja i spokojstva drugog člana porodice a potom i oblici ponašanja koji se svode na to da član porodice ne vodi dovoljno brige o detetu ili članu porodice o kome je dužan da se stara.⁵⁵

Kada su u pitanju zaštitne mere, licu koje je izvršilo nasilje mogu se izreći jedna ili više zaštitnih mera. To su: udaljenje iz stana ili drugog prostora za stanovanje; zabrana približavanja; zabrana uznemiravanja i uhođenja; obavezno lečenje od zavisnosti; obavezni psihosocijalni tretman. Za svaku zaštitnu meru je predviđeno pod kojim uslovima se može izreći i u kom vremenskom intervalu.⁵⁶

⁵³ Čl. 11. st. 3. ZZNP RS; čl. 12. st. 3. ZZNP RS. Zaštitna mera obezbeđenje žrtve nasilja podrazumeva obezbeđenje privremenog smeštaja i zbrinjavanje u socijalnim ili drugim centrima ili kod drugih porodica, odnosno na drugim pogodnim mestima (sigurna kuća) i pravo na privremeno izdržavanje iz alimentacionog fonda. Zaštitna mera zabrane uznemiravanja ili uhođenja žrtve nasilja određuje se u trajanju koje ne može biti kraće od 30 dana, niti duže od jedne godine (čl. 14. st. 2); zaštitna mera obaveznog psihosocijalnog tretmana izriče se radi otklanjanja nasilničkog ponašanja nasilnika ili ako postoji opasnost da bi nasilnik mogao ponoviti nasilje i može trajati do prestanka razloga zbog kojeg je određena, ali ne može trajati duže od dve godine (čl. 15. st. 1 i 2); zaštitnu meru obaveznog lečenja od zavisnosti sud izriče nasilniku koji je nasilje počinio pod uticajem zavisnosti od alkohola, opojnih droga ili drugih supstanci, ako postoji opasnost da će se nasilje ponoviti i to u trajanju koje ne može biti kraće od trideset dana, niti duže od dve godine (čl. 16. st. 1 i 2).

⁵⁴ Videti: "Službeni list Crne Gore" br. 46/2010. U daljem tekstu: ZZNP CG.

⁵⁵ Čl. 8. ZZNP CG.

⁵⁶ Videti: čl. 21–25. ZZNP CG.

Odredbama Zakona o zaštiti od nasilja u obitelji⁵⁷ propisana su pravila po kojima se postupa prilikom pružanja zaštite od nasilja u porodici u Republici Hrvatskoj. Prema ovom Zakonu nasilje u porodici je svaki oblik telesnog, psihičkog, seksualnog ili ekonomskog nasilja, a posebno su to: telesno nasilje, odnosno primena fizičke sile bez obzira da li je nastupila telesna povreda ili nije, telesno kažnjavanje i drugi načini ponižavajućeg postupanja prema deci u vaspitne svrhe; psihičko nasilje, odnosno primena psihičke prinude koja je uzrokovala osećaj straha, ugroženosti, uznemirenosti ili povrede dostojanstva, verbalno nasilje, verbalni napadi, vređanje, psovanje, nazivanje pogrdnim imenima ili na drugi način grubo verbalno uznemiravanje, uhođenje ili uznemiravanje preko svih sredstava za komuniciranje ili preko elektronskih i štampanih medija ili na drugi način ili komuniciranja s trećim osobama, protivpravna izolacija ili ugrožavanje slobode kretanja; seksualno nasilje, odnosno seksualno uznemiravanje i ekonomsko nasilje pod kojim se podrazumeva oštećenje ili uništenje lične i zajedničke imovine ili zabrana ili onemogućavanje korišćenja lične i zajedničke imovine ili pokušaj da se to učini te oduzimanje prava ili zabrana raspolaganja sopstvenim prihodima ili imovinom stečenom ličnim radom ili nasleđivanjem, onemogućavanje zapošljavanja ili rada, prisiljavanje na ekonomsku zavisnost, uskraćivanje sredstava za održavanje zajedničkog domaćinstva i brigu o deci ili drugim izdržavanim članovima zajedničkog domaćinstva.⁵⁸

Kada su u pitanju zaštitne mere kao jedna od vrsta sankcija predviđenih zakonom, sud može počinioocu nasilja osim zaštitnih mera propisanih Prekršajnim zakonom, izreći i sledeće zaštitne mere: obavezan psihosocijalni tretman; zabrana približavanja žrtvi nasilja u porodici; zabrana uznemiravanja ili uhođenja osobe izložene nasilju; udaljenje iz stana, kuće ili nekog drugog stambenog prostora; obavezno lečenje od zavisnosti i oduzimanje predmeta koji je namenjen ili upotrebljen u činjenju prekršaja.⁵⁹ Mere se izriču po službenoj dužnosti ili na zahtev lica izloženog nasilju.

U Republici Sloveniji je 2008. godine donet Zakon o sprečavanju nasilja v družini⁶⁰ kojim je definisano nasilje u porodici, uloga državnih organa i nosilaca javne vlasti, organa lokalne samouprave i nevladinih organizacija u borbi protiv nasilja u porodici i kojim su određene mere za zaštitu žrtava nasilja u porodici. Načelno, nasilje u porodici se definiše kao upotreba fizičkog, seksualnog, psihološkog ili ekonomskog nasilja jednog člana porodice protiv drugog člana porodice, bez obzira na pol, uzrast ili bilo koju ličnu okolnost za žrtvu ili počiniooca nasi-

⁵⁷ Videti: "Narodne Novine", br. 137/09, 14/10, 60/10. U daljem tekstu: ZZNO.

⁵⁸ Čl. 4. ZZNO.

⁵⁹ Čl. 11. st. 2. ZZNO.

⁶⁰ Videti: "Uradni list Republike Slovenije" br. 16/2008. U daljem tekstu: ZPND.

lja.⁶¹ Nakon opšte definicije nasilja u porodici zakonodavac pojedinačno određuje pojam fizičkog, seksualnog, psihičkog i ekonomskog nasilja kao i pojam zanemarljivosti (čl. 3. st. 2–6 ZPND). Kada se radi o merama zaštite od nasilja u porodici predviđeno je da se počiniocu nasilja mogu izreći sledeće mere zaštite: zabrana ulaska u stan u kome žrtva živi; zabrana zadržavanja u određenoj blizini mesta stanovanja žrtve; zabrana zadržavanja i približavanja mestu gde se žrtva redovno nalazi (radno mesto, škola, vrtić); zabrana ostvarivanja kontakta sa žrtvom nasilja u porodici na bilo koji način, uključujući i sredstva komunikacije na daljinu; zabrana uspostavljanja bilo kakvog kontakta sa žrtvom nasilja.⁶² Sud pomenute mere izriče u trajanju od šest meseci a žrtva nasilja u porodici može tražiti njihovo produženje za još šest meseci.

12. Nasilje u porodici predstavlja opasan društveni fenomen čija je ekspanzija evidentna prema dostupnim podacima o ovom obliku ponašanja koje je u suprotnosti sa opštim društvenim i moralnim normama i vrednostima. Sigurno je da je propisivanjem pravila po kojima se postupa u posebnom parničnom postupku za zaštitu od nasilja u porodici učinjen značajan napredak u prepoznavanju negativnog značaja ovog oblika ponašanja u porodici i potrebe za zaštitom lica koja su bila izložena nasilju u porodici. Detaljno definisano nasilje u porodici, široko određen krug lica koja se smatraju članovima porodice i lica koja imaju aktivnu procesnu legitimaciju za pokretanje postupka u parnicama za zaštitu od nasilja u porodici, naročita hitnost postupka i modifikovana načela na kojima se postupak zasniva, kao i relativno širok spektar zaštitnih mera koje sud u postupku može izreći, nesumnjivo su doprineli pružanju kvalitetne sudske zaštite licima nad kojima je izvršeno nasilje u porodici. Iako postoji adekvatan zakonski okvir, još uvek se relativno mali broj žrtava nasilja u porodici, iz različitih razloga, opredeljuje da zaštitu zatraži u građanskom sudskom postupku.

U poređenju sa pravnim sistemima zemalja u regionu, u kojima se zaštita od nasilja u porodici pruža najčešće u prekršajnom postupku, uz mogućnost ostvarivanja krivičnopravne zaštite, u našoj zemlji se zaštita pruža kako u krivičnom postupku tako i po pravilima posebnog parničnog postupka za zaštitu od nasilja u porodici. Definicija nasilja u porodici je u suštini ista u svim pravnim sistemima u regionu kao i u našoj zemlji, izuzev činjenice da je sama definicija u pojedinim pravnim sistemima tehnički detaljnije određena. Krug lica koja se smatraju članovima porodice je uglavnom identičan, uz konstataciju da je u našem pravnom sistemu veoma široko određen. Kada su u pitanju zaštitne mere, pored onih koje su propisane u našem pravu, u zemljama regiona su predviđene i neke druge zaštitne mere od nasilja u porodici (npr. obaveza psihosocijalnog tretmana; obavezno lečenje od zavisnosti, rad u korist humanitarne organizacije ili

⁶¹ Čl. 3. st. 1. ZPND.

⁶² Čl. 19. st. 1. t. 1 -5. ZPND.

lokalne zajednice, itd). Takođe, u pojedinim pravnim sistemima zemalja u regionu izričito je propisana i dužnost prijavljivanja nasilja u porodici, uz konstataciju da se sama dužnost odnosi na veliki broj lica i organa.

Nesumnjivo je da je potreban veliki napor kako bi se u društvu podigao nivo svesti o značaju zaštite od nasilja u porodici. Presude kojima se u postupku u parnicama za zaštitu od nasilja u porodici izriču zaštitne mere učiniocima nasilja su od velikog značaja. Njima se, s jedne strane, okončava postupak pružanja pravne zaštite licima izloženim nasilju u porodici, izriče zapovest licu koje nasilje vrši i prekida nasilničko ponašanje, dok je s druge strane, njihova funkcija značajna i na planu preventivnog delovanja protiv nasilja u porodici. Zato je neophodno publikovati donete sudske presude kako bi se šira javnost upozнала sa njihovom sadržinom a potencijalni počinioci nasilja u porodici obavestili o mogućim sankcijama za ponašanje koje nije društveno prihvatljivo i koje značajno utiče na funkcionisanje porodice i njenih članova.

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

PROCEDURE IN LITIGATIONS FOR PROTECTION FROM DOMESTIC VIOLENCE

Summary

Domestic violence represents a phenomenon that has justifiably been dedicated large attention to lately. If in a family there appears any kind of physical, sexual, economical or psychological abuse of one member by the other, it undoubtedly results in violation of safety and a relationship of trust between the members of the family and leads to serious violation of the very institution of a family.

Domestic violence is a subject of regulation of a large number of international and domestic legal acts. In the Republic of Serbia, regulations of the Family Law prescribe the rules to act in accordance with in a special kind of legal proceedings for protection from domestic violence.

In the paper the author points to specificities of the procedure in litigations for protection from domestic violence, points to the process principles it is based on and to the exceptions from the rules of the general legal procedure. The author notes the theoretical opinions and jurisprudence opinions regarding certain issues about this procedure and analyses legal solutions in the legislations of the countries in the region in the field of protection from domestic violence.

NIKOLA GLAVINČE

SAVESNOST I POŠTENJE KAO NAČELA, U SUDSKOM POSTUPKU I ODLUČIVANJU

U V O D

Savesnost i poštenje su moralni pojmovi, koji u sebi sadrže najveće etičke vrednosti kao neophodnost za svakodnevno delovanje pojedinaca u društvu. Nije slučajnost da je jedno od najvažnih načela u obligacionom pravu i uopšte u građanskoj materiji načelo o savesnosti i poštenju. To proizilazi iz sile prava i cilja pravde. U ovoj pravnoj oblasti ovi principi su u rangu najviših pravnih načela koji nalaze svoju konkretizaciju u nizu (redu) odredbi materijalne prirode. Načelo savesnosti i poštenja znače pravedno i pošteno, moralno, odgovorno, dostojanstveno i pravilno primenjivanje prava ili delovanje u pravu onemogućavajući sve zloupotrebe prava i izigravanje pravnih propisa i standarda. To u sebi inkorporira vrednosti prirodnog prava pravde i pravičnosti i pomaže u ostvarivanju ciljeva zakona. Ovakvo značenje i cilj potvrđeno je položajem ovog načela u pozitivno-pravnom poredku modernih društva u početnim članova materijalnih i procesnih zakona.

Osim u materijalnom pravu, načelo savesnosti i poštenja indirektno je prisutno u međunarodnim i nacionalnim dokumentima i odredbama koje se odnose na proceduru, odnosno na ispunjavanje garancija posvećeni sudskom postupku odlučivanju. Ukoliko je ponašanje učesnika u obligacionom odnosu izraz njihove

Mr Nikola Glavinče, advokat iz Bitolja, predsednik Advokatske zajednice Bitolj, doktorant krivičnog prava na Pravnom fakultetu u Skoplju.

volje, saglasnost ili ugovora, sudsko ponašanje i postupanje je posledica doslednog poštovanja prirodnog prava za pristup sudu.

Sudija je personifikacija suda, a sud emanacija prava i institucija kojoj se građani obraćaju radi zaštite u ostvarivanju svojih prava i pravnih interesa o kojima se sudi u slučaju da su izvršili moralno nedozvoljene postupke, odnosno krivična dela i prekršaj ali sa poštovanjem standarda i garancija koji obećavaju pravičan postupak i poštovanje prava pojedinaca, jer poštovanje prava pojedinca ujedno je i poštovanje prava društva.

Otud je provokacija da se piše na ovu temu sa aspekta savesnosti i poštenja kao načela i prava, ali ne u ponašanju učesnika u obligacionom odnosu (fizička i pravna lica), nego u postapanju i odlučivanju sudije i sud kao institucije i sudije kao personifikacija suda. Zbog toga, posebno je važno da sud savesno i pošteno postupa, pošto savesno i časno postupanje građanina u ostvarivanju njegovih obaveza je dužnost, dok sudije, kao deo sudske vlasti predstavljaju korektor nepravde drugih vlasti prema građanima i institucija koja treba da služi kao primer i koja uživa li veliki ugled i poverenje.

Po nemačkom filozofu A. Šopenhaueru (1788–1860) čast jeste objektivno posmatrano, mišljenje drugih o nama, a subjektivno naš strah od tog mišljenja. Posebno je značenje savesnosti i poštenja u pravosuđu, naročito zato što su oni jedni od osnovnih elemenata koji doprinose nepristrasnom i nezavisnom sudstvu.

Savesnost i poštenje i pravičan postupak

Savesnost i poštenje su pravni, moralni, ali i psihološki pojmovi, koji se uglavnom odnose na način ponašanja i postupanja čoveka u društvu. Savesnost proizlazi iz savesti kod čoveka, što opet pretstavlja psihološko saznanje o tome šta je dobro, a šta je loše i stvara se vaspitanjem. Savest, u stvari je osobina čoveka koja sledi njegovu vlastitu akciju, procenjujući je preko moralnog aspekta. Savest je jedna od manifestiranih osobina morala čoveka. Radi toga, oni utiču na postupke kod čoveka da dobiju moralni karakter¹. Savest se javlja kao integrativni mehanizam u transcendentalnoj egzistenciji (savesna ili nesavesna, takva kakva je konstituirana)². Savesnost kao psihološki termin je sastavni deo procesno-pravnih (sudskih) normi koje se odnose na funkciju i položaj suda.

Otuda uticaj savesti kao savesnosti i poštenja sudije u postupanju i donošenju odluke o pravima čoveka i za ostvarivanje pravnih interesa stranaka u postupku nije ograničena samo pravnim propisima i odredbama iz nacionalnih zakona i međunarodnih akata, već pre svega moralnim vrednostima, koji preko njihovog normativnog uređenja dobijaju oblik pravnih načela i predstavljaju putokaz

¹ Dušan Josifovski, *Kriminalistička psihologija*, Skoplje: NIP "Nova Makedonija" 1995, 116.

² Dragan Krstik, *Psihološki rečnik*, Beograd: IRO Vuk Karadžić, 1998.

po kojem treba da se kreće sudija za vreme postupanja po konkretnom predmetu. Savest, savesnost i poštenje sa filozofskog aspekta jesu u direktnoj povezanosti sa pravdom i pravom, a s tim i sa pravičnim postupkom kao standardom pravde.

U savremenom društvu pojam pravičnog postupka postao je sinonim sa elementima i sadržajem čl. 6 Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (EKLP)³. Ova pravna vrednost jeste posledica afirmacije prirodnih prava u međunarodnom poretku, koji svoju tradiciju nalazi u nizu istorijskih događaja i dokumenata.⁴

Predmet i cilj prava iz čl. 6 EKLP jeste da ovekoveči i konkretizuje vladavinu prava⁵. Posebno je značajna uloga i funkcija odredaba o pravičnom postupku EKLP, pošto sa nekoliko odredbi spaja više različnih proceduralnih sistema sa jednim prihvaćenim standardom.⁶ U saglasnosti sa čl. 6. st.1 EKLP, svako pri određivanju njegovih građanskih prava i obaveza ili kad je krivično gonjen, ima pravo na pravično i javno suđenje u razumnom rokom, pred nezavisnim i nepristrasnim tribunalom, koji je osnovan zakonom. U ovom pravu je sadržano biće srž načela savesnosti i načelo poštenja, pre svega izraženo kroz nezavisan i nepristrasan sud. Potvrda takvog tvrđenja je činjenica nepristrasnosti kao prava sastavljenog iz više elemenata, posebno od zahteva da sudije pri odlučivanju postupka savesno i pošteno, bez uticaja na njegovu odluku, zadovoljavajući objektivni i subjektivni test nepristrasnosti definisan i obrazložen od (Evropskog suda za ljudska prava) ESLP⁷.

Postojanje nepristrasnosti mora da bude determinisano prema subjektivnom testu, koji se bazira na ličnoj osudi određenog sudije u datom slučaju prema

³ *Evropska konvencija o čovekovih prava*, izmenjena za Protokolom br.11, Skoplje: Council of Europe, 2000, 9.

⁴ Po nekim saznanjima, tradicija načela na nepristrasnost u svojoj platformi prisutna je iz davnina. Tako, egipatski kralj Tutmos III oko 1500. god. pr.n.e. svome sluzbeniku Rekmiru, koji je vršio funkciju sudije, napisao je uputstvo za postupanje, u kojem ukazuje: Pokazivanje pristrasnosti jeste uvreda za boga. To je učenje: treba postupati jednako sa svima, smatraj onoga što nepoznajes kao onoga što poznaje, onaj ko je u blizini, kao onaj ko je udaljen. Kineski filozof i sudija Hsun Tzu (312-230. g. p.n.e), je smatrao da etika postoji radi popravljanja ljudstva. Prema Budistickoj filozofiji u toku istrage očekuje se od sudije da savesno izbegne četiri razloga nepravde, to jest: predrasude, mržnju, strah i neznanje. Prema stihovima br. 256 i 357 iz Dhammapada, što je zbirka izreka iz Bude (563–480. pr.n.e) ispričane u stihovima, onaj ko nosi brzu presudu, nije pravedan. Onaj koji je mudar ispituje i pravedno i pogrešno.

⁵ Loucaides G. Loukis, *The European convention on human rights, Collected essays*. Boston: Martinus nighaft publishers, 2007, 49.

⁶ Vidi kod Summers Sarah, *Fair trails*. Portland: Hard publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2007, 179.

⁷ Test za prvi put definiran je u predmetu Piersack v Belgium, app. 8692/79 od 1.10.1982. Više na: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57557#{%22itemid%22:\[%22001-57557%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57557#{%22itemid%22:[%22001-57557%22]})

objektivnom testu, koji konstatuje da li je sudija ponudio dovoljno garancija za isključenje svake legitimne sumnje u ovom pravcu.⁸

U pogledu subjektivnog testa (...) lična nepristrasnost sudije mora da se predpostavlja sve dok se ne pokaže dokaz o suprotnom. Prema objektivnom testu mora da se odredi da li nezavisno sudijskom ličnom ponašanju, postoje fakti koje mogu izazvati sumnju u pogledu njegove nepristrasnosti. U ovom kontekstu čak i izgledi mogu biti od prave važnosti. Ono što predstavlja rizik jeste poverenje koje sudovi u demokratskom društvu moraju da probude u javnosti među svima, a što se tiče krivičnog postupka i okrivljeni. Prema tome svaki sudija kada postoji legitimni razlog za strah o nedostatku nepristrasnosti mora se povući.

Nepristrasnost, savesnost i poštenja u postupanju i odlučivanju nisu limitirani kao prava i načela samo u krivičnom postupku. Oni su prava koja se obliगतorno poštuju u svakom sudskom postupku. Svaka ostala improvizirana primena bila bi apsurdna⁹. Sa pojmom "nepristrasnosti", ulazimo u sferu emocionalnog, poštenja života sudije koji imaju direktan uticaj na vladanje sudije kao čoveka i kao sudije i to omogućava da shvatimo onu dimenziju čoveka, pre svega sudije, koju određujemo kao "savesnost" u radu i postupanju sa ljudima i strankama.¹⁰

Iako savesno i pošteno postupanje sudije predstavlja standard koji se pretpostavlja da je ispunjen sa izborom sudije i početkom izvršavanja sudske funkcije, potreba o normativno-pravnom regulisanju njegove specifičnosti i praktična primena je velika, naročito imajući u vidu kontinuirane presude ESLP iz Strazbura i preporuke Saveta Evrope, koje se odnose na pravo nepristrasnog suda.

Može se zaključiti da u okviru prava na pristup sudu, odnosno prava na nezavistan i nepristrasan sud, svakom pojedincu ili kolektivu zagantovano je i pravo na sud koji će postupati sa doslednim poštovanjem načela savesnosti i poštenje. Osnovna činjenica jeste da je nezavisan položaj sudije i suda od ključnog značaja za ispunjavanje prava na pravično suđenje. Neophodno je da sudija izvršava sudijsku funkciju nezavisno, na osnovu ocena činjenica i savesnog razumevanja kao i na osnovu zakona, bez ikakvih spoljnih uticaja, vršenje pritisaka, ucena ili mešanja, direktno ili indirektno sa bilo koje strane ili iz bilo kojih razloga. Sudija mora odbiti bilo kakav pokušaj stranaka da utiče na njegovu odluku i u svakoj prilici da brani nezavisnost suda od političkih pritisaka i uticaja. On mora da pokaže isključivo poštenje i pozitivan odnos prema društvenim prilikama i društvu i da se nametne kao moralan odnosno etički autoritet u društvu koji uživa autoritet koji drži do svog ličnog dostojanstva. Takvo postupanje ne treba da bude samo rezultat mogućnosti pokretanja disciplinskog ili drugih postupaka

⁸ Haris O`Bojl i Varbrik, *Pravo EKLP Skoplje: Prostvetno delo AD*, 2009, 290.

⁹ Loucaides G. Loukis, *The European convention on human rights, Collected essays*. Boston: Martinus nighaft publishers, 2007, 196.

¹⁰ Ljupčo Arnaudovski, *Sudski menadžment*, Skoplje: Pravni fakultet "Justinijan Prvi", 2011, 338.

ka¹¹ nego kao rezultat visoko izgrađenih ličnih, profesionalnih i etičkih standarda u ponašanju i postupcima.

Osim zakonskih i pozitivno pravnih aspekta, značajno je i pitanje o ličnoj nezavisnosti, koja podrazumeva nepristrasnost u postupanju i u odlučivanju, koje se zasniva jedino na vladavini prava, profesionalizmu, znanju, iskustvu i umešnosti sudije. Nepristrasnost predpostavlja izvesne ljudske kvalitete koje on mora da poseduje: moral, etičnost, savesnost, poštenje, lični integritet, profesionalizam i radne navike.

Pravo nezavisnosti i nepristrasnosti suda jeste pravo emanacije suda u sudskoj zaštiti, kada se ona ostvaruje kroz funkciju suđenja, u tom smislu u kojoj i pravo na pravično suđenje nezavisnog i nepristrasnog suda, implicira slobodan i efektivan pristup pred sudom¹². Nezavisnost sudije jeste neminovan atribut njegove funkcije. Njegova "patria potestas" može biti samo njegova stručnost, savesnost i mudrost. Nikakvi drugi utisci ne mogu imati bilo kakvo delovanje, bez razlike od koga dolaze i iz bilo kojih razloga¹³. U svom postupku, sudija se ne sme preobraziti u automatizovanog primenjivača zakonske norme, nego putem interpretacije i razumevanja i duha zakona rešiti konkretni slučaj u smislu širenja načela prava i pravde. Suprotno, on postaje zavisnik normativnih sila jednoj dogmi, suprotnom opštem mišljenju u svoje sudsko uverenje¹⁴.

Proces donošenja sudske odluke treba da bude racionalan, pravičan i nepristrasan, pored formalne strane sudija mora da pazi i na moralne i socijalne vrednosti koje ispunjavaju njegov aksiološki (vrednosan) sadržaj. Sama presuda koja je u vrednosnom i socijalnom – etičkom smislu zasnovana na vrednostima prava i jeste pravedna presuda, dok donošenja pravedne presude jeste elemenat prava komplementarnog shvatanja za njegov pojam (sistem pravnih normi, njihova primena i donješnje pravedne presude).¹⁵

¹¹ U Zakonu o sudovima Republike Makedonije (kao i u veći deo zakona zemalja članica SE), nestručno i nesavesno obavljanje sudske funkcije pretstavlja uslov za razrešenje sudije ili vođenje disciplinskog postupka. S tim, zakonodavac je načela savesnog i poštenog postupanja od strane sudije i formalno pravno stavio na piedestal zakonske garancije o pravilnom postupku i formalizirao značaj prirodnog prava u pristupu sudu i nezavisnom i nepristrasnom postupku u kojem sudija savesno odlučuje o pitanjima koja su predmet interesa u konkretnom slučaju. Zakon, između ostalog pod nestručno i nesavesno obavljanje sudske funkcije podrazumeva i nezadovoljavajuću stručnost i nesavesnost sudije koji utiču i na kvalitet i ažurnost u radu, kao i grubo narušavanje ugleda sudske funkcije.

¹² Vlado Kambovski, *Sudsko pravo*. Skoplje: 2-ri Avgust Štip, 2010, 136.

¹³ Slobodan Perović, *Besede sa Kopaonika*. Beograd:Kopaonička skola prirodnog prava, 2013, 137.

¹⁴ Vlado Kambovski, *Sudsko pravo*. Skoplje: 2-ri Avgust Štip, 2010, 136.

¹⁵ Vlado Kambovski, *Sudsko pravo*. Skoplje: 2-ri Avgust Štip, 2010, 43.

Ne slučajno, po izboru sudije oni svečano izjavljuju da će u obavljanju sudske funkcije poštovati Ustav, zakone, međunarodne ugovore ratifikovane u saglasnosti sa Ustavom, kao i to da će suditi zakonito, pošteno, savesno, nezavisno i odgovorno i da će štiti slobodu i prava čoveka i građanina¹⁶. Jedan od elemenata pravičnog postupka jeste i odnos suda prema drugim učesnicima u postupku, ali i odnos javnih tužilaca, advokata i drugih učesnika u postupanjima prema sudu.¹⁷

Što se tiče Načela savesnosti i poštenja u pozitivno pravnom poretku Republike Makedonije, može se konstatovati tendencija zakonodavca za ozbiljan pristup i nastojanje za celovite garancije poštovanja načela savesnosti i poštenja. Ova konstatacija proizlazi iz niza zakonskih rešenja, koja nalaze svoju praktičnu primenu u svakodnevnoj primeni prava. U osnovi procesni zakonika o krivičnom postupku – zakon krivičnom postupku (ZKP) u čl. 399 izričito je navedena obaveza suda da zasniva presudu samo na činjenicama i dokazima koji su izneti na glavnoj raspravi i dužnosti sudije da savesno oceni svaki dokaz pojedinačno i u vezi sa drugim dokazima i na osnovi ocene donese zaključak da li je neka činjenica dokazana. Pored toga, u ZKP u čl. 387 opredeljena je obaveza veštaka da savesno i pošteno izvrši veštačenje.

Zakon o parničnom postupku (ZPP) kao osnovni procesni zakon o parničnom postupku u čl. 8 ponavlja obavezu suda koje činjenice smatra kao dokazane da odluči po svom ubeđenju, ali na osnovu savesne i brižljive ocene svakog dokaza posebno i svih dokaza zajedno, kao i na osnovu rezultata celokupnog postupka. Po čl. 9 iz ZPP, stranke i umešači dužni su pred sudom da govore istinu i savesno da koriste prava koja im se priznaju zakonom.¹⁸

Posebno mesto načela savesnosti i poštenje nalazi se i u Zakonu o obligacionim odnosima (ZOO) gde je u čl. 5 navedeno da u zasnivanju obligacionih odnosa i ostvarivanju prava i obaveza iz tih odnosa učesnici su dužni da se pridržavaju načela savesnosti i poštenja.¹⁹ Iz ovoga mogli bi se samo zaključiti da se načela savesnosti i poštenje javljaju na tri nivoa a) preugovorno; b) ugovorno; v) postupgovorno. Na svim ovih nivoima učesnici se nalaze na određenoj socijalnoj ili još bolje rečeno poslovnoj vezi koja se u osnovi zasniva na uzajamno uspostavljenom

¹⁶ U članu 50 Zakona sudovima u RM. (što je rešenje i u većem delu zakona u našem okruženju) određeno je da pre stupanja na dužnost sudija i sudija porotnik daje svečanu izjavu

¹⁷ U zakonodavstvu Republike Makedonije, tačnije u Zakonu o advokaturi. u saglasnosti sa čl. 117, advokat je obavezan pravnu pomoć strankama da daje savesno, stručno, u saglasnosti sa zakonom. Kodeks advokatske etike i drugih akata Komore kao tajna čuva ono što mu je poverila stranka.

¹⁸ Zakon za parničnata postapka ("Služben vesnik na Republika Makedonija" br. 79/2005, 110/2008, 83/2009 i 116/2010).

¹⁹ Zakon za obligacioni odnosi ("Služben vesnik na Republika Makedonija", br. 18/2001, 4/2002, 5/2003, 84/2008, 81/2009, 161/2009 i 123/2013).

poverenju među njima²⁰. Po nekim makedonskim teoretičarima načelo savesnosti i poštenje koliko je pravne, toliko je i moralne prirode. U svakom slučaju, najodgovorniji zadatak stoji pred sudom. U primeni ovog načela, sudu biće potrebno da uloži veliko znanje, stručnost i objektivnost. Pri tome uvek treba da se ima na umu da je reč o načelu koje samo po sebi nije primenljivo. To je organ koji može da udahne "život" ali i da mu ga oduzme.²¹ Udovoljavanje principa pravičnog postupka, traži savesno i pošteno postupanje i odlučivanje od strane suda, jer da bi ocenjivao savesnost i poštenje učesnika u postupku prethodno sudija mora sam da pokaže principe savesnog i časnog postupanja i delovanja i sa svojim primerom da afirmiše profesionalne vrednosti i ulogu i značaj sudske vlasti kao jedne od tri osnovna segmenta koje garantuje pravdu građanima.

Uloga etike u jačanju i primeni principa savesnosti i poštenja

Profesionalna etika kao predmet interesovanja ima moralne aspekte u sudijskom radu. Ona ima svoje principe i standarde, koji govore o etičkom značaju ove profesije, koristi od nje, njeno uklapanje u opšti sistem delovanja. Profesionalna etika (kao i svaka etika - opšta ili posebna) odnosi se na ulogu pojedinca u obavljanju bilo koje aktivnosti. Rad ima vrednost onoliko koliko vredi čovek koji ga obavlja - kaže poznati istraživač profesionalne etike Cerberus de Medelshajm - iako u pragmatičnom smislu čini se da sam rad, sam po sebi je važan, a ne onaj koji izvršava radni zadatak.

Profesionalni moral je strog etički sistem - važan ne samo s obzirom na značaj rada za život ljudi, već i zbog velikih posledica koje proizlaze iz rada i iz odgovarajućih delatnosti.

Naša pravnička vokacija nalaže nam da u jednom intelektualnom trajanju ostanemo uporni u smislu odbrane prava i pravnog poretka od političkog i ekonomskog diktata. To će se lako ostvariti ukoliko naš profesionalni rad proističe iz našeg saznanja i svesti da dolazi i napaja se iz sfere slobode, a ne iz sfere prinude jer država je aparat za fizičko nasilje, a pravo je samo instrument volje vladajuće klase. Naša profesionalna vokacija nalaže nam da ostanemo dosledni u radu na podizanju više kulture prava i morala kao osnovnih postulata svake pravne organizovane zajednice, da se postigne da ima "što manje zakonske nepravde", a što više pravednog prava.²²

²⁰ Gale Galev, Jadranka Dabović - Anastasovska, *Obligaciono pravo*. Skoplje: Pravni fakultet "Justinijan Prvi", 2008, 75.

²¹ Ibid, 80.

²² Slobodan Perović, *Besede sa Kopaonika*. Beograd: Kopaonička skola prirodnog prava, 2009, 18.

I kodeks sudije, između ostalog je da definiše načine o postizanju sudske nezavisnosti i nepristrasnosti. Uglavnom odnosi se na nezavisno i pošteno sudstvo koje nužno je potrebno za primenu pravde u društvu. U Republici Makedoniji, po principu br.1 Etičkog kodeksa za sudije, sudija treba da bude deo uspostavljanja, sprovođenja i održavanja visokih standarda ponašanja, kako bi se očuvala nezavisnost i integritet sudstva.

Značaj etike i etičkih kodeksa ne treba potcenjivati, posebno imajući u vidu međunarodnu tendenciju o definisanju etičke vrednosti sudstva. Prema Sofijskoj Deklaraciji od juna 2013g. donete od strane Evropske mreže sudskih saveta, pravosudje mora biti odgovorno da poštuje etičke odrednice i da bude predmet nepristrasnog sistema disciplinske odgovornosti.²³ Ova deklaracija podržava tezu o značenju etičkih principa i disciplinske odgovornosti. Prema mišljenju Evropske komisije za demokratiju putem prava (Venecijanska komisija) u 2010. g., osnovni principi koji garantuju nezavisnost sudstva trebaju biti predviđeni Ustavom.²⁴ Prema mišljenju br.1 SSES u svakoj evropskoj zemlji, osnovni principi propisa koje se odnose na sudije treba uspostaviti kao interne norme na najvišem nivou, a njegovim pravilima, u najmanjem obimu, u norme na zakonodavnom nivou. Ovaj propis koji proističe iz Evropske povelje ima opštu podršku SSES, što još jednom potvrđuje značaj i važnost etičkih principa i zakonom regulisane načine sudskog postupanja i odlučivanja.

Činjenica da sudija odlučuje o svakodnevним zahtevima građana u ostvarenju svojih prava i obaveza, kao i ograničavanje slobode optuženih, nužno zahteva u svom radu da se pridržava visokih etičkih standarda i profesionalne discipline. Osnovni faktor za poštovanje etičkih principa je nezavisnost i nepristrasnost sudija. U Republici Makedoniji u 2006. godini, Udruženje sudija usvojilo je Kodeks sudske etike.²⁵ Ovaj Kodeks je važan pravni akt, koji u širem kontekstu obrađuje princip nepristrasnosti. Kodeks sudijske etike je skup etičkih principa i pravila ponašanja koja svaki član Udruženja sudija je u obavezi da ih poštuje za vreme vršenja sudijskih funkcija. Za razliku od Makedonije, sudije Republike Srbije su u obavezi da se ponašaju etički, deluju i donose odluke na osnovu Kodeksa koji je usvojen od strane Visokog saveta sudstva, najviši i samostalan organ

²³ Više o Sofijskoj deklaraciji dostupno je: http://www.ency.eu/index.php?option=com_content&view=article&id=160%3Aencjsofiadeclaration&catid=22%3Anews&Itemid=157&lang=en

²⁴ *Međunarodni dokumenti za nezavisno i efikasno sudstvo tom 3*. Skopje: Akademija za sudii i javni obvinitelji, 2014, 300.

²⁵ Kodeks na sudska etika od 20.05.2006. g. dostupan na: http://www.mja.org.mk/Upload/Content/Documents/kodeks_na_sudska_etika.pdf

sudske vlasti.²⁶ Odredbe ovog Kodeksa su obavezne i njihovo kršenje povlači disciplinsku odgovornost. Ova opcija donošenja Etičkog kodeksa od najvišeg pravosudnog organa je prihvatljivije i daje veći značaj etici i moralnim vrednostima, posebno što daje značaj etici na višem institucionalnom nivou i predviđa aktivnosti u kontinuitetu o sprovođenju etičkih principa i standarda u postupku izbora sudija. Bez obzira na to koje telo ih je usvojilo i primenjuje, etički kodeksi trebaju biti osnov za pozitivne promene, oni moraju biti odraz izgrađene moralne vrednosti sudije.

NIKOLA GLAVINČE, LL.M.,
lawyer from Bitola

CONSCIENTIOUSNESS AND HONESTY AS PRINCIPLES OF JUDICIAL ACTING AND DECISION-MAKING

Summary

It is necessary to promote an honest and conscientious approach of the judge in deciding and dealing with court cases, as an element of exercising the right to an independent and impartial tribunal. Conscientiousness and honesty are not only legal principles compulsory for participants in the obligations, but legal standards for court procedures. Conscientiousness, as a psychological term, is an integral part and one of the most important international and national processes - legal norms concerning the function and position of the court. The significance of ethics has a special place in defining the codes of ethics and ethical values in the judiciary, and in the meeting of legal standards of independence and impartiality of the judiciary. This paper is an attempt to analyze the relationship of the acting of the court in a conscientious and honest approach, especially on the basis of the most important international standards and standards relating to fair procedure.

²⁶ Etički kodeks od 14.12.2010g. na osnovu član 3 st.4 Zakon o sudijama (Službeni glasnik RS, br. 116/08, 58/09 i 104/090 i član 13 al.14 iz Zakona o Visokom savetu sudstva (Službeni glasnik RS, br. 116/08).

RODOLJUB ETINSKI

NAČELO SAVESNOSTI KAO OPŠTE PRAVNO NAČELO U MEĐUNARODNOM PRAVU

Pacta privatorum tuetur jus civile, pacta principum bona fides.

Cornelius van Bynkershoek

IDENTIFIKACIJA NAČELA SAVESNOSTI KAO OPŠTEG PRAVNOG NAČELA U MEĐUNARODNOM PRAVU

Nije naročito teško pokazati da načelo savesnosti važi kao opšte pravno načelo u međunarodnom pravu. Deklaracijom o načelima međunarodnog prava o prijateljskim odnosima između država, koju je usvojila Generalna skupština UN 1970. godine, načelo savesnosti proklamovano je kao opšte pravno načelo, dakle načelo koje se odnosi na sve međunarodne obaveze, bez obzira da li su zasnovane u drugim opštim pravnim načelima, u međunarodnim običajnim pravnim pravilima ili u međunarodnim ugovorima.¹ U preambuli Bečke konvencije o pra-

Dr Rodoljub Etinski, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu i glavni pravni savetnik u Ministarstvu spoljnih poslova Republike Srbije. Stavovi izneti u radu ne izražavaju nužno stavove Ministarstva spoljnih poslova.

¹ Relevantan propis u Deklaraciji o načelima međunarodnog prava o prijateljskim odnosima između država glasi: *Every State has the duty to fulfil in good faith its obligations under the generally recognized principles and rules of international law. Every State has the duty to fulfil in good faith its obligations under international agreements valid under the generally recognized principles and rules of international law.* Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-Operation among States in accordance with the Charter of the United Nations, GA Res 2625 (XXV),

vu ugovora iz 1969. godine stoji da su načela slobodnog pristanka, savesnosti i *pacta sunt servanda* univerzalno priznata. Međunarodni sud pozvao se u više svojih presuda na načelo savesnosti.² U predmetu *Nuclear Tests* Međunarodni sud kaže da je načelo savesnosti jedno od osnovnih načela kojima se uređuje stvaranje i izvršavanje pravnih obaveza, bez obzira na njihov izvor.³

To načelo je inkorporirano u nekim najvažnijim međunarodnim ugovorima. U članu 2 (2) Povelje Ujedinjenih nacija, koji neki autori nazivaju ustavom međunarodne zajednice stoji: da bi svakom od njih osigurala prava i povlastice koje proističu iz članstva, svi članovi savesno ispunjavaju obaveze koje su preuzeli u saglasnosti s ovom Poveljom. Član 300 Konvencije UN o pravu mora posvećen je načelima savesnosti i zabrane zloupotrebe prava, te glasi: Države ugovornice izvršavaće savesno obaveze preuzete na osnovu ove Konvencije i vršiće prava, nadležnosti i slobode priznate u ovoj Konvenciji na način koji neće činiti zloupotrebu prava.”

Duh ovog načela pojavljuje se u nekim drugim pravilima međunarodnog prava. Međunarodni sud, u već pomentim predmetima *Nuclear Tests* kaže da je temeljno pravilo prava ugovora *pacta sunt servanda* zasnovano u savesnosti.⁴ On nalazi, takođe, da i obavezni karakter međunarodne obaveze, pa i one uspostavljene jednostranom izjavom, ima osnovu u savesnosti.⁵ Zaista, postoje neka posebna pravila međunarodnog prava koja proističu iz načela savesnosti. Razumljivo je da mnogi propisi Bečke konvencije o pravu ugovora čine konkretizaciju načela savesnosti. Članom 18 Bečke konvencije o pravu ugovora naloženo je ugovornicama da se uzdrže od akata koji bi lišili ugovora njegovog predmeta ili cilja, pošto potpišu ugovor, iako ovaj još nije stupio na snagu. Član 26 određuje pravilo *pacta sunt servanda* na sledeći način: *Svaki ugovor na snazi vezuje članice i one treba da ga izvršavaju u dobroj veri.*⁶ Saglasno članu 31 (1) ove Konvencije, ugovor treba da bude tumačen dobronamerno.⁷ Saglasno članu 49 iste Konvencije preva-

² *Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v Honduras) (Jurisdiction and Admissibility)* [1988] ICJ Rep 69, 105. *Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt (Advisory Opinion)*, ICJ Rep. 1980, 73, 95, *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v Denmark; Federal Republic of Germany v Netherlands)*, ICJ Rep. 1969, 3, 47, *Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (the former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece)*, ICJ Rep. 2011, 644.

³ *Nuclear Tests (Australia v France) (Merits)*, ICJ Rep. 1974, 268, para 46.

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*

⁶ Član 26 Bečke konvencije o pravu ugovora u originalu, na engleskom glasi: *Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith.*

⁷ Član 31 (1) Bečke konvencije glasi: *A treaty shall be interpreted in good faith...*

ra je razlog ništavosti ugovora. U predmetu *Gabčíkovo/Nađmaroš* Međunarodni sud nalazi da su propisi u članovima 65 do 67 Bečke konvencije o pravu ugovora, koji se odnose na procedure u vezi sa nevaljanošću, okončanjem, povlačenjem iz ugovora ili suspenzijom ugovora zasnovane na načelu savesnosti.⁸ Načelo javnosti međunarodnih ugovora služi kontroli savesnosti i poštenja u vođenju međunarodnih poslova. Prigovorom *estoppel* sprečava se da država izvuče korist iz svog prevrtljivog ili nedoslednog ponašanja. Države treba savesno da pregovaraju. Međunarodno humanitarno pravo zabranjuje prevaru kao način ratovanja. Od države se očekuje da bude savesna i pažljiva u svojim poslovima. Samo izuzetno ona može da se pozove na zabludu.

Teško bi bilo osporiti da je načelo savesnosti postoji kao opšte pravno načelo u međunarodnom pravu i bez istraživanja njegovog postojanja u unutrašnjem pravu zemalja iz pojedinih glavnih pravnih sistema.⁹

ODREĐIVANJE PRAVNOG SADRŽAJA NAČELA SAVESNOSTI

Nije bilo teško identifikovati postojanje načela savesnosti kao opšteg pravnog načela u međunarodnom pravu, ali nije lako odrediti pravni sadržaj tog načela. Mnogi su već primetili da nije lako definisati ovo načelo, niti odrediti precizno šta se ovim načelom zahteva od subjekata međunarodnog prava.

E. Zoler zastupa radikalnu tezu da u međunarodnom pravu ne postoji opšta obaveza savesnog ponašanja, te da načelo savesnosti postoji samo kao moralno načelo.¹⁰ Ona ne spori značaj načela, navodi čak da je ono neophodno i nužno u društvu i da je imanentno svakom pravnom poretku.¹¹ Pored toga što je to moralno načelo, deo individualne psihe, ono upućuje i na neka pravila društvenog ponašanja.¹² Ono zahteva da izražena volja bude saglasna stvaranoj volji, da pravna realnost bude saglasna sa pojavnim oblicima prava.¹³ Savesnost isključuje razdvajanje realnosti i pravne pojavnosti.¹⁴

⁸ *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment, ICJ Rep. 1997, 66, para 109.

⁹ Vidi o ovom načelu u engleskom, francuskom i nemačkom pravu kod Steven Reinhold, *Good Faith in International Law*, *Bonn Research Papers on Public International Law*, Paper No 2/2013, 23 May 2013, 2-5, dostupno na <http://ssrn.com/abstract=2269746>

¹⁰ Michel Virally, *Good Faith in Public International Law*, *The American Journal of International Law*, Vol. 77, No. 1 1983, 131

¹¹ *Ibid.*

¹² *Ibid.*

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Ibid.*

Kolb kritikuje Zolerovu što savesnost svodi samo na unutrašnji psihički elemenat i navodi tri oblika savesnosti: savesnost u subjektivnom smislu; savesnost u smislu otvorenog pravnog standarda; i savesnost kao opšte pravno načelo.¹⁵ U subjektivnom smislu savesnost se javlja kao unutrašnje psihološko stanje, stanje svesti, postojanje znanja i namere.¹⁶ Kolb primećuje da stanje svesti ne igra veliku ulogu u međunarodnom pravu.¹⁷ Savesnost kao otvoreni pravni standard javlja se, prema Kolbu, u dve uloge: kao pomoćno sredstvo kojim se dopunjuje neko drugo pravno pravilo i kao autonomno sredstvo.¹⁸ U ulozi pomoćnog sredstva ono se izjednačuje sa standardom razumnosti, koji je katalizator koji treba da pomogne u susretu apstraktne norme i konkretnih činjenica.¹⁹ Dakle, u toj ulozi savesnost ne utiče na stvaranje prava, već na primenu prava. U autonomnoj ulozi, kaže Kolb, savesnost kao pravni standard produkuje *ad hoc* normu, normu za konkretan slučaj radi postizanja pravičnog rešenja, a to znači uravnoteženog rešenja.²⁰ Najvažniji oblik pojavljivanja savesnosti u međunarodnom pravu jeste opšte pravno načelo.²¹ Kolb navodi tri vida savesnosti kao opšteg pravnog načela: legitimna očekivanja; zaštita određenih ishodišta zasnovanih na zajedničkom interesu od prekomernih individualnih pretenzija; i zabrana nelojalnog ponašanja.²² Legitimna očekivanja zasnovana su na poverenju prema aktima koje preduzima druga strana.²³ Drugi vidi ovog opšteg pravnog načela - zaštita određenih ishodišta zasnovanih na zajedničkom interesu od prekomernih individualnih pretenzija – ispoljava se kao zabrana zloupotrebe prava, prekoračenje ovlašćenja, zaštita predmeta i cilja međunarodnih transakcija.²⁴ Treći vid savesnosti kao opšteg pravnog načela – zabrana nelojalnog ponašanja – ispoljava se kroz zabranu sticanja koristi od svog protivpravnog ponašanja.²⁵

Suprotno Zolerovoj koja savesnost vidi isključivo kao moralni princip, Kolb piše o savesnosti kao o pravnom standardu i opštem pravnom načelu. Njegov

¹⁵ Robert Kolb, Principles as Sources of International Law (With Special Reference to Good Faith) *Netherlands International Law Review*, Vol.53, Nu. 1, 2006, 1–36.

¹⁶ Robert Kolb, *op. cit.* 14-16.

¹⁷ Robert Kolb, *op. cit.* 15.

¹⁸ Robert Kolb, *op. cit.* 16.

¹⁹ Robert Kolb, *op. cit.* 15.

²⁰ Robert Kolb, *op. cit.* 17.

²¹ Robert Kolb, *op. cit.* 18.

²² *Ibid.*

²³ Robert Kolb, *op. cit.* 17.

²⁴ Robert Kolb, *op. cit.* 18.

²⁵ *Ibid.*

tekst objašnjava, prema mom mišljenju, manje šta je pravi sadržaj savesnosti u međunarodnom pravu. On govori o razumnosti i pravičnosti kao dva vida pravnog standarda savesnosti. Obe stavi su vezane za savesnost, kao i mnoge druge, ali obe stvari imaju svoje nezavisno postojanje u međunarodnom pravu. Elaborirajući savesnost kao opšte pravno načelo, on navodi neke eksplikacije savesnosti koje su priznate u međunarodnom pravu. Zaista, on kaže da način delovanja savesnosti, kao opšteg pravnog načela, nije ograničeno na opšte pravne ideje, već obuhvata njihovu konkretizaciju u niz posrednih načela kao što su zabrana lišavanja transakcije njenog objekta i cilja, primat duh na slovom u tumačenju teksta, *estoppel*, zabrana zloupotrebe prava, zabrana ratne perfidije, itd.²⁶ To je tačno, ali to nam ne daje jasan odgovor na pitanje šta je sadržaj načela savesnosti, bar ne onoliko jasan koliko je odgovor Zolerove. Pored toga, Kolb vidi savesnost kao unutrašnju psihološku pojavu, koja obuhvata znanje, nameru i sl., a Zolerova kao unutrašnji moralni princip, što su različite stvari. Unutrašnji psihološki elementi, kao što su znanje, namera, pažnja i sl. igraju, kako to i Kolb primećuje,²⁷ malu ulogu u međunarodnom pravu. Oni imaju, naravno, značajnu ulogu u međunarodnom krivičnom pravu, ali međunarodna deliktna odgovornost država i međunarodni organizacija konstituiše se kao objektivna odgovornost. Krivica, znanje, namera ili nepažnja mogu da utiču na sadržaj odgovornosti, na obaveze koje proističu iz međunarodnog protivpravnog akta, ali ne i na konstituisanje samog odnosa odgovornosti. Čak, kada u nekim slučajevima, pravila međunarodnog prava zahtevaju postojanje znanja o nekim činjenicama, kao uslov za izvršavanje međunarodne obaveze, ta pravila postavljaju alternativno postojanje znanja o činjenicama ili postojanje mogućnosti da država zna za relevantne činjenice, kao uslov vršenja te obaveze.

I kada je u pitanju vršenje prava, motiv i namera nisu od presudnog značaja u međunarodnom pravu. U slučaju *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, Nikaragva je istakla da je pozivanje SAD-a na pravo kolektivne samoodbrane neopravdano, jer pravi motiv SAD-a nije se ticao navodne podrške koju je Nikaragva pružala naoružanoj opoziciji u El Salvadoru i koja bi mogla da se izjednači sa agresijom, već je cilj SAD bio da nametne svoju volju Nikaragvi i da je natera da se povinuje njegovim zahtevima.²⁸ Međunarodni sud je, međutim, odgovorio da treba da ispita da li su opravdani navodi SAD u pogledu pružanja vojne podrške Nikaragve naoružanoj opoziciji u El Salvadoru, da li bi to moglo da

²⁶ Robert Kolb, *op. cit.* 19.

²⁷ Robert Kolb, *op. cit.* 14.

²⁸ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. ICJ Rep. 1986.

se kvalifikuje kao oružani napad Nikaragve, jer ako bi to bilo tako, postojanje nekog dodatnog motiva ne bi moglo da spreči SAD da se pozovu na pravo na kolektivnu samoodbranu.²⁹ Ako su, dakle, ispunjeni uslovi da država vrši neko svoje pravo, motivi zbog kojih ona vrši to pravo, ne čine to vršenje nelegalnim. Vratiću se, malo kasnije, ponovo da ovaj predmet i pitanje savesnosti u vezi sa njim.

Virali se ne slaže sa Zolerovom da savesnost postoji jedino kao moralni i princip i navodi tri funkcije savesnosti u međunarodnom pravu. Savesnost je pretpostavka na kojoj se gradi obaveznost međunarodnog prava.³⁰ Ona je mera određivanja obima pravnih obaveza.³¹ Savesnost je integralni deo pravne obaveze, koji određuju granicu protezanja te obaveze.³² Treća funkcija je zaštitna. Ona štiti one koji su razumno verovali u spoljne, pojavne manifestacije međunarodno-pravnih delatnika.³³ Virali smatra da je savesnost moralni princip koji je inherentan pravu, čini osnovu i granicu obaveznosti i obezbeđuje zaštitu.

D'Amato u enciklopedijskom prikazu savesnosti u međunarodnom pravu navodi da je odredba *bonae fidei negotia* unošena u ugovore između engleskih i stranih kraljeva kako bi se njom sprečilo striktno tekstualno tumačenje ugovora i nepravične posledice koje bi proisticale iz toga.³⁴ Vremenom, kaže D'Amato, veličina i značaj te odredbe je smanjivana jer je raslo uverenje da je načelo savesnosti implicirano u ugovorima.³⁵ Ovo načelo se, danas, smatra implicitnim elementom ugovora.³⁶

O'Konor piše da je načelo savesnosti temeljno načelo međunarodnog prava iz koga proističe načelo *pacta sunt servanda* i druga pravila koja su izrazito i direktno povezana sa čašću, poštenjem i razumnošću i čija primena je determinisana neizbežnim standardima časti, poštenja i razumnosti, koji su preovlađujući u međunarodnoj zajednici u relevantno vreme.³⁷ O'Konor razume, dakle, načelo savesnosti kao skup objektivnih standarda koji se menjaju tokom vremena.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Michel Virally, Good Faith in Public International Law, *The American Journal of International Law*, Vol. 77, No. 1 (Jan., 1983), 132.

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*

³³ Michel Virally, *op. cit.* 133.

³⁴ Anthony D'Amato, Good Faith, *Encyclopedia of Public International Law*, 1992, 600.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ *Ibid.*

³⁷ John O'Connor, *Good Faith in International Law*, 1991, 124, navedeno prema Andrew Mitchell, Good Faith in WTO Dispute Settlement, *Melbourne Journal of International Law*, vol. 7, 2006.

Pomenuo sam već da razumnost ima svoje posebno postojanje kao međunarodni standard. Tomas Frank je poštenje, u smislu pitanja da li je međunarodno pravo pošteno, elaborirao kroz dve vrednosti: legitimitet, koji se odnosi na stvaranje pravila međunarodnog prava i distributivne pravde koja se odnosi na njihov sadržaj.³⁸ Moglo bi da se kaže da savesnost zahteva određenu pažnju u vođenju međunarodnih poslova, ali i pažnja postoji kao poseban pravni standard.

Pri određivanju sadržaja načela savesnosti treba imati u vidu već pomenute međunarodne akte koji eksplicite navode savesnost. Pravni dokumenti koje smo citirali, Povelja Ujedinjenih nacija, Deklaracija o načelima međunarodnog prava o prijateljskim odnosima između država, Konvencija UN o pravu mora, vezuju načelo savesnosti za međunarodne obaveze. Već sam pomenuo da Međunarodni sud u predmetima *Nuclear Tests* kaže da je načelo savesnosti jedno od osnovnih načela kojima se uređuje stvaranje i izvršavanje pravnih obaveza.³⁹ Član 300 Konvencije UN o pravu mora navodi načelo savesnosti u pogledu izvršavanja obaveza i načelo zabrane zloupotrebe prava u pogledu vršenja prava, nadležnosti i sloboda. Neki međunarodni ugovori o ljudskim izričito zabranjuju zloupotrebu prava.⁴⁰ Međutim, neki autori navode zloupotrebu prava kao manifestaciju nesavesnosti.⁴¹

Konkretno emanacije načela savesnosti mogu da pomognu, takođe, u određivanju sadržaja načela savesnosti. Kada je u pitanju pravilo *pacta sunt servanda*, Međunarodni sud kaže da načelo savesnosti zahteva razuman način izvršavanja, takav način izvršavanja koji omogućava da se postignu ciljevi radi kojih je ugovor zaključen.⁴² U kontekstu tumačenja ugovora, načelo savesnosti zahteva da se ugovor tumači tako da može da proizvede neko pravno dejstvo, da opstane. *Ut res magis valeat quam perat*. Načelo savesnosti zahteva, dakle, određenu vernost i posvećenost ciljevima ugovora.

Međunarodni sud je u većem broju svojih presuda elaborirao načelo savesnosti kao inherentni element obaveze pregovaranja. Obaveza da se pregovori vode na savestan način ne mora da bude eksplicitno ugovorena. Obaveza prego-

³⁸ John Tasioulas, *International Law and the Limits of Fairness*, *The European Journal of International Law*, 2002, vol. 13, No. 4, 1006.

³⁹ *Nuclear Tests (Australia v. France) (New Zealand v. France): Judgments*, ICJ Rep. 1974, 268, para. 46, i 473, para. 49.

⁴⁰ Tako članovi 17 i 35 Evropske konvencije o ljudskim pravima.

⁴¹ Steven Reinhold, *op. cit.* 8-10, dostupno na <http://ssrn.com/abstract=2269746>, Robert Kolb, *op. cit.* 15.

⁴² *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, *Judgment*, ICJ Rep. 1997, 79, para 142.

vanja implicira obavezu savesnog pregovaranja.⁴³ Obaveza savasnog pregovaranja u međunarodnom pravu ne znači samo obavezu stupanja u pregovore, već obuhvata i obavezu da se pregovori vode, koliko je moguće, sa ciljem da se postigne sporazum. To, naravno, ne znači i obavezu da se sporazum postigne.⁴⁴ Savesnost u vodjenju pregovora kompromitovana je ako strane insistiraju na svojoj poziciji ne razmišljajući o mogućnosti njene promene, ako razumno ne razmotre interese druge strane.⁴⁵ Nespojiva je sa savesnim pregovaranjem svaka opstrukcija pregovora, kao što je prekidanje komunikacije, neopravdano odlaganje pregovora ili nepoštovanje dogovorene procedure.⁴⁶ Neuspeh pregovora ne mora da bude dokaz nesavesnog pregovaranja. I ovde se savesnost tumači kao iskrena posvećenost postizanja dogovora, te razumno postupanje u tom cilju.

Postojanje savesnosti se pretpostavlja,⁴⁷ te treba da postoje jasni i ubedljivi dokazi njenog odsustva.⁴⁸ Apelaciono telo tribunala Svetske Trgovinske Organizacije ponovilo je više puta da ne treba pretpostaviti da su članice delovale nesavesno.⁴⁹ Međunarodni sud kaže da je poverenje inherentno međunarodnoj saradnji naročito u vremenu kada značaj saradnje u mnogim oblastima raste.⁵⁰

Terminološka razmatranja imaju, takođe, neki značaj u osvetljavanju načela savesnosti. Članovi 31 (1) i 26 Bečke konvencije o pravu ugovora zahtevaju da se ugovor tumači i izvršava dobronamerno. U engleskom tekstu stoji *in good faith*... U službenom prevodu na srpski jezik to je prevedeno kao *dobronamerno*. Među-

⁴³ *Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (the former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece)*, Judgment, ICJ Rep. 2011, 684, para 131.

⁴⁴ *Ibid.*, 685, para 132.

⁴⁵ *Ibid.*, 685, para 132.

⁴⁶ *Ibid.*,

⁴⁷ *Ibid.*, 693, para 168, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy : Greece intervening)*, Judgment, ICJ Rep. 2012, 154, para 138, *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, ICJ Rep. 2010, p. 105, para 278.

⁴⁸ *Application of the Interim Accord of 13 September 1995*. 685, para 132.

⁴⁹ *European Communities — Trade Description of Sardines*, WTO Doc WT/DS231/AB/R, AB-2002-3 (26 September 2002) [278] (Report of the Appellate Body). See also *United States — Sunset Reviews of Anti-Dumping Measures on Oil Country Tubular Goods from Argentina*, WTO Doc WT/DS268/AB/R, AB-2004-4 (29 November 2004) [173] (Report of the Appellate Body); *United States — Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products (Recourse to Article 21.5 by Malaysia)*, WTO Doc WT/DS58/RW (15 June 2001) [5.19] (Report of the Panel) ('US — Shrimp (Article 21.5 — Malaysia)'). Navedeno prema Andrew Mitchell, *Good Faith in WTO Dispute Settlement*, *Melbourne Journal of International Law*, vol. 7, 2006.

⁵⁰ *Nuclear Tests (Australia v. France) (New Zealand v. France)*: Judgments, ICJ Rep. 1974, 268, para. 46, i 473, para. 49; *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, ICJ Rep. 2010, 67, para 145.

tim, isti engleski termin *good faith*, korišćen u Povelji UN ili Deklaraciji o načelima međunarodnog prava o prijateljskim odnosima između država preveden je u službenom prevodu na srpski jezik kao priloška odredba *savesno*. Ovi prevodi između pitanje odnosa značenja termina kao što su savesnost i dobronamernost. U prevodima na srpski jezik oni su korišćeni kao sinonimi. Navešću ovde i propis iz preambule Haške konvencije o zakonima i običajima kopnenog ratovanja iz 1899. godine, koji je poznat, po imenu autora, kao *de Martensova* klauzula. Ugovornice su se složile da, dok ne usvoje konkretna pravila ratovanja, stanovništvo i borci ostaju pod zaštitom načela međunarodnog prava, kako oni proističu iz običaja ustanovljenih među civilizovanim nacijama, iz zakona čovečnosti i zahteva javne savesti.⁵¹ U engleskom tekstu korišćeni su termini *the public conscience*. U prevodima na srpski jezik ovi termini prevedeni su najčešće kao *javna svest*. Autor je mislio, verovatno, na preovlađujuće moralne stavove, koji su određivali, u to vreme, šta je dozvoljeno, odnosno zabranjeno u ratu.

Izgleda da postoji konsenzus da načelo savesnosti ne proizvodi samostalno pravno dejstvo, da je ono uvek implicitni elemenat pravnih pravila koji nameće određenu obavezu u pogledu tumačenja i izvršavanja pravnih pravila. Tako, Rajnhold kaže da načelo savesnosti ne dejstvuje kao izvor prava i obaveza, već kao vodič za vršenja prava i obaveza, da ono ne daje odgovor šta država treba da radi, već kako treba da radi ono što je obavezna da radi.⁵² Drugačije rešenje bi bilo suprotno načelu pravne sigurnosti. Ako bi smo prihvatili da načelo savesnosti može biti izvor drugih obaveza i prava, mimo opšte obaveze savesnog tumačenja i izvršavanja prava, i konkretnih manifestacija tog načela u posebnim pravilima međunarodnog prava, sa obzirom na značajnu neodređenost sadržaja to načelo uvek bi bilo sporno šta je to što to načelo nalaže u konkretnoj situaciji.

To što je rečeno važi za sva pravila međunarodnog prava. Ipak, mislim da ovo načelo ima naročit i veći značaj u pogledu tzv. *obaveza načina ili sredstava*, u odnosu na *obaveze rezultata ili cilja*. Obaveza pregovaranja je, na primer, obaveza načina ili sredstva. Gore sam izneo standarde savesnosti koje je ustanovio Međunarodni sud u vezi sa tom obavezom. Ukoliko strana u pregovorima ne poštuje te standarde, ona krši obavezu pregovaranja i, zato, snosi međunarodnu odgovornost. Ako strana u pregovorima poštuje ove standarde, a pregovori ne urode plodom, dakle pregovori ne završe sporazumom, obaveza pregovaranja je izvršena.

⁵¹ Pomenuti propis glasi: *Until a more complete code of the laws of war is issued, the High Contracting Parties think it right to declare that in cases not included in the Regulations adopted by them, populations and belligerents remain under the protection and empire of the principles of international law, as they result from the usages established between civilized nations, from the laws of humanity, and the requirements of the public conscience.*

⁵² Steven Reinhold, *op. cit.*, 17.

Suprotno ovom, obaveza rešavanja spora sudskim načinom, dakle arbitražom ili iznošenjem spora pred Međunarodni sud bila bi obaveza rezultata ili cilja. Cilj te obaveze jeste da se spor reši i ta obaveze treba da rezultira presudom, kao konačnim i obavezujućim rešenjem spora. Država, koja je preuzela ovakvu obavezu, dužna je da izvrši presudu. Ako izvrši presudu, ona je izvršila svoju obavezu, bez obzira da li je učestvovala i kako je učestvovala u arbitražnom, odnosno sudskom postupku. Čak ako ne učestvuje u postupku ili nastoji da ga opstruira, a izvrši presudu, ona je izvršila obavezu. I obrnuto, ako je savesno učestvovala u postupku, a ne izvrši presudu, ona krši preuzetu međunarodnu obavezu. Naravno, načelo savesnosti nalaže da učestvuje u postupku i da učestvuje na savestan način, da ne opstruira postupak.

Na stranicama Američkog časopisa za međunarodno pravo vođena je skoro zanimljiva rasprava u vezi sa predmetom *Military and Paramilitary Activities in und against Nicaragua*. Reč je o sporu koji je pred Međunarodnim sudom pokrenula Nikaragva protiv SAD 1984. godine optužujući SAD za akte agresije i mešanja u unutrašnje stvari Nikaragve. SAD su minirale obalne vode Nikaragve, vojni vazduhoplovi su ulazili u vazdušni prostor Nikaragve, SAD su organizovale, obučavale i snabdevale oružjem opoziciju – kontre – u Nikaragvi. SAD su osporile nadležnost Međunarodnog suda, ali Sud se proglasio nadležnim, pribegavajući širokom tumačenju pristanka SAD na njegovu nadležnost. Presuda u pogledu nadležnosti i presuda u pogledu merituma često su citirane u međunarodnoj sudskoj praksi i literaturi. U Hagu je 27. juna 2011. godine održana rasprava pod naslovom „Slučaj Nikaragva posle 25 godina: njen uticaj na pravo i na Sud.“ Stefan Švebel, američki sudija u Međunarodnom sudu u vreme suđenja ovog predmeta, objavio je urednički komentar u Američkom časopisu za međunarodno pravo pod naslovom „Slavljenje prevare Suda.“⁵³ On navodi da je ministar spoljnih poslova Nikaragve obmanuo Sud svojom izjavom da Vlada Nikaragve vojno ne pomaže pobunjenike u El Salvadoru Prihvatajući ovu izjavu kao istinitu, prema mišljenju sudije Švebela, Međunarodni sud je našao da se nisu stekli uslovi da se akti SAD opravdaju kao vršenje prava na kolektivnu samoodbranu. U svom komentaru američki sudija dovodi u pitanje valjanost presude. On je sa još dvojičom sudija glasao 1986. godine protiv odluke Suda kojom je odbijeno opravdanje SAD pozivom na kolektivnu samoodbranu. Odgovorio mu je Pol Rajhler, koji je bio savetnik Nikaragve u postupku pred Međunarodnim sudom.⁵⁴ Iako sudija Švebel nije pomenuo bilo kakvu odgovornost savetnika Nikaragve za izjavu mi-

⁵³ Stephan Schwebel, Celebrating a Fraud on the Court, *The American Journal of International Law*, Vol. 106, 2012, 102.

⁵⁴ Paul Reihler, The *Nicaragua* Case: A Response to Judge Schwebel, *The American Journal of International Law*, Vol. 106, 2012, 316.

nistra spoljnih poslova te države, Rajhler je počeo podsećanjem da je etička obaveza savetnika da ne dostavi lažne dokaze Sudu, niti da dozvoli svom klijentu da to učini.⁵⁵ On je podsetio da je Reganova administracija, u januaru 1981. godine poslala poruku Nikaragvi da se uzdrži od slanja oružja pobunjenicima u El Salvador te je obećala da će u tom slučaju biti uspostavljeni normalni odnosi između SAD i Nikaragve.⁵⁶ Iako je Nikaragva prihvatila, prema tvrđenju Rajhlera, tu poruku i nije slala oružje, Reganova administracija nije održala obećanje, odlučila je da organizuje oružanu opoziciju u Nikaragvi i, uz pomoć El Salvadora, počela je da stvara kaos u Nikaragvi.⁵⁷ Nikaragva je tada odlučila da se obrati Međunarodnom sudu. Međutim, savetnik, koga je tada angažovala, savetovao joj je da se obrati Međunarodnom sudu jedino u slučaju da zaista nije slala oružje i da ga ne šalje.⁵⁸ Poenta Rajhlerovog odgovora je da u vremenu kada su SAD intervenisale protiv Nikaragve, zbog čega se ona obratila Međunarodnom sudu, Vlada Nikaragve nije slala oružje u El Salvador. U nastavku polemike⁵⁹ oba učesnika su nastavile sa iznošenjem oprečnih tvrdnji i svako je ostao pri svom stavu: sudija Šwebel da je Sud bio obmanut i savetnik Nikaragve Rajhler da Vlada Nikaragve nije slala oružje. Ova rasprava ukazuje na još jednu stranu savesnosti, kao moralnog načela kojim treba da se rukovode javni delatnici u međunarodnim poslovima. Očigledno je obojici važno da javno pokažu da su svoje funkcije sudije, odnosno savetnika vršili savesno, dakle da su obojica bili ubeđeni u ispravnost svojih stavova. Ovde treba primetiti da je američki sudija glasao za dve odluke Suda kojima je utvrđena odgovornost SAD za kršenja obaveza koje proističu iz prava mora i međunarodnog humanitarnog prava, te da se ne događa često da nacionalni sudija u Međunarodnom sudu glasa protiv svoje države.

Značaj i funkcija načela savesnosti u međunarodnom pravu

Veliki holandski pravnik van Binkeršuk pisao je u prvoj polovini XVIII veka da građansko pravo štiti ugovore pojedinaca, a savesnost štiti ugovore prinčeva. Ako uništite savesnost, pisao je Binkeršuk, vi uništavate uzajamne odnose

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ *Op. cit.* 318.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ Stephan Schwebel, *The Nicaragua Case: A Response to Paul Reihler*, *The American Journal of International Law*, Vol. 106, 2012, 582, Paul Reihler's Rejoinder, *The American Journal of International Law*, Vol. 106, 2012, 583.

prinčeva ... i vi uništavate samo međunarodno pravo.⁶⁰ U predmetima *Nuclear Tests* Međunarodni sud zastupa sličan stav, ukazujući da poverenje dobija na značaju u rastućoj međunarodnoj saradnji i nalazeći temelj obaveznosti međunarodnih obaveza u savesnosti.

Virali naglašava naročiti značaj savesnosti u neformalnim pravnim porecima, kakav je međunarodni, koji stvaranje i izvršavanje prava ostavljaju volji onih koji su podčinjeni tom pravu, dakle u pravnim porecima koji nemaju mehanizme izvršavanja nezavisne od te volje.⁶¹ U mnogim aspektima, kaže Virali, savesnost čini postulat na kome počiva u celini takav poredak.⁶² Efekti izražene volje i ponašanja međunarodnih aktera mogu da budu ubedljivi jedino ako se pretpostavi da međunarodni akteri deluju savesno i da je ono što vidljivo u saglasnosti sa njihovom stvarnom voljom.⁶³ Ako ne bi smo pretpostavili da ovaj postulat postoji, zaključuje Virali, cela fabrika međunarodnog prava doživela bi kolaps.⁶⁴

Kolb navodi da savesnost kao opšte pravno načelo služi da otupi oštricu suvereniteta i njegovog surogata – načela pristanka – prema kome nema prava bez pristanka države.⁶⁵ Rajnhold kaže, takođe, da se savesnost mora razumeti kao ograničenje državnog suvereniteta.⁶⁶

U svetu rastuće međuzavisnosti, kada uslovi života svakog pojedinca sadašnjih i budućih generacija čovečanstva zavise, sve više, od aktivnosti stranih vlada i pojedinaca pod nadležnošću stranih vlada, načelo savesnosti ne gubi na značaju. Naprotiv, ono dobija na značaju. Moglo bi da se kaže da je danas ta rastuća međuzavisnost ono što zahteva usvajanje i izvršavanje međunarodnih pravila. Međutim, globalni problemi, kao što su oni vezani za promenu klime, nejednak i neuravnotežen društveni razvoj, ekstremno socijalno raslojavanje, bezbednosni izazovi, mogu da budu uspešno rešeni jedino putem globalnih pregovora, a uspešnost tih pregovora zavisi od savesnosti pregovarača. U svetu rastuće međuzavisnosti, sve značajniju ulogu imaju međunarodne organizacije, a one ne mogu uspešno da služe svojom ciljevima bez savesnog ponašanja svojih članova.

⁶⁰ Quaestiones juris publici libri duo (1737) 11, Cap. 10. Navedeno prema Alfred Verdross, *Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law*, *The American Journal of International Law*, Vol 60, 1966, 63.

⁶¹ Michel Virally, *op. cit.*, 132.

⁶² *Ibid.*

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ Robert Kolb, *op. cit.* 18.

⁶⁶ Steven Reinhold, *op. cit.*, 17.

ZAKLJUČAK

Načelo savesnosti deluje u međunarodnom pravu kao opšte pravno načelo. Ono je inherentno svakom međunarodnom pravnom pravilu i zahteva od adresata određen način ostvarivanja tog pravila, takav način koji ne dozvoljava razliku između izjavljene i stvarne volje, između proklamovanog i stvarnog cilja. Ono zahteva maksimalnu i iskrenu posvećenost postizanju proklamovanog cilja. Ovo načelo, inherentno, dakle, sistemu međunarodnog prava manifestuje se i u posebnim pravilima tog prava, od koji su neka inkorporirana u Bečku konvenciju o pravu ugovora, među kojima je *pacta sunt servanda* najznačajnije. Međunarodni sud razvio je posebne standarde savesnosti koji su inkorporirani u obavezi pregovaranja. Načelo savesnosti u međunarodnom pravu nije izvor samostalnih prava i obaveza, već čini obavezujuće pravno uputstvo o tome kako izvršavati međunarodni ugovor, međunarodne propise, međunarodne obaveze u okviru međunarodnih organizacija, i sl.

To načelo je inherentno svim međunarodnim pravilima, ali je naročito važno u kontekstu obaveza *načina ili sredstava*, kojima se traži od države da učini sve što razumno može da učini kako bi postigla neki rezultat, odnosno cilj i gde oцена o izvršenosti obaveze zavisi od kvaliteta njenog angažovanja, a ne od postizanja traženog rezultata.

Međunarodni sud je ustanovio izvesne pravne standarde koje nameće načelo savesnosti u vezi sa obavezom pregovaranja. Neka pravila međunarodnog ugovornog prava predstavljaju eksplikaciju standarda načela savesnosti. Iz opšteg pravnog stava da načelo savesnosti ne trpi razliku između izjavljene i stvarne volje, između proklamovanog i stvarnog cilja sledi, dakle, opšta obaveza da država preduzme sve što razumno može da preduzme da ostvari izraženu volju, odnosno da postigne deklarirani cilj. Ta opšta obaveza konkretizuje se u kontekstu konkretnih obaveza kroz određene pravne standarde. Dakle, načelo savesnosti, iako izvire iz moralnog načela, u međunarodnom pravu se pojavljuje kao opšta obaveza subjekata međunarodnog prava da preduzmu sve što razumno mogu da preduzmu kako bi izvršili preuzetu obavezu, odnosno postigli dogovorene ciljeve. Ta obaveze konkretizuje se u pravnim standardima, koji su već utvrđeni, ili koji se, na osnovu nje, utvrđuju u pogledu svake posebne obaveze.

U svetu rastuće međunarodne zavisnosti, u kome ekološki, ekonomski, politički i bezbednosni uslovi života svakog pojedinca zavise sve više od aktivnosti stranih vlada i pojedinaca u stranim državama, savesnost dobija na značaju u globalnom pregovaranju radi traženja rešenja za globalne ekološke, ekonomske, političke i bezbednosne probleme. U takvom svetu uloga međunarodnih organizacija raste, kao što raste i važnost savesnog ispunjavanja članskih prava i obaveza članica tih organizacija.

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

PRINCIPLE OF GOOD FAITH AS A GENERAL LEGAL PRINCIPLE
IN INTERNATIONAL LAW

Summary

The 1970 Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-Operation among States in accordance with the Charter of the United Nations has proclaimed the applicability of the principle in respect of all international obligations. The UN Charter invokes the principle as a general principle of the Organization. Many treaty provisions have their origin in the principle or explicitly refer to it. The International Court of Justice has elaborated on the principle in the context of various international rules and especially the obligation to negotiate. With rare dissonant tones writers agree that the principle is inherent to international obligations.

The most accurate definition of the principle was offered by an author who denies the existence of the principle as a general legal obligation, but who emphasizes the importance of that moral principle for the law. The author says that the principle does not tolerate a difference between declared will and real will, between declared aim and real aim.

In spite of the fact that the principle is inherent to all international obligations, from a practical viewpoint, it plays more important role in evaluation of execution of an obligation of means, than of an obligation of a result. For the first group of obligations, of decisive importance is a way of execution, not an achieved result. If a state has negotiated in good faith, according of standards of good faith established by the International Court of Justice, it has satisfied the obligation to negotiate even if an agreement has not been achieved. An obligation of judicial settlement of a dispute is of other kind. If a state has implemented a judgment, it has satisfied the obligation even if it did not participate in the proceeding or had tried to obstruct it.

TUMAČENJE MEĐUNARODNIH UGOVORA KROZ RAD KOMISIJE ZA MEĐUNARODNO PRAVO

U V O D

Budući da su međunarodni ugovori jedan od glavnih izvora međunarodnog prava, tumačenje ugovora može se svrstati u grupu pitanja od fundamentalnog značaja po čitavo međunarodno pravo. Zato ne čudi što je Generalna skupština Ujedinjenih nacija formalno prihvatila predloge Šestog pravnog komiteta¹ i Komisije za međunarodno pravo² da se pitanje tumačenja međunarodnih ugovora stavi na dnevni red Komisije za međunarodno pravo.³ U svojoj rezoluciji Generalna skupština je istakla značaj tumačenja međunarodnih ugovora po sveukupnu stabilnost u međunarodnoj zajednici, ali i u pogledu kodifikacije i progresivnog razvoja međunarodnog prava. Na osnovu takvih navoda u odluci Generalne skupštine Komisija za međunarodno pravo započela je rad na utvrđivanju postojećih pravila u vezi tumačenja međunarodnih ugovora, a posebno na naknadnim sporazumima država ugovornica i praksom u pogledu primene i izvršenja ugovora. Komisija za međunarodno pravo je 2009. godine formirala radnu grupu koja

Dr Bojan Milisavljević, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Rad nastao kao rezultat istraživanja u okviru projekta "Razvoj pravnog sistema Republike Srbije i harmonizacija sa pravilima Evropske Unije.

¹ On the report of the Sixth Committee (A/55/609).

² Official Records of the General Assembly, Fifty-fifth Session, Supplement No. 10 (A/55/10).

³ Resolution of General Assembly, 55/152 iz 2001. godine.

je započela sa istraživanjem pitanja vezanih za tumačenje međunarodnih ugovora pod jednim širim – radniim nazivom “Ugovori kroz vreme”. Ovom radnom grupom rukovodio je Džordž Nolt iz Nemačke.

ZAKLJUČCI RADNE GRUPE

Posebna pažnja članova Komisije na početku njihovog rada bila su pravila o tumačenju prema odredbama Konvencije o ugovornom pravu kao i rad na tim pravilima od strane Komisije za međunarodno pravo. Pored toga, kao važno polje istraživanja nametnula se i praksa Međunarodnog suda pravde, ali drugih sudskih tela i arbitraža u pogledu tumačenja međunarodnih ugovora. Na početku rada zaključeno je da bi trebalo uzeti u obzir i praksu na regionalnom planu, ali i u pogledu posebnih ugovornih režima tamo gde oni postoje.

U svom prvom izveštaju⁴ koji je podnela radna grupa istankuta je važnost sledećih pitanja. Pre svih pitanja vezana za terminologiju koja je od ogromne važnosti za tumačenje međunarodnih ugovora. Konvencija o ugovornom pravu je u ovom pogledu dala samo opšte okvire u članu 31,⁵ ali i u članu 33.⁶ Čak i kada bi se svi ugovori prevodili na neke od zvaničnih jezika Ujedinjenih nacija opet bi se pojavljivali veliki problemi u pogledu reči koje se koriste u ugovorima kao i njihovo specifično značenje.

Dalje je radna grupa istakla važnost naknadnih sporazuma država ugovornica za tumačenje ugovora, kao i praksu koju su preduzele države ugovornice u pogledu primene ugovornih odredaba. Ovde su od značaja bili izveštaji koje je Komisija za međunarodno pravo imala povodom ustanovljenja odredaba člana 31. Konvencije o ugovornom pravu.⁷ Analizom ugovorne prakse jasno se može

⁴ Official Records of the General Assembly, Sixty fourth Session, Supplement 10 (A/64/10).

⁵ Član 31. tačka 1. “Ugovor se mora tumačiti u dobroj veri, prema uobičajenom smislu izraza iz ugovora u njihovu kontekstu i u svetlu predmeta i svrhe ugovora”.

⁶ Tumačenje ugovora kod kojih je verodostojnost teksta utvrđena na dva ili više jezika: 1. Ako je verodostojnost teksta ugovora utvrđena na dva ili više jezika, njegov je tekst jednako merodavan na svakom od tih jezika, osim ako ugovor određuje ili se stranke sporazumeju da u slučaju neslaganja prednost ima jedan određeni tekst; 2. Prevod ugovora na nekom drugom jeziku, osim jezika na kojima je verodostojnost teksta utvrđena, smatra se verodostojnim tekstem samo ako to ugovor predviđa ili ako su se stranke o tome sporazumele; 3. Smatra se da izrazi u ugovoru imaju isto značenje u svakom verodostojnom tekstu; 4. Osim u slučaju kad određeni tekst ima prednost na osnovu stava 1, ako poređenje verodostojnih tekstova pokaže razliku u smislu koju primenom člana 31. i 32. nije moguće otkloniti, usvaja se smisao koji, uzimajući u obzir predmet i svrhu ugovora, najbolje usklađuje te tekstove.

⁷ Član 31. tačka 2. U svrhu tumačenja ugovora, osim teksta, uključujući preambulu i priloge, kontekst obuhvata: (a) svaki sporazum koji se odnosi na ugovor, a kojeg su sve strane sklopile u svezi s ugovorom; (b) svaku ispravu koju jedna ili više strana sastave u vezi s ugovorom, a koju ostale strane prihvate kao ispravu koja se odnosi na ugovor. 3. Zajedno s kontekstom, vodiće se računa:

zaključiti da u modernoj međunarodnoj zajednici nisu retki slučajevi da se posle zaključenja osnovnog ugovora zaključuju i naknadni sporazumi koji su nesporno povezani sa osnovnim ugovorom i koji zajedno sa njime čine jednu celinu u pogledu tumačenja i primene ugovora. Zbog toga oni nikako ne smeju biti zaobiđeni jer izražavaju jasnu nameru ugovornica u pogledu dejstva ugovornih odredaba. Pored toga iz prakse država može se primetiti postojanje specifične prakse u pogledu primene nekih ugovornih odredaba. Ova činjenica je jednako važna kao postojanje naknadnih sporazuma o primeni ugovora jer takođe odražava nespornu saglasnost volja ugovornih strana. Jedina razlika je što je ta saglasnost u prvom slučaju pisana, dok je u drugom slučaju ona produkt prakse ugovornih strana koja se ogleda u primeni ugovora. Ipak malu prednost bi trebalo dati pisanim sporazumima jer je njihova sadržina nesporna i nema dileme u pogledu ugovornih strana koje su takav sporazum prihvatile. U drugom slučaju neka ugovornica bi se mogla pozvati na činjenicu da nije obuhvaćena posebnom praksom u vezi primene ugovora u celini ili nekog njegovog dela. Kao relevantno pitanje u tom smislu može se postaviti i to kako se tretira pasivno držanje neke ugovornice u pogledu formiranja takve prakse, kao i vremenski period koji je relevantan za posmatranje prakse, to jest kada ona započinje i da li je ona eventualno okončana. Ovde bi bilo neophodno ustanoviti i neke objektivizirane principe za pripisivost državi po uzoru na pravila o pripisivosti koja već postoje u pogledu odgovornosti država za protivpravne akte.⁸ Budući da je kao radni naziv uzet "Ugovori kroz vreme" bilo je neophodno kandidovati i pitanje intertemporalnog prava.

Da bi se na jedan potpuniji način moglo razumeti pitanje naknadnih sporazuma neophodno je uzeti u obzir i pravila o izmeni ugovora u celini ili između dela ugovornica.⁹

DALJI RAD KOMISIJE ZA MEĐUNARODNO PRAVO NA IZMENJENOJ TEMI

Napred je već istaknuto da je Komisija za međunarodno pravo kao radni naziv postavila temu "Ugovori kroz vreme" što je preširoko pa je na svojim zase-

(a) o svakom naknadnom sporazumu između strana o tumačenju ugovora ili o primeni njegovih odredaba; (b) o svakoj naknadnoj praksi u primeni ugovora kojom se ustanovljava sporazum između strana o tumačenju ugovora; (c) o svakom merodavnom pravilu međunarodnog prava primenljivom na odnose između strana.

⁸ James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, Cambridge University Press, 2002, Draft articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts adopted by the International Law Commission at its fifty-third session (2001), Chapter II, Attribution of conduct to a State; "Pripisivost kao uslov odgovornosti države u međunarodnom pravu", *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu*, broj 2 iz 2012, str. 185–207.

⁹ Videti četvrti deo Konvencije o ugovornom pravu, članovi od 39 do 41.

danjima tokom 2012. godine odlučila da promeni taj naziv u “Naknadni sporazumi i naknadna praksa u pogledu tumačenja ugovora”.¹⁰ Ta odluka je dobra jer postavlja zadatak kako Komisiji, tako i Specijalnom izvestiocu u potpuno razumne okvire. Pitanje koje je ranije bilo postavljeno je u neku ruku i neprecizno određeno jer može da obuhvata gotovo sva pitanja iz oblasti prava međunarodnih ugovora. Kao specijalni izvestilac određen je Džordž Nolt.

Svođenje teme samo na pitanja naknadnih sporazuma i naknadne prakse je opravdano i promenom prirode međunarodnih ugovora u međunarodnom pravu. Pošto su višestranu ugovori prevazišli okvire običnih višestranu ugovora i krenuli u pravcu legislativnog dejstva morala je i da se promeni i tehnika njihovog tumačenja. Povodom postojanja razlike između različitih vrsta pravila u međunarodnom pravu Fitzmoris u ulozi specijalnog izvestioca je istakako sledeće: “Pravila međunarodnog prava najšire se mogu podeliti u dve grupe: ona koja su obavezna i imperativna u svakom slučaju (*ius cogens*) i ona (*ius dispositivum*) koja predstavljaju pravila koja važe u odsustvu predloženog pravnog režima, ili preciznije, čija izmena jeste dopuštena ugovornim režimom, ali pod uslovom da to ne utiče na prava i obaveze trećih država.”¹¹ U nastavku isti autor zaključuje sledeće: “Obaveze po ovim ugovorima pre imaju apsolutni nego recipročni karakter – to su, u stvari, obaveze usmerene prema svima pre nego prema pojedinačnim stranama. Takve obaveze mogu biti nazvane samoizvršnim, nasuprot onim koje su konsenzualne, recipročne i međuzavisne obaveze.”¹² Jasno je da sa formalne strane posmatrano višestranu ugovori ne bi mogli da obavežu i države koje ih nisu prihvatile, ali posle protoka određenog vremena, kada se stvori relevantna praksa povodom primene ugovora njegove odredbe mogu postati opšte pravo.¹³

Povodom izmenjene prirode ugovora i okolnosti u kojima se oni primenjuju tokom rada Komisije je konstatovano: “Pošto se međunarodni ugovori menjaju tokom vremena, posebno sa pojavom pravno stvarajućih ugovora posle 1945. godine, okolnosti u kojima se oni primenjuju postali su drugačiji od onih u kojima su se oni ranije primenjivali. Kao rezultat toga, postaje verovatno da će neke od odredaba ovih sporazuma bit predmet reinterpretacije pa čak i neformalne modifikacije. Ovo se može odnositi kako na tehničke delove ugovora, tako i na suštinska pravila koja proizlaze iz njih. Kako se kontekst u vezi primene ugovora menja, sami ugovori se suočavaju sa opasnošću da budu “zaleđeni” od strane države koja nije u stanju da ostvari predmet i cilj ili da ugovori izgube svoj pravni osnov kroz sporazum ugovornih strana. Ugovornice obično teže da očuvaju ugovor koji je na

¹⁰ The International Law Commission at its 3136th meeting on 31 May 2012.

¹¹ Fitzmaurice, Third Report of the international Court of Treaties, Yearbook of the International Law Commission, Report of the Commission to the General Assembly, Vol. II 1958, str. 40.

¹² Ibidem, str. 54.

¹³ Videti: Mc Nair, The Law of Treaties, 1961, str. 159–160.

snazi, ali u okolnostima koje su aktuelne u trenutku primene ugovora. Naknadni sporazumi i naknadna praksa predstavljaju fleksibilno sredstvo u pogođu primene i tumačenja ugovora, a u isto vreme oni su racionalna i predvidljiva tehnika koje ugovornice mogu da koriste.¹⁴

Utvrđivanje nekih objektivnih smernica u pogledu domašaja naknadnih sporazuma i prakse država od velike je važnosti ne samo za države koje su članice ugovora i koje ga primenjuju već mogu da posluže kao dragocena pomoć sudijama na međunarodnom planu koji moraju da takvim sporazumima i praksi daju pravi značaj i utvrde njihov domašaj. Pored toga utvrđivanje objektiviziranih kriterijuma u pogledu tumačenja u ovom smislu može biti od koristi i sudijama unutar država koji su dužni da primenjuju pravila međunarodnog prava, zatim zvaničnim spoljnopoličkim organima države, ali i međunarodnim organizacijama. Na kraju tu su i predstavnici doktrine koji pružaju sopstvene elaboracije aktivnog života država na međunarodnom planu kroz primenu ugovora.¹⁵

Prilikom rada Komisije na utvrđivanju pravne prirode i domašaja već postojećih pravila o tumačenju međunarodnih ugovora, iz Konvencije o ugovornom pravu, nezaobilazna pomoć dolazila je od strane Međunarodnog suda pravde i njegove prakse. Tako je sud u većem broju odluka došao do zaključka da su odredbe sadržane u članovima 31 i 32 Konvencije o ugovornom pravu deo opšteg običajnog prava i kao takve imaju dejstvo erga omnes.¹⁶ U svojoj bogatoj praksi Međunarodni sud pravde je bio prinuđen da daje specifična tumačenja povodom primene odedenih ugovora. Pošto je u situaciji kada se države spore u vezi dejstva odredaba ugovora, po prirodi stvari, na sudu je da utvrdi kakav je pravi domašaj odredaba. Ponekada je sud odlazio i veoma daleko u pogledu tumačenja ugovora da je čak izvodio i slobodne zaključke o formalnim pitanjima kakvo je stupanje ugovora na snagu.¹⁷

¹⁴ A/63/10, annex A, para. 14.

¹⁵ Videti: A/63/10, annex A, para. 22.

¹⁶ Dispute Regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua) (see footnote 19); Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro) (see footnote 19); Legal Consequences of the Construction of a Wall in Occupied Palestinian Territory (Advisory Opinion) [2004], I.C.J. Reports 2004, p. 136, para. 94; Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America) (Judgment) [2004], I.C.J. Reports 2004, p. 12, para. 83; Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia v. Malaysia) (Judgment) [2002], I.C.J. Reports 2002, p. 625, para. 37; LaGrand (Germany v. United States of America) (Judgment) [2001], I.C.J. Reports 2001, p. 466, para. 99; Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay) (Judgment) [2010], I.C.J. Reports 2010, p. 14, para. 65 (Vienna Convention, article 31); Kasikili/Sedudu Island (Botswana v. Namibia) (Judgment) [1999], I.C.J. Reports 1999, p. 1045, para. 18 (Vienna Convention, article 31); Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya v. Chad) (Judgment) [1994], I.C.J. Reports 1994, p. 6, para. 41.

¹⁷ Videti North Sea Continental Shelf Case, Judgment of 20.2.1969, ICJ Reports 1969.

Od regionalnih tela posebno je Evropski sud za ljudska prava u svojim brojnim presudama ukazivao na pravnu prirodu i domašaj duboko ustanovljenih pravila o tumačenju međunarodnih ugovora. Ovaj sud je prihvatio univerzalno dejstvo ovih pravila u pogledu tumačenja odredaba Konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama iz 1951. godine.¹⁸ Pored njega i Međuamerički sud za ljudska prava je više puta potvrdio opšte prihvaćenu prirodu odredaba o tumačenju iz Konvencije o ugovornom pravu.¹⁹ Posle analize prakse i drugih međunarodnih sudskih tela, kao i različitih ugovornih tela osnovanih povodom kontrole primene odredaba konvencija, pre svih iz oblasti ugovornog prava, Komisija, kao i specijalni izvestilac su nedvosmisleno zaključili da su odredbe Konvencije o ugovornom pravu potvrđene, gotovo jednodušno, kao opšta običajna pravila.²⁰

NAKNADNI SPORAZUMI I NAKNADNA PRAKSA DRŽAVA KAO ELEMENTI U TUMAČENJU UGOVORA

Prilikom tumačenja međunarodnih ugovora naknadni sporazumi i naknadna praksa ugovornica imaju veoma zapaženu ulogu. Tako je još prilikom rada na kodifikaciji opšteg ugovornog prava u radu Komisije za međunarodno pravo zaključeno da "ovi instrumenti tumačenja imaju očigledno važno mesto i da oni uspostavljaju obejektivne dokaze o tome kako ugovorne strane razumeju pravo zna-

¹⁸ *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* (GC) ECHR 2005-I, paras. 111 and 123; *Bankovic and others v. Belgium and 16 Other Contracting States* (dec) (GC) ECHR 2001-XII, paras. 55-58; *Al-Adani v. the United Kingdom* (GC) ECHR 2001-XI, para. 55; *Loizidou v. Turkey* (Preliminary Objections) (1995), Series A, No. 310, para. 73; *Cruz Varas and others v. Sweden* (1991), Series A, No. 201, para. 100; *Johnston and others v. Ireland* (1985), Series A, No. 112, para. 51; *Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom*, Application No. 61498/08 (European Court of Human Rights, 2 March 2010), para. 126; *Rantsev v. Cyprus and Russia*, Application No. 25965/04 (European Court of Human Rights, 7 January 2010), paras. 273-274, selected for publication in Reports of Judgments and Decisions; *Demir and Baykara v. Turkey* (GC) Application No. 34503/97 (European Court of Human Rights, 12 November 2008), para. 65.

¹⁹ The Effect of Reservations on the Entry into Force of the American Convention on Human Rights (Articles 74 and 75), Advisory Opinion OC-2/82, Inter-American Court of Human Rights, Series A, No. 2 (24 September 1982), para. 19; Enforceability of the Right to Reply or Correction (Articles 14(1) 1(1) and 2, American Convention on Human Rights), Advisory Opinion OC-7/86, Inter-American Court of Human Rights, Series A, No. 7 (29 August 1986).

²⁰ Videti: First report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to treaty interpretation by Georg Nolte, Special Rapporteur, A/CN.4/660, str. 13, Draft conclusion 1 General rule and means of treaty interpretation: Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, as treaty obligation and as reflection of customary international law, sets forth the general rule on the interpretation of treaties. The interpretation of a treaty in a specific case may result in a different emphasis on the various means of interpretation contained in articles 31 and 32 of the Vienna Convention, in particular on the text of the treaty or on its object and purpose, depending on the treaty or on the treaty provisions concerned.

čenje ugovornih odredaba.”²¹ Ovakvi zaključci ukazuju na to da je još u to vreme postojala nesumnjiva potvrda ovakve prakse ugovornih strana, kao i jasno formirana ideja da su ovi instrumenti tumačenja nezaobilazno sredstvo za sagledavanje celokupne pozadine u pogledu tumačenja ugovora. Preko ovih instrumenata se uvodi objektivnost u procesu tumačenja ugovora i to od strane samih ugovornih strana.

Nakon stupanja Konvencije o ugovornom pravu na snagu, dakle posle 1980. godine, praksa potvrđuje značaj ovih instrumenata, ali im i daje neophodni pečat. Tako je Međunarodni sud pravde nesporno istakao značaj naknadne prakse ugovornih strana postupku između Bocvane i Namibije 1999. godine.²² Tako za Međunarodni sud pravde, naknadna praksa ugovornih strana, znači nesporno prihvaćenu praksu zainteresovanih strana o tome kakav je pravi domašaj i dejstvo ugovornih odredbi u praksi. Ako se ima u vidu koliki je značaj prakse za međunarodni poredak u kome običaji imaju visoko formalno mesto u smislu pravnih izvora, onda je jasno da naknadna praksa ima ravnopravnu ulogu u procesu tumačenja ugovora kao i sam tekst ugovora. Zapravo je možda bolje reći da tekst ugovora, ali i naknadna praksa sačinjavaju jedinstvo u smislu tumačenja i da moraju biti u prihvatljivoj saglasnosti međusobno. Zbog toga se nikako ne može prihvatiti teza o tome da naknadna praksa ima sekundarni značaj u poređenju sa tekstom ugovora. Čak bi se nasuprot tome mogla razmatrati i teza da li je naknadna praksa, ukoliko je očigledno suprotna tekstu ugovora, možda pre običajno pravilo koje je samo u nastanku inicirano ugovornim odredbama, ali koje kroz poštovanje država i primenu postaje autonoman pravni izvor. Ukoliko, s druge strane, praksa država jeste na osnovnoj liniji odredaba ugovora, onda ona doprinosi tumačenju ugovora i predstavlja deo nečega što se naziva “živi instrument” pogotovo u praksi Evropskog suda za ljudska prava.²³

Uloga koju imaju naknadna praksa ugovornih strana povodom primene odredaba ugovora, kao i naknadni sporazumi ogleđa se u utvrđivanju uobičajenog značenja pojedinih izraza koji se koriste u samom ugovoru. Šta je to uobičajeno značenje koje se pominje u odredbama Konvencije o ugovornom pravu može se zaključiti iz primene ugovora i naknadnog života koji on ima. Tako Međunarodni sud pravde u slučaju Mazilu zaključuje: “ Prema praksi, u skladu sa informacijama koje su dostavljene od strane Generalnog sekretara, Ujedinjene nacije su osnivale istražne misije, koje su bile veoma različite po svojoj pravnoj prirodi, sastavljene od osoblja koje nema status zvaničnika Ujedinjenih nacija. ... U svim

²¹ Yearbook of the International Law Commission (1966), vol. II, p. 221, para. 15.

²² Case concerning Kasikili/Sedudu Island, (Botswana v. Namibia), 1999, I.C.J. Reports 1999, p. 1076, para. 50.

²³ *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* (GC) ECHR 2005-I, paras. 111 and 123; *Bankovic and others v. Belgium and 16 Other Contracting States* (dec) (GC) ECHR 2001-XII, para 51.

tim slučajevima, praksa Ujedinjenih nacija pokazuje da gore pomenuto osoblje, i pojedinci kao članovi takvih komiteta i komisija jesu bili tretirani kao eksperti.”²⁴

Konkretna uloga naknadnih sporazuma i naknadne prakse ugovornih strana ogleda se i utvrđivanju celokupnog konteksta vezanog za ugovor. Neophodno je ovde kontekst ugovora svatiti na jedan širi način, dakle ne samo okolnosti pod kojima je ugovor zaključen što se najčešće i čini, već i kontest u kome se ugovor primenjuje. To je sasvim opravdano jer se ugovor i zaključuje da bi bio primenjen pa je onda neophodno uzeti u obzir i okolnosti pod kojima se on sprovodi u praksi. Takva situacija može nastati i ukoliko posle stupanja ugovora na snagu dođe do pojave novih opštih pravila međunarodnog prava, naknadna praksa država ugovornica će morati da uzme u obzir i takvu činjenicu. Uloga naknadne prakse država ugovornica i naknadnih sporazuma posebno je važna u utvrđivanju predmeta i cilja samog ugovora.²⁵ Pored autonomnog tumačenja predmeta i cilja ugovora u kontekstu *ratione persone*, može se posmatrati predmet i cilj ugovora i u vremenskom smislu, to jest *ratione temporis*. Zbog toga je opravdano zaključiti “Shvatanje predmeta i cilja samo po sebi nije fiksno i statično, već je podložno promenama, ili se razvija u toku primene neke konvencije.”²⁶ Upravo je ovde uloga prakse država nakon zaključenja ugovora nezaobilazna. Kao podrška ovom rezonovanju može se navesti i sledeće: “Promena uslova u kojima se ostvaruju slobode i prava iz ugovora, nužno će voditi i promeni sadržine predmeta i cilja konvencije.”²⁷ Na ovom mestu kontekst ugovora u širem smislu doprinosi evoluciji predmeta i cilja ugovora.

Prilikom uzimanja u obzir domašaja koji ima naknadna praksa za tumačenje ugovora mora se imati i određena mera. Naime iako je naknadna praksa država veoma važna za tumačenje ugovora ona se ne sme udaljiti previše od teksta ugovora. To znači da se naknadna praksa mora vezivati u tumačenju za slovo ugovora. To je bio i predmet rasprave sudija Međunarodnog suda pravde u sporu Kostarika protiv Nikaragve, gde je jedan broj sudija bio za prihvatanje elastičnije koncepcije u tumačenju i davanje prednosti praksi država, dok je druga bila

²⁴ Applicability of Article VI, Section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations (Advisory Opinion) [1989], I.C.J. Reports 1989, p. 194, para. 48.

²⁵ O predmetu i cilju ugovora videti: Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Judgment of 27 June 1986, I. C. J. Reports 1986, str. 136-137, para. 271-273, str. 138, para. 275, i str. 140 para 280, Bojan Milisavljević, Rezerve na višestranne normativne ugovore u međunarodnom pravu, Pravni fakultet, Beograd, 2010. godine, str. 166 i dalje, Klabbers, Some Problems Regarding the Object and Purpose of Treaties, The Finnish Yearbook of International Law, Vol. 8, 1998,

²⁶ G. Fitzmaurice, »The law and Procedures of the International Court of Justice 1951-4, Treaty Interpretation and Other Treaty Points, 1957, 33 BYIL, str. 208.

²⁷ Schabas, William, Reservations to the Convention of the Rights of the Child, Human Rights Quarterly, Vol. 18, 1996, str. 479.

čvršće vezana za tekst ugovora i vezivala praksu država za formalni elemenat iz samog ugovora.²⁸ Slobodnije se može reći da je deo sudija zastupao restriktivnu koncepciju, dok je drugi deo stao na stranu evolutivne struje.²⁹

Predstavnici komisije za međunarodno pravo su, posle argumentovane rasprave, ipak stali na stranu evolutivnog tumačenja jer su izneli predlog u vidu zaključka: "Naknadni sporazumi i naknadna praksa država ugovornica su autentični oblici tumačenja koji bi trebalo biti uzeti u obzir prilikom tumačenja ugovora. Naknadni sporazumi i naknadna praksa ugovornica mogli bi voditi evolutivnom tumačenju ugovora."³⁰ Terminologija koja se koristi u radu komisije, ali i u tekstu Konvencije o ugovornom pravu, za naknadne sporazume ukazuje da za razliku od ugovora "treaty" koji se koriste u tekstu Konvencije i koji ukazuju na potrebu pisane forme, kod naknadnih sporazuma koristi se termin sporazum "agreement", što ukazuje da se može prihvatiti i usmeni sporazum ugovornih strana.³¹ Na tom mestu se naknadna praksa gotovo poklapa sa naknadnim sporazumima. Prilikom rada na Konvenciji o ugovornom pravu, za potrebe članova koji se odnose na tumačenje, definisani su naknadni sporazumi ugovornih strana: "to je autentično tumačenje ugovornih strana koje mora biti uzeto u obzir prilikom tumačenja ugovora."³² S druge strane, u pogledu naknadne prakse Komisija za međunarodno pravo je istim povodom dala definiciju ovog pojma: "Naknadna praksa predstavlja objektivni dokaz o tome kako ugovorne strane razumeju značenje ugovornih odredaba."³³ Povodom naknadne prakse mogu se postaviti neka relevantna pitanja. Tako se nameću pitanja kao: šta se uzima u obzir kao praksa ugovornica, međusobni odnos različitih elemenata prakse, značenje naknadne prakse i čije se sve ponašanje uzima u obzir kod posmatranja prakse.³⁴

ZAKLJUČAK

Na osnovu navedenog istraživanja kako prakse sudskih i kvazisudskih tela na međunarodnom planu, ali i značajnih rezultata do kojih je došla Komisija za

²⁸ Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua) (Judgment) [2009] I.C.J. Reports 2009, p. 290.

²⁹ First report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to treaty interpretation by Georg Nolte, Special Reporter, International Law Commission Sixty-fifth session, Geneva, 2013, str. 25.

³⁰ Ibidem, str. 27.

³¹ Ibidem, str. 29.

³² Yearbook of the International Law Commission (1966), vol. II, p. 221, para. 14.

³³ Ibidem, para. 15.

³⁴ First report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to treaty interpretation by Georg Nolte, Special Reporter, International Law Commission Sixty-fifth session, Geneva, 2013, str. 36.

međunarodno pravo, nema sumnje da su odredbe Konvencije o ugovornom pravu, koji se odnose na tumačenje međunarodnih ugovora, već postali dobro utemeljeno običajno pravo. Zbog toga je njihova nadgradnja u vidu objektivizacije pravila koja se odnose na naknadne sporazume i praksu država ugovornica nakon stupanja ugovora na snagu neophodna. Dobar potez u okviru Komisije za međunarodno pravo učinjen je kada je pitanje trajanja ugovora, kako je prvobitno bilo predviđeno, preformulisano u naknadne sporazume i praksu država. Iako je Komisija za međunarodno pravo već postigla očigledne rezultate formulišući nekoliko nacrtā članova, tek treba očekivati da se formulišu celovita pravila u narednom periodu.

Teško je očekivati da će na osnovu predstojećeg rada Komisije za međunarodno pravo doći do usvajanja nacrtā konvencije po ovim pitanjima, ali nema sumnje da će pravila biti uobličena u vodič za praksu država, čime će se značajno pomoći, sa jedne strane državama koje primenjuju ugovore, a sa druge možda i više međunarodnim sudskim i kvazisudskim telima koje se bave tumačenjem međunarodnih ugovora na snazi.

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

INTERPRETATION OF INTERNATIONAL AGREEMENTS THROUGH THE WORK OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION

Summary

This paper deals with the interpretation of international treaties with a special focus on new activities the International Law Commission of the United Nations. The first part is exposed to the work of the Commission in the framework issue regarding the implementation of international agreements that would then be passed to the Commission specifically addressing issues concerning the interpretation of treaties. Based on the general analysis of the practice of international judicial bodies, especially the International Court of Justice, the paper presents the conclusions on the merits of the rules on the interpretation of Convention on the Law of Treaties. Particularly emphasizes the importance of establishing objective rules of interpretation of contracts due to the high importance of their application to the stability of the international community. The following discusses the new activities of the International Law regarding the role of subsequent agreements and subsequent practice of states parties and their significance for the interpretation and application of the agreement.

VLADAN JONČIĆ

PROMENE U MEĐUNARODNIM ODNOSIMA I U POLITICI PRIMENE SILE

– Njihov uticaj na karakter oružanih sukoba
i međunarodno pravo oružanih sukoba –

U V O D

U stručnoj literaturi, koja se bavi međunarodnim pravom i međunarodnim odnosima, pojavilo se u poslednje vreme shvatanje sa tezama i kontratezama da je pod uticajem promena u međunarodnim odnosima došlo do pojave “novih vrsta ratova” koji se usko povezani sa procesom globalizacije. U svim ovim raspravama gubi se iz vida da je pojava “novih vrsta ratova” i njihova veza sa procesom globalizacije samo neki od niza faktora na koje su uticali korenite promene u međunarodnim odnosima i promene u primeni raznih oblika primene sile. Promene u međunarodnim odnosima osnovni su uzrok i kumulativno su uticale (po principu povratne sprege) na pojavu novih oblika primene sile. Pod uticajem tih promena i pojava pojavili su se novi oblici oružanih sukoba. Oružani sukobi, koji su prisutni u poslednjih dvadeset i pet godina na svetskoj sceni, teško mogu da se jasno razvrstaju, na osnovu dosadašnjih međunarodnopravnih kriterijuma. Podsetimo se da je dugo vremena u teoriji međunarodnih odnosa i međunarodnog prava bila uobičajena podela ratova na unutrašnje, međunarodne i mešovite oružane sukobe. Praktični razlozi ove podele stručnjacima su jasni; od ove podele zavisi u kojoj meri i koje međunarodnopravne norme će se primenjivati u takvim oružanim sukobima. Od posebnog značaja je pitanje koja zaraćena strana je započela

Dr Vladan Jončić, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu..

oružani sukob. Ova pitanja su od značaja, kada su u pitanju međunarodni sukobi, jer je to jedan od bitnih elemenata za utvrđivanje statusa agresora, sa jedne strane, i sa druge, humanizacija rata uz istovremeno rešavanje konflikta.

Međunarodno pravo postoji na uspostavljenim opštim načelima međunarodnog prava koja su u uskoj vezi sa načelima *savesnosti i poštenja*. Doduše, savesnost i poštenje se ne uzimaju dovoljno ozbiljno u praksi primene međunarodnog prava. Često se smatra da se u praksi međunarodnih odnosa i primene međunarodnog prava ova načela obilaze, tj. krše. Međutim, zvanično, polazi se od pretpostavke da su oni polazište u pregovorima i na njima uspostavljene namere tokom međunarodnih komunikacija, posebno u procesu stvaranja prava (kodifikacije). Predlozi i sugestije na međunarodnim konferencijama često se javno ili prećutno pozivaju na ova načela, tako da se, zvanično, ne može da ignoriše njihova uloga u stvaranju i primeni međunarodnog prava. Pored svih opreznosti u njihovom uticaju na stvaranje i primenu međunarodnog prava mora se poći i od pretpostavke da su predlozi i stavovi međunarodnih aktera zasnovani na dobroj veri, savesnosti i poštenju. Takva pretpostavka važi i za primenu međunarodnog prava u praksi. Dakle, ova načela se ne mogu ignorisati i pored svih negativnih iskustava u praksi vezani za iskrenost aktera međunarodnog života po pitanju postojanja savesnosti i poštenja. Ipak, pođimo od pretpostavke da su prisutna u procesu stvaranja i primene međunarodnog prava, a posebno u doktrinarnim stavovima teoretičara međunarodnog prava.

Opšta načela međunarodnog prava uspostavljena su krajem 19. i početom 20. veka i zasnovana su na načelu humanosti, pravde i pravičnosti, a sve u cilju očuvanja savesnosti i poštenja kao osnovnih vrednosti čovečanstva. Uostalom savesnost i poštenje osnovne su vrednosti prava i pravde, pa se tako reflektuju i na međunarodno pravo i na međunarodno pravo oružanih sukoba. Može se sa dovoljno argumenata da tvrdi da su ova načela samo dva načela od više njih koji su stubovi uspostavljanja, postojanja i održavanja prava i pravnog poretka. Značaj i uticaj ovih načela slabi i gubi se u opštoj poplavi nesavesnosti, nepoštenja i zloupotrebe prava u nehumane svrhe. To se posebno vidi u nasilnoj promeni uspostavljenih opštih načela međunarodnog prava. Krajem 20. i početkom 21. veka svedoci smo da se međunarodnopravni poredak, uspostavljen posle Drugog svetskog rata, krši i menja putem presedana i uspostavlja se novi na novim postavkama shodno postavljenim ciljevima "Novog svetskog poretka". To je logično ako se uzme u obzir da novi akteri u međunarodnim odnosima pokušavaju da uspostave novi sistem međunarodnih odnosa u skladu sa njihovim ciljevima i potrebama. U tom cilju pojavljuju se teze o "novim ratovima", kako bi se izbegle osuda za zločin protiv mira – započinjanje i vođenje agresivnih ratova. Tako bi, po definiciji, ti "novi ratovi" bili isključeni iz klasične forme rata i ne bi spadali u ratove zabranjene međunarodnim pravom. Možda ova tvrdnja i nije tačna, ali se ne može odbaciti zaključak da ovakve teorijske postavke imaju praktičnu vrednost za opravda-

nje primene oružane sile u vidu neke “nove vrste ratova”. Sa uvođenjem kategorije “novih ratova” unosi se novi argument u teorijsku raspravu na osnovu koje se izvodi nova teorijska postavka da ti “novi ratovi” nisu zabranjeni međunarodnim pravom, odnosno, u najgorem slučaju, ne bi mogli biti definisani kao zločin.

Primenom novih oblika primene sile, maskiranjem akcija primene sile i stvaranjem privida da su to unutrašnji nemiri, savremeni agresori prikrivaju svoje agresorske akcije i zamagljuju svoju agresivnu neokolonijalnu politiku putem novih doktrinarnih stavova i načela kao i promenom uspostavljenih pravila međunarodnog prava i ustanovljavanjem novih. Uspostavljanjem presedana perfidno se i prikriveno menja međunarodni pravni poredak i uspostavlja novi po načelima “novog svetskog poretka”. Za sve to vreme blokiran je sistem kolektivne bezbednosti, na čijem čelu su Ujedinjene nacije, jer ne postoje jasni pokazatelji koji bi omogućili da se primene postojeći pravni mehanizmi sistema kolektivne bezbednosti koji bi zaustavili ili blokirali oružani sukob i ukazali na krivca (agresora) za konkretan sukob.

Drugi činilac koji stvara privid da se u praksi primene sile izrodila neka nova vrsta oružanih sukoba definisanih pod nazivom “novi ratovi” je pojava novih vrsta oružja i nove metode vođenja oružanih sukoba, kao i njihova kombinacija. Ako je sredina 20. veka bila karakteristična po bipolarnosti sveta, masovnoj trci u naoružanju između dve vodeće svetske sile SAD i SSSR i njihovoj surevnjivosti kao i oštroj ideološkoj podeli sveta uz stalnu opasnost od upotrebe nuklearnog oružja, drugu polovinu veka karakterišu korenite promene u međunarodnim odnosima i posledice tih promena. Promene su umesto bipolarnosti sveta dovele do uspostavljanja unipolarnosti uz masovno korišćenje građanskih protesta i njihove eskalacije u građanske ratove. Početak 21. veka iz osnova je promenio dotadašnje shvatanje o ratu i primeni međunarodnog prava. Otuda prvo pitanje koje se postavlja da li su se pojavile “nove vrste ratova” zahteva razmatranje i odgovor jesu li to nove vrste sukoba ili stari oblici primene sile maskirani nekim sa aspekta međunarodnog prava nepoznatim institutima.

Pojava “novih učesnika” oružanih sukoba u vidu korporativnih agenata, masovno učešće građanskih lica (civila) koja naizmenično menjaju status (čas su civili, čas borci) i masovna pojava terorista u oružanim sukobima, sve je to, pod maskom građanskih demonstracija i pobuna, dodatno usložilo međunarodnu scenu i promenilo karakter oružanih sukoba. Pred međunarodnim pravom, pre svega pred međunarodnim pravom oružanih sukoba, postavila su se nova pitanja o pravnoj prirodi oružanih sukoba i učesnika u njima. To je treći faktor koji je uticao na promenu karaktera oružanih sukoba u savremenom svetu.

NOVI ILI STARI RATOVI?

U teoriji međunarodnih odnosa i međunarodnog prava oružanih sukoba pojavilo se shvatanje da su se pojavile nove vrste ratova kao posledica proce-

sa globalizacije.¹ Suprotno mišljenje ima druga grupa teoretičara koja smatra da nema “neklih” novih ratova, već da su to jedna te ista vrsta koja postoji vekovima, a da su se u poslednje vreme pojavili samo neki novi oblici primene sile, kao što su terorizam, genocid i etničko čišćenje, koji maskiraju suštinu tradicionalnih ratova.² Doduše, kod nekih teoretičara međunarodnog prava i međunarodnih odnosa, što je posebno izraženo kod jednog od njih, B. Astona, brkaju se neki pojmovi kao što su rat i oblici primene sile (terorizam, blokade, građanski nemiri, etničko čišćenje i dr.). Mora se priznati da neki od njih (npr. pomenuti Aston) istovremeno priznaju da je terorizam oblik sukoba niskog intenziteta i da je rat prestao da bude samo sukob između država, već da je postao sukob “transnacionalnih aktera”.³ I kod druge grupe teoretičara nedovoljno se jasno određuju ovi pojmovi i može se slobodno reći da se brkaju pojmovi.

Tako, Meri Kaldor uzima kao dokaz promenu načina ratovanja kao primer te “nove vrste ratovanja” i promene u vođenju gerilskog rata kojim su izbegnuti klasični konvencionalni vojni sukobi.⁴ Korišćenjem ovog načina ratovanja osvajaju se teritorije uz pomoć političke kontrole stanovništva, koja se ostvaruje korišćenjem psiholoških metoda (kroz psihološko ratovanje). “Osvajaju se srca i umovi stanovništva uz pomoć psihološkog rata...”. Tradicionalna pobuna ustupila je mesto psihološkom ratovanju s ciljem osvajanja širokih masa na svoju stranu.⁵ Ove promene i pojavu “novih ratova” Kaldorova vezuje za period devedesetih godina 20. veka. Velike promene jesu nastupile u periodu 1987/88. do 1995. godine i bile su vezane za raspad SSSR i Varšavskog ugovora, odnosno čitavog Istočnog bloka, kao i početak građanskih ratova na tlu SFR Jugoslavije i njen raspad. Bili su to tektonski poremećaji u dotada uspostavljenim međunarodnim odnosima koji su doveli do kraja “Hladnog rata” i verovatno uticali da se pojave novi oblici primene sile. Nesumnjivo, došlo je do značajnih promena u metodama vođenja oružanih sukoba.

¹ David Keen, “When War Itself is Privatized”, *Times Literary Supplement*, December, 1995, (preuzeto od S., Avramov, *op. cit.*, 2011, str. 692); Mary Kaldor, *New & Old Wars, Organized Violence in a Global Era*, Polity, 2001, p. 3; Michael Alexander Innes, “Political communication in Wartime Liberia: themes and concepts”, *CEPES*, No. 26, CEPES, Bibliothèque nationale du Québec, May 2004; Robert Kaplan, *The Coming Anarchy: Shattering the Dreams of the Post Cold War*, New York: Vintage Books, 2000, p. 48. Aleksandar Tofler/HidyTofler, *Rat i antirat*, Paideia, 1998.

² Ben Aston, “Critically assess Kaldor’s assertion that new wars have to be understood in the context of the process known as globalization”, *Global Politics & Violence*, (<http://opendemocracy.net/debates/article-2-103-2294.jsp.benaston.com/.../Critically%20assess%20Kaldors...>); M. Smith, “Guerillas in the mist: reassessing strategy and low intensity warfare”, *Review of International Studies*, 2003, p.37. (Preuzeto od Ben Aston, “Critically assess Kaldor’s assertion that new wars have to be understood in the context of the process known as globalization”).

³ B., Aston, *Op. cit.*, p. 2.

⁴ M., Kaldor, *Op. cit.*, p. 8.

⁵ *Ibid.*

Međutim, to nisu promene u samoj suštini pojma rata, odnosno oružanog sukoba. Osnovna karakteristika i jednog i drugog pojma jeste postojanje i primena oružane borbe, odnosno oružanog nasilja. Primena oružanog nasilja postoji i kod drugih oblika primene sile, ali nije suština tih oblika. Ovi drugi oblici mogu biti prisutni u ratu ili oružanom sukobu, ali ne daju osnovnu suštinu, smisao i sadržaj ratu. Nisu njegova osnovna karakteristika. Promenili su se samo akteri tih sukoba i zamaglio se status učesnika tih sukoba. Otuda Aston ispravno zaključuje, kada kritikuje shvatanja Kaldorove da ne postoje “novi ratovi”, jer njena teza, da se tokom 80-tih i 90-tih godina razvio novi tip rata i to u vidu organizovanog nasilja u Africi i istočnoj Evropi na osnovu procesa globalizacije, nema osnova. Njen zaključak se svodi na tvrdnju da su novi ratovi “zamutili” razliku između rata (obično definisanog kao nasilje između država ili organizovanih političkih grupa sa političkim motivima), organizovanog kriminala (nasilje koje preduzimaju privatno organizovane grupe za privatne svrhe, obično u cilju finansijske dobiti) i povrede velikih razmera ljudskih prava (preduzete od strane država ili politički organizovanih grupa protiv pojedinaca).⁶ Da je pojava ovih oblika zapravo nova vrsta ratova tvrdi i Aleksandar Ines koji ponavlja izraz “zamućivanje linija” kada piše o razlici između tradicionalnog shvatanja pojma – organizovano nasilje. Za primer uzima terorizam, kriminal i primenu državne prinude koji se međusobno preklapaju i postaju neprepoznatljiviji.⁷ Martin Van Kreveld piše da je nastupila transformacija rata zasnovana na pomoć subdržavnih aktera koji koriste alternativne pristupe u angažovanju nasilja protiv svojih političkih protivnika terorista koji koriste metode terorizma u ratovanju.⁸

Sledeći argument da novi ratovi iako su geografski veoma udaljeni i na prvi pogled ne deluju povezano u uskoj su vezi i “globalizuju sukobe”. Njih povezuje finansijska transnacionalna mreža. Navode se kao primeri oružani sukobi u Iraku, Avganistanu, na Balkanu (Srbija, konflikt na Kosmetu), u Africi i Aziji.⁹ Istovremeno se, na osnovu globalizacije, vrši podela međunarodnog društva na one koji imaju korist od globalizacije i na one koji nisu uključeni u taj proces, odnosno isključeni su iz prednosti globalizacije.¹⁰

Tačno je da su ovi oružani sukobi uključeni u opšti proces globalizma, a ne globalizacije i da postoji uzročno-posledična veza između njih samih kao i izme-

⁶ *Ibid.*, pp. 1-3.

⁷ M., A., Innes, *Op. cit.*, p. 20.

⁸ Martin Van Creveld, *The Transformation of War*, The Free Press, New York, 1991; James Ron, “Territoriality and Plausible Deniability: Serbian Paramilitaries in the Bosnian War,” Chapter in *Death Squads in Global Perspective: Murder With Deniability*, Bruce B. Campbell and Arthur D. Brenner, eds. (New York: St. Martin’s Press, 2000, pp. 308-309. (Preuzeto od: Michael Alexander Innes, *Op. cit.* p. 20).

⁹ M., Kaldor, *Op. cit.*, p. 2.

¹⁰ B., Aston, *Op. cit.* pp. 3-4.

đu njihovog pokretanja i rasplamsavanja na prostorima davno ugašenih kriznih žarišta. Postavlja se pitanje da li je to nešto novo u teoriji konflikata i oružanih sukoba da bi se moglo da tvrdi da su to neki "novi ratovi"? Povezivanje posledica globalizacije (pre bi se moglo reći globalizma), sa slabljenjem uloge države i naraštanjem uloge drugih društvenih činilaca u savremenim društvima kao što su nevladine organizacije i veći uticaj socijalnih i političkih prava mogu imati uticaj na društvene procese i društvene tvorevine, pa i na rat, ali se postavlja pitanje u kojoj meri. Argumenti o pojačanom uticaju drugih društvenih činilaca na društvo i prezimanje nekih "tradicionalnih" državnih poslova od strane drugih društvenih grupa ispravni su i nema spora da je država doživela izvesnu transformaciju u savremenom svetu u odnosu na državu s početka 20. veka. Postavlja se pitanje u kojoj meri su ove promene uticale na suštinu rata, odnosno na suštinu vođenja politike u društvu. Rat je samo jedno od sredstava vođenja politike. Prethodna tvrdnja o izmenjenoj suštini prirode rata neminovno vodi zaključku da je rat prestao da bude sredstvo politike. Da li to znači da se ovim ruši skoro opšte-prihvatljivo shvatanje Klauzeviceve definicije rata? Ni jedan od pomenutih i konsultovanih autora ne zadire u ovo pitanje niti opovrgava Klauzevicevu definiciju rata ni u naznakama.¹¹ Naprotiv, Aston i Smit upravo ukazuju na slabost iznetih shvatanja zbog neuzimanja u obzir Klauzeviceve definicije rata.¹² Pre bi se moglo zaključiti da su Kaldor i drugi imali na umu izmenjene pojavne oblike rata, a ne i promene suštine rata. Nezavisnog i nepristrasnog istraživača ovakve tvrdnje navode na razmišljanje o sudbini međunarodnog prava, odnosno o gubljenju uticaja međunarodnih normi koje regulišu pitanje oružanih sukoba. To dovodi do zaključka da izmenjena priroda rata neminovno vodi ka nemogućnosti primene postojećih međunarodnopravnih normi u takvim "novim vrstama ratova". Praksa oružanih sukoba u poslednjih dvadeset godina upravo ukazuje na činjenicu da se sve manje poštuje međunarodno pravo oružanih sukoba i da se menja uspostavljeni međunarodnopravni poredak zasnovan na međunarodnim odnosima i pravnim dokumentima posle Drugog svetskog rata. Kaldor na izvestan način i ukazuje na te promene. Kako to ispravno primećuje Aston, Kaldor ukazuje na vakum moći koji je nastao posle raspada bipolarnosti sveta i prestanka "Hladnog rata".¹³ To, po Astonu, nije sporno i niko ne bi ni mogao da osporava. Međutim, ovde Aston nalazi osnovnu grešku i slabost teze o pojavi "novih ratova" koju zastupaju Kaldor i jedna grupa teoretičara. Po Astonu, koji se poziva na Mek Inesa, međunarodni odnosi i politika "Hladnog rata" u kome su lokalni sukobi sticali globalnu dimenziju zbog rivalstva supersila su zapravo "lokalni sukobi" koje

¹¹ *Ibid.*; Michael Smith, "Guerillas in the mist: reassessing strategy and low intensity warfare", *Review of International Studies*, 2003, pp. 35-37.

¹² M. Smith, *Op. cit.*, pp. 35-38; B., Aston, *Op. cit.*, p. 3.

¹³ M. Kaldor, *Op. cit.*, p. 78, 82.

Kaldor naziva “novim ratovima” jer posle raspada bipolarnog sistema takvi ratovi više nemaju značaj za međunarodne odnose. Po njemu ovi sukobi mogu da se smatraju kao sukobi identiteta i pitanja moći.¹⁴ Kaldor i Aston osnov svojih teza zasnivaju na izmenjenoj suštini prirode rata u savremenim međunarodnim odnosima i raspravu zasnivaju na identitetu kao glavnom obeležju i razlogu vođenja ratova. Tu se ova dva autora delimično slažu. Samo, po Astonu, ljudi se danas “okupljaju oko zajedničkog identiteta i nije u pitanju identitet, već snaga, moć”.¹⁵ Da bi se ta snaga mobilisala i usmerila neophodno je da se stvori zajednički identitet. “Ljudi mogu ići zajedno u potragu za moći radi zajedničkog cilja i identiteta, ali potraga za moći je uvek osnovni cilj.” Cilj je moć, a sredstvo za postizanje tog cilja su zajednički cilj i identitet.¹⁶ Dakle, kada se traži moć, neophodan je identitet da mobiliše mase, što je neophodno za uspešno vođenje sukoba (rata). U svom razmatranju ni Aston ni drugi ne otkrivaju razlog rasprave o ulozi identiteta u cilju “pojave i stvaranja novih ratova”. Nazire se teza da su u pitanju nove tačke vezivanja i okupljanja kao i mobilisanja masa vezane za identitet u pravcu pojave novih ratova. Doduše, Aston to ne navodi izričito, ali se može zaključiti da ne prihvata tezu da je izražavanje potrebe za izražavanjem identiteta razlog za rat.¹⁷ Na kraju Aston donosi zaključak u vidu osnovnog pitanja. To pitanje je zapravo trebao da postavi na samom početku: šta po Kolderovoj predstavlja “novi rat”, tj. pitanje definicije “novog rata”? Da li su to sukobi koji se po svojoj “novoj” suštini ne mogu svrstati u kategoriju međudržavnih, odnosno, unutrašnjih ratova? Odsustvo ovog elementa ih svrstava u kategoriju unutrašnjih ratova koji su nepotpuno regulisani u međunarodnom pravu oružanih sukoba. Ovde se otvara još jedno pitanje, a to je da li shvatanje (koje se može naći u poslednje vreme kod jednog broja teoretičara da sa aspekta primene međunarodnog prava oružanih sukoba nema značaja podela na međunarodne, unutrašnje i mešovite ratove.¹⁸ Kaldorina teza, koju Aston kritikuje kada razmatra problem njenog nedostatka definicije, bliska je shvatanjima drugih autora; da su “novi ratovi zapravo privatizovani, odnosno neformalni lokalni oružani sukobi malog obima”.¹⁹ Posledica ovakvih shvatanja nastavak je nejasne teze koja je od početka prisutna u razmatranju ovog pitanja, a to je da se brkaju oblici primene sile sa pojmom rata i oružanog sukoba.

¹⁴ B., Aston, *Op. cit.* . pp. 5- 6.

¹⁵ *Ibid.*, p. 6.

¹⁶ *Ibid.*, p. 6

¹⁷ *Ibid.*, p. 7.

¹⁸ Christian Tomuschat, *Human Rights-.Between Idealism and Realism*, Oxford University Press, 2003.

¹⁹ D. Keen, “When war itself is privatized; *Times Literary Supplement*, December 1995. (Preuzeto od Ben Aston, “Critically assess Kaldor’s assertion that new wars have to be understood in the context of the process known as globalization”).

Svaki rat jeste oružani sukob, ali svaki oružani sukob nije rat. Ovi pojmovi se odnose kao pojedinačni pojam prema opštem. Pitanje pojave novih oblika ratovanja u uskoj je vezi sa razvojem vojne i ratne doktrine. Tačno je da su se pojavili neki novi oblici sukoba, ali su svi oni (ako je prisutna primena oružja) u suštini oružani sukobi. Jedan broj preraste u opšti rat, bilo unutrašnji i spoljni, što može da ima značaj sa stanovišta stepena primene međunarodnog prava, ali sa stanovišta sociološkog pojma rata (oružanog sukoba) to nema neki značaj. Neki od njih ostanu kao krizno žarište koje se povremeno gasi i aktivira.

Bez obzira na to o kojoj se vrsti sukoba radi, takvi oružani sukobi, odnosno ratovi su oblici oružanog nasilja i mogu se manifestovati na razne načine. Izvlačeći pojedini oblike oružanih sukoba iz opšteg pojma oružani sukob i navoditi da je to nova vrsta rata je sasvim pogrešno i blago rečeno predstavlja nepoznavanje ili površnu analizu sukoba od strane tih autora. Sličan zaključak izvode i drugi autori. Shvatanje Astora (argumentovano sličnim shvatanjima drugih pisaca) pomenuto je, a sličnu tvrdnju ima i Smit koji se takođe poziva na druge teoretičare: "rat je rat, bez obzira koja taktika se koristi".²⁰ Osnovna teza Smita u vezi sa nekim novim shvatanjima, a i nazivima raznih oblika primene sile u svetu izneta je u članku "Guerillas in the mist: reassessing strategy and low intensity warfare", (objavljeno u *Review of International Studies*) da nasuprot raširenom shvatanju, zasnovanom na argumentima koji nastoje da pokažu da pojmovi poput "gerilsko ratovanje" i "sukobi niskog intenziteta", u osnovi su pogrešni. Po njemu oni ne postoje kao odgovarajuće kategorije rata, već često predstavljaju neodgovarajuće razlike koje ometaju intelektualno razumevanje suštine fenomena rata, koji je u prošlosti imao negativan uticaj na kreiranje politike. Smit tvrdi da upotreba ovih termina u strateškim studijama ne olakšava razumevanje pojave, već podriva pokušaj da se razume kompleksnost rata u celini. Smitov zaključak je da ono što se zove sukob niskog intenziteta, može da se razume, međutim, to se može razumeti samo u Klauzevicovim parametrima, koji obuhvataju čitav spektar rata.²¹

Podela oružanih sukoba i "nove vrste ratova"

Za dalju analizu i raspravu o pojavi "novih ratova" značaj može da ima i nova teza prisutna u teoriji međunarodnog prava oružanih sukoba, a to je da se gubi praktičan značaj ove podele. Po ovom novom shvatanju podela na međunarodne, unutrašnje i mešovite oružane sukobe (ratove) nema značaj sa aspekta primene međunarodnog prava. Izgleda da se ove dve teze, teza o novim vrstama ratova i teza o napuštanju podele oružanih sukoba sa aspekta međunarodnog prava oružanih sukoba na međunarodne, unutrašnje i mešovite u nekom smislu ukla-

²⁰ M. Smith, *Op. cit.*, p. 37.

²¹ M., R., Smith, *Op. cit.*

paju u nove trendove inspirisane postavkama "Novog svetskog poretka". Kod nekih teoretičara međunarodnog prava zauzima se postepeno stav da pomenuta podela nema značaj sa aspekta primene međunarodnog prava.

Dokaz za ovu tvrdnju nalaze u tumačenju pravila iznetih u Studiji međunarodnog običajnog prava koju je izradio Međunarodni komitet Crvenog krsta i u Statutu stalnog Međunarodnog krivičnog suda (Rimski statut), kao i u sudskoj praksi međunarodnih krivičnih tribunala. Tako, Lisbet Zegveld objašnjava da je to uobičajena praksa međunarodnih tela da se prilikom razmatranja ovih pitanja uzima u obzir suština normi iz Ženevskih konvencija (zajednički član 3. za sve četiri konvencije) iz 1949. godine i Protokola I i II iz 1977. godine. Zegveldova priznaje da su ove norme koje se uzimaju u obzir previše jednostavne odredbe i nisu "uvek pogodne za svu složenost koju nameće realnost unutrašnjih sukoba".²²

Dakle, kod ovih teoretičara napušta se stav utvrđen još Haškim i delom Ženevskim konvencijama iz 1949. godine (zajednički čl. 2. i čl. 1. Protokola I iz 1977. godine) o primeni međunarodnog ratnog i humanitarnog prava (međunarodnog prava oružanih sukoba) u međunarodnim sukobima, a da se samo minimum zaštite pruža u unutrašnjim, poštujući načelo o suverenitetu država i nemešanju u unutrašnje stvari drugih država. Nažalost, ni jedan međunarodni instrument ne definiše oružani konflikt, kao polazni osnov za raspravu o međunarodnim i unutrašnjim sukobima. Doduše, nije za ignorisanje Pikteov stav iznet u Komentarima na Ženevske konvencije da "svaki konflikt koji nastane između država, a koji vodi ka intervenciji pripadnika oružanih snaga predstavlja oružani konflikt"²³. Međutim, tekst ukazuje da se ima u vidu međunarodni oružani sukob, a ne i unutrašnji. Nešto jasniju situaciju daje Haški tribunal za bivšu Jugoslaviju (MKSJ) u svojoj presudi u slučaju Tadić gde konstatuje da se "pribeglo oružanoj sili između država ili produženom oružanom nasilju između vlasti i organizovanih oružanih grupa ili između takvih grupa unutar države" i da se takva akcija smatra oružanim konfliktom.²⁴ Ova formulacija često se koristi kao definicija oružanih sukoba kada se naiđe na prepreku u primeni međunarodnog prava u unutrašnjim sukobima. Nema velike pomoći ni ako se okrenemo Protokolu II iz 1977. godine. Protokol II ne definiše precizno nemeđunarodni oružani sukob, ali

²² Liesbeth Zegveld, *The Accountability of Armed Opposition Groups in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp. 33-34. (Preuzeto: Rogier Bartels, "The historical evolution of the legal divide between international and non-international armed conflicts", *International Review of the Red Cross*, Vol, 9, Geneva, pp. 40-29).

²³ Jean Pictet, *Commentary on the Geneva Conventions of 12 August 1949 relative to the Treatment of Prisoners of War* (Sommentary on GC III), ICRC, Geneva, 1958, p. 23.

²⁴ International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Case No. IT-94-1-A, 2 October 1995, para 70.

zato ograničava obim primene. U konfliktima “koji nisu obuhvaćeni članom 1. Dopunskog protokola uz Ženevske konvencije od 12. avgusta 1949. godine o zaštiti žrtava međunarodnih oružanih sukoba (Protokol I) koji se odvijaju na teritoriji Visoke strane ugovornice između njenih oružanih snaga i otpadničkih oružanih snaga ili drugih organizovanih naoružanih grupa koje su pod odgovornom komandom, vrše takvu kontrolu nad delom njene teritorije koja im omogućuje da vode neprekidne i usmerene vojne operacije i da primenjuju ovaj Protokol”.

U raspravama koje su se pojavile po ovom pitanju prevlađuje stav da poдела na međunarodne i unutrašnje ostaje na snazi jer većina autora ostaje pri ovoj tezi.²⁵ Pritom se iznose i druge činjenice, kao što su; da progresivni razvoj običajnog prava nije doveo do potpunog amalgamisanja pravila za obe vrste sukoba²⁶, sporazumi o korišćenju oružja više govore o sukobu, a ne o statusu i vrsti sukoba i na kraju pojava diskutabilnog shvatanja da se ovo prevaziđe uvođenjem pojma “nova vrsta oružanih sukoba”. Na taj način bi se definitivno otklonile dileme o primeni pravila u oružanim sukobima nejasnog karaktera u praksi.²⁷

Nejasnoće oko ovog pitanja posebno pravi i dodatno pitanje vezano za pojavu novih učesnika ratova u poslednjih dvadeset i pet godina kojima međunarodno pravo nije precizno utvrdilo status učesnika oružanih sukoba. Ova nepreciznost direktno utiče da se donesu pogrešni zaključci. Na to ukazuje pojava korporativnih agenata kao učesnika tih “novih ratova”, koji svojom pojavom na bojnopolju samo dalje komplikuju primenu međunarodnog prava. Radi se o njihovom statusu. Trenutno se ne može precizno međunarodnopravno da utvrdi da li su oni legalni borci, neborci, civili ili plaćenici. U teoriji međunarodnog prava oružanih sukoba nema jasnog i opredeljujućeg stava oko toga. Kod većine stručnjaka iz ove oblasti prevlađuje shvatanje da se radi o fenomenu koji nema pravno pokriće i da se mora imati u vidu i njegov neosporno nemoralni vid kao i uticaj finansijskih centara moći na njegovu pojavu.²⁸ Posebno je pitanje kako statusno odrediti teroriste? Razume se da njih međunarodno pravo ne priznaje i da ih smatra za ratne zločince. Pitanje pobunjenika takođe je jedno od otvorenih pitanja određivanja njihovog statusa. U unutrašnjim sukobima jasno je da su to lica

²⁵ Rogier Bartels, *Op. cit.*, p. 41.

²⁶ Videti shvatanja izneta kod Bartelsa, *op. cit.*, p. 41.

²⁷ *Ibid.*, p. 41.

²⁸ Peter Singer, *Corporate Warriors: The Rise of the Privatized Military Industry*, Cornell University Press, New York, 2003; Smilja Avramov, *Međunarodno javno pravo*, Akademija za diplomatiju i bezbednost, Beograd, 2011, str. 691-694; M., Riley, Mercenaries and the rule of Law”, *Review of the International Commission of Jurists*, Vol. 17 (1977); Marie-France Major, “Mercenaries and international law”, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol. 22 (1) (1992); V., Jončić, “Međunarodnopravni status pripadnika privatnih vojnih kompanija”, *Pravni život*, Beograd, br. 12. knj. 542, 2010, str. 285-309,

van domicilnog zakona. Međutim, kako ih tretirati kada takav sukob preraste u mešoviti ili međunarodni. Ako se tome doda i učešće stranog vojnog faktora, koji najčešće staje na stranu pobunjenika (obično ga on i formira i podržava), pitanje je još kompleksnije i otvara mogućnost zagovaranja novih teza o pojmu rata i “novih ratova”. Međutim, postavlja se pitanje da li su oni dovoljno međunarodno-pravno sankcionisani, ako se uzme u obzir činjenica da nisu jasno pravno definisani. Sve su ovo pitanja koja u međunarodnom pravu nisu još razjašnjena i koja dodatno zamagljuju pitanje postoje li ili ne “novi ratovi”. Jedno je jasno, nema nekih “novih ratova”. Sve se svodi na promenu oblika primene sile i oblika izvođenja oružanih sukoba, kao i inteziviranju nekih oblik izvođenja borbenih dejstava ili vojnih i poluvojnih operacija sa pojavom novih vrsta oružja i učesnika oružanih sukoba. Novi učesnici oružanih sukoba najčešće i nisu “novi”. To su obično promenjeni oblici učestvovanja lica uz (zlo)upotrebu međunarodnih pravila koja su se od 19. veka pravno utemeljavala. Korporativni agenti imaju neke elemente novog vida plaćenika. Ti novi elementi izraženi u načinu regrutovanja i zadatka koje načelno imaju na ratištima zamaglili su osnovni kriterijum i motiv, a to je da to čine radi novca. Ako se ovome doda i činjenica da se posebno koriste nova međunarodna pravna pravila o statusu borca, koja dozvoljavaju, pod određenim uslovima, da lica u ratu mogu da menjaju naizmenično status između boraca i civila, jasno je u kakve se zablude mogu da dovedu neupućeni ili delimično upućeni analitičari.

Na kraju nameće se sumnja da teze Kaldorove i teoretičara koji imaju slična shvatanja imaju za cilj da zamagle dosadašnje jasne postavke u cilju pružanja teorijske podrške politici velikih sila u njihovim agresorskim akcijama i u realizaciji agresivne neokolonijalne politike, sve u prilog zacrtane strategije realizacije “Novog svetskog poretka”.

ZAKLJUČAK

Međunarodno pravo postoji na uspostavljenim opštim načelima međunarodnog prava koja su u uskoj vezi sa načelima *savesnosti i poštenja*. Nažalost, savesnost i poštenje se ne uzimaju dovoljno ozbiljno u praksi primene međunarodnog prava. Međutim, mora se poći od pretpostavke da su oni polazište u pregovorima i na njima uspostavljene namere tokom međunarodnih komunikacija, posebno u procesu stvaranja prava (kodifikacije).

U teoriji međunarodnog prava i međunarodnih odnosa pojavilo se u poslednje vreme shvatanje, pod uticajem promena u međunarodnim odnosima, da se rat promenio i da su se pod uticajem tih promena pojavile “nove vrste ratova”. U svim ovim raspravama gubi se iz vida da je pojava “novih vrsta ratova” i njihova veza sa procesom globalizacije zapravo promena oblika primene sile, a da

je rat, odnosno oružani sukob, u suštini ostao nepromenjen oblik sile. Korenite promene samo su izmenile formu primene sile. Promene u međunarodnim odnosima osnovni su uzrok pojave novih oblika primene sile, a ne neka "nova vrsta ratova". Oružani sukobi, koji su prisutni u poslednjih dvadeset i pet godina na svetskoj sceni, teško mogu da se jasno razvrstaju na osnovu dosadašnjih međunarodnopravnih kriterijuma. Podsetimo se da je dugo vremena u teoriji međunarodnih odnosa i međunarodnog prava bila uobičajena podela na unutrašnje, međunarodne i mešovite oružane sukobe. Praktični razlozi ove podele stručnjacima su jasni; od ove podele zavisi u kojoj meri i koje međunarodnopravne norme će se primenjivati u takvim oružanim sukobima. Od posebnog značaja je pitanje koja zaraćena strana je započela oružani sukob. Ova pitanja su od značaja, kada su u pitanju međunarodni sukobi, jer je to jedan od bitnih elemenata za utvrđivanje statusa agresora, sa jedne strane, i sa druge, humanizacija rata uz istovremeno rešavanje konflikta.

Primenom novih oblika primene sile, maskiranjem akcija primene sile i stvaranjem privida da su to unutrašnji nemiri, savremeni agresori prikrivaju svoje agresorske akcije i zamagljuju svoju agresivnu neokolonijalnu politiku putem novih doktrinarnih stavova i načela kao i promenom uspostavljenih pravila međunarodnog prava i ustanovljavanjem novih. Za sve to vreme blokiran je sistem kolektivne bezbednosti, na čijem čelu su Ujedinjene nacije, jer ne postoje jasni pokazatelji koji bi omogućili da se primene postojeći pravni mehanizmi sistema kolektivne bezbednosti koji bi zaustavili ili blokirali oružani sukob i ukazali na krivca (agresora) za konkretan sukob.

Drugi činilac, koji stvara privid da se u praksi primene sile izrodila neka nova vrsta oružanih sukoba definisani pod nazivom "novi ratovi", jeste pojava novih vrsta oružja i nove metode vođenja oružanih sukoba, kao i njihova kombinacija. Sredina 20. veka bila je karakteristična po bipolarnosti sveta, masovnoj trci u naoružanju između dve vodeće svetske sile SAD i SSSR i njihovoj surevnjivosti, kao i oštroj ideološkoj podeli sveta uz stalnu opasnost od upotrebe nuklearnog oružja. Drugu polovinu 20. veka karakterišu korenite promene u međunarodnim odnosima i posledice tih promena. Te promene su umesto bipolarnosti sveta dovele do uspostavljanja unipolarnosti uz masovno korišćenje građanskih protesta i njihove eskalacije u građanske ratove. Početak 21. veka iz osnova je promenio tadašnje shvatanje o ratu i primeni međunarodnog prava.

Tačno je da je došlo do promena u vođenju ratova i to pod uticajem procesa globalizma, a ne globalizacije i da postoji veza uzročna – posledična veza između njih samih kao i između njihovog pokretanja i rasplamsavanja na prostorima davno ugašenih kriznih žarišta. Postavlja se pitanje, da li je to nešto novo u teoriji konflikata i oružanih sukoba da bi se moglo da tvrdi da su to neki "novi rato-

vi”? Nameće se pitanje u kojoj meri su ove promene uticale na suštinu rata, odnosno na suštinu vođenja politike u društvu. Rat je samo jedno od sredstava vođenja politike. Prethodna tvrdnja o izmenjenoj suštini prirode rata neminovno vodi zaključku da je rat prestao da bude sredstvo politike. Da li to znači da se ovim ruši skoro opšteprihvatljivo shvatanje Klauzeviceve definicije rata? Ni jedan od pomenutih i konsultovanih autora ne zadire u ovo pitanje niti opovrgava Klauzevicevu definiciju rata ni u naznakama.

Kao jedna od novih karakteristika ratova u poslednjih dvadeset godina jeste da se sve manje poštuje međunarodno pravo oružanih sukoba i da se menja uspostavljeni međunarodnopravni poredak zasnovan na međunarodnim odnosima i pravnim dokumentima posle Drugog svetskog rata. Međutim, bez obzira na ovu pojavu u savremenim ratovima oni su ipak oblici oružanog nasilja i mogu se manifestovati na razne načine. Izvlačeći pojedine oblike oružanih sukoba iz opšteg pojma oružani sukob i navoditi da je to nova vrsta rata je sasvim pogrešno i blago rečeno predstavlja nepoznavanje ili površnu analizu sukoba od strane tih autora.

Zamagljivanje dosadašnjih shvatanja i pojmova o ratu posebno doprinosi nov stav kod jednog broja teoretičara o nestanku razloga za podelu oružanih sukoba na unutrašnje i međunarodne. U raspravama koje su se pojavile po ovom pitanju trenutno prevlađuje stav da podela na međunarodne i unutrašnje ostaje na snazi.

Druga nejasnoća oko ovog pitanja proilazi i zbog pojave novih učesnika oružanih sukoba u poslednjih dvadeset i pet godina kojima međunarodno pravo nije precizno utvrdilo status. Ova nepreciznost direktno utiče da se donesu pogrešni zaključci. Na to ukazuje pojava korporativnih agenata kao učesnika tih “novih ratova”, koji svojom pojavom na bojnopolju samo dalje komplikuju primenu međunarodnog prava.

Sve su ovo pitanja koja u međunarodnom pravu nisu još razjašnjena i koja dodatno zamagljuju pitanje postoje li ili ne “novi ratovi”. Jedno je jasno, nema nekih “novih ratova”. Sve se svodi na promenu oblika primene sile i oblika izvođenja oružanih sukoba, kao i inteziviranju nekih oblika izvođenja borbenih dejstava ili vojnih i poluvojnih operacija sa pojavom novih vrsta oružja i učesnika oružanih sukoba. Novi učesnici oružanih sukoba najčešće i nisu “novi”. To su obično promenjeni oblici učestvovanja lica uz (zlo)upotrebu međunarodnih pravila koja su se od 19. veka pravno utemeljavala.

Na kraju, nameće se sumnja da teze Kaldorove i teoretičara koji imaju slična rezonovanja imaju za cilj da zamagli dosadašnje jasne postavke u cilju pružanja teorijske podrške politici velikih sila u njihovim agresorskim akcijama i u realizaciji agresivne neokolonijalne politike, sve u prilog zacrtane strategije u realizaciji “Novog svetskog poretka.

VLADAN JONČIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty of Law University in Belgrade

CHANGES IN INTERNATIONAL RELATIONS
AND THE POLITICS OF POWER
– THEIR INFLUENCE ON THE NATURE OF ARMED CONFLICT
AND INTERNATIONAL LAW OF ARMED CONFLICT –

Summary

International law exists on established general principles of international law are closely linked with the principles of good faith. In theory, international law and international relations emerged in recent conception, influenced by changes in international relations, the war has changed and that they are affected by these changes emerged a “new kind of war.” In all these discussions it is overlooked that the emergence of the “new kind of war” and their relationship to the process of globalization, only one of many factors that have contributed to fundamental changes in the application of various forms of force. The use of new forms of force, masking action of force and creating the illusion that they are internal conflicts, modern aggressors hide their aggressor action and blur his aggressive neocolonial policies through new doctrine and principles, as well as changing the established rules of international law and the establishment of new ones. For all that time blocked the system of collective security, headed by the United Nations.

Another factor that creates the illusion that the practice of force spawned a new kind of armed conflicts are defined as the “new wars” is the emergence of new types of weapons and new methods of keeping the armed conflict, as well as their combinations. It is true that there have been some changes in the characteristics of waging a war influenced the process of globalization, not globalism, and that there is a relationship of cause - effect relationship between themselves and between their starting and fanning the areas long closed crises. Only raises the question of whether this is something new in the theory of conflict and armed conflict that could claim that they were a “new wars”?

Another ambiguity on this issue can stand and the emergence of new participants in the armed conflict in the last twenty-five years that international law is not precisely determine the status of participants in the armed conflict. These are all questions which by international law are not yet understood and that further blur the question of whether or not the “new wars”. One thing is clear, there are no “new wars”. It all boils down to changing forms of force and the embodiment of armed conflict.

BOJANA ČUČKOVIĆ

PROCENA UTICAJA NA ŽIVOTNU SREDINU U PRAKSI MEĐUNARODNOG SUDA PRAVDE

U V O D

Glavni sudski organ Ujedinjenih nacija nije često imao priliku da rešava ekološke sporove. Uprkos učinjenim pokušajima da privuče države da sporove ekološkog karaktera iznose njemu na rešavanje,¹ do danas je pred Međunarodnim sudom pravde vođeno svega nekoliko ovakvih sporova.² Među malobrojnim pita-

Dr Bojana Čučković, docent 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 Na talasu međunarodne ekološke svesti koji je međunarodnu zajednicu preplavio početkom devedesetih godina prošlog veka, Međunarodni sud pravde činio je napore da pruži sopstveni doprinos afirmaciji međunarodnog prava zaštite životne okoline. Ustanovljenje posebnog Veća za ekološke sporove 1993. godine za Ranževu (Ranjeva) predstavlja dokaz prodiranja međunarodnog ekološkog prava u međunarodno pravosuđe: Ranjeva, R., "L'environnement, la Cour internationale de Justice et la Chambre spéciale pour les questions de l'environnement", *Annuaire français de droit international*, vol. 40, No. 1, 1994, p. 434. Ipak, potez Suda nije se pokazao naročito uspešnim. Za trinaest godina postojanja ovog Veća niti jedna država nije zatražila da se postupak vodi pred Većem za ekološke sporove. To je navelo Sud da donese odluku da se od 2006. godine ne vrše izbori za ovo Veće. Predsednik Međunarodnog suda pravde u vreme održavanja Konferencije o životnoj sredini u Rio de Žaneiru, Ser Robert Dženingss (Sir Robert Jennings), iskoristio je Konferenciju kao priliku da promoviše rešavanje ekoloških sporova pred svetskim Sudom. Ipak, argumenti kojima je pokušao da utiče na češće obraćanje država Međunarodnom sudu pravde u ekološkoj sferi očigledno nisu bili dovoljno uverljivi i svodili su se, između ostalog, na "relativno niske troškove postupka pred Sudom u poređenju sa troškovima arbitraže". *Ibidem*, pp. 434-435.

² Spor u vezi sa nuklearnim probama (Novi Zeland protiv Francuske), *Nuclear Tests Case, New Zealand v. France, Judgment, ICJ Reports 1974*; Spor u vezi sa zahtevom za preispitivanje si-

njima međunarodnog ekološkog prava kojih se Sud dotakao u svojim presudama, posebno mesto zauzima pravilo o proceni uticaja na životnu sredinu i to iz nekoliko razloga. Prvo, ukoliko se hronološki posmatra praksa Međunarodnog suda pravde u ekološkim sporovima, može se primetiti da Sud sve više prostora posvećuje upravo analizi ovog pravila kao i da je prvobitna zainteresovanost pojedinih sudija za ovo pravilo, iskazana u ranim odvojenim mišljenjima, očigledno izvršila uticaj na formiranje zvaničnog stava Suda u njegovim kasnijim odlukama koje su se bavile ekološkim pravom.

Drugo, pažljivim čitanjem presuda Međunarodnog suda pravde u nekoliko ekoloških sporova koji su pred njim vođeni, može se doći do zaključka da Sud nije bio spreman da udahne konkretnu sadržinu pravilu o proceni uticaja na životnu sredinu ali i da se nije libio da se izjasni o njegovoj pravnoj prirodi i mestu koje zauzima u pozitivnom međunarodnom pravu. Sud to nema običaj da čini ne samo u kontekstu pravila međunarodnog prava zaštite životne sredine, već i inače – u drugim oblastima međunarodnog prava.

Treće, značaj koji Sud pridaje pravilu o proceni uticaja na životnu sredinu moguće je objasniti i specifičnim mestom koje ovo pravilo ima u procesu primene pravila o odgovornosti države za ekološku štetu. Kako je šteta po životnu oko-

tuacije u skladu sa stavom 63. presude od 1974. godine (Novi Zeland protiv Francuske), Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests Case, *New Zealand v. France*, ICJ Reports 1995; Zakonitost pretnje ili upotrebe nuklearnog oružja – savetodavno mišljenje od 1996. godine, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996; Spor Gabčikovo-Nagymaros (Mađarska protiv Slovačke), *Gabčikovo-Nagymaros Project*, Hungary v. Slovakia, Judgment, ICJ Reports 1997; Spor između Argentine i Urugvaja u vezi sa izgradnjom pilana na reci Urugvaj, Case concerning Pulp Mills on the River Uruguay, *Argentina v. Uruguay*, Judgment of April 20 2010, ICJ Reports 2010; Spor između Australije i Japana u vezi sa lovom na kitove na Antarktiku, Case concerning Whaling in the Antarctic, *Australia v. Japan*, Judgment, 31 March 2014, <http://www.icj-cij.org/docket/files/148/18136.pdf>, sajt posećen 11. avgusta 2014. godine. Dva najnovija spora u ovoj sferi izneta pred Međunarodni sud pravde nastala su između istih država – Nikaragve i Kosta Rike. U prvom slučaju Kosta Rika je podnela tužbu protiv Nikaragve 18. novembra 2010. godine zbog upada snaga Nikaragve na njenu teritoriju i okupacije te teritorije, sve u svrhu izgradnje kanala na reci San Juan koji prelazi preko teritorije Kosta Rike. Kosta Rika u tužbi tvrdi da će planirana izgradnja kanala ozbiljno uticati na tok reke Kolorado i da će pričiniti štetu teritoriji Kosta Rike, uključujući zaštićene nacionalne rezervate divljih vrsta koji se nalaze u toj regiji. Case concerning Certain activities carried out by Nicaragua in the Border Area, *Costa Rica v. Nicaragua*, Application instituting proceedings, 18 November 2010, p. 3, para. 5. Krajem 2011. godine, Nikaragva je Sudu dostavila tužbu kojom je pokrenula postupak protiv Kosta Rike tvrdeći da je Kosta Rika povredila njen suverenitet i prouzrokovala značajnu ekološku štetu teritoriji Nikaragve. Štetne posledice po životnu okolinu Nikaragva dovodi u vezu sa izgradnjom puta uz reku San Juan koju preduzima Kosta Rika. Konkretno, Nikaragva se poziva na povredu svog teritorijalnog integriteta, obaveze da se ne pričini šteta njenoj teritoriji kao i povrede obaveza iz međunarodnih ugovora čiji je cilj zaštita okoline poput Ramsar konvencije i Konvencije o biološkoj raznovrsnosti. Case concerning Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River, *Nicaragua v. Costa Rica*, ICJ Press Release, No. 2011/40, 22 December 2011.

linu najčešće posledica aktivnosti koje same po sebi nisu protivpravne i koje ne preduzimaju neposredno organi države, odgovornost države će postojati, između ostalog, ukoliko država nije postupala u skladu sa standardom dužne pažnje i ako joj se propust može pripisati. Ovaj inače komplikovan poduhvat ustanovljenja odgovornosti države za ekološku štetu donekle pojednostavljuje upravo pravilo o proceni uticaja na životnu okolinu zbog značajne uloge koja se u proceduri procene uticaja određene aktivnosti na životnu sredinu uvek poverava nadležnom državnom organu.

PROCENA UTICAJA NA ŽIVOTNU OKOLINU KAO NORMA MEĐUNARODNOG PRAVA

Procena uticaja na životnu okolinu (Environmental Impact Assessment – EIA) označava složenu “nacionalnu proceduru za vrednovanje mogućeg uticaja predložene aktivnosti na životnu sredinu”.³ Iako poreklo vodi iz unutrašnjeg prava,⁴ obaveza procene uticaja na životnu okolinu prvi put se pojavila na međunarodnom planu nakon Konferencije o životnoj sredini u Stokholmu,⁵ da bi danas predstavljala sastavni deo brojnih međunarodnih ugovora, pravila međunarodnih razvojnih banaka, ali i različitih instrumenata koji pripadaju domenu mekog prava.⁶ Zapravo, princip broj 17 Deklaracije iz Rio de Žaneira se obično navodi kao dokaz univerzalne prihvaćenosti procene uticaja na životnu okolinu: “Procena uticaja na životnu okolinu, kao nacionalni instrument, biće preduzet u odnosu na predložene aktivnosti koje mogu imati značajne negativne posledice

³ Zakon o potvrđivanju Konvencije o proceni uticaja na životnu sredinu u prekograničnom kontekstu, “Sl. glasnik RS - Međunarodni ugovori”, br. 102/2007.

⁴ U literaturi postoji saglasnost da je američki National Environmental Policy Act iz 1969. godine prvi ustanovio obavezu sprovođenja procene određenog projekta na životnu okolinu, kao i detaljnu proceduru koju treba slediti ukoliko postoje izgledi da će projekat imati štetne posledice. Sands, P., Peel, J., *Principles of International Environmental Law*, Third Edition, Cambridge University Press, 2012, p. 601. Koncept je potom preuzet od strane drugih država i uveden u njihove unutrašnje pravne sisteme te, prema raspoloživim podacima, predstavlja sastavni deo ekološkog prava više od stotinu država. Knox, J. “The Myth and Reality of Transboundary Environmental Impact Assessment”, *American Journal of International Law*, Vol. 96, No. 2, April 2002, pp. 296–297.

⁵ Član 206 Konvencije o pravu mora iz 1982. godine potvrđuje tvrdnju da je princip procene uticaja predstavljao normu međunarodnog prava i pre održavanja Konferencije o životnoj sredini i razvoju 1992. godine. *Convention on the Law of the Sea*, Dec. 10, 1982, art. 206, 1833 U.N.T.S. 397.

⁶ Član 14 Konvencije o biološkoj raznovrsnosti, Treaty Doc. No. 103-20, 1760 U.N.T.S. 143, 151-52; Član 8 Protokola o zaštiti životne okoline na Antarktiku, 30 I.L.M. 1455, Konvencija o pravu neplovidbenog korišćenja međunarodnih vodenih tokova, G.A. Res. 51/229, U.N. GAOR, 51st Sess., Agenda Item 144, U.N. Doc. A/RES/51/229, 36 I.L.M. 700. World Bank Operational Directive 4.01, International Finance Corporation, OP 4.01, European Bank for Reconstruction and Development, *Environmental Procedures*, 1996, OECD Council Recommendation C(85)104, *Environmental Assessment of Development Assistance Projects and Programmes*, 20 June 1985, *Goals and Principles of Environmental Impact Assessment*, UNEP/GC/Dec./14/25(1987).

po okolinu i koje podležu odluci nadležnog državnog organa". Završni dokument konferencije održane u Stokholmu nije predviđao procenu uticaja kao poseban princip. Ipak, potrebno je napomenuti da je procena uticaja bila implicitno sadržana i u dokumentu iz 1972. godine prevashodno zbog njene uske povezanosti sa drugim velikim principima međunarodnog ekološkog prava koji jesu bili sadržani već u Deklaraciji iz Stokholma i činjenice da predstavlja njihovu operacionalizaciju. Imajući u vidu upravo iznete napomene, ukratko će biti prikazano nekoliko karakteristika procene uticaja na životnu okolinu kao norme međunarodnog prava, ali i identifikovan niz spornih pitanja čiji će odgovori u daljem tekstu biti potraženi u praksi Međunarodnog suda pravde.

Prvo, za razliku od unutrašnjih prava država, međunarodna pravila o proceni uticaja na životnu okolinu tiču se takozvane procene uticaja u prekograničnom kontekstu, tačnije obaveze koja za države nastaje u odnosu na aktivnosti štetne po životnu okolinu a čije se posledice mogu osetiti i izvan države na čijoj teritoriji se preduzima data aktivnost. I dalje je u pitanju procedura koja se odvija na nacionalnom nivou, ali je akcenat na štetnim posledicama predložene aktivnosti po životnu okolinu drugih država ili oblastima izvan nacionalnih jurisdikcija. Iako je danas na snazi Konvencija o proceni uticaja na životnu sredinu u prekograničnom kontekstu od 1991. godine (čuvena Espoo konvencija),⁷ koja na veoma detaljan način reguliše proceduru i uslove u vezi sa procenom prekograničnog uticaja na životnu okolinu, značaj njenih odredaba umanjuje ograničen prostorni domašaj i činjenica da je zaključena u okviru Ekonomske komisije UN za Evropu. Element prekograničnosti, inherentan proceni uticaja na životnu okolinu kao norme međunarodnog prava, stvara izvesne praktične probleme u njegovoj primeni i postavlja pitanje odnosa između procene uticaja kao pravila međunarodnog prava i procene uticaja kao norme unutrašnjeg prava.

Primenu pravila o prekograničnom uticaju na životnu okolinu komplikuje uvek prisutna osetljivost država na pitanje njihove suverenosti, činjenica da je nužna saradnja, obaveštavanje i konsultovanje između država na bilateralnom, regionalnom ili univerzalnom nivou kako bi se proces procene izvršio, učešće inostrane javnosti, ali i usklađivanje različitih nacionalnih pravila o proceni uticaja te primena rezultata sprovedenog procesa, ponovo na nivou pojedinačnih država.⁸ Nužnost oslanjanja na nacionalne procedure za procenu uticaja na životnu okolinu čak i kada se radi o prekograničnim efektima koje izvesna aktivnost može imati, kandiduje pitanje da li prekogranična procena predstavlja posebnu obavezu za države ili se pak svodi na primenu nacionalnih procedura zainteresovanih država? Iako obaveza prekogranične procene uticaja može biti sadržana u unu-

⁷ Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context, ILM, vol. 30, p. 802; <http://www.unece.org/env/eia>.

⁸ Kong, L., "Environmental Impact Assessment under the United Nations Convention on the Law of the Sea", Chinese Journal of International Law, 2011, p. 655.

trašnjem pravu⁹ ili predviđena bilateralnim ili multilateralnim međunarodnim ugovorima, sporno ostaje da li praksa država upućuje na zaključak da ona danas predstavlja i normu običajnog međunarodnog prava.

Druga odlika pravila o prekograničnoj proceni uticaja nadovezuje se na njen odnos sa unutrašnjim pravom, istovremeno je povezujući sa pojedinim načelima međunarodnog ekološkog prava. Prekogranična procena uticaja obično se smatra jednim vidom operacionalizacije principa da država mora da se uzdrži od aktivnosti koje bi mogle da pričine štetu okolini drugih država ili oblastima izvan nacionalnih jurisdikcija. Ukoliko bi se obaveza prekogranične procene uticaja shvatila na ovaj način, to bi značilo da se cilj postupka procene uticaja u prekograničnom kontekstu svodi na ispitivanje raspoloživih podataka o potencijalnim štetnim posledicama date aktivnosti po okolinu drugih država, odnosno zabranu preduzimanja te aktivnosti u slučaju da proces procene uticaja ukaže na mogućnost da šteta nastane.

Međutim, instrumenti međunarodnog prava koji predviđaju obavezu prekogranične procene uticaja usvajaju drugačiji pristup, tj. pristup koji prekograničnu procenu uticaja pre vidi kao nadogradnju nad nacionalnim procedurama nego kao korelat principa 21 Deklaracije iz Stokholma. Espoo konvencija iz 1991. godine kao i nacrt Severnoameričkog sporazuma o prekograničnoj proceni uticaja na životnu okolinu od 1997. godine¹⁰ ne zabranjuju u potpunosti značajnu prekograničnu štetu, niti zahtevaju da se procena izvrši za sve aktivnosti koje bi do ovakve štete mogle dovesti. Naprotiv, navedenim sporazumima je predviđeno da države samo uzmu u obzir prekogranične efekte ograničenog broja visokorizičnih aktivnosti, koje obično i inače podležu proceni u okviru već raspoloživih nacionalnih mehanizama. Noks (Knox) stoga svrhu ovih ugovora vidi u obavezi za države da svoje nacionalne procedure za procenu uticaja na životnu okolinu primenjuju u skladu sa principom zabrane diskriminacije.¹¹ Ovakav pristup regulisanju prekogranične procene uticaja u međunarodnim instrumentima povlači i pitanje adekvatnog tumačenja brojnih nepoznanica koje i dalje prate primenu pravila o proceni uticaja kao norme međunarodnog prava. Da li ovo pravilo treba tumačiti na

⁹ Primera radi, član 32. Zakona o proceni uticaja na životnu sredinu Republike Srbije sadrži odredbu o obavezi obaveštavanja trećih država o projektima koji mogu proizvoditi štetne posledice na njihovim teritorijama, kao i proceduru koju u tom slučaju treba slediti. Zakon o proceni uticaja na životnu sredinu, "Sl. glasnik R.S.", br. 135/2004 i 36/2009. **Srbiju obavezuje i Konvencija o proceni uticaja na životnu okolinu u prekograničnom kontekstu od 1991. godine** koja sadrži znatno detaljnije odredbe o proceduri koju treba slediti u slučaju da predložena aktivnost može imati štetne posledice po okolinu drugih država. Zakon o potvrđivanju Konvencije o proceni uticaja na životnu sredinu u prekograničnom kontekstu, "Sl. glasnik RS - Međunarodni ugovori", br. 102/2007.

¹⁰ Garver, G., Podhora, A., "Transboundary environmental impact assessment as part of the North American Agreement on Environmental Cooperation", *Impact Assessment and Project Appraisal*, vol. 26, No. 4, 2008, pp. 253–263

¹¹ Knox, J., op. cit., p. 301.

evolutivan način, prateći tendencije u razvoju samog međunarodnog prava zaštite životne okoline, ili pak strogo se držeći odredaba međunarodnog ugovora u kojoj je obaveza prekogranične procene uticaja sadržana? Time dolazimo i do treće karakteristike pravila o prekograničnoj proceni - formulacije sadržane u ugovorima koji za predmet regulisanja imaju određene aspekte životne okoline, poput zaštite biološke raznovrsnosti ili morske sredine, suviše su široke i neprecizne te ne pružaju podatke o uslovima koje države moraju ispuniti kako bi se smatralo da su izvršile obavezu procene uticaja. S druge strane, ugovori koji sadrže detaljne odredbe o uslovima i procedurama za sprovođenje prekogranične procene uticaja na životnu okolinu za sada su samo regionalnog karaktera i ne mogu biti primenjeni u odnosu na države koje nisu ugovornice.¹² Usvajanje međunarodnog ugovora univerzalnog domašaja u ovom trenutku nije realno očekivati.¹³ Da li obavezu prekogranične procene treba ispuniti sadržinom u zavisnosti od okolnosti konkretnog slučaja,¹⁴ ili je praksa država već iznedrila izvesne standarde u primeni principa prekogranične procene uticaja na životnu okolinu?

PRAKSA MEĐUNARODNOG SUDA PRAVDE U VEZI SA PROCENOM UTICAJA NA ŽIVOTNU OKOLINU

Na sva napred postavljena pitanja moguće je pronaći odgovore u presudama Međunarodnog suda pravde. Iako su stavovi parničnih stranaka često bili su-

¹² Iz tog razloga je gotov pravni režim u vidu Espoo konvencije često nedovoljan i služi kao osnova za razvoj specifičnog režima koji će biti primenjen u zavisnosti od okolnosti konkretnog slučaja. Međutim, to samo dodatno komplikuje i inače složenu proceduru prekogranične procene uticaja izvesnog projekta na životnu okolinu većeg broja država. Kao primer može da posluži projekat izgradnje gasovoda u Baltičkom moru u kom slučaju odredbe Espoo konvencije nisu mogle biti primenjene zbog toga što Rusija, kao jedna od država preko čije teritorije je gasovod trebalo da prođe, nije ugovornica ovog međunarodnog ugovora. Nakon složenih pregovora, Rusija je pristala da se na prekograničnu procenu uticaja primenjuju odredbe Espoo konvencije "u meri u kojoj to dopušta njeno unutrašnje pravo". Koivurova, T., Polonen, I., "Transboundary Environmental Impact Assessment in the Case of the Baltic Sea Gas Pipeline", *The International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 25, 2010, p. 161.

¹³ Za razloge vidi: Knox, J., "Assessing the Candidates for a Global Treaty on Transboundary Environmental Impact Assessment", *New York University Environmental Law Journal*, vol. 12, 2003–2005, pp. 155–157. Gray, K., "International Environmental Impact Assessment - Potential for a Multilateral Environmental Agreement", *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, vol. 11, 2000, p. 83 et seq.

¹⁴ Kasar (Cassar) i Bruh (Bruch) smatraju da u poređenju sa procenom uticaja na nacionalnom nivou, iskustva u primeni prekogranične procene nisu u toj meri česta, te da kao takva imaju tendenciju da postanu ad hoc karaktera. Nužnu saradnju u procesu procene uticaja vode razlozi ekonomske, ekološke ali i političke prirode, od interesa za države u pitanju. Autori ispravno zaključuju da "u odsustvu pravno obavezujućih uslova, okolnosti konkretnog slučaja opredeljuju da li će prekogranična procena uticaja biti izvršena". Cassar, A., Bruch, C., "Transboundary Environmental Impact Assessment in International Watercourse Management", *New York University Environmental Law Journal*, vol. 12, 2003–2005, p. 232.

protstavljeni, Sud se, sa manje ili više uverljivim argumentima, trudio da razjasni pojedine nedoumice koje prate institut prekogranične procene uticaja na životnu okolinu. Redosled analize tri odluke glavnog sudskog organa Ujedinjenih nacija od značaja za ovu oblast biće hronološki. Najpre će biti izloženi argumenti država i zaključci do koji je Sud došao u svojoj naredbi u slučaju koji se ticao zahteva za preispitivanje situacije u skladu sa stavom 63. presude od 1974. godine (Novi Zeland protiv Francuske). Predmet razmatranja će potom biti čuveni spor između Mađarske i Slovačke u vezi sa izgradnjom sistema brana na Dunavu. Iako se ni u ovoj presudi Sud nije neposredno bavio obavezom procene uticaja na životnu sredinu, podnesci parničnih stranaka i upotrebljena argumentacija razlog su što se ovaj slučaj ne sme zaobići u analizi procene uticaja na životnu okolinu kao norme međunarodnog prava.

Konačno, period od trinaest godina koji je protekao od donošenja presude u slučaju Gabčikovo-Nagymaros do usvajanja presude u sporu između Argentine i Urugvaja u vezi sa izgradnjom pilana na reci Urugvaj, očigledno je presudno uticao na Sud i doprineo da u presudi iz 2010. godine Međunarodni sud pravde značajan prostor posveti upravo analizi obaveze procene uticaja na životnu okolinu u prekograničnom kontekstu.

Spor između Novog Zelanda i Francuske u vezi sa zahtevom za preispitivanje situacije u skladu sa stavom 63. presude od 1974. godine

Procena uticaja na životnu okolinu po prvi put je dobila značajniji prostor u sporu između Novog Zelanda i Francuske u vezi sa zahtevom Novog Zelanda da se preispita situacija koja je nastala povodom izjave za medije francuskog predsednika Žaka Širaka od 13. juna 1995. godine da će Francuska izvesti finalnu seriju od osam nuklearnih proba u Južnom Pacifiku. Novi Zeland je tvrdio da će najavljena aktivnost, ukoliko bude izvedena, uticati na presudu Suda od 20. decembra 1974. godine u vezi sa nuklearnim probama.

U svom zahtevu Novi Zeland je tvrdio da Francuska ima obavezu da sprovede procenu uticaja koji bi nuklearne probe u Južnom Pacifiku imale po životnu okolinu. Osnov za svoju tvrdnju nalazi ne samo u Konvenciji za zaštitu prirodne okoline Južnog Pacifika od 1986. godine (Noumea konvencija), već i u običajnom međunarodnom pravu.¹⁵ Iz zahteva jasno proizlazi da argumentacija Novog Zelanda počiva na shvatanju o proceni uticaja kao emanacije pravila da se država mora uzdržati od aktivnosti koje mogu izazvati štetu teritorijama drugih država ili oblastima izvan nacionalnih jurisdikcija. Novi Zeland, naime, tvrdi da je postupanje Francuske protivpravno jer može dovesti do unošenja radioaktivnog materijala u morsku sredinu, te da Francuska ima obavezu da, pre nego što izvrši

¹⁵ Request for an Examination of the Situation, Nuclear Test Case (New Zealand v. France), 21 August 1995, paras. 73-96, <http://www.icj-cij.org/docket/files/97/7187.pdf>, 13.08. 2014.

probe, pruži dokaze da one za rezultat neće imati unošenje takvog materijala u životnu okolinu.¹⁶ Francuska je bila drugačijeg mišljenja u vezi sa principom procene uticaja. Mada nije osporavala postojanje ove obaveze u Noumea konvenciji i običajnom međunarodnom pravu, insistirala je na tome da ona ostavlja značajnu slobodu državama u pogledu načina na koji će obaveza biti izvršena.¹⁷ Sud se u naredbi od 22. septembra 1995. godine nije ni dotakao obaveze da se proceni uticaj na životnu okolinu već je našao da zahtev treba odbaciti jer nije obuhvaćen odredbom stava 63. presude iz 1974. godine.¹⁸ Ipak, spor je od značaja za princip procene uticaja na životnu okolinu zbog pažnje koju su mu posvetile sudije Viramantri (Weeramantry) i Palmer (Palmer) u njihovim odvojenim mišljenjima.

Sudija Viramantri započinje osvrt na princip procene uticaja veoma jasnom ali i hrabrom tvrdnjom da, poput principa predostrožnosti, "ovaj princip dobija na snazi i međunarodnom prihvatanju, kao i da je dostigao nivo opšteg priznanja što je Sud trebalo da uzme u obzir".¹⁹ Iako će u svojim kasnijim mišljenjima detaljnije elaborirati ovaj princip, sudija Viramantri se 1995. godine ograničio na isticanje posebne uloge Međunarodnog suda pravde u zaštiti takozvanih zajedničkih dobara, potenciranje njegove veze sa principom predostrožnosti i, što je najznačajnije, kvalifikaciju principa procene uticaja kao norme običajnog međunarodnog prava. Mišljenje sudije ad hoc Palmera značajno je zbog ukazivanja na preliminarni karakter procene uticaja kao i na uslove koji aktiviraju obavezu procene uticaja. Naime, sudija Palmer u obavezi procene vidi samo obavezu da se, pre preduzimanja aktivnosti, utvrdi da li ona uključuje "neprihvatljiv rizik po okolinu".²⁰ Obaveza procene će, u kasnijim sporovima pred Sudom, biti proširena na obavezu naknadnog monitoringa i obuhvatiće ne samo preliminarnu već i kontinuiranu procenu uticaja izvesne aktivnosti na životnu okolinu. S druge strane, sudija Palmer govori o "neprihvatljivom riziku" što se može shvatiti kao rudimentarni oblik uslova da obavezi procene podležu samo aktivnosti koje mogu dovesti do nastanka značajne ili ozbiljne štete po okolinu. Mišljenje sudije Palmera se ipak razlikuje od odvojenog mišljenja sudije Viramantrija po tome što sudija Palmer u proceni uticaja vidi "samo sredstvo za uspostavljanje procedure za izvršenje međunarodnopravne obaveze"²¹ da se pre preduzimanja aktivnosti utvrdi

¹⁶ Ibidem, paras. 97–110.

¹⁷ CR 95/20, Verbatim Record, Public sitting held on Tuesday 12 September 1995, p. 57.

¹⁸ Spor u vezi sa zahtevom za preispitivanje situacije u skladu sa stavom 63. presude od 1974. godine (Novi Zeland protiv Francuske), Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests case, New Zealand v. France, Order of 22 September 1995, ICJ Reports 1995, para. 68.

¹⁹ Dissenting Opinion of Judge Weeramantry, p. 344.

²⁰ Dissenting Opinion of Judge ad hoc Palmer, p. 411.

²¹ Ibidem.

da li ona predstavlja rizik po okolinu. Do izražaja, dakle, dolazi procesni karakter obaveze što, po nekim autorima, dovodi u pitanje status principa procene uticaja kao norme međunarodnog običajnog prava.²²

Spor između Mađarske i Slovačke u vezi sa izgradnjom sistema brana na Dunavu (Gabčikovo-Nagymaros)

Iako su ga pojedini autori uzdizali kao prvi pravi ekološki spor ikada vođen pred Međunarodnim sudom pravde,²³ slučaj Gabčikovo-Nagymaros predstavlja još jedan u nizu slučajeva kod kojih su se pitanja ekološkog karaktera pojavila samo u svojstvu sporednih.²⁴ U poređenju sa upravo analiziranim naredbom Suda iz 1995. godine u sporu između Novog Zelanda i Francuske, obaveza procene uticaja na životnu okolinu ovde je razmatrana kako u mišljenjima pojedinih sudija tako i u samoj presudi. Razlika je u načinu na koji se to čini. Dok mišljenja to čine na eksplicitan i izuzetno napredan način, procena uticaja na životnu okolinu je u presudi iz 1997. godine sadržana implicitno i pomalo bojažljivo.

Argumentacija parničnih stranaka je obilovala pokušajima da se dokaže da je procena uticaja izvedena na pravilan i odgovarajući način, odnosno da to nije bio slučaj. Ona ukazuje na zaključak da same države ni u ovom sporu nisu u pitanje dovodile da li za njih postoji obaveza po međunarodnom pravu da se izvrši procena uticaja projekta na životnu okolinu. Stranke su imale oprečne stavove u vezi sa kvalitetom i obimom sprovedenih analiza, te pitanjem da li se može sma-

²² Gray, K., op. cit., pp. 94-95. Suprotan stav zastupa Ficmoris: Fitzmaurice, M., "The International Court of Justice and the environment", *Non-State Actors and International Law*, vol. 4, 2004, p. 190.

²³ Maljean-Dubois, S., "L'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice le 25 septembre 1997 en l'affaire relative au projet Gabčikovo-Nagymaros (Hongrie c./ Slovaquie)", *Annuaire français de droit international*, vol. 43, No. 1, 1997, p. 286.

²⁴ Spor je nastao u vezi sa izgradnjom sistema brana na Dunavu, zajedničkog projekta Mađarske i, u to vreme još uvek Čehoslovačke, regulisanog bilateralnim ugovorom od 16. septembra 1977. godine. Ugovorom je bila predviđena izgradnja dve serije brana, jedne uzvodno u Gabčikovu, na teritoriji Čehoslovačke, i druge nizvodno na teritoriji Mađarske (Nađmaroš). Ugovor je sadržao i odredbe koje su se ticale zaštite životne sredine, tačnije obaveze država ugovornica da preduzimaju odgovarajuće mere kako bi se obezbedio kvalitet vode, prirode i interesi u pogledu ribolova (članovi 15, 19. i 20. Ugovora od 1977. godine). 13. maja 1989. godine mađarska Vlada donela je odluku da suspenduje radove u Nađmarošu dok se ne okončaju različite studije u pogledu ekonomskog i ekološkog uticaja projekta. Čehoslovačka se usprotivila ovakvoj odluci Mađarske i dve države su započele pregovore kako bi se unele eventualne izmene u projekat. Sporazum nije postignut. U novembru 1991. godine, Čehoslovačka je započela izgradnju takozvanog "privremenog rešenja" – čuvene Varijante C, koja se sastojala u izgradnji nove brane na čehoslovačkoj teritoriji. Varijantu C Mađarska je kvalifikovala kao povredu Ugovora od 1977. godine i u noti od 19. maja 1992. godine obavestila Vladu Čehoslovačke da se više ne smatra vezanom Ugovorom iz 1977. godine. Do jeseni 1992. godine, rad na izgradnji Varijante C već je uveliko bio priveden kraju što je dovelo do skretanja 80-90 procenata vode Dunava u sporedni kanal Gabčikovo.

trati da je obaveza procene uticaja izvršena.²⁵ Iz presude je moguće izvući određene zaključke o stavu većine sudija prema obavezi procene uticaja na životnu okolinu i pored činjenice da se ova obaveza ne pominje eksplicitno. Naime, Sud je istakao da su novonastale norme ekološkog prava relevantne za primenu odredaba Ugovora iz 1977. godine kao i da ih države mogu uneti, putem sporazuma, kroz primenu članova 15, 19. i 20. Ugovora.

Naime, u trenutku kada je Ugovor zaključen 1977. godine, princip procene uticaja na životnu okolinu još uvek nije postojao kao norma međunarodnog ekološkog prava. Ipak, Sud je mišljenja da odredbe Ugovora treba tumačiti u skladu sa normama međunarodnog prava zaštite životne okoline koje su na snazi u trenutku primene Ugovora. Time je Sud potvrdio potrebu evolutivnog tumačenja odredaba međunarodnih ugovora kojima se štiti životna okolina, insistirajući na tome da “Ugovor nije statičan, te da je otvoren za prilagođavanje novim normama međunarodnog prava. Kroz članove 15. i 19, nove ekološke norme mogu biti inkorporisane u Zajednički plan (Joint Contractual Plan).”²⁶ Sud priznaje da su obaveze sadržane u članovima 15, 19. i 20. Ugovora iz 1977. godine suviše neprecizne i uopštene, ali ujedno insistira na potrebi da se transformišu u konkretne obaveze kroz proces pregovora i konsultovanja između država jer “njihova primena zahteva zajedničku volju da se u dobroj veri razmotre realni i potencijalni rizici po životnu okolinu.”²⁷ Upravo citirani stav presude naišao je na oprečna tumačenja u doktrini međunarodnog prava. Vodeći teoretičar u ovoj oblasti Filip Sands (Philippe Sands) smatra da je Sud u odredbama članova 15. i 19. Ugovora video i obavezu da se sprovede procena uticaja koje će projekat imati po životnu okolinu uprkos činjenici da se ona ne spominje eksplicitno kao i da nije postojala kao norma međunarodnog prava u vreme kada je Ugovor zaključen.²⁸

²⁵ Glavni argument Mađarske svodio se na to da odgovarajuća procena uticaja na životnu okolinu nikada nije izvršena. Mađarska je insistirala na alternativnim rešenjima koje izveštaj o proceni uticaja mora da sadrži i tvrdila da studije koje su izvršene pre 1989. godine “ne ispunjavaju minimalne standarde procene uticaja na životnu okolinu”. Counter-Reply of Hungary, Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia), I.C.J. March 4, 1997, p. 60. S druge strane, Slovačka je iznela stav da tvrdnje Mađarske o nedostacima sprovedenih studija o uticaju projekta na životnu okolinu predstavljaju samo način na koji Mađarska pokušava da opravda neizvršene ugovornih obaveza. U skladu sa tim Slovačka je tvrdila da su analize uticaja sprovedene na odgovarajući način kao i da su uzete u obzir sve potencijalne štetne posledice projekta. Counter-Reply of Slovakia, Case Concerning the Gabeikovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia), I.C.J. March 25, 1997, p. 37.

²⁶ Spor Gabčíkovo-Nagymaros (Mađarska protiv Slovačke), Gabčíkovo-Nagymaros Project, Hungary v. Slovakia, Judgment, ICJ Reports 1997, para. 112.

²⁷ Ibidem.

²⁸ Sands, P., Peel, J., op. cit., p. 619.

Nasuprot tome, Preis (Preiss) isti stav Suda tumači na način da države imaju obavezu da sprovedu procenu uticaja na životnu okolinu prilikom primene određenog ugovora isključivo ukoliko se to posebno zahteva ugovorom ili običajnom praksom u trenutku kada se ugovor zaključuje.²⁹ Time, smatra autorka, "koncept procene uticaja na životnu okolinu ostaje beznadežno vezan za konkretne dokumente umesto da se ustanovi da predstavlja međunarodni princip koji se zahteva nezavisno od odredaba datog ugovora".³⁰ Mišljenja smo da bi dva navedena stava trebalo pomiriti na sledeći način. Sud je nesporno u odredbama Ugovora iz 1977. godine video implicitno sadržanu obavezu procene uticaja na životnu okolinu, što bi moglo ukazati na zaključak da je ova obaveza u međuvremenu postala deo običajnog međunarodnog prava. Ipak, kako se radi o obavezi procesnog karaktera, postoji čitav niz elemenata o kojima države prethodno moraju postići sporazum i bez kojih je njena primena nezamisliva. Dakle, treba razlikovati pitanje statusa i pravne prirode obaveze procene uticaja u opštem međunarodnom pravu od pitanja njene sadržine, odnosno standarda koji moraju biti ispunjeni da bi se obaveza procene uticaja u konkretnom slučaju smatrala izvršenom.³¹ Dok se odgovor na prvo pitanje nazire u presudi Međunarodnog suda pravde u slučaju Gabčikovo-Nagymaros, drugo pitanje je samo delimično dobilo svoj odgovor. Radi se o konstataciji Suda da se obaveza procene uticaja mora vršiti na kontinuiranoj osnovi.³²

Kontinuirani karakter obaveze procene uticaja na životnu okolinu elaborira i sudija Viramantri u svom individualnom mišljenju. Pokušavajući da dalje rasvetli sadržinu i domašaj principa procene uticaja na životnu okolinu, sudija Viramantri ističe da "procena uticaja na životnu okolinu ne podrazumeva samo procenu pre nego što projekat počne, već i kontinuiranu procenu i evaluaciju sve dok projekat traje".³³ Sudija Viramantri, međutim, ide i korak dalje u određivanju sadržine obaveze procene uticaja na životnu okolinu. Smatra da ekološko pravo na svom aktuelnom stupnju razvoja podrazumeva da je obaveza procene uticaja na životnu okolinu sadržana u ugovorima koji mogu imati ozbiljne ekološke posledice, i to nezavisno od toga da li ugovor izričito predviđa ovu obavezu ili ne.³⁴

²⁹ Preiss, E., "The International Obligation to Conduct an Environmental Impact Assessment: The ICJ Case Concerning the Gabčikovo-Nagymaros Project"; *New York University Environmental Law Journal*, vol. 7, 1999, p. 309.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Slično mišljenje zastupa Mekintajer: McIntyre, O., "Case Law Analysis - Environmental Protection of International Rivers"; *Journal of Environmental Law*, vol. 10, No. 1, p. 90.

³² Gabčikovo-Nagymaros Project, Hungary v. Slovakia, Judgment, ICJ Reports 1997, para. 112.

³³ Separate Opinion of Vice-President Weeramantry, ICJ Reports 1997, p. 111.

³⁴ *Ibidem*, p. 112.

Proizlazi da sudija Viramantri kvalifikuje obavezu procene uticaja kao obavezu običajnog međunarodnog prava, ali i da obavezu procene uticaja dovodi u vezu sa značajnim posledicama po životnu okolinu. Time standard značajne štete shvata kao jedan od uslova za aktiviranje obaveze procene uticaja, mada i dalje ostaje nejasno šta se pod ovim standardom zapravo podrazumeva.

*Spor između Argentine i Urugvaja u vezi sa izgradnjom pilana na reci Urugvaj*³⁵

Sadržina obaveze procene uticaja na životnu okolinu detaljnije je analizirana u sporu u vezi sa izgradnjom pilana na reci Urugvaj. Umesto da, kao u prethodnim slučajevima, analiza ove obaveze više prostora dobije u mišljenjima sudija nego u zvaničnom stavu Suda, situacija je sada bila obrnuta. Većina sudija je smatrala da značajan deo obrazloženja treba posvetiti upravo razmatranju procene uticaja na životnu okolinu.

I ovoga puta spor se svodio na pitanje da li je obaveza procene izvršena a ne da li su države u sporu uopšte imale obavezu da sprovedu procenu uticaja na životnu okolinu.³⁶ Urugvaj je tvrdio da nije imao obavezu da izveštaj o proceni uticaja dostavi Argentini pre nego što izda inicijalnu dozvolu kompanijama koje učestvuju u projektu, a iz razloga što su te dozvole usvojene na osnovu njegovog nacionalnog zakonodavstva u vezi sa procedurom procene uticaja.³⁷ S druge strane, Argentina je tvrdila da inicijalne dozvole nisu smele biti izdate kompanijama pre nego što se njoj dostave kompletni izveštaji o proceni uticaja, kao i da su joj uskraćena prava iz članova 7-11. Statuta od 1975. godine.³⁸ Sud je zaključio da "procene uticaja na životnu okolinu, koje moraju biti sprovedene kako bi se do-

³⁵ Argentina je pokrenula postupak pred Međunarodnim sudom pravde protiv Urugvaja 2006. godine pozivajući se na povredu obaveza predviđenih Statutom reke Urugvaj od 1975. godine, bilateralnog ugovora zaključenog između država u sporu. Povreda se vezuje za davanje saglasnosti, od strane Urugvaja, na izgradnju, sam tok izgradnje i kasnije funkcionisanje dve pilane na reci Urugvaj, kao i posledice koje bi navedene aktivnosti imale po rečnu sredinu. Države su oformile Administrativnu komisiju za reku Urugvaj (tzv. CARU), u kojoj su obe ravnopravno zastupljene, i koja ima nadležnost u vezi sa nadzorom nad primenom Statuta kao i očuvanjem prirodnih resursa i zaštitom od zagađenja. Konkretno, spor se tiče povrede pojedinih odredaba Statuta iz 1975. godine kojima se ustanovljavaju obaveze proceduralnog karaktera poput obaveze obaveštavanja o projektima koji se u okruženju reke planiraju. Za detalje u vezi sa činjenicama ovog spora v. Vernet, P.M., "Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)", in R. Wolfrum (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008, online edition, [www.mpepil.com], 17. oktobar 2009. godine.

³⁶ Spor između Argentine i Urugvaja u vezi sa izgradnjom pilana na reci Urugvaj, *Case concerning Pulp Mills on the River Uruguay, Argentina v. Uruguay, Judgment of April 20 2010*, ICJ Reports 2010, para. 116.

³⁷ Ibidem, para. 117.

³⁸ Ibidem, para. 118.

nela odluka o bilo kakvom planu koji može prouzrokovati značajnu prekograničnu štetu drugoj državi, moraju biti dostavljeni drugoj strani, kroz CARU, u skladu sa članom 7, stavovima 2. i 3. Statuta od 1975. godine”.³⁹ Obaveštavanje druge strane ima za cilj da joj omogući da učestvuje u samom procesu procene, bez čega se procena uticaja neće smatrati kompletnom. Prema stavu Suda, obaveštavanje se mora izvršiti pre nego što država u pitanju donese bilo kakvu odluku o samom planu.⁴⁰

Osim toga, doprinos presude u slučaju Pulp Mills ogleda se i u raspravi o sadržini obaveze procene uticaja u prekograničnom kontekstu. Argentina je tvrdila da su odluke Urugvaja zasnovane na nezadovoljavajućim procenama, prevažno zbog toga što Urugvaj nije u obzir uzeo sve potencijalne uticaje koje bi pilana imala po okolinu.

U tom smislu, Argentina se poziva na odredbe Espoo konvencije i UNEP-ova načela iz 1987. godine.⁴¹ Urugvaj, iako se slaže da međunarodno pravo zahteva sprovođenje procene uticaja pilane Orion na okolinu, stoji na stanovištu da se međunarodnim pravom ne precizira konkretna sadržina ove obaveze. Urugvaj potencira okolnost da se ne radi o zajedničkom projektu dve ili više država, već o projektu koji se izvodi na teritoriji samo jedne države, te da je procedura procene nacionalnog a ne međunarodnog karaktera. Urugvaj dalje navodi da međunarodno pravo jedino zahteva da se sprovede procena potencijalnih štetnih prekograničnih efekata određenog projekta na ljude, imovinu i životnu okolinu drugih država, a da obaveza ne obuhvata procenu “dalekih ili rizika koji se svode na prosto nagađanje.”⁴²

U vezi sa ovim navodima stranaka Sud je najpre istakao da sadržina i domašaj obaveze procene uticaja na životnu okolinu nije određena ni Statutom reke Urugvaj od 1975. godine niti opštim međunarodnim pravom. Štaviše, Sud nije u tom kontekstu značaj pridao ni Espoo konvenciji i UNEP principima o prekograničnoj proceni uticaja, navodeći da se radi o aktu koji ne obavezuje države u sporu (Argentina i Urugvaj nisu ugovornice Espoo konvencije) odnosno da je u pitanju akt koji nema obavezujući karakter (UNEP principi). Sud zaključuje da “svaka

³⁹ Ibidem, para. 119.

⁴⁰ Ibidem, para. 120. Sud je zaključio da je Urugvaj povredio relevantne odredbe Statuta iz 1975. godine jer je, pre obaveštavanja Argentine, izdao dozvole za izgradnju pilana. Time je Urugvaj dao prednost svom nacionalnom zakonodavstvu u odnosu na obaveze koje ima u skladu sa Statutom iz 1975. godine, čime je prekršio opšteprihvaćeno pravilo međunarodnog prava da se država ne može pozvati na svoje unutrašnje pravo kako bi opravdala neizvršenje međunarodnih obaveza. Ibidem, para. 121.

⁴¹ Goals and Principles of Environmental Impact Assessment of the United Nations Environment Programme (UNEP/WG.152/4 Annex (1987), document adopted by UNEP Governing Council at its 14th Session (Dec. 14/25 (1987)).

⁴² Ibidem, para. 203.

država treba, svojim unutrašnjim pravom ili u postupku autorizacije projekta, da utvrdi specifičnu sadržinu procene uticaja na životnu okolinu u svakom konkretnom slučaju, imajući u vidu prirodu i opseg predložene aktivnosti i njenih mogućih štetnih posledica po okolinu kao i potrebu da se postupa sa dužnom pažnjom prilikom sprovođenja te procene.” Sud je zatim potvrdio da se procena uticaja mora izvršiti pre implementacije projekta, ali i praktično preuzeo reči sudije Vi-ramantrija iz njegovog mišljenja u slučaju Gabčíkovo-Nagymaros, da se procena mora vršiti sve dok projekat traje, uz jedan dodatak koji se može shvatiti i kao korak unazad – naime Sud u ovoj presudi kontinuirani monitoring vidi kao element procene uticaja samo “ukoliko je to nužno”.⁴³

Konačno, Sud je u ovoj presudi po prvi put izričito zauzeo stav da je procena uticaja na životnu okolinu deo ustaljene prakse država i da se može smatrati obavezom po opštem međunarodnom pravu. Sud doduše ograničava svoju konstataciju na slučajeve industrijskih aktivnosti koje mogu imati značajne štetne posledice u prekograničnom kontekstu, naročito kada su u pitanju zajednička dobra.⁴⁴ Uputno je stoga zapitati se da li je namera Suda bila da običajni karakter norme o proceni uticaja ograniči na industrijske aktivnosti koje mogu prouzrokovati značajnu štetu izvan granica date države, ili su ove odrednice unete zbog prostog ukazivanja na okolnosti konkretnog slučaja. Ispravnija je druga varijanta jer se, u protivnom, obaveza procene uticaja ne bi odnosila na aktivnosti koje nisu u vezi sa industrijom, aktivnosti koje imaju štetne posledice koje se ne mogu smatrati značajnim, ali ni na aktivnosti koje bi imale štetne posledice po delove životne okoline koji se ne mogu kvalifikovati kao zajednička dobra.

Uostalom, sam Sud smatra da dužna pažnja i obaveza sprečavanja prekogranične štete ne bi bile izvršene “ukoliko država koja planira određenu aktivnost koja može imati štetne posledice po režim reke i kvalitet vode ne izvrši procenu potencijalnih uticaja predloženih radova na okolinu”.⁴⁵

ZAKLJUČAK

Iz prikazane prakse Međunarodnog suda pravde moguće je izvesti nekoliko zaključaka u vezi sa principom prekogranične procene uticaja na životnu okolinu.

Princip procene uticaja predstavlja normu običajnog međunarodnog prava. U stručnoj literaturi postoji jedinstven stav da izjašnjavanje Suda o običajnom karakteru ove norme predstavlja njegov najvažniji doprinos ne samo pravilima o

⁴³ “Once operations have started and, where necessary, throughout the life of the project, continuous monitoring of its effects on the environment shall be undertaken.” Ibidem, para. 205.

⁴⁴ Ibidem, para. 204.

⁴⁵ Ibidem.

proceni uticaja u prekograničnom kontekstu već i samom međunarodnom pravu zaštite životne okoline.⁴⁶

Ipak, značaj kvalifikovanja obaveze procene kao norme međunarodnog prava umanjuje okolnost da praksa Suda nije ustanovila na dovoljno jasan način ni koji su uslovi za aktiviranje ove obaveze niti koje uslove postupak procene mora ispunjavati kako bi se smatralo da je država izvršila obavezu procene uticaja na životnu okolinu.

U pogledu uslova pod kojima se obaveza procene uticaja aktivira, iz prakse Suda proizlazi da se mora raditi o prekograničnom karakteru potencijalne štete i da će od značaja biti "priroda i opseg predložene aktivnosti".⁴⁷ Ostaje, međutim, nejasno koji stepen rizika od nastanka značajne prekogranične štete mora postojati u konkretnom slučaju. Postojeće formulacije principa procene uticaja koriste izraz "aktivnosti koje mogu imati značajne štetne posledice po okolinu",⁴⁸ iz čega proizlazi da standard predvidljivosti mora biti ispunjen pre nego što uopšte nastane obaveza procene uticaja na okolinu. Kako je razlog za sprovođenje procene uticaja na životnu okolinu da se vidi da li postoji rizik da šteta nastane, nije jasno na koji način treba standard predvidljivosti tumačiti u kontekstu obaveze procene uticaja kao norme običajnog međunarodnog prava, pogotovo ako se u obzir uzmu brojni međunarodni ugovori u kojima obaveza nastaje tek u slučaju da je poznato da je šteta moguća ili pak da će nastati.⁴⁹

Kada su u pitanju uslovi koji moraju biti ispunjeni da bi se obaveza procene uticaja smatrala izvršenom, iz prakse Suda se može izvesti zaključak da postupak procene mora prethoditi preduzimanju aktivnosti, tj. da procena uticaja ima preliminarni karakter. Država porekla mora izveštaje o sprovedenoj proceni na nacionalnom nivou dostaviti državi na čijoj teritoriji se štetni uticaju mogu osetiti pre nego što izda bilo kakvu dozvolu za početak projekta. Nespornim se čini i insistiranje Suda na kontinuiranom karakteru obaveze procene uticaja, uz napomenu da je u slučaju Pulp Mills Sud ovaj aspekt obaveze učinio zavisnim od procene same države. To bi se donekle moglo objasniti načelnim stavom Suda da se sadržina obaveze procene uticaja utvrđuje nacionalnim pravom države u zavisno-

⁴⁶ Sands, P., Peel, J., op.cit., p. 621. Birnie, P., Boyle, A., Redgwell, C., *International Law and the Environment*, Oxford University Press, 2009, p. 171. Kong, L., op. cit., p. 652. Marsden, S., "Regulatory Reform of Australia's Offshore Oil and Gas Sector after the Montara Commission of Inquiry: What about Transboundary Environmental Impact Assessment?", *Flinders Law Journal*, vol. 15, 2013, p. 52. Gray, K., "Transboundary Environmental Disputes along the Canada-US Frontier: Revisiting the Efficacy of Applying the Rules of State Responsibility", *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 43, 2005, pp. 349–350.

⁴⁷ Case concerning Pulp Mills on the River Uruguay, Argentina v. Uruguay, Judgment of April 20 2010, ICJ Reports 2010, para. 205.

⁴⁸ Princip broj 17 Rio deklaracije.

⁴⁹ Birnie, P., Boyle, A., Redgwell, C., op. cit., p. 171.

sti od okolnosti konkretnog slučaja. Oslanjanje Suda na unutrašnje pravo država posledica je specifične prirode međunarodnog ekološkog prava i činjenice da su uslovi za izvršenje obaveze procene uticaja sadržani u multilateralnim međunarodnim ugovorima koji usvajaju sektorski princip u regulisanju zaštite životne okoline, ali i dokumentima mekog prava bez pravne obaveznosti. Time se dovodi u pitanje univerzalnost obaveze procene uticaja na životnu okolinu i umanjuje značaj njene kvalifikacije kao norme običajnog međunarodnog prava.

BOJANA ČUČKOVIĆ, LL.D.,
Assistant Professor, Faculty of Law, University of Belgrade

ENVIRONMENTAL IMPACT ASSESSMENT IN THE JURISPRUDENCE
OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

Summary

The aim of this article is to analyze the contribution of the principal judicial organ of the United Nations to the development of the rules of international environmental law regarding environmental impact assessment. After outlining main features of the rule on transboundary environmental impact assessment and accordingly identifying a number of obstacles that have occurred in the course of its implementation, the paper is trying to locate the answers to these questions in the relevant case-law of the International Court of Justice. Even though the Court's jurisprudence may be praised for its recognition of an obligation under customary international law to carry out a prior environmental assessment, it still faces serious criticism for having missed the opportunity to clarify what minimum requirements of such an assessment should be. The Court chooses not to provide for clear standards in applying the rule and instead leaves it for each State to determine in its domestic law the specific content of the environmental impact assessment, having regard to the need to exercise due diligence in conducting it.

ZORAN RADIVOJEVIĆ

NAČELO SAVESNOSTI I POŠTOVANJE MEĐUNARODNIH UGOVORA

U V O D

Unutrašnje i međunarodno pravo ne predstavljaju dva potpuno odvojena i autonomna pravna sistema, bez obzira na brojne razlike koje između njih postoje. Poznato je da određeni broj današnjih ustanova međunarodnog prava vodi poreklo iz unutrašnjih pravnih poredaka. U doba kada međunarodno pravo nije još predstavljalo oformljenu pravni oblast pojedina načela iz unutrašnjeg materijalnog i procesnog prava primenjivala su se po analogiji u međudržavnim odnosima. Dugotrajnom primenom koja je odgovarala potrebama i interesima država stvarala se svest o pravnoj obaveznosti tih načela, što je kasnije omogućilo njihovo prerastanje u međunarodna običajna i ugovorna pravila ili su se, pak, ona i dalje primenjivala kao opšta pravna načela priznata od strane civilizovanih nacija. Takav razvojni put imala su načela savesnosti i poštovanja međunarodnih ugovora.

NAČELO SAVESNOSTI U MEĐUNARODNOM PRAVU

Istorijski posmatrano, zahtev za savesnim postupanjem pojavljuje se na međunarodnoj sceni najpre u diplomatskom opštenju, pri čemu se u savesnosti dru-

Dr Zoran Radivojević, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu. Rad je pripremljen u okviru projekta "Politički identitet Srbije u regionalnom i globalnom kontenstu" br. 179079 koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

gog političkog partnera video neophodan uslov za početak ili uspešno vođenje pregovora, a u njenom odsustvu zlonameran i neiskren stav prema započetom postupku pregovaranja. Ubrzo će pojam savesnosti (*bona fides*) prestati da bude stilska figura kojoj pribegavaju jezički vešte diplomate i iz političke sfere biti prenet na pravno područje života međunarodne zajednice¹. Klauzula o savesnom ispunjavanju obaveza bila je prvobitno sadržana u završnim odredbama ugovora o miru, trgovini i plovidbi. Krajem XIX i početkom XX veka savesnost dobija značajnu ulogu u postupcima pred međunarodnim arbitražama kao neophodan element podvrgavanja strana u sporu donetoj arbitražnoj presudi², a sa stvaranjem Organizacije ujedinjenih nacija postaće sastavni deo načela savesnog ispunjavanja međunarodnih obaveza, saglasno stavu 2 čl.2 Povelje³.

Međutim, unošenjem načela *bona fides* u ustavni akt savremene međunarodne zajednice nedoumice oko njegove sadržine nisu rešene. Činjenica da je u Povelji UN izostala definicija pojma savesnosti dovela je do brojnih, neretko kontradiktornih tumačenja od strane država članica⁴. U isto vreme, pod okriljem Ujedinjenin nacija usvojen je veći broj rezolucija u cilju bliže razrade načela savesnosti. Najvažniju kariku u tim naporima predstavlja Deklaracija načela međunarodnog prava o prijateljskim odnosima i saradnji država od 1970. godine, koja je načelo savesnog ispunjavanja obaveza preuzetih u skladu sa Poveljom uvrstila među osnovne principe miroljubive koegzistencije.

Prateći evoluciju pojma savesnosti na međunarodnom planu, mogu se uočiti dva stalno prisutna problema. Najpre, radi se o pitanju opravdanosti analognog prenošenja načela savesnosti iz unutrašnjeg (prvenstveno građanskog) prava u međunarodno pravo, a zatim o oceni njegovog karaktera (pravnog ili moralnog) sa stanovišta pozitivnog prava. Iako poreklo načela savesnosti treba tražiti u rimskim pojmovima "*fides*" i "*bona fides*", moderna nacionalna zakonodavstva koja su ih recipirala slede uglavnom dve osnovne linije razvoja: evropsko-kontinentalnu i anglosaksonska. Na kontinentu, koncept "*bona fides*" prilagođen je potrebama

¹ Više o tome: Z. Radivojević, Načelo savesnosti i zloupotreba prava u međunarodnom javnom pravu, Zloupotreba prava – zbornik radova, Pravni fakultet, Niš, 1996, str. 279-282.

² Čl. 37 Haške konvencije o mirnom rešavanju spoprova od 1907. godine predviđa: "Pribegavanje arbitraži podrazumeva obavezu savesnog izvršenja presude". Slična odredba uneta je u stav 4 čl.13 Pakta Društva naroda, dok čl. 94 Povelje UN i čl.59 Statuta Međunarodnog suda pravde ne sadrže takvu klauzulu.

³ Videti: M. Marković, Savesno ispunjavanje obaveza preuzetih u skladu sa Poveljom, Kodifikacija principa aktivne i miroljubive koegzistencije, Insitut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd, 1969, str. 368.

⁴ Bliže o tome: B. Janković, Z. Radivojević, Međunarodno javno pravo, Punta, Niš, 2014, str. 1276-177.

razvijenog robno-novčanog prometa i igra značajnu ulogu u građanskom pravu. Ostavljajući po strani razlike u detaljima, savesnost u pravno-tehničkom smislu predstavlja pravni standard, odnosno blanketnu normu čija sadržina nije unapred data, već je zadatak sudije da, vodeći računa o okolnostima svakog konkretnog slučaja, nađe materijalnu supstancu ovog standarda u građanskopravnim odnosima⁵. Nasuprot tome, sistem common law-a sa strogim i krutim običajnim pravilima ostavlja veoma malo prostora za istraživanje namere učesnika u prometu. U anglosaksonskom pravu savesnost (*good faith*) vrši svoju funkciju ne neposredno, kao opšta dužnost učesnika u prometu, već preko drugih ustanova (na primer, koncept "*equity*" u oblasti ugovornog prava⁶ ili "*estoppel*" na terenu procesnog prava⁷) čiji je ona konstitutivni elemenat.

Navedene razlike u unutrašnjim zakonodavstvima nisu mogle da ostanu bez odjeka u domenu teorije međunarodnog prava. Polazeći od svog koncepta savesnosti, neki autori su skloni da se suprotstave samoj ideji savesnosti u međunarodnim odnosima bojeći se da će njena psihološka, moralna i različita internopravna osnova isključiti svaku mogućnost objektivne procene i samim tim onemogućiti izgradnju međunarodnog standarda "dobre vere"⁸. Daleko su brojniji oni pisci koji pokušavaju da odrede najopštija značenja svojstvena pojmu savesnosti u pravnim odnosima i da ispitaju da li tako shvaćenoj savesnosti ima mesta na polju međunarodnog prava. Po njihovom mišljenju, savesnost najpre predstavlja kriterijum tumačenja i ocene pravnih situacija. U ovom značenju savesnost se suprotstavlja svakom krutom formalizmu, apstraktnosti pravnih normi i izolovanosti pravnog sistema od životne stvarnosti. Drugo osnovno značenje načela savesnosti podrazumeva duh poštenja, čestitosti, iskrenosti i uzajamnih obzira koji prethodi stvaranju i prati sprovođenje u život svakog pravnog akta. Atmosfera postupanja u dobroj veri isključuje prevaru, lukavstva, malicioznu nameru i uzima u obzir poverenje pravnih subjekata u postojanje određenog prava ili valjanost izvesne pravne situacije⁹.

U doktrini postoji shvatanje po kome je načelo savesnosti shvaćeno u smislu prepreke svakom pravnom formalizmu nepotrebno u međunarodnom pravu koje je u osnovi voluntarističko, a ne formalističko. Po tom shvatanju, upotreba

⁵ D. Stojanović, *Savesnost i poštenje u prometu*, Savremena administracija, Beograd, 1973, str. 8.

⁶ R. Powel, *Good Faith in Contracts*, Current Legal Problems, 1956, p. 25.

⁷ S. Đajić, *Napomene o estopelu u međunarodnom pravu*, Anali pravnog fakulteta u Beogradu, 2009, br. 1, str. 149.

⁸ U ovom smislu sudija Židel u svom izdvojenom mišljenju uz presudu u sporu o pravnom položaju Grenlanda: Court Permanent de Justice Internationale (dalje CPJI), 1932, Série C, No 66, p. 3218.

⁹ J. Basdevant, *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, paris, 1960, p. 91.

pojma savesnosti u oceni pravnih situacija lišena je svake pravne korisnosti kako za državu, tako i za međunarodne arbitre ili sudije, jer se veoma lako može zamisliti nepreciznim pojmovima pravde i pravičnosti. Izgleda, međutim, da se ovde pre radi o strahu od preširoke upotrebe načela savesnosti¹⁰, nego o uverenosti u nemogućnost njegove primene kao kriterijuma za tumačenje pravnih situacija u međunarodnom pravu. Izvršavanje obaveza u dobroj veri predstavlja u krajnjoj liniji neophodan međunarodni standard, budući da se subjekti prilikom sprovođenja u život odredaba međunarodnog akta ne mogu držati jedino doslovnog značenja upotrebljenih izraza. Konkretno manifestacije postupanja u dobroj veri ne mogu se, pak, znati unapred, pošto je reč o pravnom standardu. Načelo savesnosti predstavlja samo rukovodni princip, ideju vodilju koja stvara okvirne dužnosti čija sadržina postaje izvesna u svakom pojedinačnom slučaju.

Shvaćeno u drugom smislu, kao duh čestitosti, poštenja i vernosti, načelo savesnosti je u osnovi subjektivna kategorija. Za pojedine pisce u ovom slučaju glavni problem prilikom primene savesnosti na međunarodnom planu predstavlja nemogućnost pripisivanja psiholoških osobina čoveka državama i međunarodnim organizacijama¹¹ koje su danas osnovni i nesporni subjekti međunarodnog prava. Iako se psihološko i subjektivno poreklo izloženog značenja načela savesnosti ne može osporiti, treba imati na umu da se i u okviru unutrašnjeg prava princip savesnosti i poštenja oslanja na objektivna merila. Pored toga, savesnost kao moralna kategorija igra značajnu ulogu u međunarodnim odnosima, jer bi odsustvo poštenja, iskrenosti, lojalnosti i uzajmanog poverenja u tim odnosima vodilo potpunoj eliminaciji etike iz oblasti međunarodnog prava.

Na ovom mestu dolazi se do drugog suštinskog pitanja na koje treba dati odgovor: da li je načelo savesnosti na sadašnjem stepenu razvoja međunarodnog prava moralna ili pravna kategorija? Nesumnjivo je da se poreklo savesnosti nalazi u domenu morala i da dobra vera predstavlja značajnu kariku u procesu uzajamnog prožimanja prava i morala. Preko nje se ostvaruje moralizacija života međunarodne zajednice u ujedno osvetljava njegov etički aspekt. Međutim, u praksi Međunarodnog suda pravde može se, bar implicitno, uočiti tendencija da se savesnost shvati i kao pravna kategorija. U sporu oko nuklearnih proba Sud se istina nije izričito izjasnio u prilog pravne prirode načela savesnosti, već takav stav projevava iz duha donete presude o osnovu obaveznosti jednostranih pravnih akata u međunarodnom pravu¹².

¹⁰ A. Verdross, *Les principes généraux de droit dans la jurisprudence internationale*, Recueil des cours, La haye, tome 52, 1935, p. 243; J. Cot, *La bonne foi en droit international public positif*, Cours IHEI, Paris, 1968-69, p. 21.

¹¹ L. Cavaré, *Le droit international public positif*, Tome I, Paris, 1967, p. 486.

¹² Court Internationale de Justice (dalje: CIJ) Recueil, 1974, pp. 268-270. Međutim, u presudi o kontinentalnom šelfu u Savernom moru koju je doneo nekoliko godina ranije Međunarodni

Iako *de lege lata* moralno zasnovano, načelo savesnosti će sa jačanjem međunarodnog prava trpeti sve veći i značajniji pravni uticaj. Meru tog uticaja određivaće ne apstraktna moralizacija pravnog života međunarodne zajednice niti krajnje neodređen ideal pravičnog prava, nego realne potrebe za stabilnošću korisne i neophodne međunarodne saradnje. Za razliku od opšteg pojma savesnosti u međunarodnom pravu, o čijoj se pravnoj prirodi može raspravljati, nedoumice oko moralnog ili pravnog karaktera ne postoje u pogledu načela savesnog izvršavanja međunarodnih obaveza. Dužnost postupanja *bona fides* prilikom ispunjavanja obaveza preuzetih u skladu sa Poveljom UN predstavlja danas, bez ikakve sumnje, princip pravnog karaktera.

SAVESNOST KAO ELEMENAT NAČELA POŠTOVANJA MEĐUNARODNIH UGOVORA

Shvaćena kao standard u ponašanju, savesnost se primenjuje na sveukupnost međunarodnih odnosa koji su predmet regulisanja međunarodnog prava. Ugovorni odnosi kao segment tih odnosa ulaze svakako u sferu primene načela savesnosti. Postupanje u dobroj veri daje odlučujući pečat svim etapama u razvoju određenog ugovornog odnosa, počevši od njegovog zasnivanja, preko izvršenja međunarodnih ugovora, pa sve do prestanka dejstva ugovora.

Osnovne determinante odnosa savesnosti i načela poštovanja ugovora date su u komentaru Komisije UN za međunarodno pravo uz član 23 Nacrta članova o ugovornom pravu iz 1966. godine. U tom tekstu se kaže da “načelo savesnosti čini sastavni deo načela *pacta sunt servanada*, ali se istovremeno primenjuje na sve međunarodne odnose, s tim da dobija poseban značaj u ugovornom pravu”¹³. Uključenje pojma savesnosti u načelo poštovanja ugovora nikako ne znači da se područje primene ovog kompleksnog pojma iscrpljuje u procesu izvršavanja ugovornih obaveza. Namera Komisije u ovom komentaru bila je jedino da se istakne njihova povezanost prilikom primene međunarodnih ugovora, pošto pojam savesnosti jednu od svojih najbitnijih funkcija nalazi upravo u vezi sa načelom poštovanja međunarodnih ugovora.

S druge strane, uprkos tesnoj povezanosti, savesnost i načelo *pacta sunt servanada* ne mogu se poistovećivati. Značaj savesnosti u pravu međunarodnih ugovora daleko prevazilazi okvire poštovanja ugovora. Kao što je istakla Komisija, radi se o pojmu čija je uloga fundamentalna u oblasti ugovornog prava. Savesnost

sud pravde je ocenio da “savesnost nema neposredno pravno dejstvo i samim tim nije pravni princip”; Ibid., Recueil, 1969, p. 46.

¹³ Doc. A/6309/Rev. 1; rapport de la Commission du Droit International (dalje CDI) à l'Assemblée générale, Annuaire de la CDI, 1966, Vol. II, p. 229.

je prisutna u svim fazama pravnog života jednog ugovornog instrumenta, mada konkretan sadržaj savesnosti nije istovetan u svakoj fazi. Ponekad ona obavezuje strane ugovornice na propuštanje, odnosno na uzdržavanje od radnji koje su joj inkompatibilne. Drugi put se njen sadržaj ispoljava kroz skup pozitivnih akta. Izražajni oblici savesnosti variraju od subjektivnih kvaliteta otvorenosti, uzajamnog poverenja i vernosti datoj reči, pa sve do objektivnih postupaka kako u fazama koje prethode stupanju na snagu ugovora, tako i samom postupku ispunjenja ugovornih obaveza.

Načelo savesnosti igra značajnu ulogu tokom pregovora za zaključenje ugovora (kada se izrađuje tekst budućeg ugovora), kao i u razdoblju između potpisivanja i stupanja na snagu ugovora (pod pretpostavkom da ugovor ne stupa na snagu samim potpisivanjem). Uzajamne obaveze budućih strana ugovornica u ovim fazama procesa zaključenja ugovora, s obzirom na odsustvo njihovog ugovornog pravnog osnova, počivaju u značajnoj meri upravo na načelu savesnosti¹⁴. Iako Bečke konvencije iz oblasti ugovornog prava od 1969. i 1986. godine izričito ne uslovljavaju valjanost zaključenja ugovora postupanjem *bona fides*, njihove odredbe više ili manje posredno sankcionišu odsustvo savesnosti, povlačeći razliku između faze pregovora i vremenskog perioda kada je tekst nesumnjiv u pogledu sadržine (tekst ugovora je potpisan, ali nije još stupio na snagu).

U toku pregovora za učesnike ne postoji pravna obaveza na zaključenje ugovora. Postupajući saglasno principu slobode ugovaranja (autonomiji volje), oni su ipak dužni da pregovore vode u atmosferi uzajamnog poverenja, uz minimalne obzire prema drugim učesnicima. Granica slobode ponašanja pregovarača određena je načelom savesnosti, ali u njegovom negativnom vidu, tj. kroz zabranu nesavesnog (*mala fides*) postupanja. Prekoračenje ove zabrane povlači sankciju ništavosti ugovora u dva slučaja. Prema čl. 49 Bečkih konvencija “ako je jedna država ili međunarodna organizacija navedena na zaključenje ugovora prevarnim ponašanjem druge države ili međunarodne organizacije koja je učestvovala u pregovorima, ona se može pozvati na prevaru radi poništenja svog pristanka na obavezivanje ugovorom”. S druge strane, saglasno odredbi čl. 50 istih Konvencija “ako je pristanak jedne države ili međunarodne organizacije na obavezivanje ugovorom postignut podmićivanjem njenog predstavnika neposredno ili posredno radnjom druge države ili međunarodne organizacije koja je učestvovala u pregovorima, ona se može pozvati na to podmićivanje radi poništenja svog pristanka na obavezivanje”¹⁵.

¹⁴ J. Cot, La bonne foi et le conclusion des traités, Revue belge de droit international, No 1, 1968, p. 141.

¹⁵ Treba primetiti da je Komisija za međunarodno pravo pokušala da bliže definiše savesnost u toku pregovora i to u alineji a) čl. 5 Nacrta koja glasi: “Država je obavezna da se uzdrži od

Uspešnim okončanjem pregovora i činom potpisivanja tekst ugovora postaje izvestan u pogledu sadržine. Intenzitet i granice obaveze savesnog postupanja strana potpisnica neposredni su odraz funkcije koja je data potpisu. Ukoliko je, naime, ugovor stupio na snagu samim aktom potpisivanja počinje da deluje pravilo *pacta sunt servanda*, a obaveza savesnog postupanja uklopljena je kao sastavni deo ovog pravila. Na ovom mestu, međutim, predmet interesovanja je druga situacije kada su učesnici u pregovorima potpisali ugovor samo u svrhu autentifikacije i uslovili njegovo stupanje na snagu drugim načinima izražavanja konačnog pristanka na obavezivanje (najčešće ratifikacijom). Mada u tom vremenskom razdoblju ugovor ne proizvodi svoje normalno dejstvo, budući da još nije stupio na snagu, strana koja je stavila potpis ne može potpuno ignorisati faktičko postojanje ugovora, odnosno ponašati se kao da ga nema. Iz faktičkog stanja za nju proizilazi obaveza savesnog postupanja čija je sadržina određena čl.18 Bečkih konvencija: "Država ili međunarodna organizacija se mora uzdržati od akata koji bi uništili predmet i cilj ugovora: a) kada je potpisala ugovor ili razmenila instrumente koji sačinjavaju ugovor pod rezervom ratifikacije, prihvatanja, odobravanja sve dotle dok nije jasno ispoljila nameru da ne postane strana tog ugovora; ili b) kada je izrazila svoj pristanak da bude vezana ugovorom u periodu koji prethodi stupanju na snagu ugovora i pod uslovom da to stupanje na snagu nije neopravdano odloženo"¹⁶.

Momentom stupanja na snagu ugovor pravno obavezuje strane ugovornice i one ga prema čl.26 Bečkih konvencija moraju savesno izvršavati. Savesnost u postupku izvršenja treba, kao što je Komisija za međunarodno pravo istakla u svom komentaru, shvatiti prvenstveno kao prepreku svakom formalizmu u primeni odredaba ugovora: "Savesnost na jedan opšti način znači da se obaveza iz međunarodnog ugovora ne može izigrati doslednom (bukvalnom, prim Z.R.) primenom njegovih odredaba". Ona, dakle, mora da animira strane ugovornice ka ostvarenju cilja sklopljenog ugovora u duhu njegovih odredaba.

Eventualne nepreciznosti u izražavanju i višeznačnosti upotrebljenjih izraza ne treba da pruže priliku destruktivno nastrojenoj strani da izigra cilj ugovora.

akata upravljenih na uništenje predmeta ugovora kada je prihvatila da stupi u pregovore u cilju zaključenja ugovora sve dok ti pregovori traju"; Doc. A/6309/Rev. 1, Annuaire de la CDI, 1966, Vol. II, p. 220.

¹⁶ U odnosu na predlog učinjene u toku rada Komisije ovo rešenje je izuzetno oprezno, Specijalni izvestilac Lauterpacht bio je mnogo određeniji kada je u svom prvom izveštaju predvideo: "Potpis ili drugo sredstvo ugovaranja obaveze pod rezervom kasnije potvrde nema za posledicu obavezivanje ugovornih strana, već povlači obavezu koja se mora izvršiti savesno: a) da podnesu instrument ustavom ovlašćenim organima radi pručavanja u cilju njegove ratifikacije ili odbacivanja; b) da se uzdrže pre ratifikacije od svakog akta koji bi suštinski imao za cilj da dovede u pitanje vrednost obaveze u obliku u kome ja potpisana"; Doc. A/CN.4/63, p. 64.

Naime, pod izgovorom bezrezervne odanosti ugovoru ta strana ugovornica može nastojati da izbegne ugovorne obaveze, preobraćajući smisao ugovornih odredaba u vlastitu korist. Po slovu ugovora, takvo ponašanje bilo bi saglasno načelu *pacta sunt servanda* ako je obaveza iz ugovora formalno ispunjena. Međutim, faktičkim putem strana ugovornica postigla je ono što ugovor neposredno zabranjuje, budući da cilj obavezivanja druge strane nije ostvaren, bez obzira što je pravno posmatrano sama obaveza ispunjena. U tom slučaju izvršenje ugovora gubi svoj smisao, a načelo *pacta sunt servanda* biva lišeno realnog sadržaja. Upravo princip savesnost sprečava takvu mogućnost, određujući okvire postupanja strana ugovornica prilikom ispunjenja ugovornih obaveza i dajući prevagu duhu i cilju ugovora nad doslovnim i izričitim značenjem izraza kojima su stipulisane ugovorne obaveze.

Međunarodna jurisprudencije je u više navrata povodom problema tumačenja ugovora potvrdila izloženu funkciju načela savesnosti u procesu izvršenja ugovornih obaveza. Tako je u sporu oko nemačkih kolonista na teritoriji ustupljenoj Poljskoj Stalni sud međunarodne pravde ocenio da “mere koje je Poljska preduzela na osnovu zakona iz 1920. godine nisu u skladu sa obavezama preduzetim na osnovu ugovora o manjinama, jer nesumnjivo dovode do mogućeg ukidanja tih prava” i zaključio da je “potrebno obezbediti ne samo formalnopravnu, već i stvarnu jednakost u uživanju građanskih i političkih prava”¹⁷. Rešavajući spor o tretmanu poljskih državljana u Dancingu, isti Sud razrađuje prethodni stav na sledeći način: “kako bi bila efikasna, zabrana svake diskriminacije mora da osigura odsustvo kao stvarne, tako i pravne diskriminacije”¹⁸.

Iako shvaćena kao prepreka striknoj primeni slova ugovora, savesnost stoji u tesnoj vezi sa obavezom izvršenja ugovora, potrebno je naglasiti da se ona sa tom obavezom ne može izjednačiti. Postupanje *bona fides* daje izvršenju ugovora životni smisao, ali samo u okvirima ugovornih obaveza. Svako preširoko insisitiranje na nekoj apstraktnoj savesnosti ozbiljno bi ugrazilo ugovor i stvorilo nepreusušni izvor mogućih izgovora i opravdanja za oslobađanje od ugovornih obaveza¹⁹. Zahtev za savesnim postupanjem treba da ukaže na pravi put za postizanje cilja ugovora, ali samo uz stalno prisutni imperativ da se ugovor mora izvršiti. Mada ne može biti svejedno kako se ugovor izvršava u svetlu svog cilja, još je od

¹⁷ CPJL, Série B, No 6, pp. 24-36.

¹⁸ CPJL, Série A/B, No 44, p. 28.

¹⁹ Chen Bin, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, London, 1953, p. 118. Ovaj pisac čak smatra da je suprotno načelu savesnosti zahtevati izvršenje ugovora pri postojanju okolnosti koje nisu bile predviđene u vreme njegovog zaključenja, tako da klauzula *rebus sic stantibus* nije ništa drugo do posledica savesnosti prilikom izvršenja ugovora.

toga važnije da se ne ode u drugu krajnost i savjesnost apsolutizira po svaku cenu, pa čak i na uštrb izvršenja ugovora.

S druge strane, bilo bi pogrešno staviti znak jednakosti između ogrešenja o dužnost savjesnog postupanja i povrede međunarodnog ugovora. U slučaju neizvršenja ugovora stupaju u dejstvo pravila međunarodnog prava o međunarodnoj odgovornosti država i međunarodnih organizacija kao strana ugovornica, tako da se pitanje savjesnosti kao elementa pravila *pacta sunt servanda* ni pravno ni faktički uopšte ne postavlja. Ukoliko, pak, strana ugovornica izvrši svoje obaveze, to nije sigurna garancija njenog savjesnog postupanja, pošto ona može delovati i *mala fides*. Pa ipak, u međunarodnom pravu važi opšta pretpostavka da je država ili međunarodna organizacija kao strana ugovornica prilikom izvršenja ugovora postupala savjesno sve dok se suprotno (nesavjesnost) ne dokaže.

Otklanjanje ili bar smanjenje mogućnosti da slovo ugovora odnese prevagu nad njegovim duhom i ciljem može se okvalifikovati kao neposredna manifestacija savjesnosti u kontekstu načela poštovanja ugovora. Međutim, prilikom ispunjenja ugovora savjesnost proizvodi i posredna dejstva, ali sada ne više samostalno, već u zajednici sa drugim načelima međunarodnog prava. Tako, recimo, nisu retki slučajevi da međunarodni ugovori ovlašćuju jednu od strana na preduzimanje određenih mera, uključujući pravo na usvajanje pravila za obavljanje određene aktivnosti od interesa za druge države ili organizacije. U vršenju poverenih ovlašćenja strana ugovornica je dužna da postupa *bona fides*, tako da savjesnost ovde igra ulogu rukovodnog načela čija povreda može, između ostalog, da dovede do primene sankcija imanentnih međunarodnom pravu.

Najbolju potvrdu ovakvog dejstva savjesnosti predstavlja spor o ribolovu u Severnom Atlantiku koji je 1910. godine rešavao Stalni arbitražni sud u Hagu. Tumačeći čl. 1 ugovora potpisanog u Londonu, Sud je potvrdio pravo Britanije da donosi pravila u cilju očuvanja i zaštite ribolova u spornoj zoni, ali uz obavezu da to čini savjesno i bez povrede postojećeg ugovora. Tom prilikom Stalni arbitražni sud se pozvao na princip međunarodnog prava prema kome se ugovorne obaveze moraju izvršavati sa istinskom savjesnošću, jer u protivnim dolazi do primene uobičajenih sankcija, kao što su obraćanje javnom mnjenju, objavljivanje prepiske, obraćanje arbitraži, represalije itd²⁰. Isti princip potvrdio je Međunarodni sud pravde u sporu oko prava američkih državljana u Maroku. Odbacujući suprotne argumente parničnih strana, Sud je tumačenjem čl.95 Algesiras akta došao do zaključka da "taj član ne sadrži strogo pravilo, već ima u vidu mnogo elastičnije tumačenje, tako da ovlašćenje procene robe pripada carinskim vlastima, ali ga one moraju koristiti savjesno"²¹.

²⁰ Recueil des sentences arbitrales, Vol.IX, pp. 188-189.

²¹ CIJ, Recueil, 1952, p. 212.

Posredne manifestacije savesnosti vezuju se i za obaveze koje proizilaze iz načela primata međunarodnog ugovora nad unutrašnjim propisima. Poznato je, naime, da država po međunarodnom pravu ima obavezu da preduzme mere unutrašnjeg pravnog karaktera koje su neophodne za pravilno i potpuno izvršenje međunarodnog ugovora. Uz to, strane ugovornice se ne mogu pozivati na odredbe svog nacionalnog prava da bi opravdale neizvršenje međunarodnog ugovora. Iako ovde načelo savesnosti ne može, *per se*, biti pravni osnov obaveza u pogledu sprovođenja međunarodnih ugovora na internom planu, ono ipak služi kao orijentacioni okvir za njihovu implementaciju.

U međunarodnopravnoj doktrini se obično navode dva slučaja u kojima se može postaviti pitanje savesnosti: najpre, ako se donesu zakoni koji praktično čine neprimenjivim odredbe zaključenog ugovora; i drugo, ako se ne izvrši izmena zakonodavstva ili ne preduzmu druge mere neophodne za osiguranje primene ugovora²². Analiza prve situacije ukazuje na dve alternativne mogućnosti: da strana ugovornica donese takve zakone u oblasti koja čini predmet ugovora ili da to učini posrednim putem, usvajanjem zakonskih propisa iz neke druge granične oblasti. Iako su posledice identične – ugovor se faktički ne može izvršiti – značaj inkopatibilnosti takvog ponašanja sa savesnošću različit je u pogledu dokazivanja. Strana ugovornica koja zakonskim propisima direktno krši preuzete ugovorne obaveze međunarodno je odgovorna, tako da nadležni međunarodni sudski organ kome se eventualno druga strana ugovornica bude obratila neće morati da ispituje savesnost ili nesavesnost odgovorne strane.

U praksi su češći slučajevi druge vrste kada pod različitim izgovorima, najčešće zbog potreba bezbednosti ili obzira javnog poretka, strana ugovornica izmenom postojećih ili donošenjem novih zakonskih propisa iz drugih srodnih oblasti praktično onemogućava izvršenje ugovora. Sada više nema očigledne povrede međunarodne ugovorne obaveze, pa bi eventualna nesavesnost mogla da posluži kao značajan elemenat za ustanovljenje odgovornosti strane u pitanju. Pa ipak, međunarodni sudovi su zbog teškoća u postupku dokazivanja *mala fides* izbegavali taj put i pokušavali da na osnovu objektivnih merila ocenjuju nespojivost zakonskih propisa i međunarodnih ugovora. Takav postupak sledio je Međunarodni sud pravde u sporu o primeni Konvencije iz 1902. godine između Holandije i Švedske istakavši da “njegov zadatak nije da istražuje motive koji su usloveli ili imali uticaja na sporne objekte, već da se izjasni o spojivosti predloženih mera sa obavezama koje proizilaze iz Konvencije za Švedsku”²³.

²² E. Zoller, *La bonne foi en droit international public*, paris, 1977, pp. 92-94.

²³ CIJ, *Recueil*, 1958, p. 67.

Uprkos ovim teškoćama, izgleda da se, pored pravne dužnosti strana ugovornica koja proizilazi iz načela primata međunarodnog ugovora nad unutrašnjim propisima, može govoriti o postojanju njihove obaveze da postupaju savesno u primeni ugovora na unutrašnjem planu. Obaveza *bona fides* u ovom slučaju dolazi do izražaja posredno i u negativnom vidu. Tačnije rečeno, savesnost iziskuje od strana ugovornica uzdržavanje, odnosno nedonošenje propisa koji čak i na posredan način mogu učiniti iluzornim izvršenje ugovora.

U drugoj situaciji (kada strana ugovornica ne unosi neophodne izmene u zakonodavstvo ili ne preduzima mere za implementaciju ugovora) primena ugovora na internom planu dovodi se u pitanje nečinjenjem, odnosno propuštanjem preduzimanja određenih akata. U međunarodnoj jurisprudenciji takvo ponašanje okvalifikovano je kao suprotno "principu koji se sam po sebi razume – da je država dužna da unese u svoje zakonodavstvo nužne izmene kako bi obezbedila izvršenje preuzetih obaveza"²⁴. Za razliku od prethodnog slučaja, načelo savesnosti sada obavezuje strane ugovornice na delanje, odnosno činjenje. Međutim, savesnost nije *per se* pravni osnov obaveze strane ugovornice da unese izmene u svoje zakonodavstvo radi potpunog i pravilnog izvršenja međunarodnog ugovora, već ona služi samo kao poželjni standard koji se suprotstavlja neopravdanom odugovlačenju sa preduzimanjem potrebnih internih mera u postupku implementacije međunarodnih ugovornih obaveza.

Prema tome, savesnost kao integralni elemenat načela poštovanja međunarodnih ugovora ispoljava se dvojako²⁵. Neposredno, kao efikasno i nužno sredstvo protiv trijumfa formalizma nad ciljem i duhom ugovora u postupku njegovog izvršenja; i posredno, kao modusni standard ponašanja prilikom vršenja ovlašćenja iz ugovora ili obezbeđenja njegovog sprovođenja *in foro domestico*. U neposrednoj ulozi načelo savesnosti deluje kao relativno samostalni elemenat načela poštovanja međunarodnih ugovora, dok se u posrednoj funkciji pojavljuje u zajednici sa drugim načelima međunarodnog prava.

²⁴ Videti savetodavno mišljenje Stalnog suda međunarodne pravde o razmeni grškog i turskog stanovništva. CPIJ, Série B, No 10, p. 20.

²⁵ Z. Radivojević, Poštovanje međunarodnih ugovora, Stručna knjiga, Beograd, 1989, str. 92.

ZORAN RADIVOJEVIĆ, LL..D.,
Professor, Faculty of Law University of Niš

THE PRINCIPLE OF GOOD FAITH AND RESPECT
FOR INTERNATIONAL TREATIES

Summary

The relationship between the principle of good faith (*bona fides*) and the principle of respect for international treaties (*pacta sunt servanda*) is twofold. Understood as a general standard of conduct, the principle of good faith applies to all relations which are regulated by international law. In this regard, treaty relations are no exception. Acting in good faith is crucial in all stages governing the development of a treaty relationship, including its foundation, implementation and termination. In this sense, perceived as a mode of behavior, the principle of good faith is much broader than the principle of respect for international treaties.

At the same time, good faith may be perceived as an integral part of the *pacta sunt servanda* principle, considering that one of its most important functions is reflected in the process of the fulfilment of treaty obligations. As an integral part of the *pacta sunt servanda* principle, the principle of good faith aims to prevent the triumph of formalism over the spirit and purpose of the treaty. In addition to this basic function, the good faith principle is indirectly expressed during the implementation of a treaty. This principle requires treaty parties to refrain from passing legislation which would make the treaty implementation fictitious and it precludes any delays in taking internal legal measures in the process of fulfilment of international treaty obligations.

Being an integral part of the principle of respect for international treaties, good faith is articulated in two ways: a) directly expressed, as an effective and necessary instrument for fulfilment of treaty obligations which is aimed at preventing the triumph of formalism over the objectives of an international treaty; and b) indirectly implied, as a mode of conduct for ensuring the implementation of the treaty at the national level. When directly expressed, the principle of good faith acts as a relatively independent element of the *pacta sunt servanda* principle; on the other hand, the implied covenant of good faith usually occurs in association with other principles of international law.

PRAVO NA VODU

U V O D

Da li međunarodno pravo garantuje ljudsko pravo na vodu? Reč je o očigledno važnoj ljudskoj potrebi da je na ovo pitanje teško odgovoriti odrično. Opet, važeći međunarodni ugovori ovo pravo ne garantuju eksplicitno.

Cilj ovog rada je da istraži da li i na koji način međunarodno pravo garantuje ljudsko pravo na vodu. Postoji nekoliko razloga za ovo istraživanje. Prvi je taj što je ovo pravo ipak zapostavljeno ili čak nepostojeće u međunarodnopravnim instrumentima. Dakle, ako ono i postoji njegova garancija se najčešće izvodi iz nekog postojećeg prava. Implicitno postojanje ljudskog prava nije najsrećnije formalnopravno rešenje. Činjenica da pravo na vodu nije izričito i samostalno garantovano međunarodnim instrumentima još uvek ne znači da pravo ne postoji tako da će ovaj rad istražiti ona ljudska prava koja bi u sebe mogla uključiti pravo na vodu i na taj način i formalno obezbediti obaveznu snagu ovom pravu. Drugi razlog je taj što postoji neobično veliki broj neobavezujućih dokumenata i *soft law* dokumenata koji govore o pravu na vodu kao samostalnom ljudskom pravu. Dakle, sledeće pitanje je da li bi ovaj trend mogao da dokaže postojanje ljudskog prava na vodu. Ovde je donekle i reč o paradoksu: veliki broj dokumenata govori o značaju ovog prava, uključujući i Milenijumske ciljeve UN i rezolucije Generalne

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..

skupštine UN koji govore o pravu na vodu, ali to još uvek, čini se, nije bilo dovoljno da se ovo pravo proglasi i formalno obaveznim za države članice. Ipak, proces stvaranja međunarodnih normi zaista jeste takav da dopušta mogućnost konstituisanja ljudskih prava putem običaja a u ovom procesu normativna aktivnost Generalne skupštine nije zanemarljiva. Treći razlog za istraživanje je taj što kod ovog prava pitanje može biti postavljeno i drugačije: da li je voda pravo (što implicira da je besplatno ili bar ekonomski lako dostupno) ili je voda roba tako da državnu regulativu nadomešta tržišna. Vlasništvo nad vodnim resursima tako postaje pitanje opšteg značaja i u podelu prava i obaveza, koja je u klasičnom pravu ljudskih prava ona između država i pojedinaca, može uključiti i treće subjekte: vlasnike vodnih resursa. Rešavanje sukobljenih interesa, ovaj put između vlasnika vodnih resursa i pojedinaca se, prema državi, može javiti kao isticanje suprotstavljenih zahteva zasnovanih na pravu na imovinu, s jedne strane, i pravu na vodu, sa druge.

Značaj vode za ljudski život zaista ne zahteva previše objašnjenja. Statistički podaci o dostupnosti vode odgovarajućeg kvaliteta svetskom stanovništvu su zabrinjavajući: skoro milijardu ljudi nema pristup vodi bezbednoj za piće, dok oko 2,6 milijardi ljudi nema pristup odgovarajućim sanitarnim uslovima.¹ Postoji očigledna društvena potreba da se ovo pitanje pravno uredi, na različitim nivoima. Otuda još više iznenađuje činjenica da nijednim formalno obaveznim međunarodnopravnim instrumentom pravo na vodu nije uređeno.

Ova društvena potreba je ipak dovela do brojnih političkih i sličnih dokumenata kojima je postavljen kao cilj jasnije normativno uređenje prava na vodu kao ljudskog prava. Brojne su inicijative i akcije na globalnom planu, a na ovom mestu ćemo ukazati samo na one najvažnije. Ovde svakako spadaju Milenijumski ciljevi UN koji postavljaju kao cilj da do 2015. godine “prepolove broj onih koji nemaju pristup ili ne mogu priuštiti vodu bezbednu za piće.”² Ujedinjene nacije su 2003. godinu proglasile za godinu čiste vode³ dok su dekadu 2005–2015 nazvale Međunarodnom dekadom akcije “Voda za život.”⁴ Ove i druge inicijative govo-

¹ “Ozbiljno zabrinuti zbog činjenice da oko 884 miliona ljudi nema pristup vodi bezbednoj za piće i da više od 2,6 milijarde nema pristup osnovnim sanitarnim uslovima, te zabrinuti zbog činjenica da oko 1,5 miliona dece mlađe od pet godina umire a da je 443 miliona školskih časova godišnje izgubljeno kao rezultat bolesti uzrokovanih stanjem vode i sanitarnih uslova.” – Preambula rezolucije Generalne skupštine UN, *Ljudsko pravo na vodu i sanitarnu zaštitu*, A/RES/64/292, usvojena 28. jula 2010.

² *United Nations Millenium Declaration*, A/RES/55/2, para. 19. Rezolucija Generalne skupštine, usvojena u formi deklaracije 8. septembra 2000.

³ A/RES/55/196 od 20. decembra 2000.

⁴ A/RES/58/217 od 23. decembra 2003.

re o važnoj društvenoj potrebi i ne pominju pravo na vodu kao ljudsko pravo, već o ovom aspektu govore sa stanovišta prava na održivi razvoj.

VODA KAO LJUDSKO PRAVO: PRAVO SVIH

Pored brojnih političkih aktivnosti i inicijativa, postoje i drugi međunarodni dokumenti koji se bave uređenjem prava na pristup adekvatnoj i zdravoj vodi za ljudsku upotrebu. Postoji nekoliko međunarodnih instrumenata koji se uređenjem ove društvene potrebe bave sa stanovišta međunarodno garantovanih ljudskih prava. Ovde ćemo izdvojiti one instrumente koji su nastali u okviru Saveta UN za ljudska prava, Komiteta UN za ekonomska, socijalna i kulturna prava i Generalne skupštine UN.

Pravo na vodu kao deo drugih ljudskih prava

Pored brojnih političkih inicijativa postoje i međunarodni dokumenti koji su pravo na vodu kvalifikovali kao deo nekog drugog ljudskog prava.

a. *Pravo na adekvatan životni standard i pravo na zdravlje.* – Komitet UN za ekonomska, socijalna i kulturna prava, u čijoj je nadležnosti primena Međunarodnog pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (MPESKP), opredelio se da pravo na vodu uključi pod članove 11 i 12 ovog međunarodnog ugovora. Opšti komentar br. 15 Komiteta UN⁵ detaljno obrazlaže zašto je pravo na vodu (i odgovarajuće sanitarne uslove, najpre kanalizacioni sistem) deo ova dva prava iz Pakta. Član 11 garantuje pravo na adekvatan životni standard dok član 12 garantuje pravo na zaštitu zdravlja.

Iako ove odredbe ne pominju vodu kao deo prava Komitet je, pozivajući se i na druge međunarodne ugovore,⁶ napomenuo da formulacija člana 11 dopušta uključanje prava na vodu pod prava iz životnog standarda. Član 11 MPESKP garantuje pravo na adekvatan životni standard “uključujući adekvatnu ishranu, odeću i smeštaj”. Komitet smatra da upravo reč “uključujući” opravdava uvođenje i prava na vodu pod pravo na adekvatan životni standard: “Upotreba reči ‘uključujući’ označava da ovaj katalog prava nije konačan. Pravo na vodu svakako pripada kategoriji garancija koje su važne za obezbeđivanje adekvatnog životnog standarda, naročito zato što je ono jedno od najvažnijih uslova za opstanak.”⁷ Komitet

⁵ General Comment No. 15, 26. novembar 2011, *Official Records of the Economic and Social Council, 2003, Supplement No. 2 (E/2003/22)*, annex IV.

⁶ *Konvencija o eliminaciji diskriminacije žena, Konvencija o pravima deteta, Ženevske konvencije.*

⁷ Opšti komentar br. 15, stav 3.

priznaje značaj vode i za ostvarenje drugih prava, ali smatra da je prioritet obezbeđivanje vode za ličnu upotrebu i upotrebu u domaćinstvu.⁸

Pravo na vodu u okviru prava na zdravlje Komitet izvodi iz obaveze država članica da obezbede “poboljšanja svih vidova higijene sredine i industrijske higijene” iz stava 2(b) člana 12. Komitet zaključuje da države imaju obavezu da obezbede zaštitu prirodnih izvorišta vode od zagađivanja.⁹

Nakon što je Komitet normativno pozicionirao pravo na vodu u okviru prava na adekvatan životni standard, detaljno je utvrdio sadržinu ovog prava. Pravo na vodu, po mišljenju Komiteta, obuhvata niz ovlašćenja, od prava na pristup vodi do zabrane mešanja u uživanje ovog prava putem samovoljnog ograničenja pristupa isključenjem sa sistema za vodosnabdevanje. Sistemi vodosnabdevanja moraju biti organizovani u skladu sa načelom jednakih mogućnosti u pogledu pristupa.¹⁰ Reč je o ovlašćenjima koja su karakteristična za ljudska prava uopšte jer državama nameću pozitivne i negativne obaveze, od obezbeđivanja i zaštite prava do zabrane mešanja u njegovo uživanje.¹¹

Pored ovih opštih ovlašćenja Komitet definiše i specijalna ovlašćenja koja izviru iz ovog prava a koja se odnose isključivo na pravo na pristup vodi: postojanje, određeni kvalitet i dostupnost (fizička i ekonomska). Vodni resursi moraju biti jednako dostupni svima bez diskriminacije¹² kao što moraju biti dostupne i informacije o ovim pitanjima.¹³

Obaveze država su određene ovlašćenjima iz ovog prava. Pored opštih i specijalnih obaveza država ugovornica Komitet izdvaja najznačajnije obaveze (*core obligations*) čije se ispunjenje očekuje od strane država: garancija pristupa minimalnim nužnim količinama vode, fizička bezbednost lica koja koriste pristup, ekonomski dostupni vodni resursi, zabrana diskriminacije u pogledu pristupa i korišćenja vodnih resursa.¹⁴ Obaveze država iz članova 11 i 12 su ipak ograničene resursima države već stavom 1 člana 2 Međunarodnog pakta “Svaka država članica ovog pakta obavezuje se da ...koristeći u najvećoj mogućoj meri svoje raspoložive izvore”. Komitet tako zapaža da “je važno razlikovati nemogućnost od nevoljnosti države članice da izvrši svoje obaveze u vezi sa pravom na vodu.”¹⁵

⁸ *Ibidem*, stav 6.

⁹ *Ibidem*, stav 8.

¹⁰ *Ibidem*, stav 10.

¹¹ *Ibidem*, stavovi 20-29.

¹² Zabrana diskriminacije je izvedena iz opšte antidiskriminacione klauzule iz člana 2 MPESKP.

¹³ Opšti komentar br. 15, stav 12.

¹⁴ *Ibidem*, stav 37.

¹⁵ *Ibidem*, stav 41.

Definišući pravo na vodu kao deo prava koje je priznato Konvencijom Komitet je ovom pravu obezbedio mehanizam nadzora i pravne lekove. Komitet je zauzeo stav da će države biti u obavezi da u svojim redovnim izveštajima podnesu i izveštaj o merama preduzetim radi ostvarivanja prava na vodu.¹⁶ Komitet takođe zaključuje da svi pravni lekovi garantovani Paktom su jednako dostupni i u pogledu prava na vodu.¹⁷

Možda na ovom mestu vredi pomenuti kako se Komitet opredelio prema vodi kao dobru: “Voda je ograničeni prirodni resurs i javno dobro od suštinskog značaja za život i zdravlje”¹⁸ i “Vodu treba smatrati društvenim i kulturnim dobrom a ne prvenstveno ekonomskim dobrom.”¹⁹ Kvalifikujući vodu prvenstveno kao javno, društveno i kulturno dobro Komitet ostavlja prostor za regulisanje pristupa vodi kao ljudskog prava. U tom kontekstu važna je sledeća preporuka Komiteta u pogledu ostvarivanja ekonomski dostupne vode prema kojoj se od država očekuje da primene “odgovarajuću politiku cena tako da obezbede besplatnu ili jeftinu vodu.”²⁰ Ipak, Komitet ne zahteva da pristup vodi bude potpuno besplatan.

Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima nije jedini međunarodnopravni instrument koji je pravo na vodu tumačio kao deo prava na adekvatan životni standard. Slična tumačenja su ponudili i Evropski komitet za socijalna prava prilikom tumačenja prava na adekvatno stanovanje iz člana 31. Evropske socijalne povelje.²¹

b. Prava posebno zaštićenih grupa. – Pojedine međunarodne konvencije koje se bave posebnim kategorijama lica u nekoliko slučajeva izričito garantuju pravo na vodu. Zaštićene grupe u ovom kontekstu su deca, žene, lica sa posebnim potrebama, žrtve oružanih sukoba.

Prema procenama UNDP-a godišnje oko 1,8 miliona dece izgubi živote usled nedostatka odgovarajuće vode i odgovarajućih sanitarnih uslova.²² Članom 24 Konvencije o pravima deteta eksplicitno je garantovano pravo na čistu vodu za piće u okviru prava deteta na zdravstvenu zaštitu. Konvencija o elimina-

¹⁶ *Ibidem*, stavovi 9 i 54.

¹⁷ *Ibidem*, stavovi 55-59.

¹⁸ *Ibidem*, stav 1.

¹⁹ *Ibidem*, stav 11.

²⁰ *Ibidem*, stav 27.

²¹ Predstavka br. 27/2004, *European Roma Rights Centre v. Italy*, Odluka u meritumu od 7. decembra 2005, para. 35. Dostupno na: <http://www.errc.org/cms/upload/file/decision-on-the-merits-by-the-european-committee-of-social-rights.pdf> (posećeno juna 2014).

²² UN (Office of the High Commissioner for Human Rights), UN Habitat, WHO, *The Right to Water*, Fact Sheet No. 35, 2010, str. 13.

ciji svih oblika diskriminacije žena takođe izričito predviđa pravo na vodu ali kao deo prava na adekvatan životni standard.²³ Pravo na vodu je tako izričito garantovano i licima sa posebnim potrebama kao pravo na pristup vodi.²⁴ Treća i četvrta Ženevska konvencija posebno garantuju pravo na pristup vodi ratnim zarobljenicima i civilnom stanovništvu.²⁵ Međunarodni sud pravde je u svom savetodavnom mišljenju *Izgradnja zida na okupiranoj palestinskoj teritoriji*²⁶ pomenuo i činjenicu da je izgradnja zida dovela i do neravnomerne distribucije vodnih resursa između palestinske i izraelske teritorije te da je značajnom broju stanovnika otežan ili uskraćen pristup vodi.²⁷ Međutim, pristup vodi nije bio kvalifikovan kao obaveza okupacione sile na osnovu Haških i Ženevskih konvencije već kao pravo na adekvatan životni standard i pravo na zdravlje iz Međunarodnog pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima.²⁸

c. Zabrana diskriminacije. – Gotovo svi međunarodni ugovori sadrže anti-diskriminacione klauzule koje zabranjuju neopravdano razlikovanje, po različitim osnovama, prilikom uživanja garantovanih međunarodnih ljudskih prava. Ukoliko se pravo na vodu podvede pod neko od priznatih i garantovanih ljudskih prava, antidiskriminaciona klauzula pomaže u ostvarenju načela jednakosti u pristupu vodi. Ovo je, u pogledu prava na zdravlje i prava na životnu sredinu, posebno istakao Komitet za ekonomska i socijalna prava u svom Opštem komentaru br. 15, ali je naglasio i da član 2 MPESKP se u pogledu vode može primeniti i na pravo na obrazovanje²⁹ i druga prava iz Pakta.³⁰ Posebnu ulogu mogu imati samostalne zabrane diskriminacije poput one iz Protokola br. 12 uz Evropsku konvenciju o zaštiti ljudskih prava koji zabranjuje bilo kakvu diskriminaciju u pogledu bilo kog prava garantovanog zakonom čime se proširuje polje primene Evrop-

²³ Član 14, stav 2(h) glasi: “2. Države članice će preduzeti sve odgovarajuće mere radi eliminisanja diskriminacije žena u seoskim područjima kako bi obezbedile da one, na osnovi ravnopravnosti muškaraca i žena, učestvuju u razvoju sela i da od toga imaju koristi, posebno da bi obezbedile njihovo pravo na: ... (h) adekvatne životne uslove, posebno u pogledu stanovanja, higijenskih uslova, električne energije i snabdevanja vodom, saobraćaja i veza.”

²⁴ Član 28, stav 2(a) glasi: “(a) osobe sa invaliditetom imaju ravnopravan pristup uslugama obezbeđenja čiste vode”.

²⁵ Članovi 20, 26, 29 i 46 Ženevske konvencije o statusu ratnih zarobljenika (1949) i članovi 85, 89 i 127 Ženevske konvencije o statusu civilnog stanovništva tokom oružanog sukoba (1949).

²⁶ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Međunarodni sud pravde, Savetodavno mišljenje od 9. jula 2004.

²⁷ *Ibidem*, stavovi 133-134.

²⁸ *Ibidem*, stav 134.

²⁹ Opšti komentar br. 15, stav 15.

³⁰ Opšti komentar br. 15, stavovi 13-16.

ske konvencije i na prava koja nisu eksplicitno garantovana ovim međunarodnim ugovorom. Zabrana diskriminacije je u pogledu vode posebno značajna imajući u vidu podatke da u pojedinim zemljama posebno ugrožene kategorije stanovništva, pored toga što imaju otežani pristup vodi, plaćaju vodu skuplje u odnosu na druge gradske sredine na istom području.³¹

d. *Pravo na pristup informacijama od značaja za životnu sredinu.* – Pravo na informisanje u pogledu životne sredine postoji kao samostalno pravo priznato Konvencijom iz Arhusa koja garantuje, *inter alia*, pravo na pristup informacijama od značaja za životnu sredinu. Pod ovim informacijama se podrazumevaju i one koje se odnose na kvalitet vode.³² Postojanje ovog prava priznao je i Evropski sud za ljudska prava u okviru člana 8. našavši da pravo na dom podrazumeva i pravo lica da zahtevaju informacije o stanju životne sredine koje mogu da budu od uticaja na mirno uživanje doma i uživanje porodičnog života. U kontekstu pristupa informacijama o kvalitetu vodu za piće Sud se izjasnio u predmetu *Gera protiv Italije*.³³ Iako tek manje važan aspekt ovog spora, u kojem je glavni povod bila industrijska nesreća usled koje je hospitalizovan veliki broj ljudi na osnovu čega je tužilac smatrao da je država povredila svoje pozitivne obaveze zaštite prava iz članova 2 i 8, jedan od aspekata ovog slučaja bio je i zahtev koji je tužilac podneo lokalnim vlastima u vezi sa potencijalnim zagađenjem vode za piće. Sud je u ovom predmetu konstatovao povredu člana 8. Nadalje, predmet *Tatar protiv Rumuni-*

³¹ “Nejednakost u obezbeđivanju vode se ogleda ne samo u pristupu i trošenju već i u njenoj ceni. Jedan od stalnih problema u obezbeđivanju vode u zemljama u razvoju je i taj što je cena obrnuto proporcionalna platežnoj sposobnosti. Najsiromašnije stanovništvo koje živi u predgrađima plaćaju najveću svetsku cenu za vodu. U Džakarti, Limi, Manili i Najrobiju domaćinstva koja žive u neodgovarajućem smeštaju i imaju vrlo niske prihode plaćaju pet do deset puta više nego domaćinstva u urbanim sredinama u istom gradskom području. U Manili se procenjuje da četiri miliona ljudi dobija vodu koja se preprodaje na kioscima, pokretnim vozilima i cisternama. Njihovi prosečni računi za vodu iznose od 10 do 20 USD, dok domaćinstva koja su povezana sa vodovodnim sistemom plaćaju mesečno od tri do šest dolara uz pet puta veću potrošnju.... Ovde je reč o međunarodnoj dimenziji podele svetskog bogatstva preko cene za vodu. ... Pojedina domaćinstva u predgrađima Akre i Manile plaćaju za vodu više nego stanovnici Londona i Njujorka.” – 2006 *UNDP Human Development Report*, str. 52. Dostupno na: <http://hdr.undp.org/sites/default/files/reports/267/hdr06-complete.pdf> (posećeno 27. maja 2014).

³² “Informacija o životnoj sredini’ predstavlja svaku informaciju u pismenom, vizuelnom, zvučnom, elektronskom ili drugom materijalnom obliku o: (a) Stanju elemenata životne sredine, kao što su vazduh i atmosfera, voda, tlo, zemljište, predeli i prirodni kompleksi, biološki diverzitet i njegove komponente, uključujući genetički modifikovane organizme kao i o interakciji između ovih elemenata” – Član 2, stav 3 t. Konvencije o dostupnosti informacija, učešću javnosti u donošenju odluka i pravu na pravnu zaštitu u pitanjima životne sredine usvojene u Arhusu 1998. Godine (Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori, br. 38/2009).

³³ *Guerra and Others v. Italy*, Predstavka br. 14967/89, Presuda od 19. februara 1998.

je³⁴ može poslužiti kao osnov za tumačenje da država ima pozitivnu obavezu da pruži odgovarajuće informacije o rizicima koji postoje po životnu sredinu što bi svakako moglo da uključi i kvalitet vode. U ovom predmetu je Sud našao samo povredu člana 8 ali ne i člana 2 iako su rizici uključivali ispuštanje cijanida u okolinu. Dakle, polje primene člana 8., kao i polje primene Konvencije iz Arhusa za pravo ne pruža odgovarajuću zaštitu pravu na pristup vodi za piće o kojem je reč u ovom radu. Pravo na informacije predstavlja pomoćni instrument u situacijama kada već postoji pristup vodi koji će obezbediti dodatnu zaštitu stanovništva putem javne kontrole kvaliteta vode. Ipak, ono nije zanemarljivo jer svakako štiti bar jedan aspekt prava na pristup vodi, a to je kvalitet vode.

Pravo na vodu kao samostalno ljudsko pravo

Čini se da je prvi dokument kojim je pravo na vodu priznato kao samostalno ljudsko pravo³⁵ rezolucija Generalne skupštine UN od 28. jula 2010. godine pod vrlo jasnim nazivom "Ljudsko pravo na vodu i sanitarne uslove"³⁶ koja u prvom stavu garantuje ovo pravo na sledeći način: "[Generalna skupština] priznaje pravo na bezbednu i čistu vodu za piće i na sanitarnu zaštitu kao ljudsko pravo koje je suštinsko za puno uživanje prava na život i drugih ljudskih prava." Ova odredba zaista predstavlja novinu jer jasno priznaje pravo na vodu kao samostalno ljudsko pravo i čini korak dalje ne samo zato što prevazilazi političke inicijative već i zato što, za razliku od ranijih tumačenja, pravo na vodu osamostaljuje od drugih ljudskih prava.

Usvajanje ove rezolucije nije teklo glatko.³⁷ Glavni predlagač bila je Bolivija a njoj su se kao predlagači pridružile zemlje u razvoju koje su mahom uvoznice kapitala.³⁸ Prvobitni pokušaj da rezolucija bude usvojena konsenzusom je prošao neuspešno tako da je rezolucija stavljena na glasanje. Sudeći po izlaganjima pre i nakon glasanja podela na razvijene i nerazvijene zemlje je bila upadljiva. Rezoluciju tako nisu podržale SAD, Velika Britanija, Holandija, Francuska, Švajcar-

³⁴ *Tătar v. Romania*, Predstavka br. 657021/01, Presuda od 27. januara 2009. godine.

³⁵ Iako ovo nije prva inicijativa. Na konferenciji UN o vodi koja je održana u Argentini (Mar del Plata) 1977. godine jedan od zaključaka Akcionog plana koji je tada usvojen bio je i priznanje prava na vodu: "Svi narodi, bez obzira na stepen razvoja i društveno-ekonomske uslove, imaju pravo na pristup vodi za piće koja po količini i kvalitetu odgovara njihovim osnovnim potrebama." *United Nations Water Conference – Resolutions*, Report of the UN Water Conference, Mar del Plata, 14-25 mart 1977, II(a), E/CONF.70/29.

³⁶ A/RES/64/292, usvojena 28. jula 2010.

³⁷ A/64/PV.108.

³⁸ Negde oko 40 država se pridružilo ovoj inicijativi Bolivije uključujući i Republiku Srbiju.

ska, Kanada, Španija, Austrija, Danska (ali jesu Nemačka i Norveška). Ponuđena obrazloženja su bila ta da se ovim pitanjem bave druga međunarodna tela poput Saveta za ljudska prava te da se navodno postavlja pitanje nepotrebnog dupliranja nadležnosti,³⁹ zatim da je potreban konsenzus za normiranje jednog tako važnog pitanja kao što je novo ljudsko pravo, te tvrdi pozitivistički stav po kojem međunarodno pravo jednostavno ne priznaje ljudsko pravo na vodu.⁴⁰ Zanimljivo je da su upravo ove države zaista glavni finansijski sponzori različitih programa koji su usmereni na poboljšanje snabdevanja vodom za piće ali da i dalje nisu bili spremni da pravo na vodu priznaju kao samostalno ljudsko pravo. Ove države su istovremeno i najveće izvoznice kapitala iz kojih i dolaze investitori zainteresovani za privatizaciju vodnih resursa u zemljama u razvoju. Rezolucija je tako usvojena sa 122 glasa podrške i uz 41 državu koje su se uzdržale od glasanja. Ipak, čak i pojedine države koje su glasale to su učinile uz napomenu da smatraju da ova rezolucija ipak ne stvara nikakvo novo pravo koje bi se smatralo priznatim poput prava iz važećih instrumenata o zaštiti ljudskih prava.⁴¹ Države koje su podržale rezoluciju su govorile o progresivnom razvoju međunarodne zaštite ljudskih prava te o Milenijskim ciljevima UN i stvarnoj potrebi da se ovom pravu pristupi ozbiljno.

Jasno je da usvajanje rezolucije samo po sebi ne može rešiti pitanje snabdevanja vodom. Način na koji je rezolucija usvojena svedoči o stvarnim preprekama u ostvarenju ovog prava, bez obzira da li je ono priznato kao samostalno ili kao sastavni deo nekog drugog prava čije postojanje bi moglo da zadovolji i najstrože pozitiviste. Rezolucija ne predlaže nikakve posebne mehanizme nadzora niti specijalne mere za sprovođenje ovog prava. Ipak, imajući u vidu okolnosti u kojima je ova rezolucija doneta, već samo njeno usvajanje predstavlja značajan napredak u priznanju prava na zdravu vodu za piće.

Pojedine države su se suprotstavile rezoluciji Generalne skupštine zbog činjenice da se Savet UN za ljudska prava, počev od 2006. godine, počeo baviti istim pitanjem. Ovaj tzv. Ženevski proces je po njihovom mišljenju mogao da bude ugrožen te da dupliranje diskusija ne bi moglo biti od veće koristi. Međutim, iako je Savet UN za ljudska prava zaista otvorio ovo pitanje on nije učinio značajnije normativne intervencije. U prvim rezolucijama je konstatovao društvenu potrebu i pozvao se na brojne međunarodne političke inicijative ali je odustao od kvalifikacije pristupa vodi za piće kao ljudskog prava u bilo kom obliku.⁴²

³⁹ Španija, Mađarska, SAD, Velika Britanija.

⁴⁰ SAD, Kanada.

⁴¹ Kolumbija.

⁴² Rezolucije Saveta UN za ljudska prava koje su usvojene pre rezolucije Generalne skupštine nosile su naziv "Ljudska prava i pristup vodi bezbednoj za piće" (7/22 od 28. marta 2008, 12/8 od 1. oktobra 2009, 15/9 od 30. septembra 2010), dok bi tek nakon rezolucije Generalne skupštine i re-

Upravo je rezolucija Generalne skupštine dovela do pozitivnih promena i u radu Saveta UN za ljudska prava. Naime, Savet je 27. septembra 2013. godine konsenzusom usvojio rezoluciju pod nazivom "Ljudsko pravo na vodu bezbednu za piće i na sanitarne uslove".⁴³

Ova rezolucija Saveta je daleko detaljnija od rezolucije Generalne skupštine, na koju se Savet i poziva. Savet za ljudska prava mnogo jasnije i preciznije definiše pravo na vodu kao pravo garantovano međunarodnim pravom:

"Priznajući da ljudsko pravo na vodu bezbednu za piće i na sanitarne uslove daje pravo svakome, bez diskriminacije, na pristup zadovoljavajućoj, bezbednoj, fizički i ekonomski dostupnoj vodi za ličnu upotrebu i upotrebu u domaćinstvu, kao i fizički i ekonomski pristup odgovarajućim sanitarnim uslovima, u svim sferama života, koja je bezbedna, higijenska, sigurna, društveno i kulturno prihvatljiva i koja obezbeđuje privatnost i osigurava dostojanstvo,"⁴⁴

....

1. *Pozdravlja* priznanje ljudskog prava na vodu bezbednu za piće i sanitarne uslove od strane Generalne skupštine i Saveta za ljudska prava, koji je potvrdio da je ljudsko pravo na vodu bezbednu za piće i na sanitarne uslove izvedeno iz prava na adekvatan životni standard i da je neodvojivo od prava na najviši mogući standard fizičkog i mentalnog zdravlja, kao i od prava na život i ljudsko dostojanstvo;⁴⁵

Pravo na vodu je potvrđeno i njegova sadržina je u ovom dokumentu nešto preciznije definisana. Pravo na vodu je ograničeno na pristup vodi koja je bezbedna za piće. Dakle, od država se ne očekuje da obezbede besplatno pravo na vodu već samo odgovarajući pristup vodi. Savet pažljivo pristupa definisanju obaveza država te od njih zahteva odgovarajuće mere planiranja koje će očuvati pravo na vodu i u uslovima razvoja i krize, obezbediti adekvatni sistem regulisanja sistema za snabdevanje vodom, i obezbeđivanje opšteg pristupa vodi čak i kada su u snabdevanje vodom uključeni privatni i nevladin sektor.⁴⁶

U pogledu pravnog osnova čini se da se Savet opredelio za širi pristup jer pravo na vodu definiše i kao samostalno, poput Generalne skupštine, ali bez navođenja jasnog pravnog osnova, dok je istovremeno ovo pravo vezao i za već po-

zolucije Saveta UN za ljudska prava promenile naziv u "Ljudsko pravo na vodu bezbednu za piće" (16/2 od 24. marta 2011., 18/1 od 28. septembra 2011. i 21/2 od 27. septembra 2012).

⁴³ Rezolucija Saveta za ljudska prava br. 24/18, 27. septembar 2013.

⁴⁴ *Ibidem*, str. 3.

⁴⁵ *Ibidem*, stav. 1. Iako je ovoj rezoluciji prethodilo nekoliko sa istim naslovom (ali tek nakon što je Generalna skupština usvojila rezoluciju o pravu na vodu) ovakvu definiciju prava na vodu Savet prvi put uvodi rezolucijom 24/18 od 27. septembra 2013.

⁴⁶ *Ibidem*, stav 13.

stojeća socijalna prava poput prava na adekvatan životni standard i pravo na zdravlje. Za razliku od rezolucije Generalne skupštine koji je pravo više vezao za građansko pravo na život, čini se da se Savet više opredelio za koncept socijalnih prava.

Pravo na vodu i pravo na prirodne resurse

Prethodni pregled je pokušao da ustanovi da li je pravo na vodu ljudsko pravo garantovano međunarodnim pravom i na koji način. Pravu na vodu, kao individualnom ljudskom pravu, može se pristupiti i sa aspekta prava naroda na raspolaganje prirodnim resursima i suverenom pravu država da raspolažu svojim resursima. Dakle, dok je pozicija države u prethodnom pregledu isključivo položaj obveznika ovde se država, ili narod, javlja kao titular prava na vodu. Ovde više nije reč o pravu na pristup vodi već o pravu na raspolaganje vodnim resursima. Ovo pravo nije bez značaja u kontekstu raspolaganja i upravljanja prirodnim resursima. Ovaj aspekt pokazuje složenost prava na pristup vodi: država može imati obavezu da obezbedi pristup vodi i ta njena obaveza je dodatno pojačana njenim raspolaganjem prirodnim resursima.

Ipak, raspolaganje prirodnim resursima će se najčešće naći u tenziji ne sa pravom na pristup vodi već sa pravima koncesionara i ulagača u prirodne resurse. Drugim rečima, ovo pravo države može se naći u tenziji sa pravom na zaštitu imovine kada su prirodni resursi predmet privredne aktivnosti. Posredno, tako će se u vezi i potencijalnom sukobu naći i pravo na vodu jednih i pravo na imovinu drugih lica, a nosilac obaveze u oba slučaja biće država.

VODA KAO INVESTICIJA: PRAVO INVESTITORA

Voda se, sa stanovišta prava i ovlašćenja, može posmatrati i kao predmet stranih investicija. Kao takva ona može biti predmet posebne zaštite koja se najčešće obezbeđuje putem dvostranih međunarodnih ugovora o zaštiti stranih ulaganja. Na ovom mestu se ne misli na fizički pristup vodi u kontekstu ljudskih prava već o ulaganjima u vodne resurse, vodovodne i druge sisteme za snabdevanje vodom. Činjenica da vodni resursi i sistemi vodosnabdevanja mogu biti predmet investiranja znači da oni mogu biti u privatnoj svojini. Svojinske implikacije su tako višestruke. Privatna svojina investitora dobija posebnu pravnu zaštitu, a može doći i u sukob sa drugim pravima lokalnog stanovništva, od kojih je najočigledniji primer pravo na vodu.

Zaštita vodnih resursa kao stranih investicija ima svoju istoriju, naročito u Latinskoj Americi i Africi, zahvaljujući masovnoj privatizaciji ovog sektora to-

kom 90-tih prošlog veka. Možda je najpopularniji primer Bolivije i tzv. *Rata za vodu*.⁴⁷ Privatizacija vodovoda grada Koćobambe u Boliviji dovela je do velikih građanskih nemira. Naime, prema ugovoru o koncesiji strani ulagač, Agua del Tunari (konzorcijum velikih multinacionalnih kompanija koje se bave distribucijom vode) dobio je pravo korišćenja vodovodnog sistema ali i pravo na svu vodu na datom području uključujući i kišnicu i bunare koji su se nalazili u planinskim predelima, a koje je koristilo domaće, urođeničko stanovništvo i koje nije bilo povezano sa vodovodnim sistemom grada Koćobamba. Ugovorom je bio garantovan i minimalni profit u iznosu od 15%. Nedugo nakon zaključenja ugovora cena vode je porasla i do 200% a kupac je pokušao i da stupi u posed seoskih bunara. Sistem vodosnabdevanja pak nije proširen na područja sa kojeg se eksploatirala voda. Ovo je izazvalo revolt građana koji je okončan njihovom pobedom, raskidom ugovora, odlaskom stranih investitora i promenom vlasti. Rat za vodu će promovisati budućeg predsednika Bolivije, Eva Moralesa, koji je, u to vreme član parlamenta, predvodio proteste i pregovore sa stranim investitorima. Rat za vodu će, sa jedne strane, predstavljati pobedu antiglobalista, ali će sa druge pokazati da voda, bar za jednu granu međunarodnog prava, može biti predmet privatne svojine i predmet međunarodnih investicionih sporova. Agua del Tunari je tužila Boliviju za povredu dvostranog sporazuma pred arbitražnim centrom Svetske banke u Vašingtonu (SAD)⁴⁸ ali je spor izgleda rešen povlačenjem tužbenog zahteva pod pritiskom svetske javnosti.⁴⁹ Rat za vodu će tako afirmisati Eva Moralesa ali i njegovu ideju korišćenja javnih dobara. Ovde se mora napomenuti da je upravo Bolivija, u vreme kada je Evo Morales bio njen predsednik, bila glavni predlagач rezolucije Generalne skupštine UN kojom je ustanovljeno postojanje prava na vodu kao ljudskog prava, 2010. godine.

Agua del Tunari protiv Bolivije nije jedini investicioni spor čiji je povod bila privatizacija ili korišćenje voda. Samo u okviru ICSID-a takvih je sporova bilo

⁴⁷ Šire, vidi: Karen Bakker, *The Ambiguity of Community: Debating Alternatives to Private-Sector Provision of Urban Water Supply*, *Water Alternatives*, vol. 1, no. 2 (2008), str. 236–252; Amanda L. Norris, Katina E. Metzidakis, *Public Protests, Private Contracts: Confidentiality in ICSID Arbitration and the Cochobamba Water War*, *Harvard Negotiation Law Review*, vol. 15 (2010), str. 31–73.

⁴⁸ *Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/02/3.

⁴⁹ Slične činjenice se mogu pronaći u jednom drugom investicionom sporu protiv Argentine gde je lokalno stanovništvo takođe pružilo otpor privatizaciji vode nezadovoljno uslugom koju je i ovde trebalo da pruži jedna od najvećih multinacionalnih kompanija u oblasti snabdevanja vodom, Vivendi. Za razliku od Bolivije, Argentina je proglašena odgovornom pred ICSID Tribunalom uz obavezu plaćanja štete u iznosu od 100 miliona USD. (*Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Arbitražna odluka od 20. avgusta 2007 – Vivendi II).

više od deset.⁵⁰ U velikoj većini slučajeva tužiocima su bili najveće multinacionalne kompanije koje se bave distribucijom vode, kao što su Suez, Vivendi (danas nosi ime Veolia), Bechtel.⁵¹ U većini ovih sporova predmet je bio da li je država izneverila svoje međunarodne obaveze prema stranim investitorima zbog neuspelih ugovora u pogledu snabdevanja vodom.

Naime, ugovori su bili raskidani ili se prosto poslovni poduhvat pokazao neuspešnim. Najčešće su problemi bili u podizanju cene vode i prigovorima državnih partnera da strani investitori ne ispunjavaju svoje ugovorne obaveze koje su se najčešće ticale izgradnje vodovodnog sistema i obezbeđivanja adekvatne vode širem krugu stanovništva. U svim slučajevima investicioni arbitražni tribunali su konstatovali povredu međunarodnih obaveza države uz visoke naknade štete (osim u predmetu *Bajvoter*⁵² gde je konstatovana povreda BIT-a ali bez obaveze države da isplati materijalnu naknadu). Dakle, poruka međunarodnog investicionog prava je da su ugovorna i svojinska prava investitora međunarodno zaštićena te da im teško konkurišu druga međunarodnopravna ovlašćenja.

U ovim sporovima države, ali i treća lica postupajući kao *amicus curiae*, su isticali ne samo povredu ugovornih obaveza investitora iz privatizacionih ugovora

⁵⁰ *SAUR International SA v. Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/04/4, Arbitražna odluka od 22. maja 2014. (Argentina je izgubila spor i dužna je da plati odštetu u iznosu od 40 miliona USD sa kamatom zbog neuspelog projekta izgradnje vodovodnog sistema); *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Arbitražna odluka od 14. jula 2006. (Argentina je izgubila spor i dosuđena je naknada štete u iznosu od 165 miliona dolara.); *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/17, Arbitražna odluka od 30. juna 2010; *Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/17, Arbitražna odluka od 21. juna 2011. (iznos odštete je 26 miliona USD sa kamatom); *Gelsenwasser AG v. People's Democratic Republic of Algeria*, ICSID Case No. ARB/12/32; *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Arbitražna odluka od 24. jula 2008 (Tanzanija je proglašena odgovornom za indirektnu eksproprijaciju ali nije dosuđena obaveza naknade štete); *Aguas Cordobesas S.A., Suez, and Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. v. Argentine Republic* ICSID Case No. ARB/03/18; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/19; *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Arbitražna odluka od 20. avgusta 2007. (Argentini je naloženo da isplati više od 100 miliona USD na ime štete za raskid ugovora o koncesiji), i druge.

⁵¹ Ove kompanije spadaju i u najveće svetske kompanije sa godišnjim prihodom od 160 milijardi američkih dolara i godišnjim rastom profita od 10%. Šire, vidi: Alpar Lošonc, *Vodeni svet, ili neoliberalizam na probi: da li je voda javno dobro ili privatna svojina?*, *Panoeconomicus*, 2006, str. 161–178, na str. 165, fn. 6.

⁵² *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Arbitražna odluka od 24. jula 2008

ra (ili drugih sličnih ugovora, o koncesiji, BOT, i sl.) u svoju odbranu već i činjenicu da postoji druge međunarodne obaveze koje države moraju ispuniti, kao što su obezbeđivanje adekvatne i ekonomski pristupačne vode licima na svojoj teritoriji. Investicioni tribunalni nisu prihvatili ovaj argument uz objašnjenje da su države dužne da ispune i jedne i druge obaveze prema međunarodnom pravu.⁵³ Investicioni arbitražni tribunalni se zapravo ne bave primenom normi o zaštiti ljudskih prava,⁵⁴ što može delom biti objašnjeno time što je njihova nadležnost ograničena na investicione sporove. Ipak, investicioni tribunalni primenjuju često opšta pravila međunarodnog prava prilikom tumačenja međunarodnih sporazuma, a naročito pravila *Bečke konvencije o ugovornom pravu* (1969) kao i pravila o odgovornosti država. U takvom kontekstu bi svakako bilo mesta primeni i opštih pravila međunarodnog prava koja se odnose na zaštitu ljudskih prava bez obzira što nije moguće istaći tužbeni zahtev na osnovu povrede ovih normi, bar ne pred investicionim tribunalima.

*Pozicija prava na vodu u sistemu ljudskih prava,
opštem međunarodnom pravu
i širem političkom kontekstu*

Pravo investitora na vodu i vodne resurse je bolje zaštićeno od ljudskog prava na vodu. Praksa investicionih tribunalna otvara još neka pitanja kao što je pitanje da li se voda kao prirodni resurs u potpunosti može izjednačiti sa robom te da li se na vodu mogu jednako primenjivati pravila koja se odnose na liberalizaciju tržišta. Vlasništvo nad resursima i upravljanje resursima nije bez značaja⁵⁵ jer ono direktno utiče na cenu. Dakle, čak i kada je voda opšte, javno dobro to ne isključuje troškove vezane za njenu obradu i distribuciju. Ipak, vlasništvo može dodatno da opredeli cenu a time i da ograniči krug lica koja će imati pristup vodi:

⁵³ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and Vivendi Universal v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/03/19), Odluka od 30. jula 2010., para. 262.

⁵⁴ Moshe Hirsch, *Investment tribunals and human rights treaties: a sociological perspective*, in: *Investment Law within International Law: Integrationist Perspective*, ed. Freya Baetens, Cambridge, 2013, pp. 85-105.

⁵⁵ Vlasništvo nad izvorištima vode i drugim prirodnim resursima je jedna od aktuelnih i osetljivih tema naročito za zemlje u razvoju. Nisu usamljena tumačenja po kojima je koncentracija vlasništva nad prirodnim resursima vode opasna za svetsko stanovništvo. Šire, vidi: M. Rosenblum, *Who Owns the Water: Suez, Vivendi, RME or you and me?*, 20. avgust 2002, dostupno na: <http://waterindustry.org/Water-Facts/world-water-5.htm> (posećeno 20. maja 2014.); Jo-Shing Yang, *The New "Water Barons": Wall Street Mega-Banks are Buying up the World's Water*, Centre for Research on Globalization, 21. decembar 2012, dostupno na: www.globaresearch.ca (posećeno 20. maja 2014.).

“Determinacija cene u sferi javnih-zajedničkih dobara znači i određeni modus određivanja prava za različite aktere društva.”⁵⁶

Upravo iz ovih razloga važno je odrediti i šta je tačan sadržaj prava na vodu i pod pretpostavkom da je ono nesumnjivo ustanovljeno međunarodnim pravom.

Pravo na vodu je najčešće opredeljeno kao socijalno pravo i izvodi se iz prava na adekvatan životni standard. To može da dovede u pitanje adekvatnost ovakvog rešenja jer njegova zaštita ipak nije jednaka zaštiti građanskih i političkih prava, a po dostupnim procesnim mehanizmima je vrlo daleko od zaštite stranih investicija. Ovde je očigledan primer Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda koja ima efikasan mehanizam zaštite ali ne obuhvata prava iz kategorije ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava. Upadljivo je i ćutanje prakse Evropskog suda o pravu na vodu jer se o ovom pravu Sud nije izjašnjavao ni u kontekstu onih prava za čiju zaštitu je nadležan, kao što su pravo na život ili zabrana nehumanog postupanja.⁵⁷

Ipak, koncept prava na život, koji uključuje pozitivne i negativne obaveze država, bi mogao u određenim okolnostima da obezbedi i pravo na vodu ali bi to verovatno bilo tek u izuzetno ekstremnim okolnostima. Evropski sud nije prihvatao zahteve zasnovane na članu 2 kada je bilo reči o ugrožavanju životne sredine već se tada više oslanjao na član 8. Obezbeđivanje prava na pristup odgovarajućoj vodi za piće širokom krugu stanovništva, kao pozitivnoj obavezi države, bi se tako teško moglo izvesti iz člana 2, sudeći po dosadašnjoj praksi Evropskog suda za ljudska prava.

Pitanje je da li je tako pravo na vodu potpuno isključeno iz kruga građanskih prava i zauvek ostavljeno u domenu socijalnih prava, te i da li je takvo rešenje opravdano i konačno. Građanska prava zaista najviše štite vrednosti koje su čoveku urođene, kao što su to život, lični i telesni integritet, mišljenje, savest, verispovest. Dakle, to su one vrednosti koje svako ljudsko biće već poseduje rođenjem a negativne obaveze država, bar u pogledu ovih vrednosti, ne zahtevaju posebna ekonomska sredstva. Države naprosto treba da se uzdrže od lišenja vrednosti kojima čovek raspolaže. Kada je reč o socijalnim pravima ona se odnose na vrednosti koje su eksterne. Kada se potreba pojedinca stavi u vezu sa vrednošću koju že-

⁵⁶ Alpar Lošonc, *op. cit.*, str. 175.

⁵⁷ U više sporova su tužioci isticali da je povređen član 3. Evropske konvencije zbog neadekvatne vode u zatvorima. Sud se nije posebno izjašnjavao o tome da li bi samo kvalitet dostupne vode mogao da bude osnov za povredu člana 3, već je, ako bi i ustanovio povredu, to utvrdio na osnovu ukupnih okolnosti. Vidi: *Ramishvili and Kokhraidze v. Georgia*, Predstavka broj 1704/06, Presuda od 27. januara 2009.

limo da zaštitimo jedan od normativnih izraza takve veze jesu i ljudska prava,⁵⁸ sa tom razlikom da ovde govorimo o određenoj ekonomskoj vrednosti potrebe gde takva vrednost nije urođena ili imanentna čoveku. Te vrednosti uvek imaju skoro merljivu ekonomsku vrednost. Ovo je jedno od mogućih obrazloženja, ili čak opravdanja, za pristup pravu na vodu kao socijalnom pravu. Međutim, ni ono nije bez poteškoća jer, na primer, i pravo na zaštitu imovine se smatra jednim od osnovnih građanskih prava, opremljenih jednako efikasnim mehanizmom zaštite kao što to imaju pravo na život, kojem bi se isto moglo prigovoriti da se odnosi na vrednosti koje nisu inherentne niti urođene. Razlika je, naravno, u tome što obaveza države da garantuje nečiju imovinu takođe nema ekonomsku vrednost jer se država obavezuje da se neće mešati dok se pod ovom obavezom ne podrazumeva i obaveza države da obezbedi odgovarajuću imovinu. Takođe, u pogledu prava na život država ima i pozitivne obaveze koje se odnose, između ostalog, i na fizičku zaštitu pojedinca. Sud je u pogledu ove obaveze bio delimično rezervisan i postavio je relativno visok kriterijum za fizičku zaštitu života,⁵⁹ ali i dalje stoji činjenica da pozitivne obaveze država u pogledu svih ljudskih prava zahtevaju angažovanje državnog aparata i određenih ekonomskih resursa. U pogledu prava na život bi tako obezbeđenje vode za piće moglo da se smatra pozitivnom obavezom države iako bi to zahtevalo angažovanje određenih ekonomskih sredstava.

Jedno od često postavljenih pitanja je da li pravo na vodu podrazumeva pravo na besplatnu vodu na piće. Zapravo, to je vrlo često argument protivnika prava na vodu: ako voda nije besplatna to onda automatski znači da ne može da predstavlja ljudsko pravo jer su ljudska prava po definiciji besplatna.⁶⁰ Po mišljenju Visokog komesara UN za ljudska prava pravo na vodu postoji iako ono ne podrazumeva pravo na besplatnu vodu:

“Česte predrasude o pravu na vodu. – Da li pravo na vodu zahteva obezbeđivanje vode bez naknade? Pravo na vodu postavlja zahtev da vodne usluge budu takve da ih svi mogu priuštiti te da niko ne bude uskraćen za pristup vodi zbog nemogućnosti da za nju plati. Za takvo pravo pravni okvir zaštite ljudskih prava

⁵⁸ “Ljudska prava definišemo, dakle, kao izražavanje spremnosti neke zajednice, nacionalne ili međunarodne, putem prava, da zadovolji određene ljudske potrebe i nastojanja, kao i da stvori socijalne, ekonomske, političke i pravne uslove u kojima će svi pojedinci moći jednako da zadovolje svoje potrebe i nastojanja. Pravno izražavanje ove spremnosti vrši se definisanjem prava koja pripadaju pojedincima te odgovarajućih obaveza na strani države i obezbeđivanjem nacionalnim i međunarodnih pravnih mehanizama za ostvarivanje tih prava.” - Rodoljub Etinski, *Međunarodno javno pravo*, 5. izdanje, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad, 2012, str. 219.

⁵⁹ *Osman v. United Kingdom*, Predstavka br. 23452/92, Presuda Velikog veća od 28. oktobra 1998.

⁶⁰ *Nestle CEO: Water Is Not A Human Right, Should Be Privatized*, dostupno na: <http://www.trueactivist.com/nestle-ceo-water-is-not-a-human-right-should-be-privatized>. Posećeno 23. maja 2014.

ne obezbeđuje pravo na besplatnu vodu. Ipak, u pojedinim slučajevima, pristup vodi bezbednoj za piće i odgovarajućim sanitarnim uslovima može biti obezbeđeno i bez naknade ukoliko lica i domaćinstva nisu u mogućnosti da za njih plate. Osnovna je obaveza države da obezbedi zadovoljenje bar osnovnog nivoa ovog prava koji podrazumeva pristup minimalno potrebnoj količini vode.⁶¹

Sledeće pitanje je to da ako voda i ima ekonomsku vrednost da li to istovremeno znači da ona može da predstavlja robu, odnosno da bude predmet tržišne razmene na isti način kao i druge robe te da li su ovde moguća drugačija ograničenja. Voda je prirodni resurs koja bi tako mogla predstavljati robu kao bilo koja druga sirovina. To znači da liberalizacija tržišta koja se odnosi na sirovine, ili čak finalne proizvode, može biti primenjena i na vodu te da ograničenja raspolaganja vodom na međunarodnom tržištu mogu da uključe primenu pravila poput pravila NAFTA i STO. Pravila sporazuma GATS i GATT se jednako odnose na pružanje usluga u vezi sa vodom (GATS) i tretman vode kao robe (GATT).⁶² Time se pravo pristupa vodi udaljava od domena ljudskih prava.

S druge strane, čak i da se može smatrati robom, pitanje je da li je voda zaista roba kao i svaka druga. Kako jedna autorka duhovito primećuje: "Voda je nevidljivi super heroj koji nas snabdeva materijom bez ukusa, mirisa i boje koja održava ljudski rod. Na njoj se zasnivaju legende; povodom nje se vode ratovi. Ima mitska obeležja, svojstvo svetog i vitalnost kao nijedan drugi molekul. Zbog svih ovih obeležja nije onda ni čudo da sama pomen reči 'privatizacija' može uzburkati emocije i ostaviti mnoge sa gorkim ukusom u ustima."⁶³

Prava tenzija između ljudskog prava na vodu i drugih međunarodnopravnih režima nije toliko u pitanju da li je voda besplatna već da li je, čak i kao ekonomsko dobro, više javno dobro koje nije podobno za privatno vlasništvo. Za države u razvoju, a naročito one koje imaju probleme sa izvorištima i snabdevanjem vodom, to bi značilo da upravljanje vodom isključuje privatnopravne režime a samim tim i privatizaciju vodnih resursa. Ukoliko bi vodni resursi uvek ostajali van privatnopravnog režima (bez obzira na to da li je tu reč o državnoj, društvenoj, komunalnoj ili nekoj drugoj svojini) to bi omogućilo nosiocima ovlašćenja da slobodnije raspolazu, postavljaju uslove korišćenja, i određuju subvencionisane cene a da pri tome manje rizikuju svoje druge međunarodnopravne obaveze.

⁶¹ UN (Office of the High Commissioner for Human Rights), UN Habitat, WHO, *The Right to Water*, Fact Sheet No. 35, 2010, str. 11–12.

⁶² Miguel Solanes, *Revisiting Privatisation, Foreign Investment, Arbitration, and Water*, United Nations – Cepal, Santiago de Chile, 2007.

⁶³ Heather L. Bray, ICSID and the Right to Water: An Ingredient in the Stone Soup, *ICSID Review*, Vol. 29, br. 2 (2014), pp. 474–483, str. 477.

Dakle, mnogobrojne oblasti međunarodnog prava pretenduju na pravo da regulišu status vode. Pravo ljudskih prava vodu smatraju dobrom koje je svima jednako dostupno. Investiciono pravo izbegava da se izjasni o vodi kao ljudskom pravu i prednost daje pravima investitora iz ugovora bez obzira na okolnosti koje bi mogle ugroziti i pristup drugih vodi. Pravila STO i NAFTA vodu smatraju robom koja se može urediti njihovim pravilima. Pojedini autori smatraju da je upotreba voda toliko raznolika da se može podvesti pod različite međunarodnopravne režime u zavisnosti od toga da li se koristi za piće i domaćinstvo, industrijsku proizvodnju i prodaju flaširane vode, navodnjavanje ili za odvođenje otpadnih voda.⁶⁴ Ovim se ipak ne rešava do kraja status prava na vodu u odnosu na druga prava u vezi sa korišćenjem vode, a samim tim ni obim obaveza koje proističu za državu, i potencijalno za treće subjekte.

SANJA ĐAJIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty of Law, Novi Sad

THE HUMAN RIGHT TO WATER

Summary

This article explores whether there is internationally guaranteed human right to water. Although there have been numerous political initiatives on the establishment or confirmation of the right to water, neither these initiatives nor binding international legal instruments were explicit or categorical about the existence and contents of the access to water as a human right. The major breakthrough was done by the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights which, in its Comment no. 15, confirmed the right to water as an integral part to the right to adequate standard of living and the right to health. This interpretation was embraced by several other bodies. Another step further was achieved by the UN General Assembly in 2010 when it by its resolution concluded that there is an independent human right to water guaranteed by international law. The right to water still needs clear definition and whether it can be confined to the right to access to water, where access is defined as both physical and economical. The right to water heavily depends on the legal regime of water resources. This right struggles to survive in the context of other international norms and within other legal forums, because international investment tribunals refused to discuss and protect the right to water as opposed to the rights of foreign investors. This leaves the right to water in struggle to achieve the position of a fully

⁶⁴ Jorge E. Vinuales, Access to Water in Foreign Investment Disputes, *The Georgetown International Environmental Law Review*, vol. 21, br. 4/2009, str. 733-759, na str. 734.

STEVAN ĐORĐEVIĆ

U OČEKIVANJU PRESUDE MEĐUNARODNOG SUDA PRAVDE U SPORU HRVATSKA-SRBIJA O PRIMENI KONVENCIJE O GENOCIDU

ISTORIJAT POSTUPKA

Osnovne etape ovog pitanja su sledeće: Hrvatska je pokrenula spor pred Međunarodnim Sudom pravde u Hagu protiv SR Jugoslavije 2. jula 1999. u vezi sa povredama pravila Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida, usvojene od Generalne skupštine UN 9. decembra 1948. Za osnov nadležnosti Suda Hrvatska se pozvala na član IX Konvencije o genocidu. Sud je odredio Naredbom od 14. septembra 1999. za dopunu isticanja roka za deponovanje Memorara Hrvatske 14. mart 2000. a za deponovanje kontratužbe SR Jugoslavije 14. septembar 2000. Ovi datumi su na zahtev Hrvatske izmenjeni, od Suda, najpre za 14. septembar 2000. i 14. septembar 2011, zatim 14. mart 2001. i 16. septembar 2002.

Sud je konstatovao suspenziju postupka o osnovnom predmetu spora Naredbom od 14. novembra 2002, na osnovu stava 3. člana 79. Pravilnika Suda i odredio rok za podnošenje od strane Hrvatske pismenog izveštaja koji bi sadržavao njene primedbe i zaključak od prethodnim izuzecima pokrenutih u međuvremenu od SR Jugoslavije za 20. april 2003. Hrvatska je deponovala ovaj izveštaj u određenom roku. U međuvremenu rešeno je pitanje nosioca subjektiviteta jedne

Dr Stevan Đorđević, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, u penziji. Prilog je nastavak i sastavni deo članka: Hrvatska tužba i srpska protivtužba pred Međunarodnim sudom pravde, "Pravni život", 12/2011, str. 123-138. Takođe, prilog se posvećuje sećanju na sedamdesetogodišnjicu mog boravka i ratovanja na Kopaoniku, Kosovu i Metohiji 1944-1945.

strane u sporu, tj. od SR Jugoslavije, preko Države Srbija i Crna Gora, na Republiku Srbiju. Crna Gora je isključena dalje iz vođenju spora.

Javne sednice Suda o prethodnim izuzecima održane su od 26. do 30. maja 2008. Sud je odbacio prvi (o nenadležnosti Suda) i treći prigovor Srbije (o neprihvatljivosti pitanja pokrenutih od Hrvatske), Odlukom od 18. novembra 2008. Za drugi prigovor Srbije o tome da je SR Jugoslavija počela da postoji 27. aprila 1992. kao različita država, nije doneta konačna odluka Suda, već odložena. Sud je odlučio da ovaj prigovor nema tzv. prethodni karakter u datim okolnostima i da treba o njemu rešavati u vreme rasprave o osnovnom predmetu spora. Pod rezervom ovog zaključka, Sud je zaključio da u celini ima nadležnost da rešava o tužbi Hrvatske. Sud je Naredbom od 20. januara 2009. odredio kao datum isteka roka za protivtužbu Srbije 20. mart 2010. Protivtužba Srbije sadržavala je i druge zahteve i deponovana u Sudu malo ranije, tj. 4. januara 2010. U toku sastanka koji je Predsednik Suda održao sa predstavnicima država u sporu 3. februara 2010. predstavnik Hrvatske zatražio je da njegova Vlada želi da u "replici" odgovori o prihvatljivosti dodatnih zahteva Srbije izraženih u protivtužbi. Za uzvrat, predstavnik Srbije, sa svoje strane, zatražio je da u ovom slučaju njegova vlada dostavi "dipliku". Sud je odredio Naredbom od 4. februara 2010. rok Hrvatskoj za podnošenje "replike" datum 20. decembar 2010. a Srbiji za podnošenje "diplike" 4. novembar 2011. Istovremeno Sud je dao uputstva Registratoru Suda da obavesti treće države o mogućnosti da se pojave na Sudu i o dodatnim zahtevima Srbije u protivtužbi. Replika Hrvatske deponovana je u Sudu u određenom roku.

"Diplika" Srbije takođe je dostavljena Sudu pre 4. novembra 2011.¹ Ona sadrži nove dokaze za potvrdu podnete protivtužbe Srbije, izjave svedoka, tajne zapisnike hrvatskog političkog vrha, neke međunarodne dokumente i analize "Veritasa" sa sređenim brojem od blizu 7.000 srpskih žrtava, od toga 2.000 nestalih. Sadržina podneska postaće dostupna javnosti neposredno pred usmenu raspravu pred Sudom marta-aprila 2014.² Tu su pored podataka iznetih u protivtužbi od 4. januara 2010. sadržani dokazi o stradanju Srba u periodu 1941-1945. za vreme postojanja Nezavisne Države Hrvatske (NDH) za vreme Drugog svetskog rata (Jasenovac, Jadovno i dr.).

Međunarodni Sud pravde je na zakazan sastanak 21. januara 2012. uz prisustvo predstavnika Srbije i Hrvatske doneo Naredbu da Hrvatska do 30. avgusta 2012. podnese još jedan pismeni podnesak u vezi sa "diplikom" Srbije što je uči-

¹ International Court of Justice, Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Regoindre submitted by Republic of Serbia, Volum I, November 2011; Volume II Anexes 1-43; November 2011; Volume III, Anexes 44-76, November 2011.

² List "Politika" 5.novembar 2011. Osnovni deo sadrži 1.000 stranica obuhvaćenih u tri toma; ima 320 stranica u kojima se osporavju prigovori Hrvatske, i još 76 aneksa.

njeno u roku.³ Potom slede više sastanaka u Sudu sa predstavnicima Hrvatske i Srbije o pripremama za usmenu raspravu pred Sudom i njegovom određivanju za 3. mart do 1. aprila 2014. U istom periodu bio je dogovor o imenovanju, izjavama svedoka i svedoka - stručnjaka, protivpitanjima od strane druge strane u sporu i drugim tehničkim pitanjima u toku vođenja usmene rasprave pred Sudom (o određivanju dva kruga rasprave, redosledu izjava, određivanju radnih dana od 3. marta do 1. aprila 2014). Mnoge procesne radnje obavljenu su u međuvremenu sa svedocima i svedocima - stručnjacima pre usmene rasprave.

REAGOVANJA U DRŽAVAMA U SPORU

Nastojanja poslednjih godina, posebno Srbije, da se obostrano obustavi postupak, nisu uspela. U nekim javnim glasilima od pojedinaca čitalaca pojavljivali su se napisi da su Hrvati već jednom počinili genocid i da su "povratnici" u vršenju istog krivičnog dela. Pri tom se napominje, po ovom gledištu, da to može biti "povoljna okolnost" u korist protivtužbe.⁴

Neposredno pre i posle podnođenja "diplike" Srbije, početkom novembra 2011. nije se bitno promenilo stanje u Hrvatskoj i Srbiji u vezi sa daljim vođenjem postupka pred Sudom. Opšte mišljenje da će Srbija podneti "dipliku" se ostvarila. Bilo je jasno da Hrvatska i Srbija neće postići do tog datuma (4. novembar 2011) sporazum o obostranom povlačenju tužbe i protivtužbe zajedno. Očekivalo se da će Srbija ovu normalnu mogućnost iskoristiti, utoliko pre, što se mogla poslužiti, pretpostavljam, sadržinom iz prvostepene presude još nepravosnažnom generalu, "A. Gotovini i ostalim" u vezi sa postojanjem zajedničkog zločinačkog poduhvata u operaciji "Oluja", donetoj od strane Međunarodnog krivičnog tribunala za Jugoslaviju (ICTY) 15. aprila 2011.

U drugoj polovini 2011. ima reagovanja od tadašnje premijerke Hrvatske J. Kosor, da se o povlačenju tužbe i ne razmišlja. Zakazani parlamentarni izbori u Hrvatskoj za decembar 2011. upućivali su na takav tvrdi stav stranke na vlasti Hrvatske državne zajednice (HDZ). Izjave ovakve vrste bile su namenjene određenoj grupi birača u Hrvatskoj. J. Kosor, kao kandidat za predsednika vlade Hrvatske,

³ Cour internationale de justice, Order 23. January 2012; Communiqué de presse, 2012/4, Le 26. janvier 2012. -Navodimo sva dokumenta koja su dostavljena Sudu: Pismeni postupak: 1 mars 2001: Mémoire de la Croatie, volume I, volume II (partie 1); volume II (partie 2); volume II (partie 3); volume III; volume IV; volume V; volume VI. -1 décembre 2009: Contre-mémoire de la Serbie - volume I; volume II; volume III; volume IV; volume V. -20 décembre 2010 Réplique de la Croatie: volume I; volume II; volume III; volume IV; volume V. - 1 novembre 2011: Duplique de la Serbie, volume I; volume II; volume III. - 30 août 2012 Pièce additionnelle de la Croatie: volume I; volume II.

⁴ "Politika" 24. oktobar 2011. Autori primećuju da se ne pominju i druga brojna stratišta sa već utvrđenim i imenom pobrojanim žrtava i svih stradalnika (J. Prodanović, "Politika" 2. novembar 2011). Autor je takođe izneo stav protiv izraza "poravnanje" ili "nagodba" s obzirom da u ime žrtava i njihovih najbližih to niko nema pravo da čini odnosno to može biti samo predmet državnog sporazuma. Za žrtve je to, dalje se piše, kao i za njihove potomke, nakaradni i uvredljiv postupak.

izjavljivala je da nigde nije izričito pomenula da će se tužba Hrvatske protiv Srbije pred Međunarodnim sudom pravde u Hagu povući, već da će o tome biti razgovora “među nama u Hrvatskoj”. Zalagala se za “hladno prosuđivanje” u međunarodnim sporovima.⁵ Neposredno posle parlamentarnih izbora decembra 2011. očekivalo se od nove vlade Hrvatske da će uslediti nova ponuda u vezi sa povlačenjem tužbe. Najavljivalo se od strane V. Pusić, buduće ministarke spoljnih poslova vlade Hrvatske modućnost obostranog povlačenja tužbe i protivtužbe.⁶ Nova ministarka spoljnih poslova V. P. je ponovo za pozivno rešenje bez odlaganja.⁷ Takav određen i jasan stav se menja u kasnijim izjavama. Zadržava se ranije stanoviše, a naime, da pre ovog čina zajedničkog povlačenja tužbe i protivtužbe, prvo treba pristupiti rešavanju prethodnih nerešenih pitanja između dve države.⁸ Različita izjava došla je od bivšeg predsednika Hrvatske S. Mesića. On je izričito bio protiv povlačenja tužbe Hrvatske. Po njemu, najbolje je pustiti postupak pred Sudom da se odvija svojim tokom. Da se ostavi Sudu da odluči i onda ni hrvatskoj ni srpskoj strani nema druge nego da se odluka prihvati.⁹ Navešćemo još jednu interesantnu izjavu. Često se u izjavama sa hrvatske strane podvlači da je to pitanje na “dugačkom štapu”.¹⁰ Reagovanja u Srbiji oko povlačenja tužbe i protivtužbe su sve ređa, izuzev u vreme neposredno pre i posle odaslate “diplike”. Predlozi su uz-

⁵ “Politika” 2. i 15. decembar 2011. -Po njoj, “tužba je zbir istorijskih činjenica i sve ono što nam se dogodilo od Vukovara do Škabrnje i da se neće dozvoliti da se istorija revalvira”.

⁶ “Politika” 13. 15. i 17. decembar 2011.

⁷ “Politika” 31. decembar 2011.

⁸ U jednom intervju za “Jutarnji list” V. Pusić izjavljuje da će Hrvatska povući tužbu za genocid protiv Srbije jer se njome potstiču “niske straste, što nije moralno prema narodu”. Dalje se, konstatuje da kada je reč o tužbama postoje dve mogućnosti. Prva, rešavanje problema nestalih lica, odnete imovine i dalje procesuiranje počinjenih ratnih zločina. Druga, da se na duže vreme u regionu održava sukob niskog intenziteta, ako se ne reše prethodna pitanja. Iz ovih razloga, obostrana tužba i protivtužba ne mogu se povući. Za nju je ovo potencijalno pitanje “dugoročno” (“Fonet” 31. januar 2012). Na ove izjave oštro je reagovala predsednica HDZ J. Kosor izjavljujući da će se povlačenju oštro suprostaviti. -U jednoj ranijoj izjavi koja se ticala nerešenih pitanja (napr. granična pitanja), datoj od predsednika Republike Hrvatske I. Josipovića, on je preporučio arbitražu. V. Pusić je pak primetila, da je uvek moguće pristupiti arbitraži, samo da su najbolja rešenja ona, koja sama po sebi, poboljšavaju prekogranične odnose (“Politika” 4. januar i 20. februar 2012); Sličnu izjavu imamo i predsednika Republike Hrvatske I. Josipovića datoj u Beogradu (“Politika” 18. januar 2012); U istom smislu je i intervju ambasadora Hrvatske u Beogradu Ž. Kurpešaka (“Politika” 24. januar 2012).

⁹ “Danas” 11. januar 2012. U izjavi se napada S. Milošević za sve ono što se desilo u proteklom građanskom ratu, ne pominjući svoju ulogu u razbijanju Jugoslavije, niti pak počinjene zločine u operacijama “Bljesak” i “Oluja” sa hrvatske strane. Istovremeno se osuđuju zločini u Jasenovcu i u drugim logorima za vreme Drugog svetskog rata.

¹⁰ T. Picula, bivši ministar spoljnih poslova Vlade Hrvatske, kaže da zbog dosta pitanja koje treba rešavati, hrvatska tužba za genocid neće biti prva stvar koju će Beograd i Zagreb rešavati (“Politika” 17. decembar 2011).

držaniji. Uzgred se predlže i kako to treba praktično izvesti.¹¹ Bilo je i kritičkih to-nova koji se tiču držanju druge strane.¹²

Stiče se definitivni utisak da Hrvatska i posle promene vlasti ovaj korak nije bila spremna da učini. Vrlo zanimljiva izjava data je od V. Jovanovića, bivšeg mi-nistra spoljnih poslova SR Jugoslavije, a naime, o dugogodišnjem očekivanju da će Hrvatska povući tužbu što do sada nije učinila.¹³ Primećujemo ovde da do pro-dužetka postupka dobrim delom došlo je zbog korišćenja prava Srbije da uloži prigovore (“prethodni izuzeci - preliminarne primedbe”), što je produžilo postu-pak, kao i izmena pravnog statusa tuženog pred Sudom: SR Jugoslavija, Zajedni-ca Srbija i Crna Gora, Srbija o čemu je takođe Sud donosio prethodne odluke.¹⁴

Na trojnom sastanku predstavnika Srbije, Bosne i Hercegovine i Hrvatske početkom 2012. predsednik Srbije B. Tadić ponovio je pozitivno stanovište o re-šavanju problema vansudskim putem, ranije više puta izrečenog.¹⁵ Posle prvog reagovanja, oko dostavljanja “diplike” od strane Srbije, u drugoj polovini 2012. i prvoj polovini 2013. u mnogome je prestalo praćenje u štampi spora Hrvatske i Srbije pred Međunarodnim sudom pravde.

U kasnijim susretima krajem 2013. i početkom 2014. sa hrvatske strane predsednik Republike I. Josipović, predsednik vlade Z. Milinković, ministarka spoljnih poslova vlade V. Pusić i dr. ponovili su spremnost za pozitivno rešenje ali vrlo odlučno uz nabranjanja pitanja koja treba rešiti kao preduslov za zauzimanje konačnog stava (problem nestlih lica, dalje procesuiranje ratnih zločina, povra-tak oduzete imovine, granična pitanja). Neka od njih su delimično rešena ili su u procesu rešavanja kako u Hrvatskoj tako i u Srbiji. Posebno se insistira na rešava-

¹¹ S. Homen, državni sekretar u Ministarstvu pravde vlade Srbije je pred podnošenje “dipli-ke” izjavio da će se istrajati na stavu da se međusobne tužbe za genocid povuku (“Politika” 1. no-vembar 2011); Prof. T. Varadi napominje da rok za vansudsko rešavanje ističe, podvlačeći da se sa-držina zahteva u tužbama odnosi samo na genocid (“Politika” 2. januar 2012); S. Malović izjavljuje da nije važno ko će prvi povući tužbu, Beograd ili Zagreb, jer je to tehničko pitanje ili pak, da Hr-vatska treba da povuče tužbu a onda ćemo u Srbiji da odlučimo šta ćemo dalje (“Danas” 9. januar 2012). Ova izjava izazvala je negativno reagovanje u Hrvatskoj a bilo je zamerke što je upotrebljen izraz “tehničko pitanje”. (M. Lazanski, “Politika” 17. januar 2012). Po meni, kako sam razumeo ovu izjavu, nije reč da je pitanje “tehničko” samo je izraženo mišljenje da je bitno da dođe do zajedničk-og sporazuma o povlačenju tužbi i ne pridaje se bitan značaj kako će se to izvesti.

¹² T. Kuljić, piše o taktiziranju oko povlačenja tužbi. Po njemu, nova hrvatska vlast je nedav-no, najpre, velikodušno obećala povlačenje tužbe protiv Srbije ali se ubrzo trgnula i ponovo pripreti-la (“Politika” 17. januar 2012).

¹³ “Pečat” br. 2004. godina 2012. str. 8, 9. U izjavi se kaže da se postavljaju uslovi Srbiji a ne i Hrvatskoj; da se stav Hrvatske posle agresije NATO-a na SR Jugoslaviju može okvalifikovati reskim rečima, tj. o istovremenom provociranju i odobrovoljavanju.

¹⁴ Cour international de Justice, Recueil des arrêts, avis consultatives et ordonances, Affai-re relatif à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, Croatie c. Serbie, Exceptions préliminaires, arrêt du 18 novembre 2008.

¹⁵ “Politika” 4. februar 2012. - U istom smeru i Č. Jovanović (“Politika” 25. maj 2012.).

nju pitanja nestalih lica i na procesuiranju ratnih zločina. U tom smeru od pravosudnih organa Hrvatske i Srbije dobijali su se određeni predlozi. Primeteću ovde da nije reč o opljačkanoj imovini Srpske pravoslavne crkve u Hrvatskoj kako se ponekad od pojedinih službenih lica u Hrvatskoj ovaj čin kvalifikuje, već o brizi i predostožnosti Srbije da se ona sačuva, od uništenja što se jednom već desilo u vreme postojanja NDH u toku Drugog svetskog rata. Jedan deo te imovine već je vraćen Srpskoj pravoslavnoj crkvi u Hrvatskoj. Upućujem čitaoca o ovom problemu na priloge akademika Davidova, jednog od naših najboljih poznavalaca baštine Srpske pravoslavne crkve.¹⁶

Istovremeno su predsednik Republike Srbije T. Nikolić, predsednik Vlade I. Dačić, ministar spoljnih poslova Vlade Srbije I. Mrkić ponovo izrazili spremnost da se povedu konkretni razgovori o ovim nerešenim pitanjima ali i najavili intenzivne pripreme za početak usmene rasprave pred Sudom. Podvlači se racionalnost i potreba odustajanja od daljeg vođenja spora u korist obeju strana.¹⁷ Od nerešenih pitanja sa srpske strane nabrajaju se problemi nestalih i prognanih lica, ekshumacija i identifikacija žrtava rata, procesuiranje ratnih zločina, pitanje sukcesije, povratak izbeglih i raseljenih Srba i dr. Posebno više udruženja Srba prognanih iz Hrvatske insistiraju na rešavanju mnogih imovinskih pitanja (penzije, stanarska prava i dr.); odštete za uništenu imovinu i dr. Na ove zahteve često se odgovara od hrvatskih vlasti, da su mnoga od njih već rešena, iznose se podaci o tome ili su u toku rešavanja.¹⁸ Oslobođajuća drugostepena odluka ICTY o zajedničkom zločinačkom poduhvatu u "Oluji" za generala A. Gotovinu i ostale, negativno je ocenjena u Srbiji, a sasvim suprotno u Hrvatskoj. To isto važi i za odlu-

¹⁶ D. Davidov: "Kako sačuvati kulturna dobra" "Politika" 12. april 2012. i 27. oktobar 2013. -Sporazumom dva ministara kulture Srbije i Hrvatske od 23. marta 2012. rešeno je pitanje kulturnog blaga u Hrvatskoj. Reč je, pre svega, o tačnom utvrđenom broju od 1.065 predmeta, dobrim delom Srpske pravoslavne crkve. Već posle 2.000 godine vraćeno je 23.600 predmeta ove imovine, od 46.191 predmeta iz 45. muzeja kako tvrdi ministar kulture Republike Hrvatske u ratu od 1941. do 1945. Poznato je da je u vreme NDH, baš zato što nisu preduzete zaštitne mere broj ovih kulturnih dobara znatno uništen ili razoren. Sigurno je da samo preuzimanje imovine Srpske pravoslavne crkve u Hrvatskoj i premeštanje u Srbiju može da se zahvali što je ostalo to sačuvano.

¹⁷ I. Mrkić: pojednostavno rečeno hodamo ka tački da odustanemo od tužbi ("Politika" 5. mart 2013; Šefovi diplomatije Srbije i Hrvatske I. Mrkić i V.Pusić dogovorili se da u Zagrebu obrazuju zajedničke mešovite komisije koja će se baviti rešavanjem otvorenih pitanja obeju država i najavili redovne ministarske susrete na svakih šest meseci kao i poručili da će i pitanje međusobnih tužbi za genocid doći na red ("Politika" 5. mart 2013). T. Nikolić: Hrvatska odustaje od povlačenja tužbi za genocid iako je Srbija pokazala spremnost da povuče kontratužbu; istovremeno se ističe od predstavnika vlasti Srbije da se planira suđenje i da se nadamo da neće biti na našu štetu, ali i da Hrvatska treba da povuče prvo tužbu a da zatim istovetan postupak učini i Srbija; I. Dačić: Hrvatska strana nije spremna da povuče tužbu za genocid; imamo dobar tim za raspravu pred Sudom ("Politika" 28. novembra 2013). A. Vučić "Srbija je otvorena da bi se došlo do završnih rešenja itd.)

¹⁸ Izbeglička udruženja insistiraju na oceni građanskog rata i stvaranja uslova za život i poštovanja ljudskih i svojinskih prava i povratak Srba na svoja domaća ognjišta. U načelu, izbeglička udruženja Srba iz Hrvatske su izričito protiv povlačenja protivtužbe Srbije (Budimir, Linta i dr.).

ke pomenutog Suda u pogledu odgovornosti generala M. Perišića, J. Stanišića i F. Simatovića.¹⁹ Sa već određenim i sigurno od Suda utvrđenim datumom za početak rasprave u 2013. godini, i u Srbiji i u Hrvatskoj ponovo je umnoženo izražavanje o ishodu i karakteru konačne presude Međunarodnog suda pravde u Hagu u ovom sporu. Zadržaćemo se samo na nekima od njih: T. Varadija, Ž. Puhovskog kao i V. Jovanovića.²⁰ U anketi lista "Politika" bilo je i drugih pojedinačnih izjava, počev od toga da se sudski proces mogao da izbegne i da je politički dogovor bilo bolje rešenje od suđenja pa do različitih ideja šta se očekuje od suđenja u Hagu Hrvatske i Srbije.²¹

Ne delim u potpunosti mišljenje kompetentnog prof. T. Varadija o povećanju tenzija i umanjenom značaju za ishod spora, uključivanje u protivtužbu Srbije izvršen zločin genocida nad srpskim narodom u vreme NDH 1941-1945. jednog od najvećih zločina genocida u istoriji pored onih nad Jermenima u Prvom svetskom ratu i Jevrejima u Drugom svetskom ratu.²² Istovremeno ne poričem neretroaktivnost primene Konvencije o genocidu od 1948. i omeđen predmet spora za period 1991-1995. Bliži sam nekim mišljenjima koji ovaj spor stavljaju u širi kontekst. Neka veza između događaja od 1941. do 1945. i 1991. do 1995. ipak postoji.²³ To ne treba gubiti iz vida, to je bilo očigledno. Norme se moraju poštovati ali se i život koji ih je proizveo, ne može zamemarivati. Takođe nisam saglasan da se

¹⁹ Bilo je izvesnih predloga u Srbiji za reviziju postupka protiv oslobađajuće presude za A. Gotovinu ali se tome nije konačno pristupilo.

²⁰ T. Varadi izjavljuje, pored ostalog da pošto će argumenti odbrane ciljati genocid imati poviše retoriku; nije iznenađenje što tužbe, nisu povučene a pretpostavlja se da će Srbija i Hrvatska biti oslobođene ("Politika" 23. februar 2014); Ž. Puhovski izjavljuje da se Srbija nalazi u nepovoljnijoj situaciji iz objektivnih političkih razloga; da u javnosti ove teme nema previše; da se odustalo od tužbe; javnost bi negodovala i reagovala, da je ranije bio za odustajanje od tužbe ali sada sve više smatra da treba ostati pri tužbi ("Politika" 23. februar 2014). Po V. Jovanoviću, Srbija treba da napusti svaku ideju o nagodbi i da iskoristi "svetsku pozornicu" Suda da međunarodnu zajednicu upozna sa genocidom bez primera, koji je izvršen u NDH nad Srbima. Autor smatra da će suđenje pomoći da međunarodna zajednica suštinski stekne pravu predstavu o masovnoj tragediji Srba u NDH i da se objektivnije i nepristrasnije prosuđuje ("Politika" 23. februar 2014).

²¹ A. Popov, T. Klarić, M. Vuković, A. Pejčić, Z. Vujić ("Politika" 23. februar 2014). Navodi mo još neka njihova zapažanja: pamenitije bi bilo da su dogovor postigli ranije jer su i jedni i drugi okrvavili ruke; gubitnici su i jedni i drugi; loše će biti ako se donese presuda u korist jedne zemlje; razgovorima uvek treba dati šansu pre nego što se pokrene neki postupak

²² S. Đorđević "Ironija Haške sudbine", "Politika" 25. mart 2014. (štampan skraćeni tekst).

²³ J. Prodanović "Politika" 10. oktobar 2013 i 13. decembar 2013; M. Rašović 8. novembar i Z. Bekvalić 13. novembar 2013; S. Štrbac: više priloga do sada u listu "Politika". B. Jakšić je malo kritičniji prema daljem vođenju spora: "Hrvatska tužba i srpska protivtužba maksimalno će angažovati obe strane da pokažu valjanost sopstvenih argumenata. Sledi nova velika premetačina istorije, davnije i skorije. Na obostranu štetu ali to je deo čisto neracionalnog političkog folklor" (da li samo to? -primedba S. Đ.). Bez obzira na ishod suđenja neka ostane zapisano tj. da su navedeni zločini genocida 1941-1945 nad srpskim narodom kao sudski dokument u Međunarodnom sudu pravde (istina samo u priloženim aneksima).

svrha ovog suđenja iscrpla time što ni jedan od aktera ovog vremena nije na sceni, ili pak, da ne treba ponovo otvarati stare "istorijske rane".²⁴ Predloži da se traži pomoć od SAD i Evrope su ograničenog značaja.²⁵

U vezi s tim, podsećam da su SAD godinama posle Drugog svetskog rata oklevale da izruče jugoslovenskim vlastima ustaškog ministra unutrašnjih poslova NDH na osnovu Konvencije o izručenju krivaca, zaključene između SAD i Kraljevine Srbije 1903. godine. Izručen je u poslednji čas, potpuno senilan i fizički nesposoban za suđenje.²⁶ Koristiću ovu priliku da pomenem naše profesore A. Vajsa i M. Bartoša od kojih smo o ovim pitanjima za vreme redovnih i poslediplomskih studija imali da čujemo o mnogim problemima za ove važne događaje.²⁷ Prilikom poslednjih susreta predstavnika Hrvatske i Srbije, krajem 2013. i početkom 2014. mogu se zabeležiti neke izjave kojima se potvrđuje da su Hrvatska i Srbija konačno odlučile da ne odustanu od sudskog procesa.²⁸ Navešću i dva reagovanja izložena na samom početku i u toku vođenja rasprave Sudom.²⁹ Notirajmo na kraju i poslednji sastanak predstavnika Srbije, Hrvatske, Crne Gore i BiH u Mostaru, na kome je doneta Deklaracija o nestalim licima. Možda je ovaj

²⁴ A. Roberts, "Politika" 1. decembar 2013.

²⁵ M. Pupovac, "Politika" 1. decembar 2013.

²⁶ M. Bartoš, "Odgovor sudiji Halu", "Politika" br. 14244 od 31. jula 1952.

²⁷ Činimo ovo iz poštovanja prema pomenutim profesorima, čijh se predavanja, mi njihovi studenti i sada posle šezdeset godina rado sećamo. Prof. Milan Bartoš bio je neposredno angažovan u Ministarstvu inostranih poslova FNRJ na izručenju A. Artukovića, najbližeg saradnika A. Pavelića, na čelu tzv. NDH. Prof. Albert Vajs, svojevremeno profesor Opšte istorije država i prava i Istorije civilizacije, kao član jugoslovenske delegacije na suđenju u Nirnbergu 1946. učinio je velike napore na prikupljanju i obradi podataka o počinjenim ratnim zločinama u Drugom svetskom ratu. Njegov doprinos u slanju izveštaja o zapažanjima sa suđenja u Nirnbergu i rad je vrlo pozitivno ocenjen (bliže: J. Lopičić Jančić, "Prof. dr Albert Vajs i Nirnberški proces", Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, 2/2011, str. 381-393; isti autor: Albert Vajs (1905-1964), Život i delo Beograd 2014.

²⁸ Sa hrvatske strane ukazuje se da za povlačenje tužbe postoji strah od javnosti; da će se obe strane suočiti sa mnogim neugodnim stvarima i na jednoj i na drugoj strani; ali i da je Hrvatska na dobrom putu što se tiče uspeha u Hagu; da će se učiniti sve za uspeh Hrvatske pred Sudom ("Politika" 22. oktobar 2013); -Najčistije konačno saopštenje došlo je posle susreta ministarke spoljnih poslova Vlade Hrvatske V. Pusić i premijera Srbije A. Vučića da "nije postignuta saglasnost o uzajamnom povlačenju tužbe i protivtužbe" ("Politika" 25. februar 2014).

²⁹ O. Antić: "... najverovatnije ishod spora je upravo da ni jedna strana neće biti oglašena krivom za genocid, što je rezultat, koji će predstavljati poraz za srpsku stranu, pa i ne ostavlja mesta za radost i hvalisanje" (Pirova pobeda ili potpuni poraz, "Pečat", br. 309 i 310 od 7. i 14. marta 2014); -R. Dmitrović: "Da ovo haško sudovanje ne donese ništa drugo osim međunarodnog pasoša za teoriju o jugoslovenskom sukobu devedesetih kao građanskom ratu, srpska protivtužba je ostvarila svoj cilj" ("Pečat", 909 od 7. marta 2014. -Izveštaji iz Haga, prateći usmenu raspravu pred Sudom obeštavali su javnost o najvažnijim pitanjima u izlaganjima obeju strana u sporu, pokadkad dajući i svoja mišljenja na delove tih izlaganja kao i objavljuju se manji prilozi i napomene vezanim za spor Hrvatska-Srbija skoro svakog dana a kasnije ređe: ("Politika" 3-16; 21, 27-29. mart 2014; 1, 6, 7, 9, 14, 15, 17. april 2014; 5. i 10. maj 2014; 1-3, 21, 26. juli 2014; 4. avgust 2014).

problem ključan u odnosima između Hrvatske i Srbije, ali problem nestalih lica dotiče i druge republike bivše Jugoslavije.³⁰

USMENA RASPRAVA PRED SUDOM (3. MART – 1. APRIL 2014)³¹

Predsednik Međunarodnog suda pravde P.Tomka otvorio je raspravu 3. marta 2014. obaveštavajući Sud, auditorijum i javnost da je pre otvaranja usmene rasprave bilo više sastanaka predsednika Suda sa zastupnicima Hrvatske i Srbije o vremenu i modalitetima za vreme usmene rasprave kao i o drugim prethodnim radnjama pre početka usmene rasprave (delatnost sa svedocima i svedocima-stručnjacima i dr.). Načelno je planirano da se usmena rasprava održi krajem marta ili početkom aprila 2014.

Zastupnici država u sporu preuzeli su obavezu da Sudu saopšte listu svedoka i svedoka-stručnjaka do 1. oktobra 2013. odnosno do 15. novembra 2013; izjave svedoka i jedan pismeni izveštaj kao i druge utvrđene dokumente koji do tada nisu dostavljeni Sudu; imena svedoka koje ne treba saslušavati odnosno imena onih svedoka kao i svedoka-stručnjaka koji treba da podlegnu propitivanju druge strane u sporu.³² Svedoci i svedoci-stručnjaci saslušani su pre početka usmene rasprave od strane Suda. Odluka o zaštiti svedoka i svedoka-stručnjaka kao i njihovih deponovanih dokumenata pomenutih u izveštaju od strana u sporu doneta je 7. februara 2014. Takođe je doneta odluka koliko će svedoka i svedoka-stručnjaka biti angažovano u postupku u raspravama, kao i koji materijali treba da budu dostupni javnosti.

Usmena rasprava obavljena je u dva kruga, unapred određeni radni dani Suda i broj sednica od 3. marta do 1. aprila 2014. Utvrđen je isti broj sednica i vreme izlaganja za predstavnike Hrvatske i Srbije kao i pravo sudija da postavljaju pitanja učesnicima rasprave na Sudu. Prilikom otvaranja usmene rasprave 3. marta 2014. predsednik Suda saopštio je, da s obzirom da u postojećem Sudu nema lica državljanstva ni jedne strane u sporu, saglasno stavu 2. člana 31. Statuta Suda,

³⁰ Beleži se u štampi da je predsednik Republike Srbije T. Nikolić tom prilikom izjavio: "Zahtevam da mi kaže (misli se na predstavnika hrvatske vlasti -primedba S. Đ.) gde je to što traže petstotina ili sedamstotina osoba na teritoriji Srbije. Zna da je to bio razlog zašto Hrvatska nije odustala od tužbe za genocid". Za predsednika Republike Hrvatske I. Josipovića rešavanje pitanje nestalih lica "za hrvatsku vladu predstavlja prioritet". -("Politika" 30. avgust 2014).-Pre nekoliko dana nastao je verbalni spor između I.Josipovića i T.Nikolića u vezi sa pitanjem "ćirilice u srpsko-hrvatskim odnosima".

³¹ Izlaže se hronološki redosled i naslovi sadržaja vođenje rasprave. -Dokumenti iz rasprave objavljeni su na engleskom ili francuskom jeziku, sa prevodima odnosno originalno, korigovani ili ne korigovani i sadrže više stotina strana teksta Cour internationale de Justice, CR 2014/5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24 i 25.

³² Hrvatska je izrazila želju da predstavi devet svedoka i tri svedoka stručnjaka a Srbija pak, pet svedoka i jednog svedoka stručnjaka.

od strana u sporu za sudije *ad hoc* označeni su za konkretni slučaj i to: B. Vukas za Hrvatsku i M. Kreća za Srbiju. Pomenuta lica u svojstvu sudija *ad hoc* učestvovali su za vreme rasprave pred Sudom o prethodnim izuzecima 26. marta 2008. Usmena rasprava je vođena pred Sudom u sledećem sastavu: predsednik Suda Peter Tomka (Slovačka); podpredsednik Suda Bernardo Sepúlveda-Amor (Meksiko); sudije: Husashi Owada (Japan); Ronny Abraham (Francuska); Kenneth Keith (Novi Zeland); Mohamed Bennouna (Maroko); Leonid Skotnikov (Ruska Federacija); Antônio Augusto Cançado Trindade (Brazil); Abdulqawi Ahmed Yusuf (Somalija); Christopher Greenwood (Ujedinjeno Kraljevstvo Velike Britanije i Severne Irske); Xue Hangin (Kina); Joan E. Donoghue (SAD); Giorgio Gaja (Italija); Julia Sebutinde (Uganda); Dalveer Bhandari (Indija), suduje *ad hoc*: Budislav Vukas (Hrvatska) i Milenko Kreća (Srbija); Registrator (greffier) Philippe Couvreur (Belgija).

Slede imena učesnika u rasparavi pred Sudom, hronološkim redom sa naslovima sadržaja njihovih izlaganja:

Crnić-Grotić,³³ zastupnik Hrvatske: uvod, opšte predstavljanje prvog kruga izlaganja, zaključak.

Metelko-Zgombić,³⁴ kozastupnik Hrvatske: politički i istorijski kontekst genocida počinjenog u Hrvatskoj; raspad SFRJ; odbacivanje ustava SFRJ od Srbije, odgovor Srbije na ove činjenice, pobuna Srba podržanih od Beograda.

Lo,³⁵ savetnik Hrvatske: istorijsko-politički okvir genocida u Hrvatskoj (uloga srpskog ekstremnog nacionalizma, uspon srpskog ultranacionalizma, podrška predsednika Miloševića ciljevima ekstremnih nacionalista, veza između srpskog ultranacionalizma i genocida.

Crawford,³⁶ savetnik-advokat Hrvatske: kontrola Srbije nad JNA; kontrola JNA nad srpskim snagama u Hrvatskoj, potčinjavanje JNA srpskom uticaju; politička greška neutralnosti; JNA je naoružavala, kontrolisala i upravljala srpskim snagama u Hrvatskoj; neravnoteža između srpskih i hrvatskih snaga.

Sands,³⁷ savetnik-advokat Hrvatske: Konvencija o genocidu, evolucija Konvencije o genocidu; Drugi svetski rat, Rafael Menkin i Nirnberški proces; istorijski pregled pregovora 1946-1948; konstitutivni elementi zločina genocida; opšta definicija; član II; *actus reus* (predmet zločina) i *mens rea* (posebna namera), u potpunosti ili delom; obaveza sprečavanja i kažnjavanja; potsticanje, pokušaj i složenost geno-

³³ Vesna Crnić-Grotić, profesor međunarodnog prava Univerziteta u Rijeci.

³⁴ Andreja Metelko-Zgombić, ambasador, generalni direktor komunitarnog i međunarodnog prava i konzularnih odnosa Ministarstva spoljnih i evropskih poslova, Zagreb.

³⁵ Helen Law (Lo), advokat, London.

³⁶ James Crawford (Џејмс Крофорд), profesor međunarodnog prava Univerziteta u Kembridžu, advokat, član Instituta za međunarodno pravo.

³⁷ Philippe Sands (Filipe Sends), profesor prava, Univerzitet u Kembridžu, London, advokat.

cida; sporazum sa gledišta da se izvrši genocid; neposredno i javno potsticanje da se izvrši genocid; pokušaj genocida; uloga Suda sa gledišta Konvencije.

Starmer,³⁸ savetnik-advokat Hrvatske: izvođenje dokaza; teret i kriterijumi utvrđivanja dokaza, vrednost odluka ICTY; odsustvo optužbi za genocid pred ICTY; diskreciono ovlašćenje tužioca, priroda odluke da se nastavi sudski postupak gonjenja, razlika između individualne i krivične odgovornosti, odgovornost države.

Špero,³⁹ kozastupnik Hrvatske: uvod u činjenička sredstva predstavljenih od tužioca; kratak prikaz sukoba; konstatacije ICTY; o utvrđivanju faktičkih sredstava utvrđenih činjenica tužioca: M. Martić, J. Stanišić, F. Simatović, M. Mrkšić, M. Radić, V. Šljivančanin, M. Babić; faktički pregled onog što pokazuju činjenice.

Sands, savetnik-advokat Hrvatske: uvod, genocidna delatnost u oblastima okupirane Hrvatske: Istočna Slavonija, Zapadna Slavonija, Banovina, Dalmacija, Kordun i Lika; vođena kampanja optuženog u Hrvatskoj, etnička savršenost kampanje vođene od tuženog; povampirenje, optuživanje i etničko obeležavanje; rđavi postupci činjeni Hrvatima i opšta prisutnost kvalifikacije "Ustaši"; naredba Armije da se napada i uništi hrvatsko stanovništvo, rušenje hrvatskih gradova i sela, odgovornost Srbije sa gledišta Konvencije o genocidu, genocidne aktivnosti JNA, zločini genocida vršeni od utvrđenih srpskih snaga planiranih pod komandom JNA, pomoć u saradnji optuženog, nečinjenje Srbije da spreči genocid.

Sudija *Greenwood* (Grinvud) postavio je pitanje hrvatskoj strani u vezi sa održavanjem sednica Predsedništva Srbije počev od 1991. kao i vršenju funkcija V. Šešelja u tom periodu; sudija Bhandari postavio je pitanje obema stranama o dokaznoj vrednosti izjava s kojima Sud treba da se saglasi uključivši konkretna pitanja o pojedinim vrstama izjava. Zatim sledi sednica Suda sa svedocima i svedocima-stručnjacima Hrvatske sa postavljenjem pitanja druge strane u sporu kao i sudija Međunarodnog suda pravde u cilju pojašnjavanja delova nekih ranije datih uzjava. Podvrgnuti su ispitivanju sledeći svedoci iz Hrvatske: Š. Mesić, A. Buzazin, Kožul i svedok-stručnjak S.Biserko. (pitanja od strane predstavnika Srbije: *Starmer, Jordach i Lukić* a od sudija: *Conçado Trindade i Greenwood*).

Ni Ghálaigh,⁴⁰ savetnik-advokat Hrvatske: genocidna aktivnost Srbije u Istočnoj Slavoniji; Istočna Slavonija u 1991; srpske snage u Istočnoj Slavoniji; šema i priroda vođenih napada pod komandom JNA: blokada, artiljerijski napadi i napadi minobacačima (Tordinci, Nuštar, Bapska, Sotin, Lovas, Bogdanovci); napadi da se preuzme kontrola u selima: Tovarnik, Sotin, Lovas; okupacija sela od paravojnih snaga i drugih srpskih snaga.

³⁸ Keir Starmer (Kir Starmer), advokat London.

³⁹ Jana Špero, šef sektora Ministrstva pravde, Zagreb.

⁴⁰ Blinne Ni Ghrálaigh, advokat. London.

Starmer, savetnik-advokat Hrvatske: uvod u genocidnu delatnost Srbije (Škabrnja, Saborsko); otpor u hrvatskim selima.

Seršić,⁴¹ savetnik-advokat Hrvatske: genocidna delatnost Srbije (Škabrnja, Saborsko), otpor Hrvatske u selima.

Sudija *Conçado Trindade* je postavio pitanje koje se odnosilo na međunarodnu krivičnu odgovornost lica kao i država i istoriju genocida a sudija *Greenwood* u vezi sa nepreciznim predstavljenim podataka od predstavnika Hrvatske u njihovim izlaganjima: prvo, preciziranje cifara, i drugo, takođe u vezi sa brojem stanovništva u Istočnoj Slavoniji.

Sledi sednica na kojoj su ispitivani svedok i svedok-stručnjak Hrvatske: Katić i Grujić. Učestvovali su od strane Hrvatske *Starmer* i Srbije *Lukić* a od sudija *Conçado Trindade*, *Greenwood*, *Donoghue* i *Keith*.

Ni Ghálaigh, savetnik-advokat Hrvatske odgovorila je na postavljeno pitanje sudije *Greenwood*.⁴²

Lapaš,⁴³ kozastupnik Hrvatske: učinjena ubistva u Istočnoj Slavoniji; ubistvo članova hrvatske etničke grupe; zajedničke i individualne grobnice; nestala lica; silovanje i sprečavanje rađanja; tortura; kampovi za zatočenike; deportacija i uslovi opstanka sa gledišta fizičkog uništenja grupe.

Crawford, savetnik-advokat Hrvatske: JNA kao organ *de facto* Srbije; kvalitet države *in statu nascendi* Srbije pre 27. aprila 1992; stav drugih srpskih snaga u Hrvatskoj.

Starmer, savetnik-advokat Hrvatske: pravni osnov odgovornosti tuženog sa razloga povreda Konvencije o genocidu; značaj zaključaka ICTY; minuciozna analiza sredstava tuženog; da li je JNA bila *de facto* organ države Srbije; uloga JNA u kampanji; da li je JNA upravljala i kontrolisala srpskim snagama i paravojnim grupama; da li su učinjene grozote bile prosto izuzeci u toku oružanog sukoba drugim putem zakonitog; zaključak o vidovima slučaja; genocidna namera: predstavljanje sredstava od tužioca.

Sednica iza zatvorenih vrata održana je 6. marta 2014. uz isključenu javnost. Svedoci sa hrvatske strane: P. Milić i I. Krylo u vezi sa ispitivanjem njihovih ranije datim izjavama. Lica koja su postavljali pitanja predstavnici Hrvatske i Srbije P. Milić: *Starmer* i *Jordach* i sudija *Conçado Trindade* kao i isti predstavnici Srbije i Hrvatske i sudije *Greenwood* i *Usuf Krylo*-u.

Starmer, savetnik-advokat Hrvatske: pravna osnova odgovornosti tužene države za kršenje Konvencije o genocidu: značenje "uništenja" u celini ili "delom"; genocid i etničko čišćenje; razlika između motiva i namere; dokazi o nameri; kontekst; konspiracija, planiranje, pokušaj i saučešništvo; nekažnjavanje.

⁴¹ Marija Seršić, profesor međunarodnog prava Univerziteta u Zagrebu.

⁴² Odsustvo sudije *Usuf* iz opravdanih razloga na sednici održane 6. marta 2014.

⁴³ Davorin Lapaš, profesor međunarodnog prava Univerziteta u Zagrebu.

Crawford, savetnik-advokat Hrvatske: nadležnost za događaje pre 27. aprila 1992: uvod, nadležnost *rationae personae*; nadležnost *rationae temporis*: opšta obaveza primenjiva na državu koja nastaje; vremenski period primene Konvencije; obrasci ponašanja; pogodnost (oportunitet): Vukovar, Lovas, Škabrnja i Saborsko; zaključci na osnovu obarazaca ponašanja i pogodnost; nepostojanje optužnice za genocid kod ICTY; zaključak o posebnoj nameri kao genocidu; nesprečavanje izvršenja genocida; vremenski okvir kompromisne klauzule; nije važno kada je Srbija formalno proglašena; dan hrvatske nezavisnosti je nevažan.

Obradović,⁴⁴ zastupnik Srbije: istorijski značaj sadašnjeg slučaja; zahtev tužioca; protivtužba; pravni tim Srbije; plan odbrane.

Schabas,⁴⁵ savetnik-advokat Srbije: tumačenje Konvencije o genocidu u svetlosti presude Suda u 2007. u slučaju “Bosne” i kasnijih događaja; Evropski sud za prava čoveka; Međunarodni krivični tribunal za Ruandu; Međunarodni krivični sud; ICTY.

Obradović, zastupnik Srbije: pitanje elemenata dokaza proizvedenih od tužioca; pojedinačni zahtev tužioca u oblasti vođenja dokaza; ustanovljeni dokumenti sa gledišta instance trebaju biti razmatrani sa zakletvom; odsustvo obaveštenja što se tiče okolnosti u kojim dokumenti imaju biti ustanovljeni; dokazi dogovoreni rečima sa “da” nisu uverljivi; svedoci predstavnika države u korist njihove vlade ne mogu biti uzeti kao slabi; ko može zahtevati svojstvo stručnjaka pred Sudom; odsustvo potpisa na originalu izjava pod zakletvom proizvedene od Hrvatske; utvrđeni dokumenti od hrvatske policije; odgovor na postavljeno pitanje od sudije *Bhandare*; opšti položaj u odnosu na vođenje tužioca.

Zimmermann,⁴⁶ savetnik-advokat Srbije: retroaktivnost; struktura i priroda izuzetka *rationae temporis* podnetih od Srbije; osnovne sudske karakteristike: položaj Hrvatske kao strane Konvencije o genocidu; položaj Srbije kao strane Konvencije o genocidu; nadležnost *ratione materiai* Suda; vremenski značaj obaveza koje proizlaze iz Konvencije o genocidu; odgovarajuća pitanja sukcesije država.

Tams,⁴⁷ savetnik-advokat Srbije: retroaktivnost: argument Hrvatske osnovan na retroaktivnosti Konvencije o genocidu po prirodi stvari ne primenjuje se retroaktivno; član IX Konvencije o genocidu ne podrazumeva polje vremenske primene za događaje pre 27. aprila 1992; odgovornost za ponašanja pre 27. aprila 1992. ne može se preneti na Srbiju; odredbe stava 2. člana 10. Članova Komi-

⁴⁴ Saša Obradović, prvi savetnik ambasade Republike Srbije u Kraljevini Holandiji; raniji pravni savetnik u Ministarstvu spoljnih poslova Srbije.

⁴⁵ William Schabas (Vilijam Šabas), član Kraljevske irske akademije, profesor međunarodnog prava, London; profesor međunarodnog krivičnog prava i prava čoveka, Univerzitet Lajden.

⁴⁶ Andreas Zimmermann (Cimerman), profesor međunarodnog prava Univerziteta u Potsdamu; direktor centra za ljudska prava Univerziteta u Potsdamu; član Stalnog arbitražnog suda u Hagu.

⁴⁷ Christian Tams (Kristian Tams), profesor međunarodnog prava Univerziteta u Glazgovu.

sije za međunarodno pravo u 1992. ne odražavaju međunarodno običajno pravo; uslovi primene stava 2. člana 10. Članova Komisije za međunarodno pravo nisu ispunjeni.

Zimmermann, savetnik-advokat Srbije: stav 2. člana 10. Članova Komisije za međunarodno pravo o odgovornosti država ne može biti naznačen kao osnov za odgovornost Srbije zbog povreda Konvencije o genocidu, niti poveriti predviđenu nadležnost Sudu na osnovu člana IX Konvencije o genocidu u pogledu ranijih događaja pre 27. aprila 1992; po stavu 2. člana 10. Članova Komisije za međunarodno pravo o odgovornosti država ne može se poveriti nadležnost da razmatra događaje na osnovu člana IX Konvencije o genocidu pre 27. aprila 1992; Deklaracija od 27. aprila 1992. ne može imati dejstvo prenosa državne odgovornosti od SFRJ na SRJ; navodne "nastavljene povrede" Konvencije o genocidu; nedostatak svojstva Hrvatske da dela za ono što se tiče prethodnih događaja pre 8. oktobra 1991; navodni argument "prekid".

Schabas, savetnik-advokat Srbije: odgovor na zahtev upućen Komisiji za genocid; priroda razaranja i značenje reči "namera sa uništenjem" po definiciji genocida u Konvenciji o genocidu; nema dokaza o planu ili politici činjenja genocida; nema dokaza o obrascima događaja na osnovu kojih bi se moglo izvući zaključak o genocidnoj nameri; materijali ICTY: slučaj Martić; navodno zaključivanje o genocidnoj nameri: navodi u vezi sa Istočnom Slavonijom i u drugim oblastima; navodno podsticanje i govor mržnje; nekažnjavanje.

Lukić,⁴⁸ savetnik-advokat Srbije: pitanje odgovornosti države; navodna kontrola tužene države nad JNA: pripisivanje na osnovu međunarodnog običajnog prava; JNA nije bila organ tužene države; JNA nije delovala na osnovu instrukcija ili kontrole tužene države; uloga JNA u činjenju navodenih zločina prema nalazima ICTY; zaključci tužene države u svetlu nalaza ICTY.

Ignjatović,⁴⁹ savetnik-advokat Srbije: pitanja odgovornosti države; navodna odgovornost za druge učesnike u sukobu; navodna kontrola vršena od strane JNA; odnos između JNA i snaga hrvatskih Srba; navodna kontrola vršena od JNA nad paravojnim jedinicama; položaj teritorijalne odbrane Srbije; navodna kontrola tuženog nad snagama Srba u Hrvatskoj i paravojnim jedinicama; navodna kontrola pre 27. aprila 1992; navodna povreda obaveze da se spreči i kazni zločin genocida; obaveza sprečavanja; obaveza kažnjavanja; saradnja sa ICTY; postupci za ratne zločine vršene pred sudovima Srbije.

Obradović, zastupnik Srbije: argumenti tužioca o srpskom ekspanionizmu; pojam Velike Srbije ne pokriva genocidnu nameru; nije dokazano da su srpski rukovodioci prihvatili politički program V. Šešelja; tužioc izjednačuje pojmove Velike Srbije i Jugoslavije; granična pitanja; protivtužba; elementi dokaza iznetih od

⁴⁸ Novak Lukić, advokat Beograd; bivši predsednik Udruženja savetnika za odbranu koja se vrši pred međunarodnim krivičnim tribunalom za Jugoslaviju.

⁴⁹ Dušan Ignjatović, advokat, Beograd.

tuženoga; brionski transkript; učinjeni dokazi pred ICTY u slučaju Gotovine; date izjave tuženog; izveštaj Helsinškog komiteta Hrvatske; izveštaj "Veritasa" i lista žrtava operacije "Oluja".

*Jordach*⁵⁰, savetnik-advokat Srbije: rezime izjava svedoka navedenih od tuženog; *Hill*-a i *A. Lesli*-a; B. Suše; M. Sovilja (slučaj Gotovina); -*V. Lukić*: sinteza iskaza i izveštaja svedoka i svedoka-stručnjaka pozvanih od tuženog; J. Ugarković, I. Babić, M. Mrkobrad i svedok-stručnjak S. Štrbac.

Obradović, zastupnik Srbije: operacija "Oluja"⁵¹; činjenice i dokazi; činjenični osnov operacije "Oluja"; značaj istorijskih i političkih događaja; masivni zločini u Hrvatskoj; kontekst: nacionalni, etnički i religiozne mržnje; transkript sa sastanka sa Briona; dokaz o nameri da se uništi grupa krajiških Srba kao takva; ženevski pregovori; vojni vidovi operacije "Oluja"; granatiranje; napadi na kolone izbeglica; masovno ubistvo Srba koji su ostali u Krajini; opšti podaci o žrtvama ubijenih posle operacije "Oluja"; činjenice o ubijanju potvrđuju nameru uništenja grupe krajinskih Srba kao takve; uzrokovanje ozbiljnih telesnih i mentalnih povreda; uslovi života Srba koji su ostali u Krajini; izjave koje izražavaju nameru zločina genocida; nametanje prvih prepreka za povratak Srba; krajinski Srbi kao značajan deo srpske nacionalne i etničke grupe u Hrvatskoj; odgovor na navode; navodna ubistva počinjena od Armije bosanskih Srba; primedbe u vezi ubijanja učinjenog od Armije BiH; primedbe u vezi sa ubijanjem na teritoriji BiH; ishod evakuacije (odlaska).

Jordach, savetnik-advokat Srbije: operacija "Oluja"; pravni osnov odgovornosti tužioca za povrede Konvencije o genocidu; rezime argumentacije tuženoga; predstavljanje argumentacije tuženog; prva faza: generalni plan, stanje duha hrvatskih političkih vođa u vreme planiranog sastanka na Brionima; napad na Maslenu 22. januar 1993; Medački džep 5. septembar 1993; operacija "Bljesak" 1. maj 1995; neraskidiva veza između planiranog premeštanja i razaranja: automatska posledica; razlozi: pokretna snaga i namera; značaj donete presude u slučaju Gotovini i ostalima; druga faza: izvršenje plana; treća faza: napadi vođeni na lica koja nisu izbegla; član III Konvencije o genocidu; član IV: obaveza kažnjavanja genocida.

Schabas, savetnik-advokat Srbije: opvrgavanje argumenata Hrvatske protiv zahteva protivtužbe; suđenje i presuda Gotovini; zločin progona kao zločin protiv čovečanstva; pitanje 200 metara; sastanak na Brionima; Srbi Krajine kao "etnička grupa"; razlozi vojne intervencije u Krajini i ciljevi operacije "Oluja".

Sudija *Conșado Trinide* upućuje obema stranama o nestalim licima i preuzetim merama za njih a sudija *Bhandary* o dokaznoj vrednosti objavljenih zaključaka o "Gotovini" u donetoj presudi prve instance (takođe za obe strane u sporu).

⁵⁰ Wayne Jordash (Vejn Dzordaš), advokat, London.

⁵¹ Odsustvovali sa sednice 13.marta 2014: sudije *Abraham* i *Skotnikov*

Crnić-Grotić, zastupnik Hrvatske: uvod u faktički kontekst; opšte primedbe; zaključci Veća prve instance u slučaju "Gotovina"; zaključci Apelacionog veća; odgovarajuća pitanja vođenja dokaza; činjenički kontekst; razlozi operacije "Oluja": nacrt kojim se teži da stvori "Velika Srbija" pojavila se pre izbora predsednika Tuđmana; srpsko odbijanje mirnog rešenja; operacija "Bljesak".

*Singh*⁵², savetnik-advokat Hrvatske: evolucionini karakter protivtužbe tuženog; operacija "Oluja"; dogovor koji prethodi operaciji "Oluja"; vođenje za vreme operacije "Oluja"; odlazak Srba; odgovor na navode koje se tiču žrtava operacije "Oluje"; Hrvatska nije preuzela cilj za bekstvo srpskih civila; Srbi koji su ostali nisu "sistematski" ubijani; navodna paljanja i razaranja dobara koji su pripadali Srbima; Srbi nisu uzeti za metu posle operacije "Oluja".

Starmer, savetnik-advokat Hrvatske: nikakv genocid nije učinjen protiv Srba u "Republici Srpskoj Krajini" i odgovornost Hrvatske nije angažovana; slučaj "Gotovina"; transkript sa Briona; odsustvo genocidne namere.

Sands, savetnik-advokat Hrvatske: upoređivanje između glavne tužbe i protivtužbe: nikakav genocid nije učinjen za vreme operacije "Oluja"; važna razlika; vremenski i geografski značaj; cilj vojnih borbi; identitet pokretača; postojanje sistematske agresivne politike; primeri mrtvih, teških povreda i motiva razaranja motivisani etničkom pripadnošću; elementi dokaza i dokumenti; zaključci ICTY; namera razaranja; Konvencija o genocidu i presuda doneta 2007. u slučaju "BiH"; Konvencija od 1948; presuda Suda od 2007. slučaj Tolimir.

*Ni Ghrálaigh*⁵³, savetnik-advokat Hrvatske: činjenice i elementi dokaza; činjeni napadi od tuženog protiv elemenata dokaza; izjave svedoka; dokazi dogovaranjem da se kaže: "da"; broj žrtava; suprostavljanje tuženog broju žrtava izvršenih od Hrvatske; broj nestalih lica; upravljani napadi tuženog protiv svedoka-stručnjaka Hrvatske; stavljanje u pitanje uloge JNA u Hrvatskoj od tuženog; srbizacija JNA; potpuna komanda JNA vojnim operacijam u Hrvatskoj; skromnost elementa dokaza; ograničena potvrda o događajima u "Ovčari".

Starmer, savetnik-advokat Hrvatske: pravna odgovornost; šema (pregled); mogućnosti; genocid protiv lica koja su se branila; nedostatak obaveze sprečavanja genocida.

Crawford, savetnik-advokat Hrvatske: stav Srbije: nadležnost i ustupanje; nadležnost da se razreše prethodni događaji pre 27. aprila 1991.

Sudija *Greewood* uputio je pitanje hrvatskoj strani u vezi sa nepotpisanim izjavama svedoka pripojenih tužbi Hrvatske i o njihovom značaju.

Crawford, savetnik-advokat Hrvatske: postojeća (ustanovljena) primena člana IX Konvencije o genocidu; sukcesija odgovornosti; nadležnost na događima posle 27. aprila 1992, uključujući kontinuirano kršenje načela *statu nascendu*; pripisivanje sukoba Srbiji.

⁵² *Anjolie Singh*, član indijske advokatske komore (Delhi).

⁵³ *Blinne Ni Ghrálaigh*, advokat. London.

Crnić-Grotić, zastupnik Hrvatske: daje odgovor na pitanje sudije *Greenwood*.

Opšti zaključak: da Sud presudi i izjavi: da ima nadležnost u svim formalnim zahtevima tužioca i da ne postoji nikakva prepreka prihvatljivosti jedne ili druge između njih; da je optužena odgovorna za povredu odgovarajućih odredbi o genocidu; nabrojavanje tih povreda; za učešće u savezu ovih povreda; da nije preuzela mere da se spreče ovi zločini; da nije pristupila kažnjavanju odgovornih lica; da je zbog svoje odgovornosti obavezna da preuzme mere kažnjavanja i da pruži sva obaveštavanja o nestalim osobama Hrvata i u tom smeru saraduje sa tužiocem druge strane; da vrati sva kulturna dobra; da plati odštetu tužiocu po presudi Suda na osnovu naknadnih podataka tužioca (CR, 23/2014, pp 39-41; Cour internationale de Justice, Communiqué de presse, Le 1 avril 2014).

Obradović, zastupnik Srbije: plan odbrane; pomirenje osnovano na istorijskim činjenicama; elementi dokaza u svetlosti postavljenog pitanja od sudije *Greenwood*; navođenje po kome su Srbi ubijani od Srba.

Cimmermann, savetnik-advokat Srbije: čorsokak koji Hrvatska čini u njenoj sopstvenoj liniji; usvojen stav od trećih država i Sud; odsustvo prekida zaštite; Deklaracija od 27. aprila 1992; sukcesija u oblasti odgovornosti.

Tams, savetnik-advokat Srbije: retroaktivnost Konvencije o genocidu iz njenog člana IX; vremenski značaj Konvencije; vremenski značaj člana IX; argumenti Hrvatske koji se odnose na stav 2. člana 10. Članova Komisije za međunarodno pravo; osvetljena pitanja odbrane u prvom krugu; stav 2. člana 10. utoliko kao pravilo kojim se reguliše ustupanje a ne odgovornost; obaveza kažnjavanja genocida; odsustvo svojstva Hrvatske da dela što se tiče prethodnih događaja pre 8. oktobra 1991; završne napomene.

Jordash, savetnik-advokat Srbije: odgovor na tužbu u svetlosti odluka i presude ICTY; predložena mera tužioca: elementi koji proizilaze od ICTY i drugih dokaza; sudska praksa ICTY; da li odluke i presude ICTY koje se tiču zajedničkog krivičnog poduhvata isključuju pretpostavku zakonitog oružanog sukoba; da li zajednički krivični poduhvat utvrđen u slučaju Martić čini osnovu koja dozvoljava da se zaključi postojanje jednog drugog zajedničkog krivičnog poduhvata koji ujedinjuje Srbe Krajine (Martić, Babić i drugi) i Srbe Beograda (Milošević i JNA, između drugih); izvođenje jednog saveza u ciljevima razaranja; slučaj Martić; slučaj Mrkšić; zaključak: "solidna osnova" na koju se poziva tužilac; tužiočev zahtev da je nenaoružno hrvatsko stanovništvo bez pomoći, žrtve od oružanih Srba; zaključci na osnovu konteksta; obrasci ponašanja; Vukovar; pogodnost.

Schabas, savetnik-advokat Srbije: odbijanje Hrvatske predstavljenih argumenata na sednici u odgovoru na protivtužbu Srbije; planer operacije "Oluja"; *jus ad bellum* i *jus in bello*; donete odluke ICTY u slučaju Gotovine (odgovor na postavljeno pitanje sudije *Bhandrari*); zapažanja tužioca o položaju Apelacionog suda ICTY; brionski transkript; kontekst koji je neposredno prethodio operaciji "Oluja"; napadi na konvoje izbeglica; ubistvo onih koji nisu izbegli; drugi kažnjivi akti; pitanja repatriranih; odgovarajuća pitanja o dokazu; nekažnjivost i održa-

ni postupci u Hrvatskoj; radnje i tumačenje člana 2. Konvencije o genocidu; pitanje nestalih lica; standard dokazivanja; slučaj Tolimir.

Lukić, kozastupnik Srbije: Srbija ne može da bude odgovorna za akte JNA; tužilac nije dokazao da je JNA bila *de facto* organ tužene države; tužilac treba da dokaže da je JNA bila pod upravljanjem i kontrolom tužene države.

Ignjatović, kozastupnik Srbije: pitanje odgovornosti države u svetlu akata različitih učesnika u sukobu; nalazi ICTY i njihova dokazna urednost; kriterijumi iz člana 8. Članova Komisije međunarodno pravo nisu zadovoljavajući akti koji se mogu pripisati tuženoj strani; slučaj genocida kako ga je prikazao tužilac.

Jordash, savetnik-advokat Srbije: kontekst; operacija "Oluja": genocidna kampanja sa gledišta predloženog upoređivanja tužioca; stavljanje po strani pravo; kamuflaža činjenica; vremenski okvir; geografski značaj; cilj oružanih borbi; identitet pokretača; postojanje sistematske agresivne politike; ubistva, teške povrede i razaranja motivisanih etničkom pripadnošću; elementi dokaza: dokazni dokumentarni; zaključci ICTY; namera razaranja.

Obradović, opšti zaključci: "Da Sud izjavi i presudi: (I) da nema nadležnost u vezi sa događajima pre 27. aprila 1992; da su zahtevi Hrvatske za događaje posle 27. aprila 1992. lišeni svakog osnova; da su zahtevi Hrvatske pre 8. oktobra 1991. neprihvatljivi s obzirom da u to vreme Hrvatska nije bila članica Konvencije o genocidu; zahtevi u vezi sa događajima pre 27. aprila 1992. da se odbace u celini iz razloga što su lišeni osnova, pravno kao i činjenično; (II) da Sud presudi i izjavi: da je Hrvatska povredila odgovarajuće odredbe (nabrajanje Konvencije posebno prema nacionalnoj i etničkoj grupi Srba koji žive u Hrvatskoj; da Hrvatska nije pristupila kažnjavanju odgovornih lica za povredu ovih dela; da se preduzmu mere kažnjavanja po određenim odredbama Konvencije; da izmeni svoje zakonodavstvo u pogledu proslave 5. avgusta kao dana uspeha u operaciji "Oluja" i "Dana hrvatske odbrane"; da naknadi štetu kao posledicu međunarodno nezakonitih akata članicama srpske nacionalne i etničke grupe koju bi Sud odredio u kasnijoj fazi; da omogući sve nužne pravne uslove za povratak članovima srpske nacionalne i etničke grupe na svoja ognjišta u Hrvatskoj i obezbedi sva ljudska prava" (CR 25/2014, pp 59-61; Cour internationale de Justice, Communiqué de presse, Le 1 avril 2014).

Starker, savetnik-advokat Hrvatske: protivtužba Srbije-činjenice i elementi dokaza; bombardovanja nisu pogađala civile; kolone izbeglica civila nisu bili meta napada; nikakva genocidna kampanja (sukob) nije učinjena sledstvom operacije "Oluja".

Sands, savetnik-advokat Hrvatske: protivtužba Srbije-pravni argumenti; nestala lica; presuda od 2007. i stav 373.

Crnić-Grotić, zastupnik Hrvatske: protivtužba Srbije; završna zapažanja; kontekst operacije "Oluja"; zaključak Apelacionog veća ICTY u slučaju *Gotovina i ostalih*; predsednik Tuđman⁵⁴.

Zaključak: "da Međunarodni sud pravde izjavi i presudi da zahteve Srbije u protivtužbi, u diplici i u toku usmene rasprave odbaci u celini iz razloga što su lišeni osnove: pravno kao i činjenično".

Predsednik Suda P. Tomka, završavajući usmenu raspravu konstatovao je da je Hrvatska dala završni zaključak o svojim tužbama 21. marta; Srbija odgovor na tužbu Hrvatske i o svojem završnom zaključku u protivtužbi 28. marta i najzad, dat je hrvatski dodatni odgovor što se tiče protivtužbe Srbije 1. aprila 2014; zahvalio se zastupnicima, savetnicima i advokatima za njihove izveštaje; saglasno Pravilniku Suda zamolio je zastupnike stranaka u sporu da ostanu na raspolaganju Sudu za dodatna obaveštenja ukoliko to bude potrebno a koji će inače biti obavešteni na vreme o presudi.

U radovima je izloženo mnogo činjenica i opisa događaja kao i pravnih ocena, sa dosta ponavljanja i na jednoj i na drugoj strani. Verovatno da je sudski postupak to iziskivao.⁵⁵ Može se očekivati da će presuda Suda biti doneta najranije krajem 2014. a verovatnije u prvoj polovini 2015. Preostaje da obe strane u sporu da do donošenja konačne presude, a i posle iste pristupe rešavanju svih nerešenih pitanja proisteklih iz sukoba između njih.

Najzad, pomenimo i to da, s obzirom po članu 88. Pravilnika Suda, strane u sporu, u bilo kom momentu do donošenja konačne presude, mogu pojedinačno ili obostrano odustati od spora i o tome pismeno obavestiti Sud. To bi bilo neuputno a i neostvarivo iz političkih razloga od strana u sporu, imajući u vidu već vođenu raspravu pred Sudom i da je za taj korak bilo dosta vremena. Ovo sve pod uslovom da se pomenuti član 88. Pravilnika Suda protumači tako da se mogućnost odustajanja proteže i na period i od već dovršene usmene rasprave pred Sudom do donošenja konačne presude odnosno saopštenja stranama u sporu. Autoru ovog priloga, iz prakse Stalnog suda međunarodne pravde pre Drugog

⁵⁴ Zastupnik Hrvatske govorio je o ratnim zaslugama F. Tuđmana za vreme i posle Drugog svetskog rata ali ne i o njegovoj odgovornosti za raspad Jugoslavije, nacionalizmu i separatizmu koji su dobili posebno obeležje pre i za vreme sukoba 1991-1995. (F. Tuđman: "Bespuća povjesne zbiljnosti", Zagreb 1989; izjave kao: nacionalna Nezavisna Država Hrvatska bila je izraz istorijskih nastojanja (aspiracije) hrvatskog naroda i da je bio srećan što njegova supruga nije ni jevrejka ni srkinja; ili izjava njegovog ministra spoljnih poslova Šarenica: koji: "smatra Srbe kao rak na stomaku Hrvatske"). Na uzgredne napomene o stanju u NDH i stradanjima Srba (Jasenovac i dr.) koje su izrekli predstavnici Srbije odgovoreno je od predstavnika Hrvatske neuputno i neodgovarajuće. Mišljenja sam, da je ipak bilo potrebno da su zastupnici Srbije kazali neku reč više, bez obzira na ograničenost spora na period od 1991-1995, o korenima zla koji su se posebno izrazili u vreme postojanja NDH, jer bi uzrok sukoba između Hrvatske i Srbije bio razumljiviji za Sud (mada je mnogo od toga dostavljeno Sudu od Srbije sadržano u aneksima).

⁵⁵ Cour internationale de Justice, 25/2014, pp 32-33 Communiqué de presse, Le 1 avril 2014.

odnosno Međunarodnog suda pravde posle Drugog svetskog rata nije poznato da se odustajanje od spora desilo u ovoj vremenskoj fazi.

STEVAN ĐORĐEVIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty of Law, University of Belgrade, retired

EXPECTING JUDGMENT OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE
IN CASE OF CROATIA AND SERBIA CONCERNING APPLICATION
OF THE GENOCIDE CONVENTION

Summary

The work is presented in three sections: In the first section, entitled »Procedural History«, the author describes the course of the written procedure from the beginning of the dispute on July 2, 1999, until the hearing before the Court. The second section entitled »Responding to the states in dispute« contained the response of the authorities of Croatia and Serbia and the public, after the filing of rejoinder (counterclaim) by Serbia (response prior to this date are described in my scientific work published in: »Legal life »12/2011). The agreement on the joint withdrawal of the claim and the counterclaim or withdrawal to resolve the dispute through the courts has not been reached between the parties. In the third section, entitled »An oral hearing before the Court: March 3 -1. April 2014 », in chronological order is listed the names of all participants in the hearing before the Court, with the titles and subtitles of their presentations. I believe that the adjudication and publication of the judgment to the parties and the public can expect the earliest at the end of this calendar year, and more likely in the first half of 2015.

DUŠKO DIMITRIJEVIĆ

SUKCESIJA SFR JUGOSLAVIJE U ODNOSU NA DRŽAVNE ARHIVE

UVOD

U skladu sa rezolucijom Saveta bezbednosti br. 1022 iz 1995. godine, o sporazumnom rešavanju otvorenih pitanja nasleđivanja bivše Jugoslavije, Bosna i Hercegovina, Republika Hrvatska, Republika Makedonija, Republika Slovenija i Savezna Republika Jugoslavija (SRJ), potpisale su u Beču, 29. juna 2001. godine *Sporazum o pitanjima sukcesije Socijalističke Federativne Rerpublike Jugoslavije (SFRJ)*.¹ Zaključenjem Sporazuma, okončan je mukotrpan pregovarački proces započet 27. augusta 1991. godine, pod pokroviteljstvom Mirovne konferencije Evropske zajednice (danas Evropske unije).²

Dr Duško Dimitrijević, direktor i naučni savetnik Instituta za međunarodnu politiku i privredu, Beograd.

¹ Sporazumom o pitanjima sukcesije SFRJ, predviđeno je da isti stupa na snagu 30 dana po deponovanju 5 instrumenta o ratifikaciji (čl. 12). SR Jugoslavija je ratifikovala Sporazum, 1. jula 2002. godine, nakon usvajanja Zakona u oba Veća savezne Skupštine. Hrvatska je poslednja u nizu država sukcesorki SFRJ, koja je ratifikovala Sporazum, 17. marta 2004. godine. Postupak registracije Sporazuma sprovodi se shodno članu 102. Povelje Ujedinjenih nacija, koji omogućava svakoj strani ugovornici da se na Sporazum poziva pred kompetentnim organima svetske organizacije (član 13. st. 2). Videti: "Sporazum o pitanjima sukcesije SFR Jugoslavije", *Službeni list SRJ, Međunarodni ugovori*, br. 6/2002.

² Stručni deo pregovaračkog proces države sukcesorki SFRJ vodile su u okviru specijalne Grupe za ekonomska pitanja, Grupe za sukcesiju i Podgrupe za procenu državne aktive i pasive koja

Predmetna analiza Sporazuma o pitanjima sukcesije SFRJ kojim su utvrđeni osnovni principi i obaveze država naslednica pri imovinskopravnoj deobi nasleđa SFRJ koncentrisana je na analizu Aneksa "D" kojim se reguliše pitanje nasleđivanja državnih arhiva.³ Analiza ukazuje na sadržinu i karakter prihvaćenih rešenja, kako bi se dobila zaokružena slika o njihovoj pravnoj prirodi u svetlosti opšteg međunarodnog prava. Ovde se pre svega misli na saglasnost usvojenih rešenja iz Sporazuma sa pravilima i principima sadržanim u *Konvenciji o sukcesiji država u odnosu na državnu imovinu, arhive i dugove iz 1983. godine*, ali sa principima obuhvaćenim međunarodnom praksom čiju primenu Bečka konvencija u potpunosti ne isključuje.⁴ Budući da objašnjenja za postignuta rešenja u Sporazumu nije moguće interpretirati bez jednog sintetičkog pristupa, analiza se ne ograničava isključivo na analizu sukcesije državnih arhiva, već se odnosi i na značenja pojmova iz oblasti arhivistike koja predstavlja naučnu osnovu za sveobuhvatnije razumevanje pravnih dometa Sporazuma o pitanjima sukcesije SFRJ.⁵

ODREĐIVANJE POJMA DRŽAVNIH ARHIVA

U arhivistici kao naučnoj disciplini koja se bavi proučavanjem principa i metoda zaštite arhivske građe, arhivi se generalno predstavljaju kao, "dokumentarni materijali skupljeni i planski zaštićeni od strane državnih institucija, prav-

su bila radna tela Međunarodne konferencije za bivšu Jugoslaviju (između augusta 1992. godine i decembra 1995. godine). Nakon zaključenja Dejtonskog mirovnog sporazuma, 21. novembra 1995. godine, radna Grupa za sukcesiju nastavila je rad, kao deo strukture za civilnu implementaciju mirovnog sporazuma Konferencije za primenu mira (između decembra 1995. godine i juna 2001. godine), dok je Visoki predstavnik za Bosnu i Hercegovinu preuzeo odgovornost oko sprovođenja pregovaračkog procesa.

³ Sporazum je izdvojen po posebnim Aneksima (Prilozima od "A" do "G") u kojima su bliže razrađena pravna rešenja za sledeće imovinske kategorije: Pokretnu i nepokretnu imovinu; Diplomatsko-konzularnu imovinu; Finansijsku aktivnu i pasivnu (osim diplomatsko-konzularnih nepokretnosti u inostranstvu navedenih u Dodatku Sporazuma); Arhive; Penzije; Ostala prava, interese i odgovornosti; Privatnu imovinu i stečena prava..

⁴ "Vienna Convention on the Succession of States in Respect of State Property, Archives and Debts", *United Nations Documents A/CONF. 117/14, International Legal Materials*, 1983, vol. 22, pp. 306. etc. Konvencija o sukcesiji država u odnosu na državnu imovinu, arhive i dugove nije stupila na snagu (čl. 50). Ova činjenica ne umanjuje značaj Konvencije, jer postoji mogućnost primene pravila sadržanih u Konvenciji nezavisno od njenog stupanja na snagu.

⁵ Duško Dimitrijević, "Sporazum o pitanjima sukcesije SFRJ i nasleđivanje državne imovine", *Pravni život*, 2003, tom IV, br. 12, str. 345–360; *Međunarodno pravo sukcesije država : sukcesija državne imovine s posebnim osvrtom na sukcesiju SRJ Jugoslavije*, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd, 2007, str. 353–358, "Sporazum o pitanjima sukcesije SFRJ i međunarodno pravo", u : *Regulisanje otvorenih pitanja između država sukcesora SFRJ*, IMPP, Beograd, 2013, str. 25–56.

nih ili fizičkih lica, koja se o njima staraju”.⁶ Pored navedenog shvatanja, državna arhiva se i mnogo šire predstavlja kao posebna nepokretna državna imovina koju *in concreto*, sačinjavaju same ustanove i poslovni prostori u kojima su deponovani navedeni dokumentarni materijali i građa namenjena konkretnoj upotrebi.

S obzirom da se arhiva sadrži u različitim pisanim ili nepisanim formama i materijalima koji su sakupljeni od strane pravnih i fizičkih lica u toku obavljanja njihovih aktivnosti, ta građa po pravilu, obuhvata izvorne podatke koji se mogu koristiti u naučne, administrativne ili druge praktične svrhe. U praksi međutim, ne postoji jasna razlika između različitih kategorija arhivske građe tako da dolazi do određenih preklapanja između arhivskih, bibliotečkih, muzejskih, registarskih i sličnih predmeta. Jedini kriterijum koji bi u tim slučajevima mogao biti merodavan a kojim bi se *stricto sensu* ograničilo značenje arhiva bio bi kriterijum koji se odnosi na očuvanje jedinstva i nedeljivosti arhivske građe.

U odnosu na pojam arhiva utvrđen u arhivistici, međunarodno pravo formulisalo je sopstveni pojam arhiva za potrebe sukcesije država.⁷ Tako, za razliku od pojma arhiva prisutnog u arhivistici koji načelno ne razlikuje javne od privatnih arhiva, međunarodnopravni pojam arhiva zadržava se isključivo na državnim arhivima i isključuje iz definicije ustanove i poslovni prostor u kome je dokumentarna građa deponovana radi čuvanja i upotrebe.⁸ Konvencija o sukcesiji država u odnosu na državnu imovinu, arhive i dugove iz 1983. godine, pomenute kategorije ustanova i poslovnog prostora tretira kao *sui generis* državnu imovinu čije je nasleđivanje obuhvaćeno pravilima i principima sadržanim u Delu II Konvencije.⁹

Sam izraz “sva dokumenta, ma kakav bio njihov datum i njihova priroda”, označava dokumenta bilo kakvog sadržaja (političkog, diplomatskog, vojnog, ci-

⁶ Yves Pérotin, “Le concept d’archives et les frontières de l’archivistique”, *Actes de la septième Conférence internationale de la Table ronde des archives: Le concept d’archives et les frontières de l’archivistique*, Direction des archives de France, Imprimerie nationale, Paris, 1963, p. 9; Ernest Posner, “Effects of Change of Sovereignty on Archives”, *Archives and the Public Interest*, Washington, 1967, pp. 168–181.

⁷ U međunarodnoj pravnoj praksi upotrebljavane su različite formulacije koje označavaju državne arhive (npr. arhivi, registri, planovi, dokumenti svake vrste, isprave, spisi, pravni akti, zemljišne knjige, izvodi iz matičnih knjiga, isprave o vlasništvu, isprave o suverenitetu, isprave o cesiji teritorije, i dr.). Videti: *Yearbook of International Law Commission* 1981, vol. II, part 2, p. 51.

⁸ Milenko Kreća, *Međunarodno javno pravo*, Službeni glasnik, Beograd, 2007, str. 286.

⁹ U periodu od 1979. godine, do 1981. godine, Komisija za međunarodno pravo Ujedinjenih nacija u postupku kodifikacije i progresivnog razvoja pravila o sukcesiji država analizirala je pitanja sukcesije državnih arhiva. Jedanaesti izveštaj sadrži šest članova (A, B, C, D, E i F), koji se odnose na pravila o sukcesiji državnih arhiva. Videti: *Annuaire de la Commission de Droit International*, 1979, vol. II, p. 71. (Doc. A/CN. 4/322, add. 1 et 2). Trinaesti izveštaj iznosi različite opservacije vlada članica UN pred Generalnom skupštinom u vezi predloženih nacrti članova. Videti: *Ibid.*, 1981, vol. II, 1re partie (Doc. A/CN. 4/345, add 1 a 3).

vilnog, istorijskog, religijskog, geografskog, zakonodavnog, pravosudnog, administrativnog i dr.), prirode (ručno sastavljena, štampana, crtana, fotografisana, kopirana i dr.), materijala (papirna, od pergamenta, drveta, kamena, stakla, tkanine, voska, filmske trake i dr.) i vlasništva (u vezi sa činjenicom da li čine deo kolekcije ili ne). Što se tiče umetničkih dela, ona nisu obuhvaćena pomenutim izrazom i otuda ne predstavljaju državnu arhivu. Njihov povraćaj regulisan je pravilima o restituciji ili pravilima o sukcesiji državne imovine.¹⁰

S obzirom na iznetu distinkciju koja očigledno postoji između pojma arhiva u arhivistici i u međunarodnom pravu, pojam državnih arhiva ima i nešto zajedničko, a to je, da predstavlja značajan deo nacionalnih identiteta ali i zajedničke kulturne baštine.¹¹

*Opšte odredbe o sukcesiji državne arhive
iz Konvencije o sukcesiji država iz 1983. godine*

Konvencija o sukcesiji država iz 1983. godine u preambuli naglašava da prelazak državnih arhiva države prethodnice ne prejudicira pitanja koja njome nisu regulisana. Iz navedenog rešenja proizilazi da sva otvorena pitanja u vezi nasleđivanja državnih arhiva mogu biti uređena pravilima opšteg međunarodnog prava. Ovo utoliko pre, jer Konvencija nije još stupila na snagu, što *per se*, ne znači da ne postoji obaveza strana ugovornica da je primenjuju, odnosno da ne postoji mogućnost da se pravila sadržana u Konvenciji primenjuju i od strana koje nisu ugovornice Konvencije i to, pre njenog stupanja na snagu, ukoliko se radi o posledicama pravne sukcesije i ukoliko za to postoji identična volja zainteresovanih strana (član 4).

Konvencija u Delu III (članovi 19–31), reguliše pitanje sukcesije državnih arhiva države prethodnice. Članom 21. Konvencije uređeno je pitanje posledica prelaska državnih arhiva tako što prelazak državnih arhiva države prethodnice povlači gašenje njenih prava i rađanje prava države sukcesora nad državnim arhivima koji prelaze na državu sukcesora. Simultani prestanak i nastanak prava za države nije istovremeno determinisan u pogledu obima i vrste prava koja prelaze na državu sukcesora u slučaju nastupanja sukcesije država. U članu 22. Konvencije kao datum nastupanja sukcesije državnih arhiva na državu sukcesora uzima se datum prelaska državnih arhiva sa države prethodnice na državu sukcesora pod uslovom da se države nisu drugačije dogovorile, odnosno da o tome drugačije nije odlučio neki međunarodni organ. Dogovor između zainteresovanih strana

¹⁰ Ibid., p. 51.

¹¹ Wilfried Fiedler, "State Succession", in: Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, 2000, vol. IV, p. 647.

podrazumeva sporazum između države prethodnice i države sukcesorke, ali i svake treće države na čijoj se teritoriji nađe državna arhiva. U praksi postoje mnogobrojni međunarodni ugovori kojima se reguliše prelaz državne arhive u predviđenim rokovima (obično od 3 do 18 meseci).¹²

Konvencija u članu 23. predviđa *in extenso*, prelazak državnih arhiva bez kompenzacije samo ako ne postoji drugačiji sporazum između zainteresovanih država ili ako o tom pitanju drugačije nije odlučio odgovarajući međunarodni organ. U praksi to realno znači da se ostavlja državama da u krajnjoj instanci odlučuju o posledicama sukcesije, čime se principijelno može i derogirati osnovno pravilo o prelazu državne arhive bez naknade.¹³

Budući da sukcesijom država mogu biti povređena prava država koje su neposredno pogođene teritorijalnim izmenama, Konvencija je ostavila mogućnost i da prava trećih država, koje nisu neposredne učesnice u sukcesiji, budu ugrožena. Tako je, odrebom člana 24. predviđeno da sukcesija država neće dirati u državne arhive koje se na datum sukcesije nalaze na teritoriji države prethodnice i koje su, na taj datum pripadale trećoj državi u skladu sa unutrašnjim pravom države prethodnice.¹⁴

Konačno, član 25. Konvencija utvrđuje da se u svrhu primene odredaba o sukcesiji državne arhive, država prethodnica obavezuje da preduzme sve potrebne mere radi sprečavanja oštećenja ili uništenja državne arhive koje prelaze na državu sukcesora. Navedenim rešenjem koje predstavlja sigurnosnu klauzulu, Konvencija upućuje na zaštitu integriteta državnih arhiva. Zaštitne mere ili mere prevencije koje treba da očuvaju jedinstvo i nedeljivost arhivske građe, moraju

¹² Ibid., p. 53.

¹³ S obzirom na usvojeno rešenje može se zaključiti da Konvencija prihvata supsidijarno klauzulu kojom je dopušteno da strane dispozitivno odlučuju o pravnim posledicama prelaza državne arhive, a što predstavlja najpovoljniju opciju u skladu sa principom pravičnosti na kome je koncept sukcesije podržan od strane Komisije za međunarodno pravo koja je radila na kodifikaciji i progresivnom razvoju predmetne materije. U praksi međutim, mogu nastati i poteškoće kada se pojave pravne praznine i kada je neophodno na ispravan način dati tumačenje čitanje ugovornih strana. Pošto odredba ide za rešenjima u unutrašnjem privatnom pravu, koje ne poznaje naknadu ili kompenzaciju kao generalni princip, moguće je tumačiti ovu odredbu i kao suvišnu u tekstu Konvencije, poput odredbe iz člana 11. koja se odnosi na prelaz državne imovine. Videti: "Analytical Compilation of Comments of Governments on the Final Draft Articles on Succession of States in Respect of State Property, Archives and Debts", *Working Paper prepared by Secretariat of the United Nations*, 24. January 1983. (A/CONF.117/5).

¹⁴ Paralelne odredbe u Konvenciji utvrđene su u članu 12. i članu 36, u odnosu na državnu imovinu i dugove. Komisija za međunarodno pravo UN ostala je rigidna u vezi determinacije arhive trećih država po pravu države prethodnice, jer kriterijum sadrži pravila međunarodnog privatnog prava, a potom i obavezuje državu da arhivu kao posebnu formu državne imovine podredi svom teritorijalnom režimu.

biti takve da obezbeđuju siguran i potpun prenos imovine i arhiva na državu sukcesora. Postupanje države prethodnice *mala fide*, povlačilo bi primenu međunarodnih pravnih pravila o odgovornosti države.

Posebne odredbe o prelazu državne arhive iz Konvencije o sukcesiji država iz 1983. godine (slučaj raspada države)

U članu 31. Konvencije o sukcesiji država iz 1983. godine, predviđena su rešenja koja bi se mogla uporediti sa rešenjima prihvaćenim u jugoslovenskim sukcesionim slučajima. Tako, navedena odredba predviđa da, kada se jedna država raspadne i prestane postojati i kada delovi teritorije države prethodnice obrazuju dve ili više država sukcesora, i ako se dotične države sukcesori drugačije ne dogovore:

a) deo državnih arhiva države prethodnice koji treba da se nalazi na teritoriji jedne države sukcesorka radi normalne administracije njene teritorije na koju se odnosi sukcesija država, prelazi na tu državu;

b) deo državnih arhiva države prethodnice osim dela koji je spomenut u tački a), koji se direktno odnosi na teritoriju jedne države sukcesorka prelazi na tu državu.

U stavu 2. člana 31. Konvencije predviđeno je da državni arhivi države prethodnice, osim onih spomenutih u stavu 1, prelaze na državu sukcesorku na pravičan način, vodeći računa o svim relevantnim okolnostima.

U stavu 3. člana 31. dalje se predviđa da će svaka država sukcesorka za svoj deo državnih arhiva države prethodnice pribaviti drugoj ili drugim državama sukcesorima najbolje raspoložive dokaze koji se odnose na osnov sticanja teritorija ili na granice te druge države ili država sukcesora, odnosno raspoložive dokaze koji su potrebni da se razjasni značenje dokumenata iz državnih arhiva države prethodnice koji se odnose na tu drugu državu ili na države sukcesore a koji prelaze na osnovu drugih odredaba ovog člana.¹⁵

U stavu 4. člana 31. Konvencije, regulisano je da sporazumi zaključeni između odnosnih država sukcesora u oblasti državnih arhiva države prethodnice ne smeju povrediti pravo naroda ovih država na razvoj, na informisanje o njihovoj istoriji i kulturnoj baštini.¹⁶

¹⁵ Značenje predmetne odredbe i formulacije o pribavljanju "najboljeg raspoloživog dokaza" u praksi će značiti pribavljanje originala ili reprodukcija. S druge strane značenje formulacije "dokumenata iz državnih arhiva", može obuhvatiti i širi dijapazon dokumentarne građe koja se odnosi na teritoriju koja prelazi sukcesijom. Videti: *Yearbook of International Law Commission* 1981, vol. II, part 2, p. 71.

¹⁶ Pomenuto rešenje upućuje na opšte obavezni karakter načela koja zabranjuju povredu navedenih prava naroda prilikom zaključivanja sporazuma koji se odnose na regulisanje prelaza dr-

Konačno, u stavu 5. pomenutog člana Konvencije, predviđeno je pravilo da svaka država sukcesor isporuči drugoj državi sukcesorki na njen zahtev i o njenom trošku ili na osnovu razmene, odgovarajuće reprodukcije svog dela državnih arhiva države prethodnice povezanih sa interesima te druge države sukcesorke.¹⁷

Na osnovu analize Bečke konvencije iz 1983. godine, ograničene pre svega na ispitivanje posebnih odredbi u vezi sukcesije državnih arhiva za slučaj raspada država, zaključuje se da Konvencija ostavlja potpunu slobodu državama da uređuju svoje međusobne odnose povodom sukcesije na osnovu primene kodifikovanih pravila i principa ili drugih kriterijuma koji bi se mogli pokazati celishodnim tokom sukcesionog procesa. U slučaju sukcesije država nastale disolucijom, princip pravičnosti postavlja granice između kojih se kreću rezultati podela državne arhive na osnovu principa teritorijalnog porekla, funkcionalne veze, teritorijalnosti, nedeljivosti i dr.¹⁸ Navedeni zaključak prisutan je i slučaju sukcesije SFRJ čijom se analizom bavi naredni deo studije.

Opšte odredbe iz Sporazuma o sukcesiji SFRJ

U Preambuli Sporazuma o pitanjima sukcesije SFRJ, potvrđuje se da su Bosna i Hercegovina, Republika Hrvatska, Republika Makedonija, Republika Slovenija i Savezna Republika Jugoslavija, ravnopravne države sukcesorke SFRJ. U tom smislu, na osnovu principa reciprociteta, sukcesorke SFRJ prihvatile su obavezu da shodno unutrašnjem zakonodavstvu, preduzmu sve neophodne mere da bi se obezbedila dosledna primena Sporazuma od nadležnih državnih organa, a u tom cilju, i ostvarenje načela slobodnog pristupa tim organima od strane drugih država sukcesorki i njihovih državljana (član 8). Slično rešenjima iz člana 13. i člana 26. Bečke konvencije o sukcesiji država u odnosu na državnu imovinu, arhive i dugove iz 1983. godine, Sporazum o pitanjima sukcesije SFRJ u člana 2. propisuje

žavne arhive. Kao upućujuća pravila, ova načela su potvrđena u međunarodnoj praksi, posebno u praksi UNESCO-a i konferencija nesvrstanih zemalja.

¹⁷ Valja primetiti da je u informatičkoj eri pribavljanje reprodukcija državnih arhiva umnogome pojednostavljeno, ali da suštinski reprodukcije mogu nadomestiti samo upotrebnu, ali ne i kulturnu i istorijsku vrednost određenih arhiva. S tim u vezi određena dokumentarna građa može biti od značaja za očuvanje kulturnog i istorijskog identiteta naroda. Budući da u međunarodnim odnosima sve više sazreva ideja o međuzavisnosti, jačanje kulturne saradnje u oblasti može se pozitivno odraziti i na povraćaj arhivske građe državama kojima ta građa zaista i pripada po pravu sukcesije. Videti : *Yearbook of International Law Commission* 1979, vol. II, part 2, p. 94, etc.

¹⁸ Trebalo bi ovde možda napomenuti i da su navedeni principi o prelazu državne arhive različito interpretirani prilikom usvajanja nacrtu Bečke konvencije iz 1983. godine. Smatralo se naime, da principi predstavljaju "dnevnu sobu pravne nesigurnosti". Primena principa je zato morala ostati striktna i u skladu sa vezom koja postoji između arhive i teritorije.

obavezu da svaka država sukcesorka mora da preduzme sve neophodne mere zaštite državne arhiva od gubitaka, oštećenja ili uništenja, do konačnih rezultata njihove podele. Time se principijelno naglašava potreba međusobne saradnje država u odnosu na one arhive za koje postoji neposredna zainteresovanost drugih država sukcesorki. Izražavajući spremnost da sarađuju na rešavanju otvorenih pitanja sukcesije državne arhive u skladu sa međunarodnim pravom – države sukcesorke potvrdile su obavezu poštovanja principa pravičnosti na kome između ostalog, počiva i čitava koncepcija o sukcesiji država. Za sprovođenje Sporazuma trebalo bi da bude merodavan i princip uzajamnog poverenja (*bona fide*), iz Povelje Ujedinjenih nacija i opšteg međunarodnog prava (član 9). Usvojenim rešenjem, Sporazum prihvata pravilo sadržano u čl. 3. Bečke konvencije iz 1983. godine, čije je dejstvo ograničeno na posledice sukcesije, koje se ostvaruju u skladu sa međunarodnim pravom i opštim načelima međunarodnog prava sadržanim u Povelji Ujedinjenih nacija.¹⁹

*Posebne odredbe iz Sporazuma o sukcesiji SFRJ
koje se odnose na prelaz državnih arhiva*

Aneks "D" Sporazuma o sukcesiji Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije reguliše pitanja sukcesije državnih arhiva države prethodnice - na državne sukcesorke. Pitanje prelaza državne arhive pretpostavlja utvrđivanje njene sadržine prema pravilima međunarodnog prava. Po definiciji prisutnoj u članu 20. Bečke konvencije iz 1983. godine, prvi uslov da bi se arhiva smatrala za državnu arhivu jeste, da je unutrašnjim pravom države prethodnice takav status propisan. Prihvaćeno rešenje korespondira rešenju usvojenom za državnu imovinu. Drugi uslov je, da je arhivu država prethodnica izradila ili primila u vršenju državnih funkcija. Princip funkcionalne veze otuda je upotpunjen pravilom o čuvanju i kontroli državne arhive.²⁰ Inače, navedeno pravilo potvrđeno je u međunarodnoj ugovornoj praksi.²¹

¹⁹ Santiago Torres Bernardez, "Succession d'États", *Droit International, Bilan et Perspectives*, A. Pedone, Paris, 1991, tome I, op. cit., pp. 417. etc.

²⁰ Države članice Zajednice nezavisnih država (ZND), potpisale su 14 februara 1992. godine, poseban sporazum o povraćaju kulturnih i umetničkih dobara na mesto porekla. Sporazum se poziva na opšte principe međunarodnog prava sadržane u Konvenciji UNESCO, o zabrani ilegalnog unošenja, iznošenja i prenosa kulturnih dobara iz 1970. god.

²¹ Ugovorom iz Sevra od 10. augusta 1920. godine, regulisano je pitanje prelaza državnih arhiva Austro-Ugarske, ustupanjem registara, planova, pravnih dokaza i dokumentacije svih vrsta, građanske, vojne, finansijske, pravne, administrativne prirode. Sen-Žermenskim ugovorom od 6. aprila 1922. godine, Austrija i države sukcesorke su uredile pitanje prelaza državnih arhiva vezanih za teritoriju. Nakon II svetskog rata, mirovnim ugovorom sa Mađarskom, od 10. februara 1947. go-

Sporazum o pitanjima sukcesije SFRJ prihvata kriterijum funkcionalne veze i pod državnom arhivom podrazumeva arhivu SFRJ sastavljenu od dokumenata – bez obzira na datum, prirodu ili vrstu dokumenata i mesto gde se nalaze – dokumenata koji su nastali ili su primljeni od SFRJ i njenih pravnih prethodnika počev od 1. decembra 1918. godine, do 30. juna 1991. godine, u vezi sa vršenjem državnih funkcija i u skladu sa unutrašnjim pravom.

Prethodnim jugoslovenskim saveznim zakonodavstvom o arhivskoj građi, regulisano je čuvanje i kontrola arhive namenjene za bilo koje svrhe (član 1. tačka a).²² Pomenuta arhiva razlikuje se od arhive čuvane u republikama i teritorijalno-administrativnim jedinicama SFRJ, regulisane republičkim zakonodavstvom o arhivskoj građi – bez obzira na datum, prirodu ili vrstu i mesto gde se nalazi, a koja je nastala ili je bila primljena od republika ili teritorijalno-administrativnih jedinica u vršenju njihovih funkcija, kao arhiva u bilo koje svrhe ili za bilo koje potrebe (član 1. tačka b). U pomenutom smislu, “dokumenti za bilo koje potrebe” obuhvataju filmove, audio i video trake i druge zapise, kao i kompjuterske snimke i kulturna dobra.²³

Ako je arhiva izmeštena sa područja republike kojoj je pripadala pre datuma sukcesije, ili je arhiva države prethodnice izmeštena sa njene lokacije, onda shodno međunarodnom principu o teritorijalnom poreklu (*principle of provenance*), arhiva se mora vratiti hitno na njenu pravu destinaciju (član 2). Ovim načinom potvrđeno je pravilo o prelazu državne arhive u slučaju raspada država sadržano u članu 31. stav 1. tačka b. Bečke konvencije iz 1983. godine. Kao što je napred navedeno, ovom odredbom deo državnih arhiva države prethodnice koja se nalazi na teritoriji države sukcesorke, izvan arhive namenjene normalnom vršenju njene administracije, prelazi na tu državu sukcesorku.²⁴ Usvajanjem teritorijalne veze

dine, Jugoslavija je pružila arhivu po teritorijalnom principu. *A contrario*, arhiva stečena po osnovu kupoprodaje, poklona i legata ili arhiva koja je pripadala izvorno Mađarskoj, nije preuzeta. Videti: *Nations Unies Recueil des Traités*, vol. 41, p. 179.

²² “Zakon o arhivskoj građi federacije”, Službeni list SFRJ, br. 11/1986.

²³ Izraz, “dokumenti za bilo kakve potrebe, u bilo koje svrhe”, može se poistovetiti sa izrazom “sva dokumenta, ma kakav bio njihov datum i njihova priroda”, iz čl. 20. Konvencije o sukcesiji iz 1983. godine, a koja obuhvataju dokumente od diplomatske, političke, administrativne, vojne, civilne, religijske, istorijske, ekonomske, pravne, geografske, finansijske i druge državne ili društvene važnosti, na bilo kom materijalu, bez obzira na vlasništvo. Praktično, jedina razlika bi se morala praviti u odnosu na prelaz umetničkih dela od kulturne i istorijske važnosti, za koja važe pravila o sukcesiji državne imovine ili posebna pravila o restituciji. Videti: *Yearbook of International Law Commission*, 1981, vol. II, part 2, p. 51.

²⁴ Nakon što je Island postao samostalan 1918. godine, ali u personalnoj uniji sa Danskom, zaključen je arbitražni sporazum, od 15. oktobra 1927. godine, o recipročnom preuzimanju arhive. Arhive su konačno izdelfene nakon disolucije, 1944. god.

(*territorial origin*), obezbeđuje se prelaz arhive koja se odnosi direktno na teritoriju države sukcesorke. Pomenutim pristupom potvrđuje se stanovište UNESCO, o nužnosti povraćaja arhiva državama kojima arhiva zaista i pripada.²⁵

U široj akciji obnavljanja i zaštite nacionalnog kulturnog blaga u drugoj polovini 20. veka, na iznети način dizajniran je i "Novi međunarodni kulturni poredak",²⁶ Shodno principu o funkcionalnoj vezi (principle of functional pertinence), jedan deo arhiva države prethodnice namenjen normalnom održavanju administracije (tzv. administrativna tekuća i arhivska dokumentacija), po Sporazumu prelazi na državu sukcesorku, bez obzira na njenu trenutnu lokaciju (član 3).²⁷

Najzad, veza između arhive i države sukcesorke može se utvrđivati i prema pravnoj pripadnosti kao što se utvrđuje prema funkcionalnoj vezi.²⁸ Za državu sukcesorku SFRJ postoji generalna dužnost da stavi na raspolaganje ostalim državama naslednicama najbolje raspoložive dokaze iz državne arhive države prethodnice u vezi pravne osnovanosti teritorije, granica i svih drugih značajnih činjenica koje doprinose rasvetljavanju značenja pojedinih dokumenata. Usvajeno rešenje u potpunosti odgovara odredbi iz stava 3. člana 31. Bečke konvencije.²⁹

²⁵ "UNESCO Resolution 4.122", *Records of the General Conference*, 18th Session, Resolutions, Paris, 1974, pp. 68. etc.; "Report by the Director-General UNESCO on the Possibility of Transferring Documents from Archives Constituted within Territory of the Other Countries", 20th Session Documents, 20 C/102 of 24 August 1978, para 18; *Yearbook of International Law Commission*, 1979, vol. II, part 1, p. 93.

²⁶ Mohammed Bedjaoui, *Pour un nouvel ordre économique international*, Unesco, Paris, 1979, p. 253.

²⁷ Badenskom konvencijom od 28. maja 1926. godine, o austrougarskom arhivskom nasleđu, Mađarska je delimično predala istorijske registre (*Registraturen*) austrijskom Burgenlandu i administrativnim jedinicama Sopron (*Odenburg*) i Vas (*Eisenburg*). U pogledu arhive vezane za glavni grad koji je ostao na području Mađarske, arhiva je zadržana, izuzev arhive Eisenstadta i sela inkorporiranih Austriji. Videti: "Onzieme rapport sur la succession d'Etats dans les matieres autres que les traites", *Trente et unieme session Commission du Droit International*, A/CN.4/322/Add.1, 29 mai 1979, p. 7.

²⁸ Prilikom raspada unije Norveške i Švedske, 1905. godine, obe države su zadržale deo državnih arhiva. Centralna arhiva je podeljena shodno principima teritorijalnog porekla i funkcionalne veze. Konvencijom od 27. novembra 1906. godine, arhiva u inostranstvu neposredno je ustupljena diplomatskim agentima. Videti: Edouard Eugène François Decamps–Louis Renault, *Recueil international des traités du XXe siècle, contenant l'ensemble du droit conventionnel entre les États et les sentences arbitrales*, Arthur Rousseau, Paris, 1914, pp. 1050. etc. Protokolom od 25. aprila 1952. godine, Norveška je prenela Švedskoj deo centralnih arhiva unije. Videti: *Yearbook of International Law Commission*, 1981, vol. II, part 2, p. 68.

²⁹ Članom 31. st. 3. Bečke konvencije iz 1983. godine, utvrđuje se da svaka država sukcesorka pribavi drugim državama raspoloživi dokaz u svom delu državnih arhiva države prethodnice, koji ima vezu sa teritorijalnim naslovima ili sa granicama ove države, ili ovih drugih država sukcesorki radi tačnog određivanja značaja dokumenata državnih arhiva države prethodnice koji prelaze na ovu ili ove države.

Sporazum o pitanjima sukcesije SFRJ obezbeđuje prelaz dela državne arhive koja se odnosi direktno na teritoriju jedne ili više država sukcesorki, koja je nastala ili je primljena na teritoriji jedne ili više država sukcesorki, odnosno arhive koja je sačinjena od ugovora za koje je SFRJ bila depozitar. Takođe, prelaz se odnosi i na arhivu, koja je od važnosti za teritoriju ili institucije sa sedištem na toj teritoriji, bez obzira na njihovu trenutnu lokaciju (član 4. tačka a). Sporazum potvrđuje da se raspodela pojedinačno važnih ugovora (npr. originala Ugovora o vodoprivredi između SFRJ i Grčke i Ugovora o čuvanju i obnavljanju graničnih oznaka na jugoslovensko-grčkoj granici iz 1959. godine, imaju odmah ustupiti Makedoniji, dok se original ili potvrđena kopija Osimskog ugovora i sporazuma iz 1975. godine, zajedno sa *travaux préparatoires*, imaju ustupiti Hrvatskoj i Sloveniji, radi daljeg međusobnog sporazumevanja sa Italijom). Kada arhivu valja ustupiti većem broju država sukcesorki, pitanja ustupanja originalne dokumentacije i kopiranja od strane drugih država sukcesorki rešava se sporazumno (član 5). U odnosu na drugu državnu arhivu, pravična podela treba da usledi u roku od 6 meseci od stupanja na snagu Sporazuma.³⁰ *A contrario*, arhiva ostaje u retenciji, kao zajednička baština država sukcesorki uz obezbeđenje slobodnog pristupa i prava reprodukcije, na bazi jednake podele troškova. Sporazumno rešenje pravične podele uključuje poštovanje principa integriteta ili jedinstva državnih arhiva.³¹ Na pomenuti način, omogućava se i sloboda pristupa i sloboda istraživanja državnih arhiva.³²

Ne prejudicirajući gde bi pojedina arhiva trebalo da bude čuvana, Sporazum je utvrdio obaveze za nadležna ministarstva da u roku od 2 godine od njegovog stupanja na snagu, identifikuju liste arhiva kod kojih bi navedeni princip bio merodavan. Saglasnost po pojedinačnim listama potom se ima tražiti u naredna 3 meseca. Isto tako, trebale su da budu identifikovane i prosleđene liste arhiva na-

³⁰ Član 31. stav. 2. Bečke konvencije iz 1983. godine, predviđa da sukcesori preostalu arhivu dele pravično, vodeći računa o svim relevantnim okolnostima, čime se podržava korektivna funkcija principa pravičnosti.

³¹ Član 25. Bečke konvencije iz 1983. godine, pretpostavlja očuvanje celovitosti grupa državne arhive. Princip nedeljivosti (*principle of indivisibility*) može biti narušen u interesu podele arhive namenjene normalnoj administraciji teritorije države sukcesora (član 31. stav 1. tačka b).

³² U prethodnom periodu, pre postizanja Sporazuma o pitanjima sukcesije SFRJ, države sukcesorki zahtevale su podelu saveznih državnih arhiva (Arhiva Jugoslavije, arhivske građe u arhivskim odeljenjima SMIP-a, SMUP-a, Saveznog ministarstva odbrane, Saveznog suda, Ustavnog suda i drugih federalnih institucija). Zanimljivo je, da su sve tražile arhivsku građu Jugoslovenske kinoteke, republičke javne ustanove koja se bavi zaštitom filmske građe, a čiji su fondovi na saveznom nivou izdvojeni republikama 1973. godine. Videti: Jovan P. Popović, "O sukcesiji arhiva na prostorima bivše SFRJ", u: *Sukcesija i kontinuitet Savezne Republike Jugoslavije*, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd, 2000, str. 146–150.

menjene administraciji teritorije, odnosno liste arhiva, koje se direktno odnose na teritoriju jedne ili više država iz člana 3. i člana 4. Sporazuma (član 6). Implementacija Sporazuma omogućava nesmetan pristup jugoslovenskim i republičkim arhivima, bez obzira na njihov datum, pre ili na sam 30. juni 1991. godine (član 7). Izuzetak se pravi u odnosu na tekuću republičku arhivu i arhivu koja je imovina sukcesorki i koja nije regulisana predmetnim Aneksom (član 8).

Iz Aneksa "D" proizilaze određene obaveze za sadašnje vlasnike originalne arhivske građe. Sukcesorke su dobile pravo da takvu arhivu kopiraju, s tim da se troškovi regulišu sporazumno. Time je ovde naizgled odstupljeno od rešenja propisanog u članu 31. stav 5. Bečke konvencije iz 1983. godine, kojim svaka država sukcesorka ima obavezu da drugoj državi sukcesorki stavi na raspolaganje, na njen zahtev i o njenom trošku ili na bazi razmene, odgovorajuće kopije dokumentata svog dela državne arhive države prethodnice, koji se odnosi na interese teritorije te druge države sukcesorke. Iako u Sporazumu o pitanjima sukcesije SFRJ, pomenuto rešenje nije direktno usvojeno, strane su se dogovorile da troškove prenosa arhive snosi sam primalac arhive (član 11. tačka c). Uz navedeno, aktuelni držalac arhivske građe preuzeo je obavezu da svojim aktivnostima doprinese snižavanju troškova ukoliko je to u njegovoj moći (član 11. tačka d). Država sukcesorka koja poseduje arhivu dužna je obezbediti slobodan i jednak pristup arhivskoj dokumentaciji. Mogućnost postoji da dokumentacija potvrđena ili overena od nadležnih organa posluži u dokazne svrhe pred državnim organima države sukcesorke (član 11. tačka f).

Kao posebno rešenje Aneks "D" Sporazuma o sukcesiji SFRJ predviđa povratak privatnih arhiva oduzetih vlasnicima posle 1. decembra 1918. godine, i to, bez plaćanja kompenzacije ili daljeg uslovaljvanja (član 9).³³

Po Sporazumu, sve zainteresovane države mogu preuzeti prava i obaveze iz ugovora SFRJ na snazi, pre datuma sukcesije država, 30. juna 1991. godine, a koja se odnose na restituciju arhivske građe (član 10). U roku od 3 meseca nakon stupanja na snagu Sporazuma o pitanjima sukcesije SFRJ, nadležna ministarstva država sukcesorki imaju obavezu da preduzmu odgovarajuće mere u cilju njegove implementacije.

S obzirom na usvojena rešenja u Sporazum o sukcesiji SFRJ, može se zaključiti da isti uveliko prati pravila utvrđene u Bečkoj konvenciji iz 1983. godine, ali i

³³ U praksi je sporna podela istorijske građe u privatnom vlasništvu. Tako je povodom *Flatey book*, stare islandske legende iz 14. veka, ispisane na pergamentu, o tragičnoj sudbini noveške kraljevine vođen spor. Konačno, knjiga je preuzeta od Islanda, 1971. godine, na osnovu pravosnažne sudske odluke. Videti: "Arne Magnussen's Request", *Ugeskrift for Retsvaesen*, Copenhagen, Hojesteretsdomme (Supreme Court Decision), 18.03.1971, Case n° 68/1970, n° 19, 08.05. 1971, pp. 249. etc; n° 20, 15.10. 1971, pp. 305. etc.

opšta načela o pravu naroda na kulturno nasleđe, razvoj i obaveštenost o sopstvenoj istoriji.

*Posebne odredbe iz Sporazuma o sukcesiji SFRJ
koje se odnose na rešavanje sporova*

Sporazum o sukcesiji SFRJ odbija arbitražu kao merodavnu instancu za konačno rešavanje problema i pitanja vezanih za tumačenje i primenu Sporazuma.³⁴ Sporazumom je usvojena solucija ustanovljavanja Stalnog mešovitog komiteta visokih predstavnika svih država sukcesora, sa zadatkom da nadgleda primenu Sporazuma (član 4).³⁵ Prevladavajuća nadležnost Stalnog mešovitog komiteta je, konsultantska, čime se putem pregovaranja obezbeđuju jasne preporuke vladama država sukcesorki. Za eventualne sporove vezano za tumačenje i primenu Sporazuma, u prvoj instanci rešenje se traži u međusobnim pregovorima. U drugoj instanci, ličnost od autoriteta (član 5. stav 2. tačka a) ili Stalni mešoviti komitet (član. 5. stav 2. tačka b), u hitnom postupku rešava sva sporna pitanja donoseći obavezujuće odluke.

S druge strane, sporove oko tumačenja terminologije ili oko sprovođenja Sporazuma ili bilo kojeg narednog sporazuma namenjenog za njegovo sprovođenje, rešavaju nezavisni eksperti, nedržavljeni strana u sporu, imenovani od strana u sporu ili od strane predsednika Suda za concilijaciju i arbitražu pri Organizaciji za evropsku bezbednost i saradnju (OEBS-a). U nadležnosti eksperata je uređenje procedure uz prethodno konsultovanje sa stranama u sporu, kao i donošenje odluka u hitnom postupku. Procedurom se izuzima praktična primena Sporazuma u odnosu na tumačenja upotrebljenih termina. U pogledu državnih arhiva poseban izuzetak pravi se u pogledu primene člana 6. Aneksa "D" (o podeli preostale državne arhive po principu pravičnosti i uz poštovanje principa integriteta, te moguće retencije arhiva kao zajedničke baštine država sukcesorki).

Imajući u vidu usvojena rešenja vezana za institucionalne mehanizme rešavanja sporova, Sporazum o pitanjima sukcesije SFRJ potvrđuje pravilo o nepovre-

³⁴ Bečka Konvencija iz 1983. godine, na dispozitivnoj osnovi uređuje mogućnost rešavanja sporova u vezi tumačenja i primene Konvencije i to, putem konsultovanja i pregovaranja (čl. 42), izmirenja (čl. 43), sudskog ili arbitražnog postupku (čl. 44) i sporazumevanja (čl. 45). Pomenute odredbe Konvencije ne diraju u prava ili obaveze strana u skladu sa bilo kojom važećom odredbom na snazi, a koja se tiče rešavanja sporova (čl. 46). U Prilogu Konvencije, utvrđena je nadležnost Generalnog sekretara UN kod formiranja komisije za izmirenje, kao i procedure izbora i rada komisije. Odluke komisije zadržavaju karakter preporuka.

³⁵ Republika Srbija je 2010. godine, formirala Međuresorsku radnu grupu za sprovođenje Aneksa "D" Sporazuma o pitanjima sukcesije SFRJ. Videti: Službeni glasnik Republike Srbije br. 21/2010.

divosti stečenih prava, te princip da države sukcesorke ne mogu prejudicirati rešenja u odnosu na sporove po osnovu drugih prihvaćenih međunarodnopravnih obaveza (član 5. stav 5).

DUŠKO DIMITRIJEVIĆ, L.L.M.,
Research Fellow Institute of International politics
and Economics, Belgrade

SUCCESSION SFR YUGOSLAVIA IN RESPECT OF STATE ARCHIVES

Summary

Although State archives originally constituted part of the State property, with their special nature and function, in fact they represent special case in the context of succession of States. In this paper, the author firstly analyzes the meaning of archives in archival science and international law. Starting from the solutions accepted by the Convention on Succession of State Property, Archives and Debts of 1983, the author has analyzed the solutions in the Annex "D" of the Agreement on succession issues of the SFR Yugoslavia concluded at Vienna on 29 June 2001. So called "umbrella Agreement" consist specific provisions with respect to division State archives between five Yugoslav successor States. The Agreement built cooperation mechanism for achieving it effective implementation and for resolving possible disputes. It provides safeguard clauses in respect of protection of archives in which, successor States may have an interest. The parties declare their readiness to cooperate in resolving outstanding succession issues in accordance with general international law, especially with regard of dispositive rules and principles of the 1983 Vienna Convention which one of the basic elements is the unlimited passing of archives that principally or exclusively relate to the territory to which the succession of States relates and passing of archives in an equitable manner, taking into account all relevant circumstances (*principles of territorial origin or provenance, functional pertinence, etc.*). With respect to the solutions adopted in the Agreement it can be concluded that it largely follows the rules set out in the 1983 Vienna Convention, and the general principles of the right of peoples to cultural heritage, development, and information about its history.

MEĐUNARODNOPRAVNI ASPEKT AGRESIJE

U V O D

Pojam agresije vezan je za postanak prvih država odnosno za vreme starog veka. To su bile države Egipat, Asirija, Vavilon, Persija, Grčka, Rim, Indija, Kina i druge. Navedene države su stupale u međunarodne odnose uključujući i ratove, kojih je u to vreme bilo mnogo. Činjenica je da su u to vreme postojali samo začeci međunarodnog prava, ali međunarodno pravo u savremenom smislu reči nije postojalo, iz razloga što nisu postojale međunarodne konvencije ili bilo koji drugi propisi koji bi propisivali načine za vođenje rata, kao i status učesnika u ratu. Ni međunarodno običajno pravo nije postojalo, jer svaka država je primenjivala svoje pravo, a to je bilo pravo sile i pravo jačega.

POJAM AGRESIJE DO IZBIJANJA PRVOG SVETSKOG RATA

Već tada, u starom veku, u pojedinim državama tog vremena nastaju određena pravila i podele koje se odnose na ratove. Tako istočne države Indija, Kina, Persija, Izrael imaju svoja različita pravila i propise u odnosu na antičku Grčku i Rim. Izrael pravi razliku između dobrovoljnih i obaveznih ratova. Dobrovoljni ratovi su se vodili radi proširenje teritorije, tako da podanici nisu bili dužni da u njima učestvuju. Obavezni ratovi su bili odbrambeni ratovi od agresora i u njima

Dr Jelena Đ. Lopičić-Jančić, profesor Fakulteta za diplomatiju i bezbednost, Univerzitet "Union – Nikola Tesla" u Beogradu.

je učešće bilo obavezno. U Indiji rat radi teritorijalnog povećanja nije predstavljao razlog za rat. U Kini rat je bio zabranjen sa zavisnim teritorijama i sa varvarima.¹

U antičkoj Grčkoj za nastajanje rata tražio se uvek nekakav opravdani razlog. U antičkom Rimu takođe se tražio nekakav opravdani razlog (belum justum) za vođenje rata. Nema sumnje da su u starom veku najveći broj ratova bili osvajački ratovi, i sa današnjeg međunarodnog aspekta to su bile klasične agresije, čija je težnja bila osvajanje tuđih teritorija, da je pobednik u tim ratovima pored povećanja teritorije dovodio veliki broj robova, koji su bili besplatna radna snaga, jer je čitav stari vek bio vek robovlasničkog sistema.

U Bibliji se na mnogo mesta navode ratovi koji su bili osvajački, i koji su kao cilj imali osvajanje tuđih teritorija, uništenje određenih gradova, ubijanje ratnih zarobljenika, ranjenika, bolesnika i civilnog stanovništva. Najbolji je primer kada su Rimljani u vreme Punskih ratova između Rima i Kartagine 149. godine pre nove ere osvojili grad Kartaginu, sam grad razorili, najveći deo civilnog stanovništva ubili, a ostatak prodali kao roblje.² Mnogi poznati mislioci, filozofi i pisci starog veka Platon, Seneka, Aristotel, Tukidit, Ciceron, Flavije i drugi u raznim državama, u svojim radovima su bili protivnici ratova i imali su kritički odnos prema osvajačkim ratovima kao i stradanjima civilnog stanovništva, ratnih zarobljenika i ranjenika. Međutim, taj njihov stav i mišljenja nisu doprineli da se donesu bilo kakva pravila o humanizaciji ratova, a pogotovo o zabrani osvajačkih ratova. Zatim, u srednjem i novom veku mnogi poznati mislioci, filozofi, pisci i pravници razvijaju razne teorije o ratovima: Toma Akvinski, Francisko Vitoria, Francisko de Suarez, Balthasar Ayala, Hugo Grotius. Navedeni autori u svojim radovima koji se najviše sastoje u objašnjavanju šta su pravedni a šta nepravedni ratovi, *belum justum*, *justa causa*, kao i prava na rat *jus ad bellum* kao i pravila vođenja rata *jus in bello*.³ Međutim, niko od tih autora toga vremena nije pisao o osvajačkim ratovima, o agresiji, o porobljavanju i okupaciji drugih zemalja, kao i o masovnim ratnim zločinima koji su u tim ratovima vršeni nad civilnim stanovništvom, ratnim zarobljenicima, ranjenicima i bolesnicima.⁴

Srednji vek takođe karakteriše veliki broj ratova, od kojih je većina bila osvajački. Navodimo samo Krstaške ratove koji su pored ostalih ratova obeležili tu epohu. U srednjem veku počinju veliki osvajački ratovi evropskih država koji su trajali sa manjim ili većim prekidima sve do XX veka (Engleska, Francuska,

¹ M. Sukijasović: Pojam agresije u međunarodnom pravu, Beograd, 1967, str. 14–15.

² Biblija: Stari i novi zavet, Beograd, 1992, str. 245, 466, 592; World History, London, 1994, p. 49.

³ Hugo Grotius: The Right of War and Peace, Westport, 1979. pp. 17–21; J. Lopičić-Jančić: Ratni zločini protiv ranjenika, bolesnika i civilnog stanovništva – teorija i praksa, Beograd, 2012, str. 17–18; C.A. Pompe: Aggressive War and International Crime, the Hague, 1953, p. 1–12.

⁴ E. Nis: Poreklo međunarodnoga prava, Beograd, 1895, str. 112–145.

Španija, Portugalija, Holandija, Belgija, Italija, Austrija, Nemačka) u Aziji, Africi i Americi, koje osvojene teritorije i države pretvaraju u svoje kolonije⁵.

U međunarodnom pravu koje je važno sve do početka Prvog svetskog rata smatralo se da je vođenje rata bilo jedno od subjektivnih prava država, s tim što je bilo moralno pravo da se rat ne vodi, ali je dozvoljen. Postojala su određena ograničenja na osnovu međunarodnih konvencija (Haške kodifikacije ratnog prava od 1899. i 1907. godine), s tim što je država morala da u skladu sa međunarodnim pravom objavi rat drugoj državi.⁶

POKUŠAJ DEFINISANJA AGRESIJE POSLE PRVOG SVETSKOG RATA

Pojam agresije u nauci međunarodnog javnog prava bio je poznat u XIX veku, ali praktičnu kodifikaciju dobio je tek posle Prvog svetskog rata u Društvu naroda od 1923. do 1939. godine. Društvo naroda je deklarativno osudilo agresorski rat, ali nije uspelo da formuliše definiciju agresije koja bi bila opšte prihvaćena od strane svih članica Društva naroda. Naime, Društvo naroda je prvi put u istoriji međunarodnih odnosa donelo odluku da je agresija međunarodnopravno zabranjena. Pitanje odgovornosti za izazivanje Prvog svetskog rata i masovne ratne zločine utvrđeno je Versajskim ugovorom iz 1919. godine.⁷

Društvo naroda je u samom *Paktu Društva u članu 10.* navelo kao jednu vrstu ugovora o opštem nenapadanju:

“Članovi Društva se obavezuju da će poštovati i održavati protiv svakog spoljašnjeg napada teritorijalnu celinu i sadašnju političku nezavisnost svih članova Društva. U slučaju napada, pretnje ili opasnosti od napada, Savet se stara o sredstvima kojima će obezbediti izvršenje ove obaveze.”⁸ Tada je prvi put agresija dobila značenje pravnog pojma, što je predstavljalo i pravni osnov za njenu primenu u međunarodnoj praksi, u ratovima i oružanim sukobima da bi se utvrdilo da li je u pitanju agresija ili eventualno odbrambeni rat. Ukoliko bi se utvrdilo da je u pitanju agresija sprovodio se čitav dosta komplikovan postupak da bi se oglasio agresor, tako da Društvo naroda nije bilo efikasno u pogledu proglašenja agresora kao i efikasnog sprovođenja sankcija za agresore.

⁵ F.A. Kirkpatrick: Španski osvajači, Beograd, 1937; Lj. Domazetović: Ratovi novog doba, knjiga I. Razvoj ratnih događanja, Beograd, 1999.

⁶ M. Bartoš: Definicija agresije, u Savremeni međunarodni problemi (rasprave i članci iz međunarodne prakse), Sarejavo, 1955, str. 152.

⁷ S. Jovanović: Konferencija mira i pitanje o ratnoj odgovornosti, Beograd, Zagreb, 1920, Jugoslavenska njiva broj 2, str. 17–19.

⁸ M. Radojković: Definiicija napadača, Beograd, 1934, Arhiv za pravne i društvene nauke knjiga XXVIII, broj 3, str. 192.

Inače, Društvo naroda je usvojilo nekoliko uzajamnih međunarodnih ugovora, navodimo samo najvažnije: Ugovor o uzajamnoj pomoći iz 1923. godine, Protokol za mirno rešavanje međunarodnih sporova kraće nazivan Ženevski protokol iz 1924. godine i Londonski sporazum iz 1925. godine. Posle dugih diskusija i razmatranja u Ženevskom protokolu iz 1924. godine gde se nije mogla usaglasiti jedna kako je tada navedeno “vojnička definicija napadača”, bila je predviđena jedna pravna definicija napadača. U toj definiciji država napadač će biti ona država koja odbija arbitražu ili koja, pošto je arbitražu prihvatila, ne pristaje da izvrši donetu odluku. Iako navedeni Ženevski protokol iz 1924. godine nije bio ratifikovan, pojedini poznati autori tog vremena smatraju da je ova definicija svakako najbolja i da je konačno rešila pitanje napadača.⁹

U kontekstu navedenih međunarodnih ugovora nesumnjivo da je jedan od najvažnijih međunarodnih sporazuma bio *Brijan-Kelogov Pakt iz 1928. godine*.¹⁰ Navedenim Brijan-Kelogovim Paktom u Članu I. bilo je predviđeno:

“Visoke Ugovorne Strane svečano izjavljuju u ime svojih naroda da osuđuju pribegavanje ratu radi rešenja međunarodnog sporova, i da se odriču kao oruđa nacionalne politike u svojim međusobnim odnosima.

U Članu II.: Visoke Ugovorne Strane priznaju da će se raspravljanje i rešenje svih sporova ili konflikata, ma kakve prirode i ma kakvog porekla oni bili, koji bi mogli između njih nastati, svagda rešiti jedino miroljubivim sredstvima.”¹¹

Brijan-Kelog Pakt nije odredio na koji način se utvrđuje koja država je agresor, kao i da ne predviđa sankcije u slučaju prekršene obaveze koje su predviđene u Paktu. Postoji mišljenje nekoliko autora da je Brijan-Kelogov pakt i danas na snazi.¹²

Kraljevina Jugoslavija je ratifikovala Brijan-Kelogov Pakt Zakonom o ugovoru o odricanju na rat 28. januara 1929. godine.¹³

Prvo je Japan 1931. godine izvršio agresiju i okupaciju Mandžurije i ostao nekažnjen od strane Društva naroda.¹⁴ Zatim Japan ponovo, ohrabren nekažnja-

⁹ Luj Le Fir: Međunarodno javno pravo, Beograd, 1934, str. 343–344; dr Miloš M. Radojković: Rat i međunarodno pravo, Beograd, 1947, str. 28–32.

¹⁰ C. S. Rhyne: International Law The Substance, Processes, Procedures and Institutions For World Peace With Justice, Washington, 1971, p. 427.

¹¹ Službene novine Br. 73–XXIX. od 28. marta 1929, str. 416; I. A. Pržić: Kelogov Pakt, Beograd, 1929, Arhiv za pravne i društvene nauke knjiga XVIII, broj 2, str. 126.

¹² V. Đ. Degan, B. Pavišić, V. Beširević: Međunarodno i transnacionalno krivično pravo, Beograd, 2011, str. 197; I. Brownlie: International Law and the Use of Force by States, Oxford, 1963.

¹³ Službene novine br. 73–XXIX, od 28. marta 1929, Zbirka međunarodnih ugovora Ministarstva inostranih poslova, Beograd, 1929, str. 7–12.

¹⁴ M. Krolj: Japansko-kineski sukob, Beograd, 1932, Srpski Književni Glasnik knjiga XXXV, broj 5, str. 139; L'Aggression Japonaise et le Societe des Nations I–II, Geneve, 1937, Bureau de Presse de la Delegation Chinoise.

vanjem 1937. godine vrši agresiju na Kinu koja je članica Društva naroda. Međutim, kada je Italija izvršila agresiju i okupaciju Etiopije 1936. godine, Društvo naroda je proglasilo Italiju kao agresora i uvelo sankcije ekonomskog i finansijskog karaktera, ali su te sankcije bile samo formalnog karaktera i veći broj država (Francuska, Austrija, Mađarska, Albanija, Engleska i druge) se nisu pridržavale tih sankcija. Zatim, dolazi do građanskog rata u Španiji 1936. godine gde Italija i Nemačka učestvuju sa oružanom intervencijom.¹⁵ Tako da je to bio početak urušavanja Društva naroda.¹⁶

Iako je Pakt Društva Naroda odredio da je agresor ona država koja je počela rat na protivpravan način, ipak, čitava procedura utvrđivanja i oglašavanja države agresora je dosta proceduralno komplikovana i dosta spora kao i pitanje sankcija.¹⁷

Londonske konvencije iz 1933. godine predstavljaju još jedan pokušaj davanja definicije napadača kako se u to vreme nazivao agresor van organizacije Društva Naroda. Delegacija Sovjetskog Saveza na čelu sa ministrom inostranih poslova Maksimom Litvinovim¹⁸ su podneli "Nacrt deklaracije o definiciji napadača", u kojoj se navodi nekoliko jasnih i preciznih kriterijuma na osnovu kojih bi se mogao automatski utvrditi napadač. Na osnovu tog Sovjetskog nacrta u Londonu su 3. i 4. jula 1933. godine potpisane dve konvencije o nenapadanju. Obe konvencije sadrže istu definiciju napadača. Prva konvencija je zaključena između Sovjetskog Saveza, Estonije, Letonije, Poljske, Rumunije, Avganistana, Persije i Turske. Druga konvencija je zaključena između Sovjetskog Saveza, Male Antante i Turske.

U pogledu definicije napadača u obe Konvencije u članu 2. se taksativno navodi da će država koja prva bude izvršila jednu od sledećih radnji: "1. Objavu rata jednoj državi, 2. Invaziju pomoću svoje vojne sile, čak i bez objave rata, na teritoriju druge države, 3. Napad svojom suvozemnom, pomorskom ili vazduhoplovnom vojnom silom, čak i bez objave rata, na teritoriju, brodove ili vazduhoplove jedne druge države, 4. Pomorsku blokadu ili pristaništa druge države, 5. Pomoć datu oružanim bandama koje bi, formirane na njenoj teritoriji, upale na teritoriji neke druge države ili odbijanje da mimo zahteva napadnute države preduzme

¹⁵ Ž. Lederer: Značaj londonske konvencije o definiciji napadača, Zagreb, 1934, Mjesečnik broj 5, str. 201; M. Novaković: Osnovi međunarodnoga javnoga prava, knjiga druga, Beograd, 1938, str. 227–228; M. M. Radojković: Rat i međunarodno pravo, Beograd, 1947, str. 14–16.

¹⁶ Inostrani: Između Italije i Engleske, Beograd, 1935, Srpski Književni Glasnik, knjiga XLVI, broj 5, str. 393–396; M. Radojković: Fašistička Italija i Društvo naroda, Beograd, 1935, Srpski Književni Glasnik knjiga XLV, str. 528; L'Aggression de L'Italie contre La Grece, Athens, 1940, Ministère Royal des Affaires Etrangères.

¹⁷ Ž. Lederer: Značenje londonske konvencije o definiciji napadača, Zagreb, 1934, Mjesečnik broj 5, str. 197.

¹⁸ Maksim Litvinov (1876–1951.) sovjetski političar, diplomata, ambasador u Londonu u periodu 1916–1917. godine, ministar inostranih poslova 1930–1939. godine, ambasador u SAD u periodu 1941–1942. godine, a u periodu of 1942–1946. godine zamenik ministra inostranih poslova.

na svojoj sopstvenoj teritoriji sve mere koje od nje zavise da liši pomenute bande svake pomoći i zaštite.”¹⁹

Činjenica je da obe navedene Londonske Konvencije ne predviđaju nikakve sankcije protiv države koja je napadač ili koja je odbila da izvrši jednu arbitražnu ili sudsku odluku. U celini razmatrajući ove Londonske konvencije nesumnjivo je da su one potpunije i sveobuhvatnije dale definiciju napadača u tih pet tačaka i ukoliko se prekrši bilo koji od njih onda je ta država izvršilac napadačkog rata. U teoriji međunarodnog javnog prava, ove Londonske konvencije iz 1933. godine nazivaju se i “Definicija Litvanov-Politis.”²⁰ Naime, poznati grčki naučnik i političar Nikola Politis je doprineo svojom formulacijom da ova konvencija bude izglasana pod okriljem Društva naroda. Inače, ove Londonske konvencije naročito druga bila je univerzalnog karaktera i bila je otvorena i za druge države. Međutim, obe konvencije su ostale samo regionalnog karaktera ograničene samo na države potpisnice. Zatim, primena ovih Konvencija je bila dovedena u pitanje, jer je inicijator i sastavljač navedenih Konvencija Sovjetski Savez 1939. godine napao Finsku, kršeći odredbe Konvencije. Iako ova Konvencija nije ratifikovana, niti je stupila na snagu, ipak u međunarodnim naučnim krugovima ona je veoma pozitivno ocenjena, pa je postojalo “mišljenje da je ona odraz opšteg pravnog shvaćanja civilizovanih naroda i njena definicija napadača predstavlja jedno od opštih načela međunarodnog prava”. Činjenica je da su posle Drugog svetskog rata Međunarodni vojni sud u Nirnbergu i Međunarodni vojni sud u Tokiju primenjivali pravne principe iz ove Konvencije, o pripremanju i izazivanju agresivnih ratova.²¹

Nesumnjivo je da su Društvo Naroda i Brijan Kelogov pakt presudno doprineli da svetska nauka međunarodnog prava između dva svetska rata dosta detaljno razmatra problematiku agresije, iako nije uspela da oformi jednu opšte prihvaćenu definiciju agresije, ali je čitava ta bogata politička i naučna je rasprava postala baza za rad na definiciji agresije posle Drugog svetskog rata. Interesantno je da jugoslovenski i srpski autori koji su pisali o Društvu Naroda i Brijan-Kelogovom paktu, kao i o problematici ratnog prava nisu upotrebljavali naziv i pojam “agresija”, nego “napadač”.²²

¹⁹ M. M. Radojković: Rat i međunarodno pravo, Beograd, 1947, str. 30–31; J. Andrassy: Međunarodno pravo, Šesto izdanje, Zagreb, 1976, str. 551.

²⁰ D. Pindić: Rad na definiciji agresije posle Drugog svetskog rata, Beograd, 1952, Međunarodni problemi broj 5–6, str. 99.

²¹ M. Bartoš: Definicija agresije, Sarajevo, 1955, Savremeni međunarodni problemi (rasprave i članci iz međunarodne prakse), str. 155–156.

²² I. A. Pržić: Kelogov pakt, Beograd, 1929, Arhiv za pravne i društvene nauke knjiga XVIII, broj 2, str. 124–130; M. M. Radojković: Definicija napadača, Beograd, 1934, Arhiv za pravne i društvene nauke, knjiga XXVIII, broj 3, str. 190; Ž. Lederer: Značenje londonske konvencije o definiciji napadača, Zagreb, 1934, Mjesečnik broj 5, str. 195.

UJEDINJENJE NACIJE I DEFINISANJE AGRESIJE

Posle Drugog svetskog rata u jugoslovenskoj i srpskoj literaturi napušten je naziv “napadač” i nastao je naziv i pojam “agresija”. Kao što je poznato, Drugi svetski rat je počeo čitavim nizom agresivnih ratova od strane Nemačke, Italije, Japana, Mađarske, Bugarske i njihovih pomagača. Rezultat ovih agresivnih ratova u kojima je učestvovala 61 država, dok je samo šest bilo neutralno, i koji su prouzrokovali 60 miliona poginulih, 35 miliona ranjenih i neviđena razaranja gradova, naseljenih mesta, privrede i infrastrukture, dobio je epilog pred Međunarodnim vojnim sudom u Nirnbergu²³ i Međunarodnim vojnim sudom u Tokiju.²⁴

Međunarodni vojni sud u Nirnbergu doneo je 1. oktobra 1946. godine presudu kojom je osudio dvadeset dva nacistička nemačka vojna i civila funkcionera za započinjanja agresivnih ratova, zločine protiv mira, zločine protiv čovečnosti i ratne zločine.²⁵

Pošto se u Nirnberškoj presudi na više mesta detaljno i precizno navodi i obrazlaže pojam i definicija izvršenih agresija nacističke Nemačke, u ovom radu ćemo dati samo kraći prikaz i razmatranja navedenih agresija, iz razloga što je to prvi put u međunarodnopravnoj literaturi da se navodi, razmatra i prikazuje pojam i definicija agresije.

U obrazloženju Nirnberške presude se pored ostalog navodi pripremanje za agresiju, gde se komentariše knjiga Adolfa Hitlera “Majn Kampf”, koja je štampana do 1945. godine u preko šest i po miliona primeraka i deljena svima, gde su javno objavljene pripreme i planiranje agresije koje su kasnije i izvršene.²⁶

U Nirnberškoj presudi se navodi: “Da su optuženi planirali i vodili agresorske ratove, predstavljaju krajnje ozbiljnu optužbu. Rat je u suštini zlo. Njegove posledice ne ograničavaju se samo na države koje vode rat, već pogađaju ceo svet. Prema tome, otpočinjanje agresorskog rata nije samo međunarodni zločin, to je najviši međunarodni zločin, koji se razlikuje od ostalih ratnih zločina samo u tome što u sebi sadrži nagomilano zlo svih ovih zajedno.”²⁷

²³ Nirnberška presuda, Beograd, 1948; Q. Wright: *The Law of the Nuremberg Trial*, London, 1965; R.K. Woetzel: *The Nuremberg Trials in International Law*, London, New York, 1960; C. A. Pompe: *Aggressive War an International Crime*, the Hague, 1953, pp. 20–33; M. Milovanović: *Krivično delo agresije između konsenzusa i osporavanja*, Beograd, 2011, *Međunarodni problemi broj 1*, str. 28–31.

²⁴ *The Tokyo Judgment*, *The International Military Tribunal for Far East (I.M.T.F.E.)* 29. april 1946–12. November 1948, Volume I, Amsterdam, 1977; L. Fiedman: *The Law of War a Documentary History*, Volume II, New York, 1972; M. Milovanović: *Krivično delo agresije između konsenzusa i osporavanja*, Beograd, 2011, *Međunarodni problemi broj 1*, str. 31–32.

²⁵ Nirnberška presuda, Beograd, 1948.

²⁶ Nirnberška presuda, Beograd, 1948, str. 48–51.

²⁷ Nirnberška presuda, Beograd, 1948, str. 48–49.

U obrazloženju Nirnberške presude se navodi da su prvi akti agresije bili zauzimanje Austrije 12. marta 1938. godine i 15. marta 1939. godine okupiranja Čehoslovačke. Zatim, je izvršena agresija na Poljsku 1. septembra 1939. godine: "Koji je bio u punom smislu agresorski rat, koji je u određeno vreme trebalo da se razvije u rat koji će obuhvatiti gotovo čitav sveti koji je imao za posledicu izvršenja bezbrojnih zločina, kako protiv zakona i običaja rata, tako i protiv čovečnosti."²⁸ Opšte je poznata činjenica da je agresijom nacističke Nemačke na Poljsku počeo Drugi svetski rat koji je trajao sve do 9. maja 1945. godine.

U pogledu Kelog-Brijanovog Pakta koji su u Parizu 27. avgusta 1928. godine potpisali Nemačka, SAD, Belgija, Francuska, Velika Britanija, Italija, Poljska i druge države, u Nirnberškoj presudi se navodi da je nacistička Nemačka kao potpisnik prekršila ovaj Pakt u svim slučajevima agresorskog rata, za koje je tereti optužnica. Zatim, Nemačka je 26. januara 1934. godine potpisala Deklaraciju o održavanju večitog mira sa Poljskom, koja je imala osnovu i oslonac na Pariški Pakt, i u kojoj je primena sile stavljena van zakona za period od deset godina, a koji je već 1. septembra 1939. godine prekršila agresijom na Poljsku.²⁹

Agresija nacističke Nemačke na Poljsku bila je samo početak čitave serije agresija na sledeće nezavisne evropske države: na Dansku, Norvešku, Jugoslaviju, Holandiju, Belgiju, Luksemburg, Grčku, Englesku, Francusku, Sovjetski Savez i druge.³⁰ Nacistička Nemačka je 7. decembra 1941. godine objavila rat SAD. Jugoslaviju su pored nacističke Nemačke 6. aprila 1941. godine napali: Italija, Mađarska i Bugarska.

Srbija kao država je uvek bila veoma zainteresovana da se na međunarodnom nivou definiše agresija. Razlog za ovu zainteresovanost bila je ta što je Srbija bila do sada tri puta bila izložena agresiji: u Prvom svetskom ratu 1914–1918. godine, zatim u Drugom svetskom ratu 1941–1945. godine. i najzad 1999. godine agresijom 19 država NATO-a. Navedene tri agresije su međunarodno pravno nesporne i predstavljaju klasične primere agresije, koje su imale za posledice ogromne ljudske žrtve i materijalna razaranja.

Svedoci smo da u vreme obeležavanja sto godina od početka Prvog svetskog rata poražene države u Prvom svetskom ratu Austrija, Nemačka, Mađarska, Bugarska i Turska nastoje da izvrše reviziju istorije Prvog svetskog rata, revizuju Versajskog, Trijanonskog, Senžermenskog, Nejskog i Sevrskog ugovora sa jasnim ciljem da se odgovornost i krivica za izazivanje i započinjanje Prvog svetskog rada pripíše Srbiji i Rusiji. U tome imaju podršku određenih političara i naučnika iz Engleske, Francuske i SAD. Smatramo da u tom pokušaju revizije istorije neće us-

²⁸ Nirnberška presuda, Beograd, 1948, str. 68.

²⁹ Nirnberška presuda, Beograd, 1948, str. 84.

³⁰ R. Lemkin: Axis Rule in Occupied Europe, Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress, Washington, 1944, pp. 99–266.

peti, jer jednom za svagda je Versajskim mirovnim ugovorom nepobitno utvrđeno ko je izazivač i krivac, a ko su žrtve tog do tada najstrašnijeg svetskog rata koji je tada nazvan Veliki rat.

Srpska nauka međunarodnog javnog prava je još u XIX veku proučavala i pratila tadašnje međunarodno ratno pravo. Navodimo samo dvojicu najznačajnijih srpskih autora tog vremena: Nastas Petrović³¹ i prof. Gligorije Geršić, koji je bio autor više značajnih i važnih radova iz ove oblasti.³² Zatim, između dva svetska rata ovom problematikom su se bavili dr. Mileta Novaković, dr. Ilija Pržić, dr. Miloš Radojković, dr. Đura Popović i drugi. Posle Drugog svetskog rata ovom problematikom su se bavili pored profesora univerziteta, u višoj ili manjoj meri i brojni naučnici iz naučnih instituta. Navodimo autore bez davanja ocene o njihovom radu ili rangiranju, a koji su dali veliki doprinos razvoju srpske nauke međunarodnog javnog prava kao i prakse iz ove materije: dr. Milan Bartoš, dr. Smilja Avramov, dr. Miloš Radojković, dr. Jurij Andrašić, dr. Vladimir Ibler, dr. Milan Marković, dr. Milan Šahović, dr. Branimir Janković, dr. Obrad Račić, dr. Miodrag Sukijasović, dr. Stevan Đorđević, dr. Momir Milojević, dr. Gavro Perazić, dr. Vojin Dimitrijević, dr. Vladan Vasiljević, dr. Bora Čejović, dr. Ranko Petković, dr. Milenko Kreća, dr. Konstantin Obradović, dr. Miodrag Mitić, dr. Rodoljub Etinski, dr. Boris Krivokapić, dr. Milan Paunović, dr. Dragan Jovašević, dr. Zoran Vučinić, dr. Miodrag Starčević, mr. Nikola Mišljenović i drugi.³³

O najvećoj agresiji posle Drugog svetskog rata izvršenoj u Evropi, agresiji NATO-a na Saveznu Republiku Jugoslaviju, napisano je više knjiga, monografija, zbornika radova, članaka, komentara, rasprava, prikaza i osvrti, gde su iznete, navedene i dokumentovane sve činjenice o agresiji NATO-a kao i masovnim i stravičnim ratnim zločinima koji su tom prilikom izvršeni.³⁴ Činjenica je da tzv.

³¹ N. Petrović: O ratu i ratnom pravu, Beograd, 1876.

³² Gl. Geršić: Današnje ratno pravo za srpsku vojsku a poglavito za pitomce višeg kursa Vojne akademije, Beograd, 1882.

³³ U srpskoj literaturi međunarodnog javnog prava koja se bavila problematikom agresije napisano je relativno dosta radova. Ipak, koliko nam je poznato do su napisane svega dve monografije o agresiji. Prvu je napisao dr. Miodrag Sukijasović: Pojam agresije u međunarodnom pravu, Beograd, 1967. (naučni savetnik Instituta za međunarodnu politiku i privredu u Beogradu, svakako da je autor koji se najviše u srpskoj i jugoslovenskoj nauci međunarodnog javnog prava bavio problematikom agresije. i mr. Nikola Mišljenović: Definicija agresije, Beograd, 1999. Iako se radi o dve zaista odlične i značajne knjige, smatramo da je to obzirom na važnost i aktuelnost teme nedovoljno.

³⁴ Navešćemo samo nekoliko od brojnih knjiga: NATO zločini u Jugoslaviji Dokumenti i dokazi 24. mart–24. aprila 1999, I, Beograd; NATO zločini u Jugoslaviji Dokumenta i dokazi 25. april–10. juni 1999, II, Jugoslovenska revija za međunarodno pravo broj 1–3, Beograd, 1999; Beograd, 1999; Agresija NATO pakta na Saveznu Republiku Jugoslaviju, *Bezbednost*, teorijsko-stručni časopis Ministarstva unutrašnjih poslova Republike Srbije, ratno izdanje, broj 2–3/99, Beograd, 1999; NATO agresija na SR Jugoslaviju 99, Novi Sad, 2000; B. Krivokapić: NATO agresija na Jugoslaviju – sila iznad prava, Beograda, 1999; Sila i pravo: Agresija NATO-a na Jugoslaviju i tumačenja, Urednik M. Gligorijević, Beograd, 1999; Agresija NATO na Jugoslaviju sedam godina posle, Be-

međunarodna zajednica, u stvari države NATO-a i njihovi saveznici i simpatizeri, nastoje da agresiju NATO-a na Saveznu Republiku Jugoslaviju nazovu: humanitarnom intervencijom, bombardovanjem, vazдушnim udarom i sličnim nazivima, na taj način prikrivajući pravi naziv teškog međunarodnog ratnog zločina oružanom agresijom protiv jedne nezavisne države, članice i osnivača Ujedinjenih nacija, koja nikada nije napala ili pretila oružanim napadom na bilo koju državu. Naprotiv uvek je bila žrtva agresija.

Zapanjujuća je činjenica da najveći deo medija u Srbiji počev od Radio televizije Srbije, vodećih dnevnih listova i nedeljnika agresiju NATO-a na Saveznu Republiku Jugoslaviju 1999. godine u najvećem broju slučajeva naziva i danas: bombardovanje, humanitarna intervencija, vazdušni udari i slično. Čak i na retkim spomen pločama gde je obeleženo stradanje civilnog stanovništva navodi se samo bombardovanje, a ne ko ga je izvršio. Skoro sve nevladine organizacije u Srbiji za agresiju upotrebljavaju napred navedenu terminologiju: bombardovanje, vazdušni udari, humanitarna intervencija. Za ove nevladine organizacije je logično objašnjenje za ovakvu terminologiju je to što oni rade po nalogu svojih poslodavaca i finansijera a koji su iz država NATO-a. Međutim, za srpske medije i njihovu falsifikovanu terminologiju je teško je dati objašnjenje za ovu indikativnu pojavu koja opstaje već četrnaest godina.

Smatramo da i pored relativno brojnih radova naših autora o problematiki agresije, potrebno je i dalje proučavati i pratiti pojam kao i definiciju agresije sa međunarodnopravnog aspekta kako u teoriji tako i u međunarodnoj praksi. Ovo iz razloga što se ratovi i dalje vode sa manjim ili većim prekidima u raznim delovima sveta, i da je u pitanju nesumnjivo agresija izazvana od jedne strane u oružanom sukobu. S druge strane sadašnje mlađe generacije nisu dovoljno upoznate sa čitavim istorijatom nastanka agresije kao pojma kao i sa dugim postupkom koji je doveo do definisanja agresije što je još jedan od razloga za dalja proučavanja i istraživanja.

Posle Drugog svetskog rata nastaje dosta intenzivan rad na definiciji agresije, jer do tada nije postojala opšte prihvaćena međunarodna konvencija o definiciji agresije. Rad na definiciji agresije započeo je u Organizaciji Ujedinjenih nacija 1950. godine na Petom zasedanju Generalne skupštine,³⁵ jer je to bila međunarodna organizacija koja je bila organizovana kao antihitlerovska koalicija sa ciljem i principima u borbi protiv agresije nacističke Nemačke, fašističke Italije,

ograd, 2006; "Od agresije do secesije." Povodom 14. godišnjice agresije NATO, Priredio za štampu R. Radinović, Beograd, 2013; The Aggression Consequences of NATO Aggression against the FR Yugoslavia 1999, Belgrade, 2014.

³⁵ M. Sukijasović: Rad Ujedinjenih nacija na definisanju agresije, Beograd, 1969, Godišnjak Instituta za međunarodnu politiku i privredu 1968, str. 1289–1295; Q. Wright: The Prevention of Aggression, American Journal of International Law, July 1956, Vol. 50, No. 3, Washington D.C., p.p. 514–523.

militarističkog Japana i njihovih saveznika i pomagača u Drugom svetskom ratu 1939-1945. godine.

U *Povelji Ujedinjenih nacija* se ne predviđa o pravu države na rat, nego se navodi kao opšta obaveza svih članica da se uzdrže od upotrebe sile ili pretnjom sile u svojim odnosima sa svim državama, pa se navodi već u "Glavi I. i Članu 1. Ciljevi Ujedinjenih nacija su: 1. održanje međunarodnog mira i bezbednosti i u tu svrhu: preduzimanje efikasnih kolektivnih mera radi sprečavanja i otklanjanja pretnji miru i suzbijanju akata *agresije* ili drugih povreda mira, kao i postizanje mirnim sredstvima, a u skladu s načelima pravde i međunarodnog prava, srediavanja ili rešavanja međunarodnih sporova ili situacija koji bi mogli dovesti do povrede mira."³⁶

U članu 51. Povelje Ujedinjenih nacija je jedino mesto gde se navodi o pravu države na rat, predviđajući da Povelja ne umanjuje urođeno pravo na individualnu ili kolektivnu samoodbranu u slučaju oružanog napada protiv člana Ujedinjenih nacija, dok Savez bezbednosti ne preduzme mere potrebne za očuvanje međunarodnog mira i bezbednosti. Praktično na osnovu Povelje Ujedinjenih nacija nastala su nova pravila međunarodnog prava o podeli ratova na agresivne i odbrambene ratove, zatim o ograničenju prava država na samoodbranu kao i o presudnoj ulozi Saveta bezbednosti Ujedinjenih nacija.³⁷

Razume se da se pitanje definisanja agresije postavilo još od samog nastanka Ujedinjenih nacija, ali formalno ovo pitanje je pokrenuto na Petom zasjedanju Generalne skupštine Ujedinjenih nacija 1950. godine, kada se raspravljalo o pravima i dužnostima država za slučaj izbivanja neprijateljstva. Pitanju definisanja agresije se pridavao prorazredni značaj, koji je uvek bio na dnevnom redu različitih organa i tela Ujedinjenih nacija. Međutim, već neposredno posle završetka Drugog svetskog rata nastao je tzv. hladni rat između zapadnih država i Sovjetskog Saveza što je imalo odraza i rad na definisanju agresije. Taj rad na definisanju agresije trajao je sa manjim ili većim prekidima sve do 14. decembra 1974. godine kada je Generalna skupština Ujedinjenih nacija donela Rezoluciju 3314 (XXIX) o definiciji agresije.³⁸

³⁶ Povelja Ujedinjenih nacija i Statut Međunarodnog suda, Ujedinjene nacije – Njujork, Beograd, 1977, str. 7.

³⁷ Povelja Ujedinjenih nacija i Statut Međunarodnog suda, Ujedinjene nacije – Njujork, Beograd, 1977, str. 26–27; M. Bartoš: Definicija agresije, Sarajevo, 1955, Savremeni međunarodni problemi (rasprave i članci iz međunarodne prakse), str. 156–157.

³⁸ M. Sukijasović: Zastoj u radu Ujedinjenih nacija na definisanju agresije, Beograd, 1963, Arhiv za pravne i društvene nauke broj 3, str. 429–434; M. Sukijasović: Agresija najzad definisana, Beograd, 1976, Jugoslovenska revija za međunarodno pravo broj 1–2, str. 125–134; N. Mišljenović: Definicija agresije – magistarska teza, Beograd, 1999, str. 159–163; L. C. Green: The Contemporary Law of Armed Conflict, Manchester, 1993, p. p. 59–60.

Sve države članice Ujedinjenih nacija su bile saglasne da se izvrši definisanje agresije, ali među državama postoji razlika na koji način da se ona definiše. Pre svega velike sile žele da one po političkim kriterijumima u svakom konkretnom slučaju ocenjuju da li je u pitanju agresija ili ne. Naprotiv, male i srednje države imaju sasvim drugi pristup i žele da se agresija pravno definiše i onda tu ne bi moglo da bude dileme i političke kalkulacije velikih sila.

TEKST DEFINICIJE AGRESIJE

Smatramo da je sada prilika da se u ovom kratkom radu našoj stručnoj pa i najširoj javnosti prezentira sam tekst Rezolucije Generalne skupštine Ujedinjenih nacija 3314. (XXIX.) iz razloga što je navedeni tekst koliko nam je poznato, publikovan pre nekoliko decenija u jednom pravnom časopisu, kao i još dve zbirke dokumenata međunarodnog javnog prava i u jednoj knjizi, a koje su davno rasprodate i tako praktično nedostupne široj publici. Pošto su načelno rezolucije Ujedinjenih nacija neobavezne i ne predstavljaju međunarodni ugovor za ratifikaciju, onda i njihovo publikovanje u državama članicama nema nikakav obavezni karakter, sem kratke informacije. Rezolucijom Generalne skupštine Ujedinjenih nacija 3314. (XXIX.) definicija agresije je:

“Generalna skupština,

Razmotrivši izveštaj Specijalnog komiteta za pitanja definisanja agresije, osnovanog primenom njene rezolucije 2330 (XXII.), od 18. decembra 1967. godine, koji se odnosi na rad sedmog zasedanja Specijalnog komiteta, održanog od 11. marta do 12. aprila 1974. godine, i koji sadrži nacrt definicije agresije koji je taj Komitet prihvatio saglašavanjem i preporučio Generalnoj skupštini radi usvajanja.

Duboko ubeđena da bi prihvatanje definicije agresije doprinelo učvršćivanju međunarodnog mira i bezbednosti,

1. Odobrava Definiciju agresije čiji je tekst priložen ovoj rezoluciji;
2. Izražava svoje priznanje Specijalnom komitetu za pitanje definisanja agresije za njegov rad koji je doveo do izrade Definicije agresije;
3. Zahteva od svih država da se uzdrže od svih akata agresije i druge upotrebe sile protivno Povelji Ujedinjenih nacija i Deklaraciji o načelima međunarodnog prava o prijateljskim odnosima i saradnji između država u skladu sa Poveljom Ujedinjenih nacija;
4. Skreće pažnju Savetu bezbednosti na definiciju agresije koja je priložena i preporučuje mu da vodi računa o ovoj Definiciji, kada je to prikladno, za određivanje postojanja akata agresije u skladu sa Poveljom.

2319. plenarna sednica,

14. decembra 1974.”³⁹

³⁹ Jugoslovenska revija za međunarodno pravo, broj 1–2, Beograd, 1976, str. 233.

Prilog

DEFINICIJA AGRESIJE

“Generalna skupština,

Oslanjajući se na činjenicu da je jedan od osnovnih ciljeva Ujedinjenih nacija održavanje međunarodnog mira i bezbednosti i preduzimanje delotvornih kolektivnih mera radi predupređivanja i otklanjanja pretnji miru i suzbijanja akata agresije ili drugog narušenja mira,

Podsećajući da Savet bezbednosti, u skladu s članom 39. Povelje Ujedinjenih nacija, utvrđuje postojanje pretnji miru, narušenja mira ili akata agresije i čini preporuke, odnosno odlučuje o merama koje će se preduzeti u skladu sa članovima 41. i 42. u cilju održavanja ili uspostavljanja međunarodnog mira i bezbednosti.

Podsećajući, takođe, da su države dužne, po odredbama Povelje, da rešavaju svoje međunarodne sporove mirnim sredstvima kako međunarodni mir, bezbednost i pravda ne bi bili dovedeni u pitanje.

Imajući u vidu da ništa u ovoj Definiciji neće biti tumačeno da na bilo koji način dira odredbe Povelje koje se odnose na dužnosti i ovlašćenja organa Organizacije Ujedinjenih nacija. Smatrajući isto tako da je agresija najozbiljniji i najopasniji oblik nedozvoljene upotrebe sile koji u sebi skriva, pri postojanju svih vrsta oružja za masovno uništavanje, moguću pretnju od svetskog sukoba sa svim njegovim kobnim posledicama i da je, dakle, pri tom stanju potrebno definisati agresiju.

Ponovo potvrđujući dužnost država da ne pribegavaju upotrebi oružane sile radi lišavanja naroda njihovog prava na samoopredeljenje, slobodu i nezavisnost, ili radi ugrožavanja teritorijalne celokupnosti. Ponovo potvrđujući takođe da je teritorija jedne države nepovrediva i da ne može biti predmet, čak ni privremeno, vojne okupacije ili drugih nasilnih mera koje bi druga država preduzela kršeći Povelju, i da neće biti, od strane druge države, predmet prisvajanja koje bi proisteklo iz takvih meri ili iz pretnji njihovom upotrebom.

Potvrđujući ponovo odredbe Deklaracije o načelima međunarodnog prava koja se tiču prijateljskih odnosa i saradnje između država u skladu s Poveljom Ujedinjenih nacija.

Ubeđena da bi prihvatanje jedne definicije agresije trebalo da ima za posledicu da obeshrabri mogućeg napadača, olakšalo utvrđivanje akata agresije i sprovođenje mera podobnih za njihovo suzbijanje i dozvolilo očuvanje prava i zakonitih interesa žrtve i pružanje pomoći istoj.

Ceneći da je, mada pitanje postojanja akata agresije treba da bude razmotreno vodeći računa o svim okolnostima svakog slučaja, ipak poželjno formulisati osnovna načela koja će poslužiti kao putokaz za utvrđivanje njegovog postojanja.

Prihvata sledeću Definiciju agresije:

Član 1.

Agresija je upotreba oružane sile jedne države protiv suvereniteta, teritorijalne celine ili političke nezavisnosti druge države, ili koja na ma koji drugi način nespojiva s Poveljom Ujedinjenih nacija kako to proističe iz ove Definicije.

Član 2.

Upotreba oružane sile protivno Povelji od strane države koja joj prva pribegava predstavlja na prvi pogled dovoljan dokaz o aktu agresije, mada bi Savet bezbednosti mogao zaključiti, shodno Povelji, da utvrđivanje izvršenja akta agresije ne bi bilo opravdano vodeći računa o drugim okolnostima, podrazumevajući činjenicu da akti u pitanju ili njihove posledice nemaju veći značaj.

Član 3.

Svaki od niže nabrojanih akata, bez obzira da li je došlo ili ne do objave rata, sjedinjuje, sa ogradom odredaba člana 2. i u skladu s njima, uslove akta agresije:

a) Invazija ili napad na teritoriju jedne države od strane oružanih snaga druge države, ili svaka vojna okupacija, čak i privremena, koja proizide iz takve invazije ili napada, ili svaka aneksija teritorije ili dela teritorije druge države upotrebom sile; b) Bombardovanje teritorije jedne države od strane oružanih snaga druge države, ili upotreba ma kog oružja od strane jedne države protiv teritorije druge države; c) Blokada luka ili obala jedne države od strane oružanih snaga druge države; d) Napad oružanih snaga jedne države na kopnene, pomorske ili vazduhoplovne snage ili trgovačku mornaricu i civilno vazduhoplovstvo druge države; e) Upotreba oružanih snaga jedne države koje se nalaze na teritoriji druge države s pristankom države prijema protivno uslovima predviđenim u sporazumu ili svakom produžavanju njihovog prisustva na teritoriji u pitanju posle okončanja sporazuma; f) Činjenica da jedna država dozvoljava da njenu teritoriju, koju je stavila na raspolaganje drugoj državi, ova poslednja koristi za izvršenje akata agresije protiv treće države; g) Upućivanje od strane jedne države ili u njenoj ima oružanih bandi ili grupa, neredovnih snaga ili najamnika koji protiv druge države vrše akte oružane sile toliko ozbiljno da se sa gore nabrojanim aktima, ili činjenica ozbiljnog angažovanja u jednoj takvoj akciji.

Član 4.

Nabrajanje gornjih akata nije ograničeno, a savet bezbednosti može i druge akte nazvati aktima agresije shodno odredbama Povelje.

Član 5.

1. Nikakvi razlozi bilo koje prirode, političke, ekonomske, vojne ili druge ne mogu opravdati agresiju.

2. Agresorski rat je zločin protiv međunarodnog mira. Agresija povlači međunarodnu odgovornost.

3. Nikakvo sticanje teritorije niti kakva posebna korist koje proisteknu iz agresije nisu dopušteni niti će biti priznati kao takvi.

Član 6.

Ništa se u ovoj Definiciji neće tumačiti kao da na ma koji način proširuje ili sužava domašaj Povelje, podrazumevajući njene odredbe o slučajevima u kojima je upotreba sile zakonita.

Član 7.

Ništa u ovoj Definiciji, a posebno član 3., ne bi moglo ni na koji način naneti štetu pravu na samoopredeljenje, na slobodu i nezavisnost, kako ono proističe iz Povelje, naroda koji su toga prava silom lišeni a na koje upućuje Deklaraciju o načelima međunarodnog prava koja se tiču prijateljskih odnosa i saradnje među državama u skladu s poveljom Ujedinjenih nacija, osobito naroda pod kolonijalnim ili rasističkim režimima ili drugim oblicima strane vlasti; kao i prava tih istih naroda da se bore u tom cilju i da traže i dobiju podršku, shodno načelima Povelje i u skladu s navedenom Deklaracijom.

Član 8.

U njihovom tumačenju i njihovoj primeni prethodne odredbe su međusobno povezane i svaku odredbu treba tumačiti u vezi s drugim odredbama.⁴⁰

Analizirajući Definiciju agresije u članu 1. data je sama definicija agresije "Agresija je upotreba oružane sile jedne države protiv suvereniteta, teritorijalne celine ili političke nezavisnosti druge države, ili koja je na ma koji drugi način nespojiva sa Poveljom Ujedinjenih nacija kako to proističe iz ove Definicije." Ovaj član 1. je svakako opšta formulacija, koja predstavlja definiciju oružane agresije. Pošto se ona odnosi samo na oružani vid agresije, ona se ne odnosi na pojmove ekonomske, ideološke, propagandne, kulturne agresije kao i na druge moguće vrste agresije. Takođe se ne odnosi i na pretnju silom.⁴¹

Član 2. predviđa upotrebu oružane sile protivno Povelji od strane države koja prva upotrebi oružanu silu i predstavlja na prvi pogled *prima facie* dovoljan dokaz da je u pitanju agresija, ali Savet bezbednosti može zaključiti na osnovu Povelje konačnu odluku da li je u pitanju agresija. Ovaj član predstavlja kompromis koji se sastoji u tome što je prvo otpočinjanje upotrebe sile uneto kao *prima facie* kao dokaz i objektivni element, ali kao su-

⁴⁰ Jugoslovenska revija za međunarodno pravo, broj 1–2, Beograd, 1976, str. 233–237.

⁴¹ M. Sukijasović: Agresija najzad definisana, Beograd, 1976, Jugoslovenska revija za međunarodno pravo broj 1–2, str. 127–128; J. Andrassy: Međunarodno pravo, Šesto izdanje, Zagreb, 1976, str. 551–552; A. Kaseze: Međunarodno krivično pravo, Beograd, 2005, str. 130–132; B. Čejović: Međunarodno krivično pravo opšti i posebni deo, Beograd, 2006, str. 256–258; F. Starčević: Definicija agresije, Beograd, 1974, Međunarodna politika, broj 578, str. 10–12.

bjektivni element namera je prećutno navedena kao “druge okolnosti” na šta su insistirale zapadne zemlje.⁴²

U članu 3. navedeno je nabranje svih akata, ukupno sedam, bez obzira da li je došlo ili ne do objave rata što predstavlja agresiju. To su: a) Invazija ili napad oružanih snaga jedne države na teritoriju jedne države, ili svaka vojna okupacija, makar i privremena koja proizide iz takve invazije ili napada, ili aneksija teritorije ili dela teritorije druge države upotrebom sile; b) Bombardovanje teritorije neke države od strane odružanih snaga druge države, ili upotreba ma kog oružja od strane jedne države protiv teritorije druge države; c) Blokada luka ili obala jedne države od strane oružanih snaga druge države; d) Napad oružanih snaga jedne države na kopnene, pomorske ili vazduhoplovne snage ili trgovačku mornaricu i civilno vazduhoplovstvo druge države; e) Upotreba oružanih snaga jedne države koje se nalaze na teritoriji druge države s pristankom države prijema protivno uslovima predviđenim u sporazumu ili svako produžavanje njihovog prisustva na teritoriji u pitanju posle okončanja sporazuma; f) Činjenica da jedna država dozvoljava da njenu teritoriju, koju je stavila na raspolaganju drugoj državi, ova poslednja koristi za izvršenje akata agresije protiv treće države; g) Upućivanje od strane jedne države ili u njeno ime oružanih bandi ili grupa, neredovnih snaga ili najamnika koji protiv druge države vrše akte oružane sile toliko ozbiljno da se izjednačuju sa gore nabrojanim aktima, ili činjenica ozbiljnog angažovanja u jednoj takvoj akciji. Navedeni pobrojani akti u članu 3. Definicije dosta su zasnovani na poznatoj definiciji Litvanov-Polis iz 1933. godine, uz izvesne izmene i preinačenja.⁴³

Član 4. Definicije navodi da nabranje akata u članu 3. nije ograničeno i da Savet bezbednosti može i druge akte nazvati aktima agresije shodno odredbama Povelje. To praktično znači da je Savet bezbednosti ima neograničena ovlašćenja i diskrecionu ocenu u pogledu određivanja agresije. Svakako da stalni članovi Saveta bezbednosti mogu korišćenjem prava veta da ponište odluku ostalih članova Saveta bezbednosti, što se u dosadašnjoj dugogodišnjoj praksi događalo.

U članu 5. stav 1. Definicije predviđeno je da nikakvi razlozi bilo koje prirode, političke, ekonomske, vojne ili druge ne mogu opravdati agresiju. I ovaj stav 1. preuzet je iz definicije Litvanov-Politis iz 1933. godine. U stavu 2. predviđeno da je agresija zločin protiv međunarodnog mira i povlači međunarodnu odgovornost. Stav 3. predviđa da nikakvo sticanje teritorije niti kakva posebna korist koje proisteknu iz agresije nisu dopušteni niti će biti priznati kao takvi.

Član 6. predviđa predviđa slučajeve dopuštene upotrebe sile i reguliše odnose između Definicije i Povelje, tako da se u Definiciji neće tumačiti kao da na ma koji način proširuje

⁴² M. Sukijasović: Agresija najzad definisana, Beograd, 1976, Jugoslovenska revija za međunarodno pravo broj 1–2, str. 130–131.

⁴³ M. Sukijasović: Agresija najzad definisana, Beograd, 1976, Jugoslovenska revija za međunarodno pravo ,broj 1–2, str. 128–129; J. Andrassy: Međunarodno pravo, Šesto izdanje, Zagreb, 1976, str. 553–554; D. Jovašević: Međunarodno krivično pravo, Niš, 2011, str. 225–226; Z. Stojanović: Međunarodno krivično pravo, peto izdanje, Beograd, 2006, str. 166–168.

ruje ili sužava domašaj Povelje, podrazumevajući njene odredbe o slučajevima u kojima je upotreba sile zakonita.

Član 7. Definicije predviđa pravo na borbu za ostvarenje prava na samoopredeljenje. Ova odredba predstavlja slabu formulaciju Definicije. Zapadne države smatraju da borba za ostvarivanje prava na samoopredeljenje ne uključuje upotrebu oružane sile, nego da se tim narodima u toj borbi pruža samo politička i moralna pomoć.

Član 8. Definicije predviđa tumačenje Definicije kao i njihovoj primeni predhodne odredbe koje su uzajamno povezane i da bi svaku odredbu trebalo tumačiti u vezu sa drugim odredbama.

Razmatrajući Definiciju agresije koja je definisana Rezolucijom Ujedinjenih nacija 3314. (XXIX) iz 1974. godine sa političkog kao i sa međunarodno pravnog aspekta može se konstatovati da je u pitanju veoma važna i značajna definicija, iako je ona doneta u formi Deklaracije, gde ima samo snagu preporuke a ne obaveznosti, i da pored svih nepotpunih formulacija i slabosti, nesumnjivo je da je za ovih četrdeset godina postojanja opravdala svoje postojanje. Iako ova Definicija agresije predstavlja samo definiciju oružane agresije samo po članu 39. Povelje Ujedinjenih nacija, a ne i definiciju oružane agresije uopšte, ipak ona se može u praksi primeniti shodno Povelji Ujedinjenih nacija.⁴⁴

ZAKLJUČAK

Sigurno da bi bilo interesantno istraživanje kod kojih je država članica Ujedinjenih nacija navedena Definicija agresije koja je doneta u vidu Rezolucije 3314. (XXIX) od 14. decembra 1974. godine implementirana u krivične zakonike ili druge zakone. Srbija je u svoj Krivični zakonik unela u članu 386. kao krivično delo Agresivni rat.⁴⁵

Svakako da je Definicija agresije generalno doprinela učvršćivanju međunarodnog mira i bezbednosti kao i daljem razvoju međunarodnog prava, jer ona ima osnov na opšte usvojenom međunarodnom pravnom pravilu o zabrani upotrebe sile. Razume se da bi značaj i važnost Definicije agresije bio daleko značajniji i važniji da je ista bila uneta u jednu multilateralnu međunarodnu konvenciju gde bi njena pravila predstavljala međunarodno pozitivno pravo i obavezu za države potpisnice konvencije.⁴⁶

⁴⁴ M. Sukijasović: Agresija najzad definisana, Beograd, 1976, Jugoslovenska revija za međunarodno pravo broj 1–2, str. 133–134; V. Ibler: Rječnik međunarodnog javnog prava, Drugo, izmenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb, 1987, str. 7–8.

⁴⁵ Krivični zakonik, Šesto izmenjeno izdanje, Beograd, 2014, str. 211.

⁴⁶ M. Sukijasović: Agresija najzad definisana, Beograd, 1976, Jugoslovenska revija za međunarodno pravo broj 1–2, str. 134.

JELENA Đ. LOPIČIĆ-JANČIĆ, Ph.D.,
Professor, Faculty of Diplomacy and Security
University "Union –Nikola Tesla" in Belgrade

INTERNATIONAL LAW ASPECTS OF AGRESSION

Summary:

This article deals with the international law aspects of aggression, from the ancient times to the present day. The aggression occurred with existence of first states, but its definition was not regulated until the 14th December 1974, when the United Nations by its Resolution 3314. (XXIX) brought the definition. The issue of the definition of aggression was discussed in the League of Nations after First World War, but the definition was not made. After the Second World War, the United Nations began in 1950 in its various committees and bodies the work on the new definition of aggression, which in a major or minor interruptions lasted until 1974, when aggression is finally defined. The definition of aggression by the United Nations in the form of a Resolution is not binding, but it is recommendation of UN to member states and to all other states to enter the definition into their legislation. The definition of aggression is not perfect, it is incomplete, there are plenty of defects, but still represents a very important and significant international act in determination and definition of aggression and the first and only one in the history of mankind.

ISTORIJSKI ZALIVI U MEĐUNARODNOM JAVNOM PRAVU

U V O D

Pravo mora, po ocjenama mnogih istaknutih međunarodnih pravnika je dio međunarodnog javnog prava zasnovan na običajnom pravu što je potvrđeno u kodifikacionim pravnim dokumentima krajem pedesetih godina prošlog vijeka. Rad na ovoj kodifikaciji prava mora započeo početkom pedesetih godina kada je pripremljen Nacrt konvencija o pravu mora u okviru Komisije za međunarodno pravo Ujedinjenih nacija.

Godine 1958. održana je Prva međunarodna konferencija UN o pravu mora kada su usvojene sljedeće konvencije i to: 1) Konvencija o teritorijalnom moru I spoljnom pojasu; 2) Konvencija o otvorenom moru; 3) Konvencija o epikontinentalnom pojasu; 4) Konvencija o ribolovu I očuvanju bioloških bogatstava otvorenog mora. Sve navedene konvencije dobile su potreban broj ratifikacija i stupile su na snagu. U njima su zastupljena običajna pravna pravila u prilično velikoj mjeri ali su pored toga vidljivi tragovi progresivnog razvoja međunarodnog javnog prava. Međutim, i pored velikog značaja koji ovi dokumenti imaju jedan broj važnih pitanja je ostao neriješen kao što su: širina teritorijalnog mora, prava na resurse morskog dna na velikim dubinama, istorijske vode i istorijski zalivi. Široki legislativni zahvati u ovim dokumentima su poslije brojnih konferencija i raznovrsnih aktivnosti legislativnog karaktera u periodu od 1973. do 1982, pod okriljem Ujedinjenih nacija, zamijenjeni Konvencijom o pravu mora. Ova konvencija je otvo-

rena za potpis na Jamajci 1982. godine. Pristigao je veliki broj ratifikacija država (preko 170). Nažalost SAD koje su bile jedan od najvećih pobornika za njeno usvajanje odbile su da je potpišu. Istakli su kao razlog neadekvatno rešenje za minerale i rude na dnu mora i okeana na velikim dubinama sadržano u dijelu XI Konvencije. Neuobičajeno u prilikama, kada je postignuta velika saglasnost među gotovo svim državama svijeta, da izostane podrška SAD. Uprkos tome, Konvencija je dobila dovoljan broj ratifikacija i stupila je na snagu 16 novembra 1994. godine. Na početku su uglavnom razvijene industrijske zemlje imale po njihovom mišljenju opravdane prigovore. Nakon izvjesnog prilagođavanja i konsultacija kod Generalnog sekretara UN 1994. godine, Butros Butros Galija sklopljen je Sporazum o Implementaciji Dijela XI Konvencije. Taj novi Sporazum stupio je na snagu 1996. godine i dobio preko 90 ratifikacija. Pri tome, valja imati u vidu da su novi sporazum i stari tekst Konvencije iz 1982. godine nekonzistentni i u njima izostaje veoma poželjna legislativna koherencija. Međutim i pored toga Konvencija iz 1982. godine je zbog svoje opširnosti i sveobuhvatnosti od pojedinih autora nazivana Ustavom okeana.

Cjelovito izlaganje pravnih režima morskih pojaseva u obliku ovog tipa naučnog rada nije moguće. Stoga se čini opravdanim nastojanje da se prikaže samo jedan segment kao što su npr. Istorijski zalivi. Prije izlaganja o istorijskim zalivima čini se uputnim da se kaže nešto o unutrašnjim morskim vodama.

UNUTRAŠNJE VODE

Unutrašnjim vodama se smatraju vode koje leže unutar teritorije države kao što su rijeke i jezera, estuari, ušća rijeka i zalivi. Država na njima vrši isključivu jurisdikciju i može ako želi to da uradi, zabraniti plovilima drugih država da u njih ulaze. Ove vode prostiru se od baznih linija od kojih se mjeri teritorijalno more ka kopnu. Nerijetko se pogotovo u engleskom jeziku upotrebljavaju termini bay ili golf pri čemu je prvi termin označava manji a drugi veći zaliv. Iako postoje razna shvatanja o tome vrlo je rašireno mišljenje da bay prije obuhvata specifični status pojedinih zaliva nego li razliku u veličini. Međutim, kada je riječ o istorijskim pravima ona se ne pojavljuju samo kada su u pitanju istorijski zalivi nego i u morskim djelovima koji se odnose na arhipelag, vode između arhipelaga i matičnog kopna, moreuza i razuđenih ušća rijeka. Vidljiva je tendencija, da se ove vode koje nijesu zalivi, nazivaju istorijskim ali to ipak nije opšteprihvaćeno.¹ Tokom 19. vijeka javljaju se naponi da se potpunije uredi pravni status zaliva i bazne linije za određivanje teritorijalnog mora.² U tom pravcu sačinjeni su brojni pred-

¹ Vidi potpunije: Document A/CONF. 13/1.

² O tome svjedoče: Francusko-engleska konvencija o ribolovu iz 1839. godine i Konvencija o ribolovu u Sjevernom moru iz 1982. godine. Oba dokumenta predviđala su širinu teritorijalnog

lozi o načinu određivanja baznih linija. Čini se, ipak, da je bila dominantna intencija da se teritorijalno more u zalivima ne računa povlačenjem baznih linija od kopna (od obalnog dijela). Preovladalo je shvatanje da one trebaju biti povučene u vidu zamišljene poprečne linije koja spaja najisturenije djelove kopna I zatvara ulaz u zaliv.

ZALIVI

Mišljenja nijesu podijeljena kada je riječ tome da li su vode zaliva unutrašnje vode pogotovo ako su pod suverenitetom samo jedne države. Međutim, kada je riječ o tome što konstituše zaliv prisutne su brojne konfrontacije i različita mišljenja. Geografski zaliv je udubljenje u obalnom dijelu državne teritorije. U međunarodnopravnom smislu mora ispunjavati određene uslove koji se tiču širine ulaza, površine i suvereniteta na njegovim obalama. Da bi obalno udubljenje bilo zaliv potrebno da bude veće od polukruga kojemu je poluprečnik crta povučena preko ulaza u zaliv ili da je najmanje iste površine kao taj polukrug.

Da bi obalno udubljenje bilo zaliv potrebno da bude veće od polukruga kojemu je poluprečnik crta povučena preko ulaza u zaliv ili da je najmanje iste površine kao taj polukrug i da širina ulaza (linija poluprečnika) za vrijeme niske vode ne prelazi 24 nautičke milje. Ukoliko je površina veća ili manja takvo udubljenje neće se smatrati zalivom već će se povući crta za određivanje teritorijalnog mora.

U daljem tekstu ukazaćemo na nekoliko specifičnih slučajeva bez pretenzije da se cjelovito prikaže ovaj problem, jer to nije objektivno moguće zbog velikog broja specifičnih pravnih režima u zalivima širom svijeta. Stoga ćemo prvo prikazati samo pojedine karakteristične slučajeve kada je u pitanju samo jedna suverena vlast koja pretenduje na isključivu jurisdikciju i drugo kada su u pitanju dva ili više suverenih subjekata sa sličnim ili istim pretenzijama. Pri tome je vrlo važno utvrditi da li su istorijski zalivi dio unutrašnjih ili teritorijalnih voda odnosno pojasa teritorijalnog mora. Riječ je o različitim pravnim rezimima. Postoji bitan i značajan interes u međunarodnom javnom pravu koji se vezuje za teritorijalno more, a to je neškodljivi prolaz za strane brodove.³ Pri tome, valja zaključiti da povlačenje linija teritorijalnog mora od strane država ima značajne geografske odlike i determinante ali i brojne kontroverze koje se tiču odgovornosti u sferi policijskih poslova, određivanja plovnih ruta, šteta tokom navigacije, organizacije spasilačke službe, itd.⁴

mora 10 milja. Konvencija o teritorijalnom moru iz 1958. i Konvencija o moru iz 1982. godine predviđaju širinu teritorijalnog mora do 24 milje. Citirano prema Henkin, op. cit., p. 1937.

³ Vidi porpunije: Jessup P.C: *The Law of Teritorial Waters and Maritime Jurisdiction*, 1927.

⁴ Vidi popunije: Henkin and others, *International law, Cases and materials*, 2001, p. 1395-1396.

U naprijed spomenutom Fisheries Case (United Kingdom v. Norway) ova druga se pozivala na svoj Dekret iz 1935. godine kojim je delimitirala svoje sjeverne teritorijalne vode na taj način što je povukla ravne linije od najjisturenijih djelova teritorije najudaljenijih ostrva.

PROTEK VREMENA POTREBAN ZA NASTANAK PRAVILA

Kako riješiti pitanje koje vrijeme je potrebno da bi steklo pravo na naslov istorijski zaliv ili istorijske vode donekle ukazuju razni izrazi upotrebljeni u pravnim dokumentima kao što su: "odvajkada" "potvrda tokom vremena" "dugi vremenski period" "uhodan". Slabe strane svih ovih izraza leže u tome što su oni mahom neprecizni. Postoje i drugi izrazi posebno u odlukama sudova i radovima nekih naučnika koji istina sugeruraju dugi vremenski period ali jasno ne ukazuju na njegovo egzaktno trajanje.

Pojedini autori ističu vrijeme zastaraelosti kao osnov ali se pritom ne uzima u obzir fakat da se svaki slučaj u međunarodnom javnom pravu poseban.⁵ Prema mišljenju Sir G. Fitzmaurice potreban je razuman protok vremena nužan da se formiraju istorijska prava, jer je u konkretnom slučaju glavna uloga istorijskog elementa da uključi saglasnost drugih država kroz njihovu neaktivnost tokom protoka vremena koje bi morale proteći da ta prava budu priznata.⁶

Kontinuitet primjene mora biti nesporan. Dakle, potrebno je konzistentno primjenjivati sistem delimitacije bez otpora drugih država. U gore pomenutom Fishereies case Velika Britanija je navela da Norveška nije kontinuirano i konzistentno primjenjivala sistem delimitacija. Međutim Sud je našao da ta tvrdnja nije tačna već da je Norveška u dugom vremenskom periodu od 1869. godine do spora konzistentno primjenjivala taj sistem.

HADSONOV ZALIV

Hadsonov zaliv ima oko 600 milja širine i dužinu oko 1000 milja. Iz osnovnih informacija koje dobijamo od kanadskog profesora Keneta Johnstona o pravnom statusu toga zaliva mogli bi reći sljedeće: da je Kanada 1906. godine i pored činjenice da u svijetu nije sporan pravni status Hadsonovog zaliva, ipak u svojoj knjizi osnovnih zakona izričito navela da su vode toga zaliva njene teritorijalne vode. Taj statut je još uvijek na snazi u Kanadi bez ijednog protesta bilo koje strane države i vlade. Stoga se smatra da je Hadsonov zaliv dio Kanade. Osim toga, ova država i Hadsonov moreuz smatra svojim unutrašnjim vodama.⁷ Naprijed

⁵ Vidi potpunije: Lauterpacht H., International law 1961, p. 231-237.

⁶ Vidi: Document 13/ 1 UN Conf. op. cit., str. 35.

⁷ R. SC. 1927, cap 73 sec. 9 sub sec. 10 Satutes of Canada 1906 cap. 45, sec. 9(12).

imenovani profesor zaključuje da je takav stav u skladu sa međunarodnim javnim pravom i da to pravo proizilazi odnosno zasniva se na okupaciji i saglasnosti drugih država.⁸ Na drugoj strani, pojedini autori smatraju da naprijed izloženi pravni osnov nije izričito prihvaćen od strane UN.⁹ U Ugovoru koji je zaključen 20. jula 1912. godine da bi sprovela u djelo odluka u North Atlantic fisheries arbitration od 1910. godine se navodi da se odluka te arbitraže ne odnosi na Hadsonov zaliv I na njemu ostaju rezervisana sva postojeća prava za Veliku Britaniju.¹⁰

NORVEŠKI ZALIVI I FJORDOVI

Komitet Ekspertata Društva naroda za progresivni razvoj međunarodnog prava slao je sredinom dvadesetih godina dvadesetog vijeka upitnike vladama država radi rešavanja pravnog položaja zaliva. Norveška vlada je odgovorila 1926. da su se zalivi i fjordovi uvijek smatrani punopravnim dijelom teritorije Kraljevine Norveške. To je nastalo usljed izvjesnih istorijskih okolnosti, vrlo razučene obale, geografskih osobjenosti i racionalnog korišćenja bogatstava zaliva, fjordova i arhipelaga što je sve od kapitalne važnosti za rast nacionalne ekonomije i podizanje standarda života stanovnika.

Prema nacionalnom pravu Norveške oduvijek je bilo propisano da su zalivi i fjordovi integralni dio norveških teritorijalnih voda čak i kada je širina ulaska u zaliv veća nego li što to propisuje međunarodno pravo. Nije bilo važno kako su objašnjavali to što su pojedine države sa manje karakterističnim obalama i primorjem, primjenjivale pravna pravila, iako je očigledno bilo da su ona njima samim služila u specijalne svrhe zasnovane na raznovrsnim prilično nekonzistentnim rezonima ali i najčešće političkim razlozima i ciljevima. Pravo na nesmetano i potpuno raspolaganje istorijskim vodama i istorijskim zalivima je bilo formulirano mnogo strožije u sporu oko ribolova između Velike Britanije i Norveške koji je Međunarodni sud pravde presudio 18. decembra 1951. godine u korist Norveške.¹¹ Norveška je formulirala to svoje pravo na istorijskim osnovama i to na svim fjordovima i lukama koje se nalaze u unutar zaliva nezavisno od toga da li je poprečna linija koja zatvara vode zaliva veća ili manja od deset milja. U presudi se navodi da basen Svaehothavet geografski ima karakter zaliva. Dok LoppHAVET basen Sud nije priznao kao zaliv ali je saglasan da se moraju uvažavati istorijska pra-

⁸ Vidi potpunije in British Yearbook of International law 1934, Canada, title to Hadson's Bay and Hadson Starit.

⁹ Jessup, op. cit., p. 99.

¹⁰ Vidi tekst ugovora u Treaties and convention between the United States and others powers 1910, 23 vol. III p. 2632.

¹¹ I. C. J Reaport 1951. p. 120-122.

va na osnovu kojih se mogu opravdati linije poučene na morskim pojasevima od strane Norveške.¹²

Westfrojđ koji ima 100 kilometra ulaz i 170 kilometara dužine bio je subjekat diplomatskog spora 1868. godine kada je francuska lađa bila uzapćena od strane norveških vlasti u vodama fjorda.

Francuska je uložila protest na koji Norveška vlada odgovorila Memorandumom u kojemu navodi da se ovaj ribarski zaliv mora smatrati ekskluzivnom svojinom države Norveške iako to ponekad na izgled nije konzistentno sa pravilima međunarodnog javnog prava čak i kada bi bilo moguće obezbijediti brzu promjenu pravnih pravila u toj pravnoj stvari ,jer se bazira na nespornoj prećutoj saglasnosti nekoliko vjekova. Fjord Warengerfjord koji ima ulaz širok 30 milja I dugaćak 50 milja. Njegov pravni status bio je uzrokom brojnih nesporazuma između Velike Britanije i Norveške. Naime, britanski državljanin Lord Roberts bio je uhapšen i osuđen od strane norveškog suda zato što je nedozvoljeno plovio vodama zaliva. Nakon protesta Velike Britanije formirana je Komisija sa zadatkom da ispita slućaj. U svom izvješćaju Komisija je navela da je nesporan norveški monopol ribarenja u ovom zalivu baziran na istorijskom pravu koji bi se mogao opravdati na osnovu duge , stalne upotrebe i korišćenja.

ZALIV FONSECA

Zaliv Fonseca prostire se na tri države i to: Nikaragvu, Honduras i El Salvador. Ima ulaz 19,5 milja između Cape Cosiguina (Nikaragva) i Cape Amapala (El Salvador). Ugovorom koji potpisan 5. avgusta 1914. godine između SAD i Nikaragve ova potonja je garantovala SAD da 99 godina uživa određena prava na dijelu svoje teritorije kako bi stvorila mogućnost upotrebe međuokeanskog kanala.

Međutim, El Salvador je osporio važnost toga Ugovora podnoseći tužbu protiv Nikaragve Centralno-amerićkom sudu pravde. Ovaj Sud je jednoglasno odlučio da je u pitanju istorijski zaliv sa karakteristikama zatvorenog mora. Istorijski osnov prava na ekskluzivnu svojinu nalazi se u činjenici nesporne ekskluyivne svojine tokom 400 godina vladavine najprije Španske krune od 1521. godine do 1821. godine. Ova se vladavina završila te godine stvaranjem Federativne Republike Centaralne Amerike. Ta državna tvorevina prestala je da postoji 1839. godine kada su stvorene države Honduras, El Salvador i Nikaragva. One su bile upućene jedna na drugu kao autonomne nacije i legitimni sukcesori Špani-

¹² Sir Arnold Mac Nair, u svom odvojenom mišljenju (Disenting opinion) u sporu United Kingdom v. Norway, ISJ Reports, p. 164 govori da bi jedan zaliv bio istorijski nije dovoljno da se on prosto priznaje kao takav, mada nijesu neuobićajeni takvi zahtjevi. Potrebno je da ima dokaz o dugom i konzistentnom vršenju vlasti i ekskluzivna svojinska prava na vodama zaliva kao i prava da iskljući strane brodove koji plove vodama zaliva bez dozvole.

je u pogledu teritorije. Na to ih je ih takođe obavezivali interesi u sferi zajedničke odbrane, geografska blizina, zajednički arhipelag i strateški položaj zaliva.

Tokom perioda od 400 godina afirmisali su svojinu i posjedovanje na miran način i bez protesta bilo koje države ili vlade. U tom dugom periodu posredstvom političke organizacije su donosili propise koji su se ticali odbrane, zdravstvene zaštite, sanitarne zaštite i fiskalne regulative. Svi ti propisi u tom dugom periodu poštovani su od svih nacija što potvrđuju njihovi zahtjevi da se uspostave trgovinske veze kako bi mogli organizovati međusobnu trgovinu na bazi međusobnog poštovanja njihovih suvereniteta. Navedeni podaci govore o neprocjenjivom značaju koji se pridaje interesima država u Zalivu Fonseca. Nesumnjivo da je riječ o istorijskom zalivu ali i da ima krucijalnih interesa koji mogu značajno da utiču na njegov legalni položaj.

Projektovana željeznička pruga koju je započeo Honduras imala je ogroman značaj, jer bi njome išao veliki dio međuokeanskog transporta roba i drugog saobraćaja. Željeznički terminali i stanice bi se nalazile na jednom od glavnih ostrva u blizini obala zaliva. El Salvador je stavio pod svoju kontrolu dio pruge koja je ulazila od granice Gvatemale i povezivala luku La Union. Očigledno su ekonomski interesi uz strategijske odlučno doprinijeli da sve tri zalivske države imaju razne vidove saradnje pa i zajedničku razvojnu politiku što potvrđuju razvijeni regioni sa kapacitetima industrijske i poljoprivredne djelatnosti sposobne da svoju proizvodnju plasiraju na inostrana tržišta u čemu zaliv Fonseca ima nezaobilazan značaj. Većinom glasova Sud je odlučio u naprijed spomenutom sporu da države na obali El Salvador, Nikaragva i Honduras su suvlasnici voda zaliva Fonseca. Time Sud priznaje da je riječ o istorijskom zalivu sa karakteristikama zatvorenog mora. Međutim, Sud nije karakterisao vode Zaliva kao unutrašnje već je vidljiva tendencija da se one smatraju teritorijalnim. Tri države su suvlanici. Zaliv se dijeli na dva dijela i to: prvi koji je teritorijano more svake od tri države i drugi koji je teritorijalno more koje pripada svima trima državama.¹³

NEKE SPECIFIČNOSTI ZALIVA SIDRA

Sukob u zalivu Sidra (Sirta) koji se desio 26. marta 1986. godine ukazao je na brojne pravne probleme u vezi statusa ovih voda, zaliv Sidra obuhvata 22.000 kvadratnih milja. Uključujući isturene djelove kopna koji zatvaraju vode zaliva u dužini od 140 milja postoji veza sa kopnom Libije sa tri strane (istok, jug i zapad).

Prema članu jedan Zakona koji je donijet 18. februara 1959. godine Libija je utvrdila da se njene teritorijalne vode prostiru 12 nautičkih milja. Međutim, nakon što je svrgnuo kralja Idriza s vlasti 1. septembra 1969. godine Moamer el Gaddafi izdao je sljedeće saopštenje: "Da zaliv Sidra koji je sa tri strane okružen ko-

¹³ Vidi potpunije u Document A/CONF. 13/1.

pnom Libije i prostire se na moru do nešto više od 32 podioka geografske širine predstavlja integralni dio Libijske Arapske Republike i nalazi se pod njenim suverenitetom”

ZAKLJUČAK

Osobjen pravni režim ali i brojne kontroverze koje ga prate imaju istorijski zalivi i istorijske vode. Države koje se pozivaju na svoja istorijska prava kada je riječ o gore navedenim vodama uporišta za svoje tvrdnje nalaze u istorijskim pravima. Dokaz postojanja istorijskih prava odnosno takve delimitacije morskih voda baziraju se na dugotrajnoj nesmetanoj upotrebi I na prećutnoj saglasnosti država.

Sporovi u slučajevima delimitacije nastaju i u situacijama kada se ne uzima u obzir uobičajena niska voda kao osnov za povlačenje linija razgraničenja morskih pojaseva I ograničenja prostiranja koja u pojedinim slučajevima daleko nadmašuju propisanu dužinu, jer se naprotiv uvršćuju drugi kriterijumi. Očigledno je da u gotovo svim gore navedenim postupcima dominiraju nastojanja obalnih država da što više mora podvedu pod režim svojih unutrašnjih voda. Usljed takvih težnji evoluirala su pravila koja su uvažavala interese drugih potencijalnih korisnika morskih pojaseva (npr. pravo neškodljivog prolaza).

Norveška je upotrebljavala metod povlačenja linija naročito u moreuzima sa ciljem da što više mora uvrsti u svoje unutrašnje vode. Međutim, to je rezultiralo sporovima koji su imali svoj epilog pred Međunarodnim sudom pravde u Hagu. (Anglo-Norwegian Fisheries case ISJ Report 1951) U ovom sporu Međunarodni sud pravde je zauzeo stav da Norveška ima istorijsko pravo na vodama u svojim zalivima i fjordovima bazirano na nespornim svojinskim osnovama, jer se temelji na pravilima međunarodnog javnog prava. Usljed toga obavezna su za druge države.

Međutim, takva odluka Međunarodnog suda pravde nije opšteprihvaćena u doktrini. Bilo je mišljenja koja su insistirala na činjenici da takav postupak konstituisanja prava nije normalan process iz razloga što je, po njihovom mišljenju, svaka država dužna da se obrati nadležnim za takvo priznavanje prava, dakle, u poziciji je molitelja. Ukoliko bi se njeno takvo pravo priznalo to bi bilo u direktnoj suprotnosti sa slobodom plovidbe otvorenim morem, sustinskim i nespornim principom cjelokupnog međunarodnog prava mora. Kontroverzama doprinosi i činjenica da u Konvencija o pravu mora 1982. nije predviđen poseban režim za istorijske vode I istorijske zalive već ih samo priznaje kao posebne slučajeve.

Istorijski zalivi koji pripadaju u cjelini samo jednoj državi iako ne ispunjavaju propisane uslove koje predviđa međunarodno javno pravo ali ih uprkos tome države smatraju svojim unutrašnjim vodama. Takođe ih međunarodna zajednica prihvata kao nesporan izuzetak I dio međunarodnog javnog prava.

Različiti su osnovi nastanka ovog pravnog režima. Upućuje se na “istorijske fakte, stare običaje, proteku vremena, efektivnom vršenju svoje suverenosti u tom prostoru, ukratko na neke vrste dosjelnosti.”¹⁴

Izvjernim nepreciznostima vidljivim u Konvenciji iz 1958. godine i možda još više u Konvenciji iz 1982. godine karakter pravnog režima istorijskih zaliva nažalost prate brojne kontroverze. Tako, recimo, zahtjev da istorijski zalivi pripadaju samo jednoj državi je netačan, jer u stvarnosti postoje istorijski zalivi koji pripadaju većem broju država. Zaliv Fonseca pripada: El Salvadoru, Nikaragvi i Hondurasu. Ukoliko bi istorijski zalivi isključivo pripadali samo jednoj državi to bi doprinosilo pravnoj sigurnosti. Međutim, u gore navedenom slučaju neporazumi između triju država opstaju nadalje iako je Srednjo-američki sud presudio u sporu između njih povodom prava u zalivu Fonseka.¹⁵

FILIP TURČINOVIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty of Law, University of Banja Luka

HISTORIC BAYS IN PUBLIC INTERNATIONAL LAW

Summary

Historical bays and historical waters enjoy a specific judicial regime, in addition to numerous controversies it is followed by. States invoking their historical rights concerning the above waters, find their strongholds in historical rights. The evidence on existence of historical rights, or of this kind of delimitation of maritime waters, is based on both long-term free usage of them and tacit consent given by states. Disputes generated by cases of delimitation arouse when regular low water as a base of making maritime ranges apportionment lines as well as of establishing limitation of their length, being in some cases far longer than standard ones, is not taken into consideration but the other criteria are established instead. Obviously, almost all the above stated actions are dominated by attempts made by coastal states in order to get as much sea as possible included into their internal water regimes. Due to attempts of the kind, some rules validating interests of the other potential users of maritime ranges evolved (for instance – rights of innocent passage through territorial waters). Norway used to apply the method of making lines, especially in channels, in order to get as much sea as possible included in its internal waters. However, that resulted in disputes having their epilogues with the International Court of Justice in Hague. (Anglo- Norwegian Fisheries case ISJ Report 1951)

In the above dispute the International Court of Justice took the position that Norway enjoyed its historical right to waters in its own channels and fiords, as based on uncontested owner-

¹⁴ Vidi: Ibler V., Rječnik međunarodnog javnog prava 1987, str. 98-99.

¹⁵ Vidi Ibler, op. cit., str. 99.

ship basis, since it was established in accordance to the international public law regulation. Thereupon, the system of the kind has been obligatory to the other states as well. However, decision of the kind, made by the International Court of Justice, has not been accepted in the doctrine as a proper one. There were opinions insisting on the fact that the described kind of procedure of constitution of a right was not regarded as a normal process, first of all because a state was due to claim the approval of its right as an applicant. So far as its right was approved it would be directly counter to freedom of open sea sail, being an essentially undisputed principle of the integral international law of the sea.

SLAVOLJUB CARIĆ

ZLOUPOTREBA PRAVA NA PREDSTAVKU U POSTUPCIMA PRED EVROPSKIM SUDOM ZA LJUDSKA PRAVA

– Sa posebnim akcentom na iskustva Srbije –

U V O D

Član 35, stav 3 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda daje ovlašćenje Sudu da proglasi neprihvatljivom svaku pojedinačnu predstavku kojom se vrši zloupotreba prava na predstavku. Ova odredba predstavlja samo konkretizaciju jednog šireg načela zabrane zloupotrebe prava koje je u Konvenciji sadržano u članu 17. Pojam zlupotrebe prava prema opštoj pravnoj teoriji trebalo bi razumeti u njegovom uobičajenom smislu - kao štetnu upotrebu nekog prava protivno njegovoj svrsi. To bi bilo objektivno shvatanje zloupotrebe prava, a po subjektivnom shvatanju traži se i postojanje zle namere (*male enim nostro iure uti non debemus* – ne smemo sa zlom namerom koristiti naše pravo). U praksi Evropskog suda za ljudska prava pretežno je usvojeno objektivno shvatanje, ali se sreću i zlonamerne predstavke, koje Sud kvalifikuje kao zloupotrebu.

Prema tome, svako ponašanje stranke koje je očigledno protivno svrsi prava na individualnu predstavku, koje je predviđeno Konvencijom i koje ometa pravilno funkcionisanje Suda ili pravilno vođenje postupka pred Sudom, predstavlja zloupotrebu prava na predstavku. U svojoj praksi Evropski sud za ljudska prava naveo je da se zloupotreba može sadržati i u samom cilju koji neko želi posti-

Dr Slavoljub Carić, načelnik Odeljenja za međunarodno pravne poslove Ministarstava spoljnih poslova Republike Srbije.

ći predstavkom, ističući da “uznemirujuća pojava neodgovornosti i neozbiljnog odnosa prema Sudu”,¹ odnosno nepoštovanje Suda može dovesti do odbacivanja predstavke zbog pokušaja zloupotrebe. Zadatak Suda nije da se bavi neosnovanim i kverulentnim pritužbama koje Sudu stvaraju nepotreban posao što je nespojivo sa pravom funkcijom Suda, a to je zaštita ljudskih prava.

Sa tehničkog stanovišta, iz same formulacije člana 35 stav 3 (a) jasno je da predstavka koja se podnosi radnjom koja se kvalifikuje kao zloupotreba prava na predstavku mora biti proglašena neprihvatljivom, a ne samo izbrisana sa liste predmeta.² Iako ima mišljenja da Sud ovom osnovu za odbačaj predstavki pribegava retko, naročito posle stupanja na snagu Protokola 11 koji je Sudu dao ovlašćenje da se neosnovane predstavke odbacuju uz samo sumarno navođenje razloga za odbačaj,³ može se govoriti o relativno obimnoj praksi Suda u vezi sa ovim pitanjem.

Zloupotreba prava na predstavku može se vršiti na razne načine. U Praktičnom vodiču kroz uslove prihvatljivosti predmeti u kojima je Sud ustanovio da je reč o zloupotrebi prava na predstavku grupišu se u pet kategorija: informacije koje dovode u zabludu; korišćenje uvredljivih formulacija; kršenje obaveze čuvanja u tajnosti postupka za prijateljsko poravnanje; predstavka je očigledno zlonamerna ili lišena bilo kakve realne svrhe; svi ostali predmeti koji se ne mogu posebno navesti.⁴

Pojedini autori (K.Rid) daju klasifikaciju načina na koji se može zloupotrebiti pravo na predstavku, na osnovu primera koji se sreću u praksi, na sledeći način: 1. falsifikovanje, prevara, namerno lažno predstavljanje; 2. propust da se obavesti Sud o važnim momentima u postupku, relevantnim za presuđenje; 3. zlonamerne i ponovljene predstavke; 4. pritužbe zasnovane na činjenicama za koje je podnosilac predstavke sam odgovoran; 5. namerno, flagrantno kršenje proceduralnih pravila; 6. uporno korišćenje uvredljivog i provokativnog jezika (ne i kritike); 7 trivijalne pritužbe, *de minimis* prirode.⁵

Slučajevi zloupotrebe prava na predstavku o kojima će biti reči na ovom mestu grupisani su u četiri kategorije: izigravanje prava na predstavku; korišćenje pogrdnih i uvredljivih izraza u predstavi; namerno prikriivanje ili izostavlja-

¹ *Petrović v. Serbia*, nos. 56551/11, 56650/11, 56669/11, 56671/11, 56692/11, 56744/11, 56826/11, 56827/11, 56931/11, 56833/11 i 56834/11, 18.10.2011.

² Videti: Admissability Guide, www.echr.coe.int.

³ Harris, O'Boyle & Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Second Edition, 2009, p. 785.

⁴ Videti: Admissability Guide, www.echr.coe.int

⁵ Reid K., *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, Sweet&Maxwell, 4th edition, 2012, p. 48.

nje relevantnih informacija; povreda pravila o poverljivosti pregovora o prijateljskom poravnanju.

Izigravanje prava na predstavku

Predstavka upućena Sudu ima prvenstveno za cilj da obezbedi poštovanje i zaštitu ljudskih prava, kao i da omogući podnosiocu da dođe do odgovarajućeg zadovoljenja zbog učinjene povrede. Ukoliko bi predstavkom podnosilac želeo da ostvari neki drugi cilj radi se o izigravanju prava na predstavku.

Ovde se, pre svega, misli na predstavke u kojima pojedincu nije cilj zadovoljenje pravde i poštovanje ljudskih prava, nego publicitet i propaganda. Međutim, tu ne treba ubrojati predstavke koje se odnose na političku propagandu. Tako, na primer, u slučaju *McFeeley protiv Ujedinjenog Kraljevstva*⁶ podnosilac se žalio na uslove u jednom zatvoru u Severnoj Irskoj, a Sud nije prihvatio argument vlade da je posredi bila zloupotreba prava na predstavku u cilju publiciteta i davanja posebnog statusa tom zatvoru.

Klasičan primer zloupotrebe izigravanjem prava na predstavku je slučaj *Petrović*, u kome je advokat podnosio predstavku u ime klijenata koji su umrli i to je nastavio da čini, čak i posle upozorenja Suda i obaveštavanja advokatske komore od strane Suda o ovakvom obliku zloupotrebe i izigravanja prava na predstavku.⁷

U slučaju *Mijailović*⁸ gde je podnosilac pred domaćim sudom vodio postupak za naknadu štete nastale zbog propuštenog sastanka usled navodno neuredne dostave pošte, tužena država je ukazala da podnosilac predstavke pred domaćim sudovima, kao i Evropskim sudom za ljudska prava vodi brojne postupke u kojima zloupotrebljava sistem priznavanja siromaškog prava, navodeći da se pravom bavi iz hobija, uz korišćenje uvredljivog jezika. Ovakvo ponašanje podnosioca zastupnik tužene države okarakterisao je kao zloupotrebu prava na predstavku, jer podnosilac predstavku nije podneo radi zaštite navodno povređenog ljudskog prava, već u drugom cilju, radi izigravanja prava na predstavku.

U odluci Suda kojom je ova predstavka proglašena neprihvatljivom *ratione materiae* Sud je na posredan način prihvatio argumentaciju tužene države, jer je smatrao da podnosilac nije imao pravo koje bi bilo priznato domaćim pravom.⁹

Izigravanje svrhe predstavke može se desiti i u slučaju ako se predstavkom zahtevaju beznačajno mali iznosi. Tako na primer, u slučaju *Bock*¹⁰ podnosilac

⁶ *Mc Feeley v. United Kingdom*, no. 8317/78.

⁷ *Petrović v. Serbia*, nos. 56551/11, 56650/11, 56669/11, 56671/11, 56692/11, 56744/11, 56826/11, 56827/11, 56931/11, 56833/11 i 56834/11, 18.10.2011.

⁸ *Mijailović v. Serbia*, no. 14366/08, 5.02.2013.

⁹ Videti stav 53 ove odluke.

¹⁰ *Bock v. Germany*, no. 22051/07, 19.01.2010.

predstavke se žalio zbog dužine parničnog postupka koji je poveo radi naknade troškova nekog dijetetskog preparata koji mu je prepisao lekar za iznos od 7,99 evra. S obzirom na beznačajnost iznosa o kome je reč, kao i kod činjenice da se postupak o kome je reč ne odnosi ni na kakav farmaceutski proizvod u smislu leka, već na dijetetski preparat Sud je smatrao da se radi o zloupotrebi prava na predstavku. Nakon stupanja na snagu Protokola 14 ovi slučajevi se podvode pod osnov odsustvo znatne štete koji je sadržan u članu 35 stav 3b Konvencije kao osnov za neprihvatljivost predstavki.

Korišćenje pogrdnih i uvredljivih izraza u predstavci

U ovu grupu ubrajaju se predstavke u kojima se podnosilac koristi pogrdnim i agresivnim jezikom u cilju omalovažavanja države ili njenih predstavnika. To svedoči o neiskrenim i lošim namerama podnosioca predstavke, pa Sud na osnovu člana 35 stav 3 ima pravo da ovakve predstavke proglasi neprihvatljivim. Međutim, nije dovoljno da formulacije korišćene u predstavci budu samo oštre, polemičke ili sarkastične; one moraju prevršiti "granice normalne, pristojne i zakonite kritike" (*Di Salvo protiv Italije*)¹¹, da bi mogle smatrane zloupotrebom.

U gore navedmom slučaju *Di Salvo* ponosilac predstavke je u odgovoru na zapažanja predstavnika tužene države upotrebio agresivan jezik, istakavši da je kozastupnik *zlonamerno želeo da obmane Sud* i da je *motivisan sopstvenim interesom i cepidlaka*. Podnosilac je takođe ignorisao upozorenje Sekretarijata Suda da njegova predstavka može biti odbačena zbog upotrebe agresivnog jezika, odbivši da povuče uvredljive izraze. Sa druge strane, italijanski kozastupnik u svojim zapažanjima nije koristio uvredljiv jezik. Najzad, podnosilac predstavke je umesto povlačenja uvredljivih izraza, zahtevao od Suda da naloži tuženoj državi da označi koje izraze smatra uvredljivim, nastavivši besmislenu polemiku o etici državnog predstavnika. Zbog svega toga, Sud je smatrao da ponašanje podnosioca predstavke nije bilo u skladu sa svrhom i smislom prava na individualnu predstavku, te da je predstavljalo zloupotrebu prava na predstavku u smislu člana 35, stav 3 Konvencije. Sud je iz tih razloga predstavku proglasio neprihvatljivom.

U izvesnim slučajevima (na primer *Duringer protiv Francuske*)¹² podnosilac predstavke nije vređao samo predstavnike države, nego i sudije Suda i pravnike koji rade u Sekretarijatu Suda, zbog čega je Sud predstavku takođe proglasio neprihvatljivom.

Ipak, Sud ovoj meri pristupa veoma oprezno i samo u izuzetnim slučajevima predstavku proglašava neprihvatljivom po ovom osnovu. To je istaknuto u slučaju *Felbab* u kome je Sud terminologiju koju je koristio punomoćnik pod-

¹¹ *Di Salvo v. Italy*, no. 16098/05, 11.01.2007.

¹² *Duringer and Grunge v. France* (dec.), nos. 61164/00 and 18589/02, ECHR 2003-II

nosio predstavljanje, kada je govorio o predstavniku države, ocenio "neodgovarajućom, preterano emocionalnom i očigledno za žaljenje", smatrajući da ga to ne diskvalifikuje u postupku pred Sudom, niti utiče na prihvatljivost predstavljanja, pogotovo što je to izneto u završnim komentarima podnosioca predstavljanja.¹³ Ako tokom postupka podnosilac predstavljanja prestane da pribegava uvredljivim primedbama pošto ga na to prethodno Sud i zvanično upozori, ako izričito povuče takve primedbe ili ako, što je još bolje, ponudi izvinjenje, ta predstavljanja više neće biti odbačena kao predstavljanja kojom je zloupotrebjeno pravo na predstavku.¹⁴

Namerno prikriivanje ili izostavljanje relevantnih informacija

Namerno prikriivanje ili izostavljanje relevantnih informacija od Suda (*Al-Nashif protiv Bugarske*)¹⁵, falsifikovanje relevantnih dokumenata i svesno iznošenje netačnih činjenica (*Varbanov protiv Bugarske*)¹⁶ takođe može uticati na odluku Suda da predstavku proglasi neprihvatljivom.

U slučaju *Hadrabová and Others v. Czech Republic*¹⁷ podnosioci su se žalili na dužinu parničnog postupka, a istakli su i da nisu imali na raspolaganju delotvorno sredstvo u vezi sa ovom osnovnom pritužbom.

U maju 2006. godine Vlada Češke Republike, kojoj je slučaj prosleđen na odgovor, podnela je dodatna zapažanja, povodom uvođenja novog pravnog sredstva u vezi sa dužinom trajanja postupka. U junu 2006. godine zastupnik podnosioca obavestio je Sud da njegovi klijenti neće koristiti novo sredstvo, te da ostaju pri podnetoj predstavljanju Sudu. U avgustu 2007. godine Vlada je obavestila Sud da su podnosioci tražili naknadu po osnovu upotrebe tog novog pravnog sredstva, na osnovu čega im je Ministarstvo pravde, u julu 2007. godine isplatilo izvesne iznose.

Sud je imajući u vidu pravilo 47 stav 6, prema kome su podnosioci u obavezi da Sud obaveste o svim okolnostima u vezi sa predstavljanjem, te da se nepotpune i pogrešne informacije mogu, shodno članu 35 stav 3 Konvencije, tretirati kao zloupotreba prava na predstavku, predstavljanja u konkretnom slučaju proglasio nedopuštenom.

U slučaju povodom predstavljanja D. Marinković protiv Srbije, koja se odnosi na neizvršavanje presude donete protiv preduzeća sa većinskim društvenim kapitalom, Sud je istakao da može da odbaci predstavku kada su značajni podaci ili dokumenti namerno izostavljeni bilo na samom početku ili tokom trajanja po-

¹³ *Felbab v. Serbia*, no. 14011/07, 14.04.2009, § 56.

¹⁴ Videti Admissability Guide, slučaj *Chernitsyn v. Russia*, stavovi 25-28.

¹⁵ *Al-Nashif v. Bulgaria*, no.50963/99, 20.06.2002.

¹⁶ *Varbanov v. Bulgaria*, no. 31365/96, § 36, ECHR 2000-X.

¹⁷ *Hadrabová and Others v. Czech Republic*, nos. 42165/02 i 466/03, 25. 09 2007

stupka, kao i kada je predstavka zasnovana na netačnim informacijama. Nepotpune, pa stoga informacije koje mogu da zavaraju, mogu se svesti na zloupotrebu prava na predstavku, posebno ako se te informacije tiču same suštine slučaja, a nije dato dovoljno obrazloženje za propust da se iznese takva informacija. Povodom konkretnog slučaja Sud navodi:

“...da je u predmetnom slučaju podnosilac svoju predstavku podneo 14. septembra 2010. godine žaleći se da presuda Opštinskog suda od 25. novembra 1999. godine nije izvršena. Sud primećuje da je 14. juna 2002. godine podnosilac potpisao sporazum prebivši, između ostalog, svoje potraživanje iz presude sa potraživanjem svog dužnika prema trećem licu. Podnosilac nije podneo nikakav dokaz da je sporazum o namirenju bio poništen ili menjan na bilo koji način. Stoga, podnosičevo potraživanje iz presude je izvršeno. Međutim, podnosičevo potpuno ćutanje o sporazumu o namirenju i njegova tvrdnja da presuda nije izvršena, po mišljenju Suda, ne može se tumačiti na drugi način već kao propust da se otkriju informacije u vezi sa samom suštinom predstavke. Imajući u vidu važnost propusta podnosioca da otkrije ovu informaciju za pravilno donošenje odluke u predmetnom slučaju, Sud nalazi da je takvo ponašanje bilo suprotno svrsi prava na individualanu predstavku, kao što je predviđeno članom 34 Konvencije. U pogledu gore iznetog, uputno je da se predstavka odbaci u celosti zbog zloupotrebe prava na predstavku, shodno članu 35 stavovi 3 i 4 Konvencije.”¹⁸

Kao što smo videli iz prethodnog slučaja, podnosilac bi sebe mogao da poštedi od odbacivanja predstavke, kada bi Sud blagovremeno obavestio o razlozima zbog kojih nije Sudu izneo neki dokument ili informaciju. To se upravo kaže u slučaju Komatinović¹⁹ u kome je Ustavni sud prvobitno odbacio ustavnu žalbu podnosioca kao neblagovremenu, da bi naknadno tu odluku preispitao i proglasio ustavnu žalbu blagovremenom, ali ju je odbio kao neosnovanu. O ovakvom naknadnom razvoju događaja podnosilac je propustio da obavesti Evropski sud za ljudska prava, a propustio je da navede razloge za takvo nepostupanje. Inače, u konkretnom slučaju tvrdio je da mu je bilo povređeno pravo na pristup sudu iz člana 6 stav 1 Konvencije zbog odbačaja njegove ustavne žalbe kao neblagovremene. Sličan ovome je i slučaj Tatalović Đekić u kome su se podnosioci predstavke prituživali na to da im je odbačajem revizije uskraćeno pravo na pristup sudu. Međutim, ono što su podnosioci propustili da iznesu, a što je izneto od strane zastupnika države, predstavlja činjenica da su podnosioci 3. januara 2007. godine podneli zahtev za ponavljanje postupka, povodom čega je Vrhovni sud odlukom od 5. novembra 2006. godine ukinuo spornu odluku o odbačaju revizije i odlučio o podnetoj reviziji tako što ju je odbio kao neosnovanu. S obzirom da se radilo o bitnoj činjenici od koje je zavisila odluka Suda o tome da li je došlo do povrede

¹⁸ *Marinkovic v. Serbia*, no. 57771/10, 10.06.2014.

¹⁹ *Komatinović v. Serbia*, no. 75381/10, 29.01.2013.

prava na pristup sudu, Sud je ovu predstavku proglasio neprihvatljivom, tako što je ponašanje podnosioca okvalifikovao kao zloupotrebu prava na predstavku.²⁰

U predmetu Milošević podnosilac je tvrdio da se radi o običnom slučaju neizvršavanja odluke o vraćanju na posao u policiju, ali je prečutao jednu vrlo bitnu činjenicu, a to je osuda zbog zloupotrebe službenog položaja, što je predstavljalo smetnju da bude vraćen na posao. Sud je ovakvo postupanje proglasio zloupotrebom prava na predstavku.²¹

Povreda pravila o poverljivosti pregovora o prijateljskom poravnanju

Pregovori o zaključenju prijateljskog poravnanja imaju poverljiv karakter, pa će država svoj stav u vezi sa tim izneti u zasebnom podnesku, u kome se neće pozivati na navode iz svojih zapažanja. Pravilo o poverljivosti postupka koji bi trebalo da dovede do sklapanja poravnanja sadržano je u članu 39 stav 2 Konvencije. Takođe, shodno pravilu 62 stav 2 Poslovnika Suda, ovi pregovori ne idu na štetu argumenata strana u sporu, pa se one ne mogu pozivati ni na jedno pisano ili usmeno saopštenje, niti na ponudu ili ustupak učinjen u okviru pokušaja da se obezbedi prijateljsko poravnanje. Povreda pravila o poverljivosti pregovora o prijateljskom poravnanju takođe se može okarakterisati kao zloupotreba prava na predstavku.

S tim u vezi, Sud ukazuje da se predstavka u slučaju povrede pravila o poverljivosti ne odbacuje automatski, već samo ukoliko podnosilac predstavke iznese u javnost detalje pregovora, nakon upozorenja Suda, a bez davanja ubedljivih razloga. Sud s tim u vezi navodi:

“Sud primećuje da su o predlozima Sekretarijata za prijateljsko poravnanje podnosioci predstavke govorili u javnosti i štampi otkrili iznose o kojima je reč i inicijative koje su preduzete. Dalje se primećuje da je iz obaveštenja priloženog zajedno sa dopisom Suda od 3. septembra 2008. godine jasno da je priroda svih pregovora o prijateljskim poravnanjima strogo poverljiva. Podnosioci predstavke su, prema tome, morali da poštuju ovaj zahtev. U svakom slučaju, oni nisu pružili nikakvo ubedljivo opravdanje što to nisu učinili.”²²

Tako, na primer, povreda pravila o poverljivosti pregovora o prijateljskom poravnanju, objavljivanjem iznosa koji je bio predmet pregovora, u lokalnim novinama od strane advokata podnosioca predstavki bio je razlog za odbačaj čak četiri predstave protiv Srbije (*Benjocki, Kiš, Njergeš i Radin protiv Srbije*).²³

²⁰ *Tatalović – Đekić v. Serbia*, no. 15433/07, 29.05. 2012.

²¹ *Milošević v. Serbia*, no. 20037/07, 5.11.2011.

²² *Baucal Đorđević I Đorđević v. Serbia*, no. 38540/07, 2.07. 2013, § 28.

²³ *Benjocki, Radin, Kiš, Njergeš v. Serbia*, nos. 5958/07, 6561/07, 8093/07, 9162/07, 15.12.2009

U predmetu *Drozd protiv Poljske*, slučaj je skinut sa liste predstavki nakon objavljivanja u novinama, u kojima je podnosilac bio u uređivačkom odboru, pre-piske sa Komisijom, suprotno pravilima Komisije u vezi sa poverljivošću.

Učestalost isticanja ovog razloga od strane tužene države

Dužnost je tužene države da ukoliko smatra da je podnosilac zloupotrebio pravo na predstavku o tome obavesti Sud, tako što će ukazati na relevantne informacije koje poseduje. Sa druge strane i Sud ima obavezu da nadzire poštovanje procesnih obaveza koje podnosilac predstavke ima prema Konvenciji i Poslovniku Suda. Država ne može nalogati podnosiocima da poštuju procesne obaveze pred Sudom, jer se u protivnom može raditi o ometanju prava na predstavku, shodno članu 34 Konvencije.

Činjenica je, međutim, da se Vlade tužene država često pozivaju na zloupotrebu prava na predstavku kao razlog za odbačaj predstavke. Tako je u slučaju *Akdivar protiv Turske*²⁴ turska vlada tvrdila da propuštanje podnosioca predstavke da iskoristi pravna sredstva koja ima na raspolaganju u pravnom sistemu Turske predstavlja generalni stav Kurdistsanske radničke partije (PKK), pa predstavka predstavlja zloupotrebu prava na predstavku. Sud ovu tvrdnju, u slučaju kada su bezbednosne snage Turske uništile kuće u jugoistočnom delu zemlje, nije prihvatio.

Davanje komentara (diskriminacija podnosioca po osnovu nacionalnog porekla, prinuđivanje punomoćnika da mu otkáže punomoćje za zastupanje, tvrdnja da domaći sudovi postupali nezakonito koristeći pretnje i ucene, porodične i političke veze), bez pružanja odgovarajućih dokaza za to u postupku pred Sudom istaknuto je kao zloupotreba prava na predstavku u slučaju *Vukelić*,²⁵ ali je Sud smatrao da nepotkrepljivanje ovih tvrdnji dokazima, samo po sebi se ne može smatrati zloupotrebom prava na predstavku.

Srbija se u nekoliko slučajeva pred Sudom neuspešno pozivala na zloupotrebu prava na predstavku pledirajući na Sud da odbaci predstavku kao neprihvatljivu.

U slučaju *Milosavljev* podnosilac se žalio zbog oduzimanja po osnovu carinskog prekršaja automobila koji je koristio za taksiranje, a koji je uvezen iz Bosne i Hercegovine. Vlada je iznela i dodatne detalje i navela da je u vezi sa istim događajem podnosilac i pravosnažno osuđen zbog krivičnog dela navođenje na overavanje neistinitog sadržaja. Ovu činjenicu podnosilac je prećutao, a nije izneo bilo kakav argument kojim bi taj svoj propust opravdao.

²⁴ *Akdivar and Others v. Turkey*, 16 September 1996, §§ 53-54,

²⁵ *Vukelić v. Montenegro*, no. 58258/09, 4.06 2013.

Tužena država je Sudu ukazala na to da je time podnosilac zloupotrebio pravo na predstavku i predložila je da se predstavka proglašuje neprihvatljivom. Sud ovo nije prihvatio smatrajući da je podnosilac samo hteo da pojednostavi slučaj, a ne da namerno prećuti ovu činjenicu. Ovaj stav je suprotan stavu u odluci Milošević u kome je Sud prećukanje osude za krivično delo u vezi sa predmetom predstave tretirao kao zloupotrebu prava na predstavku. Takođe, čudno je i obrazloženje Suda da u prekršajnom postupku nije bilo pozivanja na krivičnu osudu, s obzirom da to nije bilo moguće, jer je drugostepeni prekršajni postupak konačan pre donošenja presude u prvostepenom postupku. Te i druge nelogičnosti ovog slučaja dovode znatno u pitanje opravdanost zaključka Suda da podnosilac nije zloupotrebio pravo na predstavku u ovom slučaju.²⁶

U slučaju Adamović podnositeljka je zahtevala izvršenje presude kojom je njenom pokojnom suprugu priznato 4.258,60 USD na ime neisplaćenih dnevnica za rad u Rusiji. U međuvremenu, na ime solidarne pomoći, dužnička firma isplatila joj je oko 3000 USD, što ona nije prijavila Sudu. Tužena država je ukazala na to da time što ovu činjenicu podnositeljka nije prijavila Suda predstavlja zloupotrebu prava na predstavku i predložila je odbačaj predstave kao neprihvatljive.

Sud nije prihvatio ovaj argument, jer prilikom isplate spornog iznosa nije bilo pozivanja na presudu po osnovu koje joj je dosuđena suma čiju isplatu je zahtevala, već joj je iznos od oko 3000 USD isplaćen po drugom osnovu. Pored toga propust podnositeljke, po mišljenju Suda, ne bi mogao per se da predstavlja zloupotrebu prava na predstavku, pogotovo što "izgleda da nije bio od bilo kakve važnosti za utvrđivanje okolnosti konkretnog slučaja."²⁷

ZAKLJUČAK

Iz navedenih primera može se zaključiti da Sud odbaćaju predstavi zbog zloupotrebe prava na predstavku pribegava u izuzetni slučajevima, ali da broj takvih situacija i nije tako mali. Zloupotreba prava na predstavku može se izvršiti na razne načine, pri čemu postoje pokušaji grupisanja ovih slučajeva, ali se ne radi o striktnim podelama, jer često dolazi da preklapanja osnova za odbačaj predstave. Tako na primer lažno prikazivanje činjenica ili njihovo prikirivanje u predstavi može biti razlog da se ne može ostvariti svrha prava na predstavku, što se svodi na izigravanje prava na predstavku, a može biti i zaseban razlog za zloupotrebu prava na predstavku. Isto tako, neznatna šteta usled kršenja ljudskog prava dugo se podvodila pod zloupotrebu prava na predstavku, a sada je to, uz ispunjavanje dodatnih uslova, zaseban osnov za neprihvatljivost predstavi. Veo-

²⁶ *Milosavljev v. Serbia*, no. 15112/07, 12.06 2012., stavovi 37-39.

²⁷ *Adamović v. Serbia*, no. 41703/06, no. 2.10 2012., stavovi 34 i 35.

ma često se dešava i da predstavke koje su očigledno neosnovane, što je zaseban osnov za neprihvatljivost predstavki, Sud povede pod zloupotrebu prava na predstavku. U nekim slučajevima zloupotrebe prava na predstavku traži se da ponašanje koje se karakteriše kao zloupotreba ima potrebnu jačinu da bi predstavka bila odbačena. Najzad, ne treba zanemariti i činjenicu da tužene države relativno često pribegavaju isticanja argumenta o zloupotrebi prava na predstavku. Iako se radi o postojanju obaveze te vrste na strani država, činjenica je da se ovakvom vidu odbrane često pribegava sasvim neosnovano.

SLAVOLJUB CARIĆ, LL.D.,
Serbian Ministry of foreign affairs

THE ADMISSIBILITY CRITERIA OF THE EUROPEAN CONVENTION
ON HUMAN RIGHTS SYSTEM.

Summary

This paper presents one aspect of the admissibility criteria of the European Convention on Human Rights system. Under Article 35 paragraph 3, the European Court of Human Rights will declare inadmissible any application which it considers an abuse of the right of application. There are several ways to abuse the right of application. Vexatious petitions or petitions written in offensive language as well as deliberately fraudulent applications will be declared inadmissible by the Court according to this ground. Also, breach of confidentiality rules during the negotiations on friendly settlement the Court considers as the abuse of the right of application. On the other hand lack of a significant disadvantage on the side of the applicant after entering into force of Protocol 14 is a separate ground for the inadmissibility, although it was previously treated as the abuse of the right of application. In this paper the author explained in particular the Court's jurisprudence with regard to Serbia concerning this ground.

RADOVAN D. VUKADINVIĆ

PRAVO NA NAKNADU ŠTETE NASTALE ZBOG TZV. ZAŠTIĆENIH KARTELNIH CENA

- Slučaj “Kone i ostali” -

U V O D

Kartelni sporazumi predstavljaju posebnu vrstu saglasnosti volja dva ili više učesnika na tržištu koji imaju za cilj ili predmet ograničavanje, vitoperenje ili sprečavanje konkurencije čime se nanosi šteta trgovini na određenom tržištu. Tipični oblik kartelnog dogovaranja predstavljaju sporazumi kojima se posredno ili neposredno utvrđuju kupovne ili prodajne cene ili drugi uslovi trgovine ili se deli tržište rodaje ili snabdevanja. Na takvom kartelisanom tržištu kupci su prinuđeni da plaćaju više cene od onih koje bi postojale da nema kartelnih sporazuma čime im se nanosi direktna šteta. Kartelni sporazumi štetno utiču i na ostale konkuren-te i na odvijanje trgovine, pa su već od kraja 19. veka predmet pravnog regulisa-nja na nacionalnom i međunarodnom planu. Osnovni zadatak tako donetih propisa bio je da se zabrane kartelni sporazumi i da se učesnici kartelnog sporazuma u slučaju postojanja obavežu da naknade tako nastalu štetu. Reč je o šteti neposrednim konkurentima, kao učesnicima na tržištu koji su ostali izvan kartela i šteti nanetoj kupcima kao neposrednim i posrednim potrošačima. Za krajnje kupce šteta se sastoji u razlici u ceni koju su morali da plate, a koja nije rezultat stvarnih troškova, već je dgovora učesnika kartela. Iz različitih razloga, od kojima će biti reči u radu, neposrednim konkurentima i krajnjim kupcima dugo vremena nije bilo priznato pravo na naknadu štete. Osim u slučajevima kada neposredno ku-

puju robu od članica kartela, kupci mogu da trpe štetu i kad istu robu kupuju od trećih lica (nečlanica kartela) po ceni koja je veća od tzv. normalne tržišne cene. To će biti u slučaju kada nečlanice kartela koristeći "kišobran" ili zaštitu kartlenih cena koje su nametnuli učesnici zabranjenog kartela, i sami povećaju cene svojih proizvoda, kao što se desilo u slučaju Kone i ostali¹.

Takvo ponašanje je bilo poznato i u ranijoj praksi, pre slučaja Kone, ali su Komisija i Sud takvo ponašanje tretirali kao oblik dogovornog ravnanja (*concerted practice*). Pod dogovornim ravnanjem se podrazumeva indukovano ili izvedeno ponašanje od strane trećih nezavisnih učesnika na tržištu koji nisu članovi kartela, nastalo na osnovu uticaja kartela. Iako učesnici dogovornog ponašanja nisu članovi kartela, niti postoje dokazi da su u formalnom smislu zaključili kartelni sporazum, oni se faktički ponašaju kao članovi, bez obzira što odluke o poslovanju (poslovne odluke) donose potpuno samostalno. Ako se takvim usaglašenim ponašanjem narušavaju pravila konkurencije, protiv učesnika dogovorne prakse na tržištu se preduzimaju iste mere kao i prema formalnim članicama kartela. Jedina razlika je u tome, što se usaglašeno ili dogovorno ravnanje ne može proglasiti ništavima (jer ne postoji sporazuma o tome), već se učesnicima nalaže da prestanu sa takvim ponašanjem, a protiv članova se izriču novčane kazne kao i za članice kartela. Budući da usaglašeno ponašanje nastaje voljnom i samostalnom odlukom (ili radnjom) nečlanica kartela, članice kartela ne odgovaraju za njihov nastanak ni za njihovo ponašanje. Otuda bi u slučaju kad je dogovornim ponašanjem kupcima naneta šteta, naknadu tako nastale štete trebalo tražiti od članica dogovornog ravnanja. Međutim, u slučaju Kone, kupac je tražio da mu štetu nadoknade članice kartela, a ne nepsoredni prodavac, čime je otvoreno pitanje odnosa prava konkurencije i opštih pravila o naknadi štete. Iz stava Suda pravde EU (u daljem tekstu Sud) prema kome se ponašanje neposrednog prodavca ne tretira kao dogovorno ravnanje, već kao ponašanje u okviru odgovarajuće ili adekvatne uzročnosti, Sud pravde je povredu EU prava konkurencije tretirao kao i ostale građanskopravne delikte. U tom slučaju se kao sporna (ili interesantna) postavljaju bar dva pitanja.

Prvo, ako se u sporovima o naknadi štete zbog povrede EU pravila o konkurenciji može odlučivati prema pravilima građanskog prava, zbog čega je tek u poslednjih destak godina pokrenut tek po koji postupak. Posebno ako se ima u vidu da je na pravo oštećenih kupaca da zahtevaju naknadu neposredne štete zbog kartelnih propisa Sud pravde ukazivao počev od predmeta *Delimits*² i *Guerin Automobiles*.³

¹ Predmet C-557/12 *Kone AG and Others v ÖBB-Infrastruktur AG*, presuda od 5. juna 2014, još nije objavljena.

² C-234/89 *Stergios Delimitis v Henninger Bräu AG*, [1991] ECR I-935.

³ C/154/98 P, *Guérin automobiles EURL v Commission of the European Communities* [1999] ECR I-1451.

Kao drugo, nameće se pitanje merodavnog prava po kome će se tumačiti pojam uzročne veze, u čijem odgovoru se reflektuje nekoliko načela komunitarnog prava, kao što su načelo procesne autonomije, načelo delotvornosti i načelo ekvivalencije. Navedene dileme se mogu svsti na jedno pitanje: da li se pravila o građanskoj odgovornosti članova zabranjenog kartela mogu na isti način primeniti i na nečlanove kartela koji su koristili pogodnosti zaštićenih cena.

U radu će ova pitanja biti analizirana kontekstu presude koju je Sud pravde EU doneo u predmetu Kone i ostali.

Činjenično stanje

U februaru 2007. godine Evropska komisija je donela odluku o kažnjavanju članova navodnog kartela na tržištu liftova i pokretnih stepenica. Kartel su činili veliki proizvođači liftova: Kone, Schindler, ThyssenKrupp i Ottis koji su u periodu od 1995. do 2004. godine poslovali u više država članica EU. U kasnijem postupku po žalbi učesnika kartela, Sud pravde je potvrdio odluku Komisije i učesnicima izrekao novčanu kaznu u ukupnom iznosu od 992 miliona evra ili 1,35 milijardi dolara.

Nakon što je Sud potvrdio postojanje kartela, austrijski kupac *ÖBB-Infrastruktur AG* (ÖBB) kao društvo kći austrijske federalne železnice je kupio određeni broj liftova i pokretnih stepenica i od drugog prodavca koji nije bio član kartela i, pozivajući se na dejstvo tzv. "zaštićenih cena," pred austrijskim nadležnim sudom pokrenuo postupak (tzv. nesamostalnom tužbom – *follow-on*) protiv članova kartela zahtevajući da mu oni naknade nastalu štetu u iznosu od 1,8 miliona evra.⁴ U pitanju je bila šteta koju je tužilac navodno pretrpeo zbog toga što je treći proizvođač koji nije bio član kartela pod "kišobranom" kartelnih cena podigao cenu svojih liftova i pokretnih traka koju je tužilac platio.

Prvogostepeni austrijski sud⁵ je takvu tužbu odbio kao neosnovanu, ali je drugostepeni viši sud (*Oberlandesgericht Wien*) delimično ukinuo takvu odluku, pa je predmet došao pred Vrhovni sud (*The Austrian Supreme Court - Oberster Gerichtshof*). Postupajući kao sud poslednje instance, Vrhovni sud se obratio Sudu pravde EU sa sledećim pitanjem:

"Trebali li član 101. UFEU-a (član 81. EZ-a, član 85. UEZ-a) tumačiti na način da svako ima pravo da od učesnika zabranjenog sporazuma zahteva čak i naknadu štete koju prouzrokuje lice koja nije učesnik zabranjenog sporazuma a

⁴ ÖBB je tražio naknadu prerpljene štete u iznosu većem od 8 miliona evra i od članica kartela, ali ta tužba nije od značaja za ovu raspravu.

⁵ U Austriji je nadležnost za odlučivanje o naknadi štete kartelnim sporazumima dodeljena izazvano građanskim sudovima opšte nadležnosti. Međutim za sporove između trgovaca u vezi primene prava konkurencije nadležni su posebni privredna veća. Za javnopravnu primenu prava konkurencije nadležni su kartelni sudovi (*Kartelgericht*).

koje, koristeći rast tržišnih cena, poveća cene svojih proizvoda više nego što bi to učinilo da ne postoji zabranjeni sporazum (*umbrella pricing*), zbog čega načelo delotvornosti koje je propisao Sud [...] zahteva donošenje potvrdne odluke u okviru nacionalnog prava?”⁶

Stavovi stranaka i vrhovnog suda o spornim pravnim pitanjima

U zahtevu za odluku o prethodnom pitanju, Vrhovni sud navodi da prema austrijskom pravu i sudskoj praksi, lice koje traži naknadu štete na osnovu vanugovorne odgovornosti mora dokazati da postoji odgovarajuća uzročna veza između štete i protivravnosti, odnosno da je povređen propis o zaštiti konkurencije, u smislu člana 1311. Austrijskog građanskog zakonika (AGZ). Pojam odgovarajuće ili adekvatne uzročne veze (*Rechtswidrigkeitszusammenhang*) pretpostavlja da lice koje je odgovorno za štetu (štetnik) odgovara za sve posledice, uključujući i slučajne posledice, na čiji je eventualni nastanak mogao *in abstracto* računati, ali ne i za atipične posledice.⁷ U konkretnom slučaju to znači da su članovi kartela bili dužni da uzmu u obzir ne samo direktne posledice svog sporazuma, već i predviđive posledice u skladu sa teorijom predvidivosti, osim atipičnih posledica. Članovi kartela (tuženi) su smatrali da ne postoji odgovarajuća uzročna veza između zabranjenog sporazuma i štete koju eventualno pretrpi kupac ako je u pitanju indirektna šteta, odnosno kolateralno dejstvo nezavisne odluke koju je lice koja nije učesnik zabranjenog sporazuma donelo na osnovu svojih odluka o poslovanju u slučaju kada preduzetnik, koji nije učesnik zabranjenog sporazuma, koristi prednosti dejstva zaštitne cene. Dalje su smatrali i da učesnici i na takvom tržištu ekonomske odluke koje se tiču proizvoda i upravljanja, posebno u pogledu cena, donose pod uticajem brojnih faktora koji nemaju nikakve veze sa zabranjenim sporazumom.⁸ I Vrhovni sud se pozvao na raniju praksu u kojoj je zauzeo stav da, na osnovu doktrine o zaštitnoj svrsi norme, činjenica pruzrokovanja materijalne štete uzrokuje obvezu naknade štete samo u slučaju ako protivravnost štete proizlazi iz povrede ugovornih obaveza, apsolutnih prava ili zaštitnih propisa.⁹ U konkretnom slučaju sud je smatrao da se šteta čiju naknadu traži tužilac ne može propisati članicama kartela, jer ne postoji adekvatna uzročna veza. Sa druge strane, sud smatra i da navodni gubitak nije “pokriven” (prediđen) u propisima o zaštiti konkurencije, niti je to bila svrha propisa o zaštiti konkurencije. Na osnovu toga, sud je izrazio sumnju da prihvatanje takvog zahteva ne bi bilo u skladu

⁶ Tač. 17. presude.

⁷ U domaćoj teoriji vid. O. Antić, *Obligaciono pravo*, Beograd, 2011, str. 479.

⁸ Tač. 14. presude.

⁹ Pod zaštitinim propisima se podrazumevaju Austrijski zakon o zaštiti konkurencija i EU propisi o konkurenciji.

sa domaćim unutrašnjim propisima i dotadašnjom praksom, ali i sa pravom EU, a posebno sa načelom delotvornosti.

Potpuno drugačija situacija postoji kod učesnika zabranjenih kartelnih sporazuma koji sporazum zaključuju sa namerom da oštete lica koja kupuju njihove proizvode po veštački povećanim cenama. Međutim, šteta prouzrokovana zaštitnom cenom samo je kolateralno dejstvo nezavisne odluke koju donosi lice koja nije učesnik zabranjenog sporazuma na osnovu svojih poslovnih razloga, a ne zbog odluke koji su doneli učesnici zabranjenog kartela.

U odgovoru na postavljena pitanja i otvorene dileme, Sud pravde je prvo pošao od činjenice da je odredbama članova 101. i 102. UFEU priznato direktno dejstvo, te da bi puna delotvornost člana 101. UFEU i korisno dejstvo zabrane iz člana 101. stav 1. UFEU bilo dovedeno u pitanje “kada svako lice ne bi moglo da zahteva naknadu štete nastale ugovorom ili postupanjem koje može da naruši ili ograniči konkurenciju,”¹⁰ pod uslovom da postoji uzročna veza između nastale štete i zabranjenog sporazuma ili delovanja zabranjenog članom 101. UFEU.¹¹ Reč je pravu oštećenih na naknadu štete od strane članova kartela nakon što je utvrđeno postojanje zabranjenog kartelnog sporazuma. U ovom slučaju, međutim, Sud pravde je trebalo da odluči da li slično pravo imaju oštećeni i prema nečlanicama kartela u slučaju zaštićenih cena. U pravnoj teoriji su mišljenja o ovom pitanju su podeljena.¹²

Uloga načela direktnog dejstva za primenu EU pravila o zaštiti konkurencije

Pravila o zaštiti konkurencije su dugo vremena smatrana propisima javnopravne prirode koja imaju za cilj da štite opšte ili javne interese. O tome svedoče sadržina i obrazloženja nacionalnih propisa i propisa u prava EU. Tako je, na primer, odredbama člana 1. domaćeg Zakona o zaštiti konkurencije predmet zakona određen kao “zaštita konkurencije na tržištu Republike Srbije, u cilju ekonomskog napretka i dobrobiti društva...” U Evropskoj uniji je ovaj cilj određen kao uspostavljanje i funkcionisanje zajedničkog i unutrašnjeg tržišta.¹³ Sličan cilj je

¹⁰ Case C-453/99 *Courage and Crehan* [2001] ECR I-6297, tač. 25 i 26; združeni predmeti C-295/04 do C-298/04 *Manfredi* [2006] ECR I-6619, tač. 60 i 61; C-360/09 *Pfleiderer* [2011] ECR I-5161, tač. 28; C-536/11 *Donau Chemie* [2013] presuda od 6. juna 2013, nije još objavljena, tač. 21.

¹¹ Tač. 22. u kojoj se pozvao na presudu u predmetu *Manfredi* i ostali tač. 64.

¹² R.D. Blair and V.G. Maurer: *Umbrella Pricing and Antitrust Standing: An Economic Analysis*, u: *Utah Law Review* 1982, str. 763; J.M. Lave, *Umbrella Standing: the tradeoff between plaintiff suit and speculative claims*, u: *Antitrust Bulletin* 48(2003), str. 223; R. Inderst, F. Maier-Rigaud and U. Schwalbe, *Umbrella Effects*, u: *IESEG Working Paper Series* 2013-ECO-17. Hartung, *Umbrella Claims: Schadenersatz bei Kartellverstößen auf Um- oder Abwegen?*, u: *ecolex* 2012, str. 497.

¹³ Vid. čl. 3(b) UFEU.

postavljen i pred austrijski Zakon o zaštiti konkurencije (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* – UWG): da štiti radnu konkurenciju kao predmet ekonomske efikasnosti, više nego da štiti interese pojedinaca. Stoga je u početku samo konkurentima, a ne i oštećenim potrošačima dato pravo na tužbe za naknadu štete.¹⁴ Tako određeni ciljevi su podrazumevali i da se staranje o poštovanju prava konkurencije poveri posebnom administrativnom (javnom) organu izvan sudova. U Evropskoj ekonomskoj zajednici, kasnije u Evropskoj uniji ovo je povereno Evropskoj komisiji,¹⁵ a u državama članicama posebnim regulatornim telima ili agencijama, pod različitim nazivima. Primera radi, u Srbiji je ovaj posao poveren Komisiji za zaštitu konkurencije, a u Republici Hrvatskoj Agenciji za tržišno natjecanje. Zadatak ovih tela je generalno definisan kao “očuvanje ili zaštita konkurencije” na odnosnim tržištima. Kao oblici narušavanja konkurencije posebno su regulisani restriktivni ili kartelni sporazumi, zloupotreba dominantnog položaja, nedozvoljene koncentracije i državna pomoć. U slučaju kada u posebnom administrativnom (upravnom) postupku utvrdi da su povređena navedena pravila, Komisija je izricala sankcije koje su se kretale od novčane kazne, preko mera ponašanja do tzv. strukturnih mera. Sve ove sankcije su, bez obzira na međusobne razlike, imale za cilj da odvrte prekršioce od daljeg narušavanja konkurencije kako bi se ostvarili opšti ciljevi. Odvratanje se vrši nametanjem visokih novčanih kazni koje se kreću do 10% od ostvarenog prihoda u prethodnoj godini. Ovakva primena je u teoriji nazvana javno pravna primena prava konkurencije koju karakteriše poseban upravni postupak, posebni nedržavni ili paradržavni organi izvan sudova (Evropske komisija i tzv. nezavisna regulatorna tela) pred kojima se pokreće postupak i posebne sankcije.¹⁶ Osnovni nedostatak javnopravne primene prava konkurencije je u tome što ne uzima obzir i ne štiti tzv. privatne interese. Naime, povredom prava konkurencije se ne dovode u pitanje samo javni interesi (uspostavljanje zajedničkog tržišta ili ekonomski napredak i opšta dobrobit), već i interesi drugih učesnika na tržištu kao neposrednih konkurenata i interesi potrošača. Tako se, na primer, zabranjenim kartelnim sporazumima drugim učesnicima na tržištu mogu nametnuti više cene ili otežati snabdevanje ili plasman njihovih proizvoda (zbog dogovora o podeli tržišta) i slično. U takvim situacijama su i

¹⁴ Međutim, Vrhovni sud je od predmeta OGH 24/02/1998, 4 Ob 53/98 širim tumačenjem zaštitu dao i potrošačima.

¹⁵ U predmetu C-234/89 *Stergios Delimitis v Henninger Brau AG*, [1991] ECR I-935, Sud naglašava da je Komisija “odgovorna za sprovođenje i orijentaciju politike konkurencije Zajednice” tač. 44.

¹⁶ Vid. A.P. Komninos, *EC private antitrust enforcement. Decentralised Application of EC Competition Law by National Courts*, Oxford/ Portland 2008, str. 1; F. Pena Lopez, *Issues and Problems Regarding EU Competition Law Private Enforcement: Damages and Nullity Actions*, *The USV Annals of Economics and Public Administration*, str. 1; V. Milutinović, *The Right to Damages under EU Competition Law*, Kluwer, 2010.

potrošači i korisnici usluga naterani da plaćaju veće cene ili su im uskraćene druge pogodnosti koje bi imali kad ne bi bila povređena pravila konkurencije: dobijanja kredita ili drugih povlastica, na primer produženo servisiranje. Zbog toga što ne mogu da koriste ove i druge pogodnosti, potrošači i neposredni konkurenti trpe štetu, pa se postavlja pitanje njene naknade. Evropska komisija i nezavisna regulatorna tela nisu mogli, u okviru javnopravne primene, o tome da odlučuju, kao što su nisu bila nadležna ni da odlučuju o ništavosti takvih sporazuma. O tome su mogli da odlučuju samo nacionalni sudovi država članica. Međutim, da bi nacionalni sudovi mogli da odlučuju o naknadi štete i ništavosti pojedinih odredbi kartelnih sporazuma i sporazuma u celini koji su regulisani EU propisima o konkurenciji, bilo je potrebno da propisima EU o zaštiti konkurencije bude priznato tzv. direktno dejstvo.

Problem priznavanja direktnog dejstva propisima EU nastaje zbog toga što pravo EU stvaraju nadnacionalni organi EU, pre svega, Savet i Evropski parlament, a u oblasti konkurencije i Evropska komisija, ali se ovi propisi primenjuju na nacionalnom nivou: u državama članicama pred njihovim administrativnim i sudskim organima. Da bi se sačuvala jednoobrazna primena u celoj Uniji, domaći sudovi mogu da primenjuju samo one komunitarne propise kojima je Sud pravde, kasnije Sud pravde EU, u postupku tumačenja i odlučivanja o prethodnim pitanjima priznao direktno dejstvo. Zavisno od toga protiv koga se pokreće spor, Sud pravde je napravio razliku između direktnog vertikalnog i direktnog horizontalnog dejstva.¹⁷ Pod direktnim vertikalnim dejstvom Sud je smatrao kapacitet normi komunitarnog prava da proizvode prava i obaveze između privatnih subjekata i države i državnih organa. U slučaju povrede takvih propisa pojedincima je bilo dozvoljeno da tužbene zahteve postave prema državi i njenim organima i od njih traže naknadu štete nastale povredom takvih komunitarnih propisa. Takvo tumačenje Sud pravde je prvi put dao u predmetu Frankovič¹⁸ i kasnije ga se dosledno držao. Sud je pri tome pošao od pretpostavke da je država dužna da obezbedi potpuno implementiranje komunitarnog prava u unutrašnji pravni poredak pa je u slučaju da to ne uradi, iz toga izveo njenu odgovornost.

Međutim, bez obzira što je Sud pravde pojam države i državnih organa u svojoj praksi tumačio vrlo široko, izvan ovakva zaštite su ostala lica kojima su štetu naneli pojedinci koji su prilikom povrede komunitarnog prava nastupali kao privatna lica. Privatno pravno nastupanje je tipično za preduzeća i preduzetnike kao učesnike na tržištu koji zaključivanjem kartelnih sporazuma ili zloupotrebom dominantnog položaja nanose štetu upravo pojedincima: drugim konkurentima, neposrednim potrošačima i svim kupcima koji se nalaze u lancu do krajnjeg kupca (direktni i indirektni kupci). U takvim slučajevima komunitarni propi-

¹⁷ Vid. detaljnije R. Vukadinović, *Uvod u institucije i pravo EU*, Kragujevac, 2014, str. 152-166.

¹⁸ C-479/93 Andrea Francovich v Italian Republic, [1995] ECR I-3843.

si proizvode pravno dejstvo po horizontali: omogućavaju zasnivanje, izmenu ili prestanaka pravnih odnosa između privatnih subjekata (pojedinaca i preduzeća). Upravo ovakve odredbe sadrže članovi 101. i 102. UFEU koje regulišu ponašanje preduzeća na unutrašnjem tržištu i između njih samih i prema pojedincima. S obzirom da su adresati obaveza iz navednih članova neposredno preduzeća kao učesnici na tržištu, jedino ona imogu biti odgovorna zbog povrede odgovarajućih komunitarnih propisa. U takvim slučajevima oštećeni pojedinci se ne mogu pozivati na pravilo o odgovornosti države iz predmeta Frankovič, jer se državi ne može pripisati učešće u takvoj povredi. Budući da su štetu izazvali privatni subjekti (preduzeća shvaćena u vrlo širokom smislu),¹⁹ pojedinci čiji su interesi povređeni povredom komunitarnih propisa naknadu pretrpljene štete mogu da traže jedino od njih i to pred nadležnim nacionalnim sudovima (u državama članicama). Problem je, međutim, u tome, što nacionalni sudovi mogu da raspravljaju samo o pitanjima (tužbama) iz komunitarnih propisa kojima je priznato direktno horizontalno dejstvo. O priznavanju direktnog dejstva (i vertikalnog i horizontalnog) odlučuje isključivo Sud pravde, kasnije Sud pravde EU. Tako je priznavanje prava na naknadu štete u pratesnom smislu zavisilo od priznavanja direktnog dejstva propisima o zaštiti konkurencije, u ovom slučaju od priznavanja direktnog dejstva odredbama članova 101. i 102. UFEU i na osnovu njih donetim sekundarnim izvorima. Sud je to jasno istakao u svojoj presudi u predmetu SABAM,²⁰ u kome je zauzeo stav da nadležni nacionalni sud "crpi svoje pravo da primeni odredbe prava Evropske unije iz direktnog dejstva tih odredbi."²¹

Direktno dejstvo članova 101. i 102. UFEU Sud je izveo iz pravne prirode ovih članova koji sadrže zabrane koje po samoj prirodi stvaraju direktna prava i obaveze pojedincima.²² Takvom odlukom Sud pravde je praktično "pozvao" nacionalne sudove da i u okviru ondašnjeg člana 9(3) Uredbe broj 17/62, odlučuju i o povredama prava konkurencije. To je na izričit način potvrdio i u predmetu *Guerin Automobiles v Commission*²³ u kome je odredio i krug oštećenih koji mogu da traže naknadu štete, stavom da se "svako preduzeće koje smatra da je pretrpelo štetu kao posledicu restriktivne prakse, može pred nacionalnim sudovima pozvati ... na prava koja su mu dodeljena članovima 101(1) i 102. UFEU, koji proizvode direktno dejstvo u odnosima između pojedinaca."²⁴ Ostalo je, međutim, nejasno

¹⁹ O pojmu preduzeća kao subjektu kartelnih propisa više vid. u R. Vukadinović, *Uvod u institucije i pravo Evropske unije*, Kragujevac, 2014, str. 394-7.

²⁰ C/127/73 *Belgische Radio en Televisie and société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs v SV SABAM and NV Fonior*, [1974] ECR 313.

²¹ Tač. 15.

²² Tač. 16.

²³ C-154/98 P *Guerin Automobiles v Commission*, [1999] ECR I-1451.

²⁴ Tač. 39.

da li naknadu štete mogu tražiti i pojedinci, kao fizička lica a ne samo kao preduzetnici. S druge strane, ostalo je nejasno i pitanje odnosa nadležnosti nacionalnih sudova i Komisije: da li su u pitanju podeljene ili isključive nadležnosti jednog ili drugog organa, posebno ako se ima u vidu da se do tada Komisija ponašala praktično kao jedini organ koji je odlučivao o postojanju restriktivnih sporazuma.

Na pogrešno uverenje da je pravo ocene restriktivnih sporazuma rezervirano samo za Komisiju, Sud pravde je ukazao i u predmetu *Delimitis*, jasnim stavom da "Komisija ne raspolaže isključivim nadležnostima da primenjuje 85(1) i 86. (tadašnjeg Ugovora o osnivanju EZ)," već da tu nadležnost "deli sa nacionalnim sudovima."²⁵

I pored toga, nacionalni sudovi u državama članicama su, i u narednih tridesetak godina (računajući od predmeta SABAM), osim u Engleskoj, vrlo retko raspravljali o postojanju restriktivnih sporazuma ili o postojanju zloupotrebe dominantnog položaja. Razloge za takvo stanje bi trebalo tražiti u nepostojanju adekvatne "pravne kulture." S druge strane, sve do stupanja na snagu Uredbe broj 1/2003. Komisija je imala isključivo pravo da odlučuje o izuzecima koji su opravdavali postojanje restriktivnih sporazuma iz člana 101. stav 3. Ugovora o osnivanju, jer im Sud pravde nije priznao direktno dejstvo. U takvoj situaciji nacionalni sudovi nisu bili spremni da se upuste u odlučivanje, a da im doneta odluka bude dovedena u pitanje po osnovu dozvoljenih izuzetaka o kojima je mogla da odlučuje samo Komisija. Tek su stupanjem na snagu Uredbe broj 1/2003, kojom je zamenjena dotadašnja Uredba broj 17/962. godine, nacionalni sudovi dobili nadležnost da paralelno sa Komisijom odlučuju i o izuzecima čime su se stekli uslovi da odlučuju i o naknadi nastale štete.

Prvu naznaku da nacionalni sudovi mogu, oslanjajući se na direktno dejstvo odredbi članova 101. i 102, odlučivati i o naknadi štete nastale njihovom povredom, Sud pravde je nagovestio u predmetu *GT-Link*²⁶ stavom da je "na domaćem pravnom poretku svake države članice da ustanovi detaljna proceduralna pravila, uključujući i ona koja se tiču tereta dokazivanja kojima se regulišu tužbe za očuvanje prava koja pojedinci izvlače iz direktnog dejstva (člana 102 UFEU), pod uslovom da takva pravila nisu manje povoljna nego ona koja regulišu slične domaće tužbe i da stvarno ne onemogućavaju ili izuzetno otežavaju korišćenje prava koja su dodeljena pravom (Unije)."²⁷ (istakao R.V). Iako se slučaj odnosio na naknadu štete nanetu zloupotrebom dominantnog položaja učesniku na tržištu, formulacija o "očuvanju prava" bi trebalo šire tumačiti tako da pokriva i naknadu štete iz člana 101. UFEU. Na ovakvo tumačenje Sud će konačno ukazati u vode-

²⁵ Tač. 45.

²⁶ C-242/95 *GT-Link A/S v De Dnaskes Statsbaner* (DSB) [1997] ECR I-4449.

²⁷ Tač. 22-7.

ćem predmetu *Courage*.²⁸ U presudi donetoj u ovom predmetu, Sud je prvo pošao od principa da se na posledice automatske ništavosti koja je predviđena odredbama člana 101(2) UFEU, može pozvati *svako lice* pred nacionanim sudom čime je praktično pozvao pojedince na tzv. privatnopravnu primenu pravila EU o konkurenciji. Na privatno pravnu primenu prava konkurencije kao na praktično rešenje sve većeg broja zahteva koji su se gomilali pred njom za vreme važenja Uredbe broj 17, i Komisija je ukazivala u svojim godišnjim izveštajima. Međutim, tek je u sklopu tzv. modernizacije prava konkurencije Uredbom broj 1/2003.²⁹ privatno pravnu primenu stavila u istu ravan kao i javnopravnu primenu.

Komentar presude

Načelo delotvornosti i ekvivalentne primene kao osnov prava na tužbu za naknadu štete. – Pošto u komunitarnom pravu (pravu EU) nisu predviđena posebna pravna sredstva za zaštitu subjektivnih materijalnih prava iz propisa kojima je priznato direktno dejstvo (pa i propisima o konkurenciji) Sud pravde je njihovu zaštitu prepustio nacionalnim sudovima. Već u presudama u predmetima *Rewe* i *Comet*³⁰ od 1976. godine, Sud pravde je zauzeo stav da je “u odsutstvu komunitarnih pravila zadatak pravnog sistema svake države članice da označi sudove nadležne za utvrđivanje proceduralnih uslova kojim će se regulisati tužbe kako bi se osigurala zaštita prava koja građani imaju po osnovu direktnog dejstva komunitarnog prava, pri čemu takvi uslovi ne mogu biti nepovoljniji od onih koji se odnose na slične tužbe domaće prirode.”³¹

U kasnijoj presudi donetoj u predmetu *Factortame*³² Sud je obavezao nacionalne sudove da direktno primenjuje pravna pravila Zajednice “treba u potpunosti i ujednačeno primenjivati u svim državama članicama od trenutka kad stupe na snagu i tako dugo dok su na snazi” (tačka 14) i da “na temelju načela nadređenosti prava Zajednice, odredbe Ugovora i direktno primenjivih akata institucija samom činjenicom stupanja na snagu imaju u odnosu na nacionalno pravo država članica takav učinak da ... čine automatski neprimenjivom svaku suprotnu odredbu nacionalnog prava” (tačka 17) Ovi zahtevi su u pravnoj teoriji označeni kao načelo delotvornosti i ekvivalencije.³³

²⁸ C-453/99 *Courage Ltd v Bernard Crehan* ECJ [2001] ECR I-6297.

²⁹ Council Regulation (EC) No. 1/2003 of 16 December 2002 on implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, [2003] OJ L1/1

³⁰ C-45/76 *Comet* [1976] ECR 2043, tač. 13-16.

³¹ Predmet C-33/76 *Rewe-Zentralfinanz eG and Rewe-Zentral AG v Landwirtschaftskammer ...*, [1976] ECR 1989, Tač. 5. stav 3. presude.

³² Tač. 18. presude.

³³ Vid. C. Bernard and S. Peers (eds), *Europa Union Law*, Oxford, 2014, str. 199.

Prema načelu delotvornosti, u slučajevima kada u nacionalnom pravu ne postoje odgovarajuća pravna sredstva za zaštitu subjektivnih prava iz EU propisa, princip delotvornosti obavezuje nacionalni sud da nađe način da zaštiti takva prava kako ne bi ostala bez dejstva.³⁴ Na osnovu principa ekvivalencije, kada ne postoji merodavno pravo EU, države članice su u slučaju povrede prava EU obavezane da obezbede zaštitu koja ne sme biti nepovoljnija od zaštite koja postoji za povredu nacionalnih propisa.³⁵

U konkretnom predmetu, pravila o odgovornosti za štetu su postojala samo u nacionalnim pravima država članica pa su tuženi smatrali da bi njih trebalo primeniti i u skladu sa njima tumačiti nejasne pojmove. To je, prema pravu Austrije, značilo da se, iz razloga koji su ranije navedeni, ne može utvrditi odgovarajuća kauzalna veza, pa ni odgovornost članova kartela za ponašanje nečlanica kartelnog sporazuma. Međutim, Sud se prvo pozvao na praksu iz predmeta *Manfredi*³⁶ u kome je zauzeo stav da pravila koja regulišu način ostvarivanja prava na naknadu štete, uključujući i pravila o pojmu “kauzalnog odnosa” određuje nacionalno pravo svake države članice uz poštovanje načela delotvornosti i ekvivalencije (načelo nacionalne proceduralne autonomije).³⁷

Pojam uzročne veze. – Kao jedan od razloga zbog koga su tužbu za naknadu štete smatrali neosnovanom učesnici kartela su naveli “prekid uzročne veze između proitivpravne radnje i nastale štete.” U tom smislu su naveli da austrijsko pravo kategorički isključuje pravo na naknadu štete u situaciji, poput one u glavnom postupku, kad ne postoji ugovorna veza sa učesnikom tog sporazuma jer se smatra prekinutom autonomnom odlukom preduzetnika koji ne učestvuje u kartelnom sporazumu. Kao što je već navedeno austrijsko pravo spada u grupu prava u kojima se odgovornost za štetu ceni prema teoriji adekvatne uzročnosti. Prema ovoj teoriji, u slučaju da postoje više različitih uzroka, koji svaki za sebe utiču u određenoj meri na prouzrokovanje štetnih posledica, treba naći adekvatni uzrok koji “po redovnom toku stvari, a na osnovu praktičnog iskustva, proizvo-

³⁴ Vid. Presude Suda pravde u predmetima C-128/93 *Fisher* [1994] ECR I-4583, tač. 37, C-231/233/06 *Jonkman* [2007] ECR I-5149, tač. 28 *VEBIC*; C-439/08, [2010] ECR I-12471, tač. 57; C-360/09 *Pfleiderer AG v Bundeskartellamt* [2011] ECR I-5161, tač. 24; C-536/11 *Donau Chemie and Others*, presuda od 6. juna 2013, nije još objavljena, tač. 27. U domaćoj teoriji R. Vukađinović, *Stvaranje i ostvarivanje komunitarnih prava u Evropskoj uniji*, Beograd, 1998, str. 222-228.

³⁵ Vid. presude u predmetima C-13/68 *Salgoil SpA v Italian Ministry of Foreign Trade* [1968] ECR 453, C-222/84 *Johnston v Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, [1986] ECR 1651, u združenim predmetima C-205-215/82 *Deutsche Milchkontor* [1983] ECR 2633, tač. 7. C-453/99 *Courage i Crehan*, [2001] ECR I-6297, tač. 29.; C-295/04, *Manfredi* [2006] ECR I-6619, tač. 62; C-360/09 *Pfleiderer AG v Bundeskartellamt* [2011] ECR I-5161, tač. 24.

³⁶ C-295/04, *Manfredi* [2006] ECR I-6619.

³⁷ C-295/04, *Manfredi* [2006] ECR I-6619, tač. 64.

di datu posledicu.”³⁸ U konkretnom slučaju se kao sporno, postavilo pitanje ko i po kom pravu je nadležan da odredi značenje “uzročne veze” između kartela i zaštićene cene. I u odgovoru na ove navode, Sud je prvo konstatovao da pojam “uzročne veze” treba tumačiti u skladu sa merodavnim nacionalnim pravom (austrijskim), ali tako da obezbede “punu delotvornost prava konkurencije Unije” i u skladu sa ranijom praksom.³⁹ Zatim se pozvao na raniji stav da svako može da zahteva naknadu pretrpljene štete kada postoji uzročna veza između te štete i zabranjenog sporazuma ili delovanja zabranjenog članom 101. UFEU-a.⁴⁰ Ovakvo tumačenje je obrazložio potrebom da osigura “punu delotvornost člana 101. UFEU-a” koja bi bila “dovedena u pitanje kada bi pravo svake osobe da zahteva naknadu pretrpljene štete nacionalnim pravom bilo podređeno, kategorički i nezavisno od posebnih okolnosti slučaja, postojanju direktne uzročne veze, pri čemu bi to pravo bilo isključeno zbog činjenice da dotična osoba nije imala ugovorne veze sa učesnikom zabranjenog sporazuma, nego s preduzetnikom koji u njemu nije učestvovao, čija je politika cena ipak posledica zabranjenog sporazuma koji je omogućio vitoperenje mehanizama oblikovanja cene koji uređuju konkurentna tržišta.”⁴¹

Na osnovu svega toga, Sud odlučio da, “žrtva zaštitne cene (*umbrella pricing*) može dobiti naknadu pretrpljene štete od učesnika zabranjenog sporazuma, iako sama nije imala ugovorne veze s njima, ako se ustanovi da bi posledica tog zabranjenog sporazuma mogla biti, zavisno od okolnosti slučaja i naročito od posebnosti predmetnog tržišta, primena zaštitne cene od strane trećih osoba koje postupaju autonomno i da te okolnosti i posebnosti nisu mogle biti nepoznate učesnicima tog sporazuma. Sud koji je uputio zahtev treba da proveri da li su ti uslovi bili ispunjeni.”⁴²

Kritički osvrt

Presuda Suda pravde u predmet Kone i ostali, predstavlja samo nastavak ranije započete prakse u kojoj je Sud podsticao nacionalne sudove da u okviru tzv. privatno pravne primene prava konkurencije dosuđuju i naknadu štete nastale pojedincima zbog povrede EU prava konkurencije. Sud je to obrazlagao željom da na taj način osigura punu delotvornost i ovog segmenta prava EU. U slučajevi-

³⁸ O. Antić, *n. delo*, str. 479.

³⁹ Vid tač. 32. presude u kojoj se poziva na presudu u predmetu C-439/08, *VEBIC* [2010] ECR I-12471.

⁴⁰ Vid. presude u predmetima Manfredi, tač. 61; C-494/11 P *Otis Luxembourg Sàrl and Others v European Commission*, [2012] ECR presuda od 15. juna 2012, tač. 43.

⁴¹ Tač. 33. presude.

⁴² Tač. 34. presude.

ma koji su prethodili presudi u predmtu Kone, Sud pravde je ostvaravanje prava na naknadu štete uslovio postojanjem tri elementa: protivpravne radnje štetnika, štete i uzročne veze između radnje štetnika i nastale štete. Međutim, Sud nije dalje razrađivao ove elemente. S obzirom da su u tom pogledu u nacionalnim pravima postojala različita rešenja, postojala je opasnost da budu različito tumačeni, čime bi se ugrozilo jedinstvo prava EU. U predmetu Kone Sud je iskoristio priliku da zauzme stav o postojanju adekvante uzročnosti (*adäquate Kausalität*), kao jednog od elemenata o kome postoje različita rešenja u nacionalnim pravima. U austrijskom pravu, kao i u većini nacionalnih prava u državama članicama prihvaćena je teorija odgovarajuće ili adekvatne uzročnosti, ali je tumačena na različite načine. Stoga se kao prethodno, postavilo pitanje po kom pravu treba tumačiti ovaj pojam: prema nacionalnim pravima ili kao autonomni pojam.

U odgoovru na ovo pitanje, Sud pravde je smatrao da je potrebno razlikovati *postojanje* prava na naknadu štete i *način* njegovog *ostvarivanja*. Na ovo razlikovanje, kao na materijalno i procesno pitanje posebno su ukazivali opšti pravobranioци u svojim mišljenjima u nekim ranijim predmetima.⁴³ U konkretnom slučaju Kone, i opšti pravobranilac Kokot je istakla potrebu da bi trebalo razlikovati “postojanja i vršenja prava,” pri čemu je zauzela stav da je “građanska odgovornost članova kartela za zaštićene cene, materija prava EU.” Drugačije rečeno, na pitanje da li članovi kartela treba da odgovaraju za zaštićene cene, odgovor bi trebalo tražiti u pravu EU. I u tom smislu je bila izričita da “to pitanje ne može biti ostavljeno pravnim porecima država članica.”⁴⁴ U konkretnom slučaju postojanja prava na naknadu štete je zavisilo od toga kako će Sud tumačiti pojam uzročne veze između ponašanja članova kartela i ponašanja trećeg lica kao učesnika na tržištu sa zaštićenom cenom. Odgovor je iskoplikovala činjenica da se prema dotadašnjem shvatanju u austrijskoj teoriji i sudskoj praksi odgovarajuća uzročna veza nije mogla naći u ponašanju članova kartela i nastale štete. U takvim okolnostima, Sud je smatrao da tumačenje uzročne veze predstavlja pitanje nacionalne “procesne autonomije država članica” i da ga treba tumačiti u granicama načela delotvorne primene i ekvivalencije.⁴⁵ Pozivajući se na svoju raniju praksu i na zadatak da osigura punu delotvornost članova 101. i 102. UFEU Sud je zaključio da on treba da odredi sadržinu pojma uzročne veze, nezavisno od rešenja koja postoje u nacionalnim pravima. Takav stav Suda je u već izazvao brojne komentare i neslaganja.

⁴³ Vid. mišljenje opšteg pravobranica Van Gervena u predmetu C-128/92 *Banks* [1994] ECR I-1209, tal. 36 do 45, kao i mišljenje opšteg pravobranica J. Kokot u predmetu Kone i ostali, tač. 23.

⁴⁴ Tač. 28. mišljenja.

⁴⁵ Vidi u ovom smislu presude u združenim predmetima C-295/04 do C-298/04, *Vincenzo Manfredi v Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, Antonio Cannito v Fondiaria Sai SpA and Nicolò Tricarico and Pasqualina Murgolo v Assitalia SpA*, [2006] ECR I-6619, tač. 64.

RADOVAN D. VUKADINOVIĆ, Ph.D.,
President of Association for European Law

THE RIGHT TO CLAIM DAMAGES RESULTING
FROM UMBRELLA PRICING, CASE KONE AND OTHERS

Summary

The question of damages due to breach of EU competition law, in particular due to violation of antitrust regulation is one of the most pressing issues in EU law. The significance of this issue speaks not only numerous cases by the Court of Justice of the EU, but the draft Directives on damages actions expected to be adopted by the end of this year. In well-established case law, the Court of Justice for more than a decade promotes the so-called. private law enforcement of competition law. Private law enforcement includes the right to compensate of damages incurred by concluding prohibited cartel agreements and in case of abuse of dominant position. In such cases, the Court found that the right to compensations claims have not only other undertakings, but also individuals. However, in case Cone and others, whose judgment is the subject of this paper, the Court went a step further and concept of “adequate causal link” interpreted as autonomous and so entitled to damages any individuals in case of being so-called. umbrella prices.

Umbrella pricing is a concept that refers to the behaviour of non -cartel members who raise prices to align themselves with a cartel. This price increase occurs without any collusion between cartel members and non - cartel members. In these cases, customers who bought products from companies that are not members of the cartel are entitled to damages from the members of the banned cartel.

VELJKO MILUTINOVIĆ

IMUNITET I NAGODBA U ZAŠTITI KONKURENCIJE

– Pristup pravdi i *bona fide* uprave –

U V O D

Član 101. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije (“UFEU”), poput člana 10. srpskog Zakona o zaštiti konkurencije (“ZZK”),¹ proglašava zabranjenim i ništavim sporazume kojima se značajno ograničava, narušava ili sprečava konkurencija (“restriktivne sporazume”). U veoma širokoj kategoriji restriktivnih sporazuma, najrestriktivnijim i najštetnijim smatraju se karteli, odnosno sporazumi uz pomoć kojih konkurenti na tržištu veštački regulišu cene, obim proizvodnje ili međusobno dele tržišta.

U svetu postoji širok konsenzus među pravnim sistemima da karteli treba da budu zabranjeni.² Stoga je njihova protivzakonitost naširoko poznata menadžerima; ovo je slučaj posebno u starijim, razvijenim sistemima zaštite konkurencije, kao što su SAD i EU, gde kartelska zabrana postoji više od stotinu i dvadeset odnosno pedeset godina.³ Rezultat te spoznaje jeste da su karteli ma-

Dr Veljko Milutinović, docent Fakulteta za poslovne studije Megatrend univerziteta u Beogradu.

¹ “Sl. glasnik RS”, br. 51/2009 i 95/2013.

² Posebno među zemljama članicama OECD: v. *Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hardcore Cartels* (Pariz, OECD, 1998.), dostupno na internet stranici: <http://www.oecd.org/daf/competition/2350130.pdf> (poslednji pristup: 15.8.2014.).

³ U SAD, *The Sherman Antitrust Act* (15 U.S.C. § 1-7), iz 1890, čl. 1; u EU, Ugovor o osnivanju evropske ekonomske zajednice (EEZ) iz 1957, čl. 85. st. 1.

hom prikriveni, odnosno da njihovi članovi retko ostavljaju očigledne ili lako dostupne dokaze o svom protivzakonitom udruživanju.

Odgovor pravnih sistema na prikrivenu i štetnu prirodu kartela prvenstveno je imao oblik odvracanja, kroz visoke novčane kazne i plaćanje odštete iznad nivoa realne štete.⁴ U novije doba, veliki sistemi su na “štap” odvracanja dodali “šargarepu” imuniteta od kažnjavanja odnosno smanjenja kazni za članove kartela koji prijave svoje saučesnike i dostave organu za zaštitu konkurencije priznanje o svome učešću, kao i dokaze do kojih organ inače ne bi došao.⁵ Radi ubrzavanja postupka, uvedene su i tzv. “nagodbe,” čiji je cilj da uštede vreme i resurse počinilaca i administracije, kada ogran za zaštitu konkurencije ima ozbiljan korpus dokaza, te postane očigledno obema stranama da na kraju postupka sledi-kazna.⁶

Status imuniteta odnosno stranke koja se nagodila ima jedan poseban aspekt, koji se u Evropskoj uniji tek razrađuje, a u Srbiji će morati da bude razrađen u dogledno vreme. Naime, problemi imuniteta odnosno nagodbe ne završavaju se automatski činom izuzeća od kažnjavanja ili nagodbom koju prihvataju organi za zaštitu konkurencije. Ovi subjekti ostaju izloženi odštetnim zahtevima žrtava, odnosno subjekata koji su, usled kartelskog ponašanja, pretrpeli štetu. Organ za zaštitu konkurencije ima za cilj, prvenstveno, da otkrije i kazni kartel i on, u načelu, ne ulazi u pitanje naknade štete. Međutim, pravo na naknadu štete izazvane kartelskim ponašanjem postoji, kako na nivou EU tako i u Srbiji.⁷ U EU, Evropska komisija već skoro čitavu deceniju vodi političku agendu koja pokušava da ojača građanskopravnu zaštitu žrtava, a da pritom ne ugrozi javnopravni sistem zaštite konkurencije na nivou EU i Država članica.⁸ Kulminacija te agende je dostignuta ove godine, kada su Evropski parlament i Savet usvojili Direktivu o naknadi štete⁹ Jedan od ključnih ciljeva Direktive jeste upravo da pravi ravnotežu između prava

⁴ U EU, Council Regulation (EC) No. 1/2003 of 16 Dec. 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Arts 81 and 82 of the Treaty, [2003] OJ L1/1 (“Regulativa 1/2003”), čl. 23. (novčane kazne); u SAD, *Clayton Antitrust Act* (1914), 15. U.S.C. § 12-27, član 4. (trostruka naknada štete).

⁵ *Commission Notice on the non-imposition or reduction of fines in cartel cases* OJ [1996] C 207/4 (prvo Uputstvo o ublažavanju kazni i *Commission notice on immunity from fines and reduction of fines in cartel cases* OJ [2006] C 298/17 (važeće “Uputstvo o ublažavanju kazni”).

⁶ **Commission Regulation (EC) No 622/2008 of 30 June 2008 amending Regulation (EC) No 773/2004, as regards the conduct of settlement procedures in cartel cases**, OJ [2008] L 171/3.

⁷ U EU, Sud pravde u predmetu C-453/99, *Courage v. Crehan* [2001] ECR I-6297, paragraf 26; u Srbiji, izričito, čl. 73. st. 1. ZZK.

⁸ *Green Paper on Damages Claims for Breach of the EC Antitrust Rules*, COM (2005) 672; *White Paper on Damages Claims for Breach of the EC Antitrust Rules*, COM (2008) 165 final.

⁹ Directive of the European Parliament and the Council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member

članova kartela koji uživaju imunitet/smanjenje kazne odnosno koje su dobile nagodbu sa jedne strane i prava žrtava kartela sa druge strane.

U nastavku ovoga rada, biće prikazan način na koji evropski sistem pokušava da uspostavi navedenu ravnotežu kao i pojedini nedostaci i omaške u tom procesu. Takođe će biti analizirani nedostaci domaćeg sistema, koji će tek delimično biti rešeni usvaanjem evropskog "akija" tokom pregovora o pristupanju EU. Posebna pažnja biće posvećena zaštiti prava stranaka, kako članova kartela koji imaju imunitet/smanjenje kazne/nagodbu tako i žrtava. Ključno pitanje će biti: koliko dobre vere (*bona fide*) pokazuje administracija u zaštiti prava stranaka?

IMUNITET, SMANJENJE KAZNE I NAGODBA

U EU, opšti okvir za sprovođenje materijalno-pravnih odredbi o restriktivnim sporazumima (i zloupotrebama dominantnog položaja) nalazi se u Regulativi Saveta 1/2003.¹⁰ Sistem izuzeća od odn. smanjenja kazni reguliše instrument "mekog prava," tačnije Uputstvo Komisije o imunitetu od kažnjavanja i smanjenju kazni u kartelskim slučajevima iz 2006. ("Uputstvo o smanjenju kazni").¹¹ Uputstvo o smanjenju kazni poznaje dve osnovne kategorije tretmana učesnika u kartelskim sporazumima (u smislu člana 101. UFEU) kojima se mogu izbeći, odn. kojima se može smanjiti kazna: imunitet-subjekt ne plaća novčanu kaznu, i smanjenje kazne-subjekt plaća umanjenu sumu u odnosu na sumu koja bi inače bila propisana za isto ponašanje.

Kako imunitet tako i smanjenje kazne podrazumevaju saradnju sa Evropskom komisijom i obavezu pružanja korisnih dokaza. Osnovna razlika između dve kategorije jeste što imunitet zahteva da je subjekt prvi član kartela koji se obratio Komisiji i da mora da pruži dovoljno dokaza da bi Komisija mogla da sprovede ciljanu istragu i ustanovi postojanje kršenja člana 101. UFEU;¹² smanjenje kazne sleduje subjektima koji se jave posle prvog i oni moraju pružiti "dodatnu vrednost," odnosno dokaze koja Evropska komisija nije već imala (i nije dobila od prve stranke, koja je stekla imunitet).¹³ Procenat smanjenja kazne zavisi od redosleda prijavljivanja i korisnosti saradnje i iznosi maksimalno pedeset odsto.¹⁴ Ni imunitet ni smanjenje se ne mogu dobiti ako je subjekt koji se obraća Evropskoj komisiji "kolovođa" kartela i obe kategorije subjekata imaju obavezu da sme-

States and of the European Union (nije još zvanično usvojeno i objavljeno u Sl. glasniku EU) u daljem tekstu: "Direktiva o naknadi štete").

¹⁰ *Loc. cit. supra.*

¹¹ *Loc. cit. supra.*

¹² Uputstvo o smanjenju kazni, *loc. cit. supra*, tč. 8.

¹³ *Ibidem*, tč. 23-26.

¹⁴ *Ibidem*, tč. 26.

sta prestanu aktivno da učestvuju u kartelu i da obezbede dokaze, odnosno da ih ne uništavaju.¹⁵

Prema rečima Evropske komisije i Suda pravde, imunitet i smanjenje kazne su bitni instrumenti za otkrivanje kartela¹⁶ Iako do Direktive nije bio predmet “tvrđog prava” EU koje obavezuje Države članice, sistem imuniteta/smanjenja kazni je uveliko prihvaćen od strane nacionalnih organa za zaštitu konkurencije EU, te postoje zajednička “mekā” pravila o saradnji i osnovnim principima u tom smislu, usvojena na nivou Evropske mreže za konkurenciju (*European Competition Network*), odnosno grupacije nacionalnih organa plus Evropska komisija.¹⁷

U Srbiji, Državi-kandidatu za članstvo u EU, član 69. ZZK, je inspirisan Uputstvom o smanjenju kazni i predviđa, u načelu, slična pravila. Naime, član 69. stav 1. ZZK predviđa da se imunitet (ili, kako ga ZZK-ne baš jezgrovito-naziva: “oslobađanje od obaveze plaćanja novčanog iznosa mere zaštite konkurencije”) ima dati subjektu koji je “prvi Komisiji prijavio postojanje sporazuma *ili* dostavio dokaze na osnovu kojih je Komisija donela rešenje o povredi iz člana 10. stav 1. ovog zakona.” Stav 2. istog člana dalje predviđa da imunitet važi “pod uslovom da Komisija, u trenutku dostavljanja dokaza, nije imala saznanje o postojanju sporazuma iz člana 10. stav 1. ovog zakona ili je imala saznanje ali nije imala dovoljno dokaza da donese zaključak o pokretanju postupka.”

Bar na prvi pogled, srpski sistem deluje dosta manje zahtevno od evropskog, jer nudi opciju *ili* davanja informacije o postojanju kartela *ili* dokaza, dok evropski zahteva obe radnje. Ipak, Uredba o uslovima za oslobađanje obaveze plaćanja novčanog iznosa mere zaštite konkurencije u svom članu 2. stav 1. tačka 2. pojašnjava da se, ipak, moraju dostaviti dokazi u svakom slučaju.¹⁸ Međutim, nasuprot domaćoj Uredbi koja traži dokaze dosta uopšteno, omogućiti “ciljanu istragu” Evropske komisije podrazumeva da taj organ sazna tačno šta i od koga treba da traži, u smislu dokaza, kroz zahtev ili nenajavljenu inspekciju, kao i da dobije imena i kontakte odgovornih lica u ostalim članovima kartela.¹⁹

Ostale odredbe člana 69. ZZK su bliže evropskom modelu. Tako stav 3. u suštini prepisuje evropsku kategoriju smanjenja kazne, dok stav 4. nalaže da ni imuniteta ni smanjenja nema za kolovođe kartela. Uredba takođe dodaje, u članu 3. stav 1. tačka 2. evropski kriterijum koji je “ispušten” u samom zakonu, a to je obaveza saradnje sa Komisijom za zaštitu konkurencije (“KZK”). Ipak, ni ZZK ni

¹⁵ *Ibidem*, tč. 12.

¹⁶ Predmet C-360/09, *Pfleiderer v. Bundeskartellamt* [2011] ECR I-05161, paragraf 25.

¹⁷ European Competition Network, *ECN Model Leniency Programme*, dostupno na internet stranici: http://ec.europa.eu/competition/ecn/mlp_revised_2012_en.pdf (poslednji pristup: 20.8.2014.).

¹⁸ “Sl. glasnik RS” br. 50/2010.

¹⁹ Uputstvo o smanjenju kazne, *loc. cit. supra*, tč. 9.

Uredba nigde ne propisuje postojanje dokumenta koji je ključni deo postupka za imunitet/smanjenje kazne u EU, a to je tzv. "korporativna izjava" (*corporate statement*); radi se, u suštini, o izjavi u kojoj subjekt koji zahteva imunitet odnosno smanjenje kazne taksativno navodi sve što zna o kartelu, a posebno o svom učešću (priznanje).²⁰ Uredba o oslobađanju o kazni samo predviđa, u već navedenom članu 3. stav 1. tačka 2, pismenu izjavu da će subjekat sarađivati sa KZK u dobroj veri, što je jako daleko od korporativne izjave. Na kraju, treba napomenuti da, za razliku od Uputstva o smanjenju kazni Evropske komisije, ni ZZK ni uredba ne propisuje tačnu proceduru za podnošenje zahteva za imunitet/oslobođenje od kazni, pa samim tim ni prava podnosioca. Među tim pravima je, recimo, ključno pravo da podnosilac, pre nego što da korporativnu izjavu, rezerviše "mesto u redu," za prijavljivanje i za to dobije "marker," te da sazna od Evropske komisije, posle dobijanja "markera" a pre podnošenja formalnog zahteva, da, eventualno, ne bi bio prvi koji se prijavljuje ili da ne ispunjava uslove za imunitet ili smanjenje kazne, te da u tom slučaju ima mogućnost da povuče predate dokaze.²¹ Ovo rešenje je od vitalnog značaja za prava potencijalnih podnosilaca i njihovu motivaciju da prijave kartele, jer ih štiti od nepotrebnog samooptuživanja.

Takozvane "nagodbe" nisu deo "akcija" EU i ona su relativna novina i posebnost Evropske komisije, koja se ne sprovodi u svim nacionalnim organima za zaštitu konkurencije. Postupak nagodbe uveden je Regulativom Komisije i propisan detaljno u posebnom Uputstvu.²² Kao i u slučaju Uputstva o smanjenju kazni, predviđeno je (doduše, skromnije) smanjenje kazne (ali ne i oslobađanje, odn. imunitet, osim ako je stranka prethodno podnela poseban zahtev za imunitet i priključila se postupku nagodbe).²³ Razlika između sistema nagodbe i sistema imuniteta/smanjenja kazni jeste što, kod ovog prvog, Evropska komisija već ima dovoljno ili skoro dovoljno dokaza da okonča predmet usvajanjem rešenja kojim se ustanovljava kršenje pravila konkurencije. Iz perspektive okrivljenog, osnovni motiv za nagodbu nije smanjenje kazne već skraćivanje postupka i smanjenje obima dokaznog materijala koji će biti izložen istrazi, jer isti često sadrži osetljive poslovne podatke koji možda upućuju, između ostalog, na dodatne nezakonitosti za koje Evropska komisija ne zna. Pritom, postupci za ispitivanje kartela iziskuju jako veliki angažman ljudstva, koji je skup i naporan za Evropsku komisiju a posebno za okrivljene, koji obično plaćaju veliki broj skupih advokata. Na to treba

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Ibidem*, tč. 15-20.

²² Commission Regulation (EC) No 622/2008 of 30 June 2008 amending Regulation (EC) No 773/2004, as regards the conduct of settlement procedures in cartel cases [2008] OJ L 171/243 ("Regulativa o nagodbi"); Commission Notice on the conduct of settlement procedures in view of the adoption of Decisions pursuant to Article 7 and Article 23 of Council Regulation (EC) No 1/2003 in cartel cases [2008] OJ C 167/1 ("Uputstvo o nagodbi").

²³ Uputstvo o nagodbi, *loc. cit.*, tč. 30-33.

dotati, naravno, i angažman korporativnog vrha koji provodi vreme potrebno za vođenje korporacije na saslušanjima u Evropskoj komisiji.

Što se tiče srpskog prava, ZZK ni njegova podzakonska akta ne predviđaju proceduru nagodbe. Iako, u načelu, uvođenje sistema nagodbe ne bi bilo zgorog, ono ne samo da nije obaveza iz "akija," nego nije ni potrebno u ovoj fazi razvoja zaštite konkurencije u Srbije, gde se KZK još uvek ne suočava sa masivnim, prekograničnim i prikrivenim kartelima, čije se postojanje mora utvrđivati tokom desetina hiljada radnih sati.

PRAVO NA NAKNADU ŠTETE

2001. godine, u predmetu *Courage*, Sud pravde je ustanovio da postoji pravo na naknadu štete prouzrokovane kršenjem člana 101. UFEU.²⁴ To pravo postoji kao evropsko pravo, bez obzira na građanskopravna rešenja pojedinačnih Država članica i bez obzira da li je prethodno usvojeno rešenje organa za zaštitu konkurencije.²⁵ 2006. godine, Sud je potvrdio osnovni princip prava na naknadu štete u predmetu *Manfredi* i dodatno ga razvio, ustanovivši da evropsko pravo garantuje i određeni minimalni sadržaj prava na odštetu, tojest da podrazumeva stvarnu štetu i izmaklu dobit,²⁶ kao i pravo na kamatu (dok su eventualne kaznene odštete, odnosno odštete iznad realnog nivoa štete pitanje za pravo Država članica).²⁷ Takođe, shodno istoj presudi, nacionalni rokovi zastarevanja moraju biti dovoljno dugački da omoguće žrtvama da podnesu tužbu u parnici nakon okončanja postupka pred organom za zaštitu konkurencije.²⁸

ZZK pominje pravo na naknadu štete vrlo kratko u članu 73. stav 1: Naknada štete koja je prouzrokovana aktima i radnjama koje predstavljaju povrede koje predstavljaju povredu konkurencije u smislu ovog zakona, a koja je utvrđena rešenjem Komisije, ostvaruje se u parničnom postupku pred nadležnim sudom.

Stav 2. istog člana pojašnjava da "rešenje Komisije iz stava 1. ovog člana ne pretpostavlja da je šteta nastupila, već se ista mora dokazivati u sudskom postupku." Stav 1. člana 73. ZZK je donekle izlišna odredba, jer u ZZK nigde nisu predviđena parnična ovlašćenja za KZK; pritom, poput mnogih evropskih sistema, srpski pravni sistem poznaje opštu obavezu naknadu štete, u članu 154. stav

²⁴ *Courage*, loc. cit. supra.

²⁵ Za detaljnu analizu tog prava, njegovog sadržaja i konverzi, v. V. Milutinović, *The 'Right to Damages' under EU Competition Law: From Courage v. Crehan to the White Paper and Beyond* (Hag, Kluwer, 2010).

²⁶ Predmet C-295 to C-298/04, *Manfredi et al. v. Lloyd Adriatico et al.* [2006] ECR I-6619, paragraf 95.

²⁷ *Ibidem*, paragrafi 97. (kamata) i 99. (kaznena odšteta); mogućnost Država članica da naplaćuju kaznenu odštetu ukinuta je, ipak, čl. 2(3) Direktive o odšteti.

²⁸ *Ibidem*, paragrafi 78-82.

1. Zakona o obligacionim odnosima;²⁹ uostalom ni sam Sud pravde u predmetu *Courage* nije ustanovio pravo na naknadu štete na osnovu specifične odredbe vezane za konkurenciju, već na osnovu opštih pravnih principa. Ono što nije jasno a što je možda trebalo, radi pravne sigurnosti, izričito regulisati u samom ZZK jeste da li KZK ima monopol nad primenom materijalnih odredbi ZZK, ili je moguće samostalno pokrenuti parnični postupak, bez prethodnog rešenja KZK? ZZK ne isključuje ali ni ne predviđa ovu mogućnost. Isključenje samostalnih postupaka bi bilo kontraproduktivno, jer, ulaskom u Evropsku uniju, svi srpski sudovi bi dobili pravo i obavezu da primenjuju direktno primenjive odredbe evropskog prava konkurencije, tojest članove 101. i 102. UFEU.³⁰

PRISTUP DOKAZIMA

Postoji suštinska tenzija između prava na odštetu sa jedne strane i sistema imuniteta/smanjenja kazni i nagodbi sa druge. Taj sukob se manifestuje prvenstveno kroz pravila o pristupu dokumentima u posedu organa za zaštitu konkurencije, dokumentima koja su potrebna žrtvama antikongkurentskog ponašanja da dokažu postojanje istog u parničnom postupku, odnosno da dokažu štetno ponašanje okrivljenih prema sebi.

Pre Direktive o naknadi štete, Evropska komisija je držala tvrdnu liniju neotkrivanja dokumenata iz prijava za imunitet/smanjenje kazne, kao i drugih dokumenata u njenom posedu potencijalnim tužiocima koji bi tražili naknadu štete u parnici,³¹ dok su dokumenta iz procedure za nagodbu bila dostupna jedino uz saglasnost stranke koja je tražila nagodbu (kojoj, sasvim logično, nije bilo u interesu da dâ neophodnu saglasnost).³² Dve bitne presude Suda pravde i Osnovnog suda EU su uticale na promenu mišljenja Evropske komisije i formiranje povoljnijih rešenja za parnične tužioce u Direktivi o naknadi štete. Prvo je u predmetu *Pfleiderer* Sud pravde proglasio da je neophodno održavati ravnotežu između interesa EU da uspešno funkcionišu programi imuniteta/smanjenja kazni, s jedne strane, i interesa oštećenih da ostvare naknadu štete sa druge.³³ Iako je presuda

²⁹ "Sl. list SFRJ", br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, "Sl. list SRJ", br 31/93 i "Sl. list SCG", br. 1/2003 – Ustavna povelja.

³⁰ V. presudu ESP u predmetu 127/73, *BRT v. SABAM* [1974] ECR 51, posebno paragraf 16 i članove 1. i 3. Regulative 1/2003.

³¹ U čl. 7. Upustva o pristupu dosijeu (*Commission Notice on the rules for access to the Commission file in cases pursuant to Articles 81 and 82 of the EC Treaty, Articles 53, 54 and 57 of the EEA Agreement and Council Regulation (EC) No 139/2004* [2005] C 325/07), Evropska komisija je ograničila personalnu primenu prava na pristup dosijeu na okrivljene strane u postupku.

³² Uputstvo o nagodbi, *loc. cit. supra* tč. 39.

³³ *Pfleiderer*, *loc. cit. supra*, paragrafi 25-30; za detaljniju diskusiju predmeta *Pfleiderer* i *CDC* (*infra*), v. Veljko Milutinović, "The 'Right to Damages' in a 'System of Parallel Competences': a Fresh

bila upućena nemačkom telu za zaštitu konkurencije i ticala se, formalno, nemačkog postupka, poruka je bila jasna: stranke koje uživaju imunitet/smanjenje kazne ne treba da budu "beli medvedi" zarad javnog interesa uspešnog otkrivanja kartela, već se i prava žrtava moraju ozbiljno uzeti u obzir. U predmetu *CDC*, Osnovni sud EU je poslao još jasniji signal Evropskoj komisiji, presudivši da Komisija ne može sama da uspostavlja kategorije dokumenata koje su *a priori* zaštićene od otkrivanja trećim stranama na osnovu nekog opšteg javnog interesa, već mora da uspostavi vezu između otkrivanja konkretnih dokumenta i konkretne štete za javni interes.³⁴ Osnovni sud je takođe ustanovio, kao opšti princip, da interes učesnika u kartelu da izbegnu obavezu naknade štete nije pravni interes koji štiti pravo EU.³⁵

Usled ovih presuda, Evropska komisija je ublažila svoj stav, a taj stav je prenet i u konačni tekst Direktive o naknadi štete. Naime, shodno članu 6. stav 9. Direktive, svi dokazi u posedu Evropske komisije ili nacionalnih tela za zaštitu konkurencije koji nisu *posebno* isključeni Direktivom moraju biti učinjeni dostupnim tužiocima u postupku za naknadu štete. Posebna isključenja se odnose na korporativne izjave, kao i na izjave podnosioca zahteva za nagodbu, pod uslovom da ove poslednje nisu naknadno povučene (član 6. stav 6.). Navedene kategorije dokumenata ostaju trajno nedostupne trećim stranama i, ako ih na bilo koji način stranke "izvuku" iz dosijea organa i dostave parničnom sudu, isti mora da ih odbaci, na osnovu člana 7. stav 1. Direktive. Član 6. stav 5. Direktive propisuje da ostala dokumenta koja su pripremljena od strane ili za Evropsku komisiju odnosno nacionalni organ zaštite konkurencije, kao i izjave o nagodbi koje su podnocioci naknadno *povukli* ostaju zatvorena do okončanja postupka (uključujući eventualni upravni spor protiv rešenja organa), posle čega i ona postaju dostupna u parnici. Kao i kod trajno zabranjenih dokumenata, ako ova kategorija dokumenata "procure" iz dosijea organa do parničnog suda (pre okončanja postupka pred Komisijom/nacionalnim telom odnosno upravnog spora), nacionalni sudija je dužan da ih odbaci (član 7. stav 2. Direktive).

Naizgled drakonska, apsolutna zabrana otkrivanja korporativnih izjava i (konačnih) izjava o nagodbi ima smisla u praksi. Ovo je stoga što, za razliku od materijalnih dokaza koje organ za zaštitu konkurencije prikupi u toku postupka i koji se oslobađaju nakon okončanja postupka, ovakve izjave predstavljaju *de facto* i *de jure* priznanje krivice i lako mogu da sadrže podatke koji inače nisu potkrepljeni materijalnim dokazima i do kojih, tome shodno, tužilac u parnici nikada ne

Look at *BRT v. SABAM* and its Subsequent Interpretation," u M. Marquis i P. Lowe (urednici), *European Competition Law Annual 2011: Integrating Public and Private Enforcement-Implications for Courts and Agencies* (Oksford, Hart, 2014.), str. 341-376, posebno str. 360-363.

³⁴ Predmet T-437/08, *CDC Hydrogene Peroxide Cartel Damage Claims v. Commission* [2011-nije još objavljen u praksi Suda], paragrafi 54. i 69-71.

³⁵ *Ibidem*, paragraf 49.

bi ni mogao da dođe. Rečju, otkrivanje korporativnih izjava i izjava o nagodbi napravilo bi od podnosioca zahteva "glinene golubove" za parnicu i ozbiljno umanjilo njihovu motivaciju da prijave postojanje kartela odnosno da se "nagode sa organom za zaštitu konkurencije.

Problem čekanja okončanja postupka pred organom za zaštitu konkurencije odnosno upravnog spora protiv rešenja istog rešen je u Direktivi pojačanom primenom principa iz presude Suda pravde u predmetu *Manfredi*. Naime, princip iz te presude, da nacionalni rokovi zastarevanja ne smeju biti toliko kratki da onemoguće pokretanje parnice nakon okončanja upravnog postupka/upravnog spora,³⁶ kodifikovan je tako što se članom 10. stav 4. Direktive budućim parničnim tužiocima garantuje minimalni rok od godinu dana od okončanja svih postupaka da pokrenu parnicu.³⁷

Kritika koja se mora uputiti na račun Direktive jeste iskrivljena, pogrešna motivacija koju predstavlja *privremena* zaštita povučenih izjava o nagodbi. Naime, ovakvim rešenjem se potencijalni podnosilac izjave o nagodbi stavlja pred nezavidan izbor: on može ili da ostane pri svojoj izjavi i prihvati šta god mu nametne organ za zaštitu konkurencije u smislu kazni ili mera ponašanja, ili da povuče izjavu, odustane od nagodbe i izloži sebe parničnim tužiocima, koji imaju pristup njegovom priznanju.

Na kraju, Direktiva daje podnosiocima zahteva za imunitet/smanjenje kazne i nagodbu maksimalni podsticaj da predaju organu za zaštitu konkurencije što više dokaza što pre, jer dokazi koji ne uđu u dosije organa podležu neodložnoj obavezi otkrivanja parničnom tužiocu, na osnovu gore navedenog člana 6. Stav 9. i to pod opštim pravilom o otkrivanju dokaza iz člana 5. stav 1. Direktive, koje nalaže okrivljenima i trećim stranama da dostave dokaze parničnom tužiocu kada isti "podnese obrazložen podnesak koji sadrži razumno dostupne činjenice i dokaze dovoljne da podrže uverljivost njegovog odštetnog zahteva." Ovakva kombinacija rešenja naizgled može biti kontraproduktivna za parnične tužioce, jer će pametni kršioци prava konkurencije koji učestvuju u programu imuniteta/smanjenja kazni ili nagodbe pojuriti da, u suštini, sakriju dokaze kod organa za zaštitu konkurencije. Međutim, takvo sakrivanje je, kao što je gore navedeno, privremene prirode, osim ako se radi o korporativnim izjavama ili konačnim izjavama o nagodbi.

Srpski ZZK se ne bavi izričito pristupom dokazima od strane tužioca u parnici. ZZK sadrži samo dva člana koji se bave (ne)davanjem podataka trećim licima. Član 45. predviđa obavezu čuvanja takozvanih "zaštićenih podataka" (uglavnom poslovnih tajni stranaka), od pristupa javnosti. Ovo rešenje nije direktno relevantno za pitanje parničnog postupka, jer je njegova prvenstvena svrha redi-

³⁶ *Manfredi*, loc. cit. supra, paragrafi 81-82.

³⁷ Direktiva uvodi i opšti minimalni rok zastarevanja od pet godina (koji važi i za slučajeve gde nije bilo prethodnog upravnog postupka), čiji se početak računa na najsubjektivniji mogući način.

govanje tekstova rešenja KZK koji se objavljuju,³⁸ dok evropska Direktiva o naknadi štete ne izuzima poslovne tajne od obaveze otkrivanja dokaza *a priori*, već poverava nacionalnom sudiji brigu o njihovoj adekvatnoj zaštiti tokom parničnog postupka (član 5. stav 5). Drugi član ZK koji se bavi tajnama jeste član 51. koji predviđa zaštitu "privilegovanih komunikacija" (u biti-advokatske tajne). Ova odredba takođe nije relevantna u smislu odnosa između upravnog i parničnog postupka; Direktiva o naknadi štete predviđa zaštitu advokatske tajne prilikom otkrivanja dokaza u svome članu 5. stav 6. Shodno svemu gore navedenom, nije korisno raspravljati o ovom pitanju iz perspektive srpskog prava, sve dok ZK (i eventualno drugi propisi) ne budu usklađeni sa Direktivom o naknadi štete.

IMUNITET OD NAKNADE ŠTETE

Sve do usvajanja Direktive o naknadi štete, sistem EU nije poznavao imunitet od obaveze naknade štete za članove kartela koji uživaju imunitet od kazni/smanjenje kazne. Stoga, iako su bili u potpunosti ili delimično oslobođeni od kazni Evropske komisije, rizik od parnice i obaveze naknade štete bio je jednak kao i kod članova kartela koji nisu saradivali sa Evropskom komisijom. Potencijalno, iznos naknade štete može biti veći čak i od kazne Komisije,³⁹ u zavisnosti od toga koliko je visoka bila monopolska renta kartela i koliki udeo u ukupnom obrtu člana kartela su predstavljala kartelizovana dobra ili usluge.

Direktiva o naknadi štete u svome članu 11. stav 3. tačka a) izuzima članove kartela koji imaju imunitet od kazni od obaveze naknade štete, *osim* prema žrtvama koje su bile njihovi direktni ili indirektni kupci ili dobavljači. Članovi kartela koji su dobili samo smanjenje kazne ne dobijaju nikakav imunitet od odštetnih zahteva. Takođe, čak i članovi kartela koji imaju imunitet od kazni mogu odgovarati za štetu i prema žrtvama koje nisu bile njihovi direktni kupci ili dobavljači ako ostali članovi kartela zajedno nisu u mogućnosti da isplate ceo iznos naknade štete (član 11. stav 1. uvodi princip solidarne i pojedinačne odgovornosti za štetu).

Iako je donekle pravično da član kartela koji uživa imunitet mora da se "uključiti" u solidarnu naknadu štete ako njegovi bivši saučesnici nisu solventni (što je uobičajen rizik kod zajedničkog protivzakonitog delovanja), rešenje prema kojem imunitet ne važi prema direktnim i indirektnim kupcima ili dobavljačima ne daje dovoljnu motivaciju potencijalnim podnosiocima zahteva. Ovo je stoga što se većina kartela bavi upravo prodajom ili kupovinom (redak izuzetak je,

³⁸ V. Odluku KZK o načinu objavljivanja akata i o zameni, odnosno izostavljanju (anonimizaciji) podataka u aktima Komisije za zaštitu konkurencije od 7.5.2013. dostupno na internet stranici: <http://www.kzk.org.rs/kzk/wp-content/uploads/2013/05/144-2-2.pdf> (poslednji pristup: 20.8.2014.).

³⁹ Koja može da iznosi, shodno članu 23. stav 2. Regulative 1/2003, najviše 10% godišnjeg obrta učesnika na tržištu.

reciomo, kolektivni bojkot, gde članovi kartela odbijaju da nešto kupe ili prodaju u nameri da "istisnu" treću stranu sa tržišta). Jedina prednost ovog rešenja jeste što imunitet podrazumeva, osim u slučaju insolventnosti preostalih članova kartela, izuzimanje nocioca imuniteta od solidarne odgovornosti, tojest njegova odgovornost se svodi "samo" na *njegove* žrtve. Kolika je to prednost u praksi nije sasvim jasno, jer Direktiva ne propisuje tačnu metodologiju za alokaciju odštete među članovima kartela, već samo navodi da udeo člana u odšteti mora biti "u skladu sa relativnom odgovornošću za pričinjenu štetu."⁴⁰ Na kraju, treba napomenuti da žrtve imaju pravo da traže punu naknadu štete od bilo kog člana kartela (osim nocioca imuniteta),⁴¹ te da tuženi član kartela koji je "preplatio" ima pravo se naplati od ostalih članova.⁴²

U Srbiji ne postoji konkretno rešenje za status članova kartela koji uživaju imunitet/smanjenje kazne u odnosu na odštetne zahteve, te će biti potrebno usklađivanje ZZK sa Direktivom o odšteti. Ono što je već usklađeno, kroz Zakon o obligacionim odnosima, jeste opšti princip solidarne odgovornosti, sa mogućnošću solidarnog dužnika koji je platio više nego što je njegov udeo u šteti da se naplati od preostalih dužnika.⁴³

OBAVEZUJUĆE DEJSTVO REŠENJA ORGANA ZA ZAŠTITU KONKURENCIJE

Kao podršku primatu Evropske komisije nad nacionalnim sistemima, Regulativa 1/2003 je propisala da su rešenja Evropske komisije obavezujuća za nacionalne sudove.⁴⁴ Ovo obavezujuće dejstvo se odnosi se na osnovni nalaz Evropske komisije iz izreke rešenja, odnosno na to da li su i koje stranke prekršile član 101. i/ili 102. UFEU.⁴⁵ Velika novina Direktive o naknadi štete jeste što ona predviđa obavezujuće dejstvo i za rešenja nacionalnih organa za zaštitu konkurencije nad nacionalnim sudovima u Državi članici gde su usvojena (član 9. stav 1) kao i snagu (oborivog) dokaza u čitavoj EU (tačka 31. Preambule). Za razliku od rešenja Evropske komisije, koja su obavezujuća i "unapred" (nacionalni sudovi moraju da izbegavaju usvajanje presuda koje bi se kosile sa *mogućim* rešenjima Evropske komisije u postupcima koji su u toku),⁴⁶ rešenja nacionalnih organa postaju obavezujuća tek kada postanu pravosnažna.

⁴⁰ Direktiva o naknadi štete, *loc. cit. supra*, čl. 11. st. 5.

⁴¹ *Ibidem*, čl. 11. st. 1.

⁴² *Ibidem*, čl. 11. st. 4.

⁴³ Zakon o obligacionim odnosima, čl. 206. i 208.

⁴⁴ Regulativa 1/2003, *loc. cit. supra*, čl. 16. st. 1.

⁴⁵ V. Milutinović, *The Right to Damages... loc. cit. supra*, str. 261-267.

⁴⁶ Čl. 16. st. 1. Regulative 1/2003, *loc. cit. supra*.

Još jedno bitno svojstvo ili svrha obavezujućeg dejstva jeste da se ono ponaša kao svojevrtni surogat za nedostatak dokaza sa kojim se često suočavaju žrtve. Naime, u presudi Suda pravde u predmetu *Otis*,⁴⁷ radilo se o zaista neobičnom spletu okolnosti: Evropska komisija, nakon što je donela rešenje kojim je ustanovila da postoji kartel proizvođača liftova i eskalatora (koje je u međuvremeno postalo pravosnažno), tužila je pred belgijskim sudom, kao pravni zastupnik EU, članove kartela za štetu koju su pretrpele Institucije EU kao kupci liftova i eskalatora. Ova situacija na prvi pogled liči na klasičan “kadija te tuži kadija ti sudi” scenario ili, latinski rečeno, na kršenje principa *nemo iudex in sua propria causa debet esse*. Sud pravde je odbacio ovaj navod tuženih članova kartela, obrazloživši da Evropska komisija nije sama svoj *iudex*, jer je njeno rešenje potvrđeno (po svim relevantnim tačkama) u upravnom sporu pred Opštim sudom.⁴⁸ U nastavku odgovora na optužbe protiv Evropske komisije u smislu kršenja ljudskih prava, ustanovljeno je i da je Evropska komisija održala “paritet oružja” (*equality of arms*), tako što se, u parničnom postupku pred belgijskim sudom, pozvala isključivo na javno objavljenu verziju svoga rešenja (tojest, nije koristila nikakve tajne podatke koji nisu dostupni svima).⁴⁹ Poruka koju je Komisija time poslala jeste da su njena javno dostupna (redigovana) rešenja dovoljna da se uspešno pokrene parnica protiv članova kartela, te da i druge žrtve treba da učine isto.

Nema sumnje da postojanje obavezujućeg dejstva rešenja organa donekle umanjuje značaj pristupa dokazima u posedu dotičnih organa, jer tužilac u parnici može direktno da se pozove na samo rešenje. Stvari, međutim, nisu uvek tako jednostavne. Veoma je moguće da, usled nedostatka dokaza ili ograničenja proceduralne prirode, organ donese rešenje koje je uže od stvarnog obima kršenja prava konkurencije, kako vremenski (rešenje ne obuhvata ceo period trajanja kršenja), personalno (rešenje ne obuhvata sve počinioce) tako i materijalno (rešenje ne obuhvata sve protivzakonite radnje). Takođe, dokazi u posedu organa mogu biti od koristi za dokazivanje kauzalne veze između radnji i štete, kao i obima i vrste štete. Takvi dokazi nemaju naročiti značaj za većinu organa za zaštitu konkurencije, jer se oni (prvenstveno Evropska komisija) ne bave individualnom štetom koju su pretrpele žrtve. Imajući sve ovo u vidu, pristup dokazima nije obesmišljen obavezujućim dejstvom.⁵⁰

Ostaje sporan jedan bitan aspekt obavezujućeg dejstva, a to je njegova kompatibilnost sa članom 6. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava (“Evropske

⁴⁷ Predmet C-199/11, *European Union v. Otis et al* [2012, nije još objavljen u štampanoj praksi Suda].

⁴⁸ *Ibidem*, paragrafi 39-67.

⁴⁹ *Ibidem*, paragrafi 69-77.

⁵⁰ U nekim kompleksnim slučajevima, organi zaštite konkurencije će imati obavezu, npr. na osnovu čl. 17. st. 3. Direktive o naknadi štete da pruže pomoć nacionalnim sudovima za svrhe procene štete.

konvencije”) odnosno članom 47. Povelje o fundamentalnim pravima (“Povelje”) EU, koji garantuju pravo na pravično suđenje pred nezavisnim i nepristrasnim sudom. Ovo pitanje se povlači ne samo u “kadija te tuži kadija te tuži” scenarijima tipa *Otis*, već prilikom svake primene obavezujućeg dejstva na štetu tuženih u parnici, jer se parničnom sudiji oduzima moć odlučivanja o postojanju protivpravnog ponašanja, te mu se ostavljaju “samo” pitanja kauzalne veze, postojanja i vrednosti štete. Ne samo to, sama činjenica da Evropska komisija samostalno istražuje, sprovodi postupak i izriče kazne bila je, u jednom periodu, veoma sporna (bez obzira na eventualno dejstvo ili nedejstvo rešenja na parnične postupke).⁵¹ Ovo stoga što je, iako je Sud pravde, u ranijem periodu, insistirao da su postupci Evropske komisije “administrativne prirode” i da ona nije “tribunal,”⁵² bilo jasno da se vrsta kazni koje Evropska komisija izriče i njihova svrha (odvracanje) poklapa sa razumevanjem “kaznene prirode” postupka koje prihvata Evropski sud za ljudska prava i koja iziskuje postojanje nezavisnog i nepristrasnog suda.⁵³ U literaturi se često pominjalo da je Evropska komisija, u postupcima za utvrđivanje kršenja prava konkurencije, istovremeno “istražitelj, tužilac, sudija i porota.”⁵⁴

Sud pravde i Osnovni sud u današnje vreme smatraju da je pitanje člana 6. EKLJP/člana 47. PFP “rešeno” postojanjem upravnog spora pred Opštim sudom (postupak iz člana 263. UFEU), iznad kojeg postoji i žalba Sudu pravde.⁵⁵ Uz to, nacionalni sudovi imaju i dodatnu mogućnost da indirektno izbegnu obavezujuće dejstvo rešenja Evropske komisije, kroz postupak za preliminarno pitanje pred Sudom pravde, na osnovu člana 267. UFEU. Ova procedura ostaje otvorena nacionalnim sudovima čak i kada je istovremeno u toku upravni spor protiv rešenja Evropske komisije pred Osnovnim sudom.⁵⁶ Tako nacionalni sudovi, postav-

⁵¹ V. između ostalog, R. Brent, “The Binding of Leviathan?—The Changing Role of the European Commission in Competition Cases” *International and Comparative Law Quarterly* 44 (1995) 255; F. Montag, “The Case for a Radical Reform of the Infringement Procedure” [1996] *European Competition Law Review* 28.

⁵² Predmeti 100-103/80, *Musique Diffusion Française SA v. Commission* [1983] ECR 1825, paragrafi 7. i 10.

⁵³ B. Application No. 11598/85, *Société Stenuit v. France* 14 *European Human Rights Reports* (1992) 509.

⁵⁴ Milutinović, *The ‘Right to Damages’...*, str. 282; opširnija diskusija ovog problema na str. 282-287, sa referencama ka daljoj literaturi.

⁵⁵ Predmet T-348/94, *Enso Española v. Commission* [1998] ECR II-1875, paragrafi 57–63; *Otis*, loc. cit. supra, paragraf 56.

⁵⁶ *Masterfoods*, loc. cit. supra, paragrafi 57. i 60; protiv mogućnosti da se podnose preliminarna pitanja kada je pokrenut upravni spor, Opšti pravozastupnik Cosmas, paragraf 108. Mišljenja Opšteg pravozastupnika i Milutinović, “The ‘Right to Damages’ in a ‘System of Parallel Competences.’” loc. cit. supra, str. 351-353.

ljajući apstraktno pitanje o pravu konkurencije EU, mogu, u suštini, da nadjačaju Evropsku komisiju-pod uslovom, naravno, da Sud pravde usvoji drugačije tumačenje prava od Evropske komisije.

Iako, formalno gledano, Opšti sud nije sud pune nadležnosti, upravni spor pred tim organom smatra se specifičnim, jer, iako Sud ostavlja “marginu procene” Evropskoj komisiji, on neretko ne samo da ispituje način na koji su dokazi prikupljeni, već ulazi duboko u ekonomsku metodologiju i pravne zaključke izvedene na osnovu dokaza.⁵⁷ Stoga se ovaj upravni postupak možda može smatrati “kvaži-žalbenim.”

Kroz Direktivu o naknadi štete, uneta je pretpostavka da je postojanje upravnog spora dovoljno za svrhe člana 6. Evropske konvencije/člana 47. Povelje i za obavezujuće dejstvo rešenja nacionalnih organa za zaštitu konkurencije, te Direktiva predviđa, utešno, da obavezujuće dejstvo uživaju samo pravosnažna rešenja nacionalnih organa, tj. ona koja su potvrđena u upravnom postupku ili gde upravni postupak nije ni pokrenut (član 9. stav 1.). U ovom kontekstu, treba napomenuti da je Evropska komisija stvorila ovakvu pretpostavku u *Beloj knjizi iz 2008*, bez ozbiljne analize različitih sistema upravnog spora/žalbi u Državama članicama.⁵⁸ U navedenoj *Beloj knjizi*, bilo je predviđeno da rešenja nacionalnih organa imaju obavezujuće dejstvo i *prekogranično*, u svim ostalim Državama članicama.⁵⁹ U međuperiodu između *Bele knjige* i Direktive o odštetama se odustalo od tog rešenja. Nasuprot tome, pravosnažna rešenja nacionalnih organa su obavezujuća u Državi članici u kojoj su usvojena, jer je razumno zahtevati od svake Države članice da se stara da njen sistem (ali ne i sistem svih ostalih Država članica) bude u skladu sa pravom na pravično suđenje.

U ZZK nije rešeno pitanje dejstva rešenja KZK na parnični postupak, osim utoliko što je propisano da se šteta dokazuje u parničnom postupku (što je, inače i stav Suda pravde u odnosu na rešenja Evropske komisije, koja ne iznosi stav o šteti koju su pretrpele pojedinačne žrtve).⁶⁰ S obzirom da u ZZK ne postoji izričita odredba koja bi učinila rešenja KZK obavezujućim za sudove u parnici, u procesu usklađivanja sa evropskim akijem ovakva odredba će morati da se uvede i u naš sistem. U tom smislu, bitno je obezbediti da domaći upravni spor bude adekvatan da ispuni zahteve kako člana 6. Evropske konvencije, koja već obavezuje Srbiju, tako i čl. 47. Povelje, koja je sastavni deo pozitivnog prava EU nakon Lisabonskog

⁵⁷ V. W. Wils, “The Compatibility with Fundamental Rights of the EU Antitrust Enforcement System in Which the European Commission Acts Both as Investigator and as First-Instance Decision Maker” *World Competition* 37 (2014) 5, koji se slaže da je pitanje “rešeno” ali pod uslovom da, u upravnom sporu, Osnovni sud preispituje odluke Evropske komisije u potpunosti.

⁵⁸ *White Paper, loc. cit. supra*, tč. 2.3.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ Isto tako, Sud pravde je ova pitanja ostavio nacionalnim sudijama: *Otis, loc. cit. supra*, paragraf 65.

ugovora, te nadzor nad poštovanjem te odredbe podleže jurisdikciji Evropske komisije kao “Čuvara Ugovora” i Suda pravde, kao njihovog konačnog tumača. Pitanje je koliko će uspešno naš sistem odgovoriti na ovaj izazov. Iako, u načelu, domaći upravni spor uživa teoretsku prednost u odnosu na evropski usled postojanja pune jurisdikcije nad celim rešenjima upravnih organa,⁶¹ u ovoj fazi je razumno očekivati da će Upravni sud ostati usmeren na proceduralne propuste KZK: imajući u obziru potrebu za ekonomičnošću postupka, tek kada rešenja KZK postanu redovno solidna u smislu procedure, može se očekivati i tražiti ozbiljnije bavljenje meritumom njenih rešenja.

ZAKLJUČAK

Na kraju ove analize, postavlja se pitanje: uolikoj meri postoji *bona fide* uprave prema članovima kartela koji saraduju, a kolika prema njihovim žrtvama?

Što se tiče Evropske komisije, nakon više decenija negiranja primene prava na pravično suđenje i odbijanja da se dostave dokumenta tužiocima u parnici, ova institucija je okrenula sasvim novi list. Direktiva o naknadi štete, čiji je tekst mahom veran predlogu Evropske komisije,⁶² daje dodatne podsticaje potencijalnim “saradnicima,” mada ne baš dovoljne, što i ne treba da iznenađuje, s obzirom njihov interes da izbegnu naknadu štete i nije “pravni interes” koji priznaje Osnovni sud. Zaštita dokumenata u posedu Evropske komisije i nacionalnih organa svedena je na racionalnu meru, te se štite samo ona dokumenta koja treba štiti.

Obavezujuće dejstvo rešenja u upravnom postupku je Direktivom o naknadi štete prošireno i nacionalne organe za zaštitu konkurencije, što bi trebalo da poveća odvratajuće dejstvo za potencijalne kršiocije prava konkurencije. Takvo rešenje predstavlja i dobru volju prema tužiocima, kojima se nastoji olakšati (često trnovit) put do dokaza koji su im potrebni radi ostvarivanja prava na naknadu štete. Ono na šta treba obratiti pažnju jeste kvalitet upravnog spora: ako se parničnom sudiji oduzima pravo da samostalno odlučuje o pitanju kršenja prava konkurencije, onda je (još više nego inače) neophodno obezbediti da to pitanje bude rešeno u postupku koji je u skladu sa pravom na pravično suđenje pred nezavisnim i nepristrasnim sudom. Ograničenja na pristup dokumentima prema

⁶¹ Zakon o upravnim sporovima (“Sl. glasnik RS” br. 111/2009), čl. 43. st. 1. ipak, ta prednost može biti i samo teoretska, jer st. 2. istog člana isključuje punu jurisdikciju kada je “upravni akt donet po diskrecionoj oceni,” što može biti delimično tačno za rešenja KZK (u smislu, npr. ekonomske analize); “za svaki slučaj” ZZK dodaje odvojenu punu jurisdikciju Upravnog suda nad iznosom novčanih kazni, u skladu sa evropskim modelom (čl. 72. st. 3.)

⁶² Evropska komisija, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union* COM(2013) 404, 11.6.2013, dostupno na internet stranici: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html> (poslednji pristup: 21.8.2014).

žrtvama nisu preterana, kao što je gore navedeno, a član 6. stav 9. Direktive, koji uspostavlja opšte načelo otkrivanja svih dokaza koji nisu izričito zaštićeni, predstavlja suštinski korak napred za procesna prava žrtava.

Što se tiče domaćeg sistema, njemu predstoji proces usklađivanja sa Direktivom o odšteti, najvećim delom kroz izmene i dopune ZZK. S obzirom da još nije istekao rok za primenu Direktive ni za aktuelne Države članice, vremena će biti dovoljno. Ceo proces ne bi trebalo da bude previše težak, jer osnovni postulati postoje: organ za zaštitu konkurencije napravljen po evropskom obrascu i upravni spor koji takođe, u velikoj meri, sledi isti. Bez sumnje, biće neophodno (bez obzira na Direktivu o naknadi štete a posebno s obzirom na nju) uvesti detaljna, jasna pravila o imunitetu/smanjenju kazni. Izvan ZZK i ZUP, opšti principi našeg obligacionog prava su u skladu sa opštim tekovinama koje kodifikuje Direktiva o odšteti (npr. pravo na stvarnu štetu i izmaklu dobit, solidarna odgovornost). Uvođenje obavezujućeg dejstva rešenja KZK nad parničnim sudovima će biti pomalo neobično, ali to ne bi bila prva neobičnost ZZK za naš sistem (počevši od upravnog organa koji izriče samostalno novčane kazne, do nepostojanja dvostepenosti u upravnom postupku...). Pitanje je, naravno i koliko će dobre vere pokazati KZK u jednom za nju skoro potpuno novom odnosu, a to je saradnja sa tužiocima u parničnom postuku. Od presudnog je značaja da KZK, poput Evropske komisije, tu uvidi sopstveni interes, jer se odvracajuće dejstvo ZZK (a samim tim i moć KZK) može itekako pojačati ako postoji realna mogućnost naknade štete protiv počinilaca.

VELJKO MILUTINOVIĆ, LL.D.,
Assistant Professor, Faculty Megatrend
University of Belgrade

IMMUNITY AND SETTLEMENT IN THE PROTECTION OF COMPETITION

Summary

The topic of this report are immunity recipients and parties who have reached a settlement in public competition law proceedings and the victims of their anticompetitive conduct who seek compensation. The perspective is one of access to justice and good faith of the administration. The position in Serbia is compared with that in the European Union, with particular emphasis on how the European legislator has addressed the balance between the rights of victims and the rights of immunity/leniency recipients. Both systems are found to be lacking but for widely different reasons. The European system has legislated some suboptimal solutions, while the Serbian system is still lacking in terms of having solutions. A common thread between the two systems the need to seriously address the relationship between effective enforcement of the competition rules and effective protection of individual rights.

DRAGAN PAVIĆ

PRAVO PRODAJE EVROPSKE UNIJE

– Povodom Predloga regulative /uredbe/ koja se odnosi
na zajedničko evropsko pravo prodaje –

U V O D

Evropska komisija je krajem 2011. g. objavila Predlog regulative /uredbe/ o zajedničkom evropskom pravu prodaje.¹ Iako predlog još uvek nije usvojen od strane Evropskog parlamenta i Saveta, već samo njegovo postojanje predstavlja po mnogima prekretnicu u procesu harmonizacije ugovornog prava na nivou Unije. Naime, još prilikom nastanka EU 1956. godine, u aktu o osnivanju tada Evropske ekonomske zajednice bilo je predviđeno kao neophodno „usklađivanje pravnih propisa u meri u kojoj je to potrebno za uspešno delovanje zajedničkog tržišta”.² Propisi u oblasti ugovornog prava svakako spadaju o materiju na koju se ova norma odnosi.

Osamdestih godina prošlog veka u evropskim akademskim krugovima javlja se ideja da ovo usklađivanje treba da dostigne jedan viši nivo u smislu unifikacije, koja treba da dovede do jedinstvenog evropskog zakonika o ugovornom

Mr Dragan Pavić, asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Ovaj rad je napisan u okviru projekta Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu “Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom EU (pravni, ekonomski i sociološki aspekt)”.

¹ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente, COM/2011/0635 final, od 11. oktobra 2011. godine, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635:FIN:FR:PDF>, 20. januar 2013.

² Čl. 3. h) Rimskog ugovora o osnivanju EEZ.

pravu ili čak građanskog zakonika.³ U proteklih tridesetak godina nekoliko akademskih grupa radilo je na različitim aspektima i modelima unifikacije ugovornog prava u okviru EU, od kojih je svakako najpoznatiji rad Komisije za evropsko ugovorno pravo (tzv. Landova komisija),⁴ krunisan objavljivanjem Načela evropskog ugovornog prava.⁵ Na političkom nivou ideja o potrebi unifikacije sazrevala je znatno sporije.⁶ Osnovni razlog za to je podela nadležnosti između EU i država članica, kao i principi proporcionalnosti i supsidijarnosti na kojima je zasnovana “zakonodavna nadležnost” Unije.⁷ Kao prvi praktičan korak u tom pravcu može se navesti Saopštenje Evropske komisije o evropskom ugovornom pravu,⁸ iz koga je proizašao Akcioni plan za koherentnije evropsko ugovorno pravo,⁹ koji je rezultirao tzv. akademskim nacrtom Zajedničkog referentnog okvira.¹⁰ Međutim, sa

³ O istorijskom razvoju ideje unifikacije ugovornog prava na nivou EU vid. detaljnije npr. J. Basedow, “The Europeanization of private law: its progress and its significance for China”, *The Chinese Journal of Comparative Law* 1/2013, 49-65, <http://cjcl.oxfordjournals.org/content/1/1/49.full.pdf+html>, 21. februar 2013; D. Pavić, “Evropski zakonik o ugovornom pravu” *Institucije pravne države u uslovima tranzicije – Pravo, privreda i procesi integracije* (ur. V. Milić, R. Jelić), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2003, 159-170; A. Dudaš, “Od načela evropskog ugovornog prava do nacrtu okvirnih pravila”, *Anali PFB* 1/2012, 319-336; R. Vukadinović, “Opcioni instrument kao novi metod harmonizacije prava u Evropskoj uniji”, *Pravni život* 12/2012, 397-411; Th. Meyer, “Uvođenje Zajedničkog evropskog prava prodaje i prigovor zbog povrede principa supsidijarnosti”, *Nova pravna revija* 1/2013, 12-19; kao i tamo navedenu literaturu.

⁴ Za potpuniji pregled vid. J. Basedow, 56 i dalje; D. Pavić, 160 i dalje; R. Vukadinović, 400 i dalje.

⁵ O. Lando and H. Beale, eds., *Principles of European Contract Law*. Parts I and II Revised, The Hague 2000; O. Lando et al., eds., *Principles of European Contract Law*. Part III, The Hague 2003.

⁶ Doduše treba reći da je Evropski parlament, jedan od tri organa koji učestvuju u donošenju propisa u EU i koji je najnaklonjeniji ideji unifikacije, još 1989. usvojio rezoluciju u kojoj je predložio da se započne sa radom na donošenju evropskog zakonika o privatnom pravu. Vid. Resolution of the European Parliament on Action to Bring into Line the Private Law of the Member States, *OJ EC br. C158 od 26.06.1989*. U osnovi isti stav ponovio je zatim kroz više rezolucija. Vid. tekstove rezolucija na sajtu http://ec.europa.eu/justice/contract/document/index_en.htm, 21. februar 2013.

⁷ Vid. detaljnije npr. K. Gutman, “The Commission’s 2010 Green Paper on European Contract Law: Reflections on Union Competence in Light of the Proposed Options”, *European Review of Contract Law (ERCL)*. 2/7-2011, 151 i dalje.

⁸ Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on European Contract Law, COM (2001) 398 final od 11. jula 2001. godine, http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/cont_law_02_en.pdf, 20. januar 2013.

⁹ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on a More Coherent European Contract Law - An Action Plan, COM (2003) 68 final od 12. februara 2003. godine, http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/com_2003_68_en.pdf, 20. januar 2013.

¹⁰ Christian von Bar, Eric Clive, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law - Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, Sellier European Law Publishers,

političkom krizom do koje je došlo usled propasti ideje o višem stepenu integracije kroz evropski ustav, na koji se nadovezala i ekonomska kriza, projekat jedinstvenog ugovornog prava kao da je napušten. Odlučeno je da se ostane na regulisanju putem direktiva i to samo u oblasti potrošačkog ugovornog prava, za koje je nadležnost Unije bila nesporna.¹¹

Do promene u pristupu došlo je 2010. godine kada je izabrana nova Evropska komisija. Komisija je već na početku mandata u više akata¹² naglasila da unifikaciju ugovornog prava smatra jednim od prioritarnih ciljeva i to ne više samo da bi otklonila prepreke koje 27 različitih pravnih poredaka¹³ predstavljaju funkcionisanju jedinstvenog tržišta, već i kao sredstvo za stimulisanje razvoja jedinstvenog tržišta, za prevazilaženje ekonomske krize i za potsticanje privrednog rasta. Pored toga mnogi ističu i činjenicu da je resor koji se bavi privatnim pravom preuzela podpredsednik Komisije Vivijen Reding /Viviane Reding/, političarka sa višedecenijskim iskustvom u evropskim institucijama izuzetno naklonjena ideji unifikaciji ugovornog prava na nivou Unije.¹⁴

Već u julu iste godine pojavila se zelena knjiga o mogućim opcijama u oblasti ugovornog prava.¹⁵ Ekspertska grupa formirana od strane Komisije u kratkom roku pripremila je tzv. Studiju izvodljivosti,¹⁶ koja je gotovo u potpunosti preuze-

München, 2009. Radi se o kapitalnom delu, kome na žalost u našoj pravničkoj javnosti čini se da nije posvećena dovoljna pažnja. (autoru je jedino poznat članak Atila Dudaša naveden u prim. 3. koji se bavio ovim delom).

¹¹ U tom smislu 2008. godine objavljen je predlog Direktive o potrošačkim pravima.

¹² Vid. npr. The Stockholm Programme — an open and secure Europe serving and protecting citizens, N° 3.4.2, 16, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:115:0001:0038:EN:PDF>, 20. januar 2013 ili Digital Agenda for Europe, a Europe 2020 Initiative, Action 13, <http://ec.europa.eu/digital-agenda/en/pillar-i-digital-single-market/action-13-complementing-consumer-rights-directive>, 20. januar 2013.

¹³ S obzirom na proširenje Unije za još jednu članicu koje se dogodilo od objavljivanja predloga regulative, preciznosti radi brojke 27 i 28 koje se odnose na broj pravnih poredaka u okviru EU (države članice + EU), trebalo bi na nekim mestima u radu zameniti brojevima 28, odnosno 29. To nije učinjeno iz prostog razloga što ne menja suštinu stvari, a moglo bi da dovede do zabune.

¹⁴ Vid. u tom smislu njenu izjavu iz januara 2010. g. da Zajednički referentni okvir smatra začetkom evropskog građanskog zakonika. Hearing with Viviane REDING, Commissioner-designate for Justice, Fundamental Rights and Citizenship, 9, http://www.europarl.europa.eu/hearings/static/commissioners/answers/reding_replies_en.pdf, 21. februar 2013.

¹⁵ Livre vert de la Commission du 1 juillet 2010 relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises [COM(2010) 348 final - Non publié au Journal officiel]. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=C ELEX:52010DC0348:FR:NOT>, 21. februar 2013.

¹⁶ A European contract law for consumers and businesses: Publication of the results of the feasibility study carried out by the Expert Group on European contract law for stakeholders' and le-

ta u predlogu Regulative o zajedničkom evropskom pravu prodaje. To je bilo moguće pre svega zahvaljujući postojanju Zajedničkog referentnog okvira, ali to takođe ukazuje i na značaj koji je Komisija dala ovom pitanju.

STRUKTURA REGULATIVE

Predlog regulative se sastoji iz tri dela, kojima prethodi uvod sa obrazloženjem predloga. Prvi deo predloga čini sama regulativa, a drugi i treći deo su dva aneksa koja je prate. U aneksu I su ustvari sadržana materijalna pravila ugovornog prava (zajedničko evropsko pravo prodaje). U aneksu II se nalazi formular obaveštenja koje trgovac mora predati potrošaču pre zaključenja sporazuma o primeni zajedničkog evropskog prava prodaje na njihov ugovor. Formular sadrži informaciju da će se na ugovor primenjivati zajedničko evropsko pravo prodaje, kao i kratak pregled osnovnih prava koja potrošač ima na osnovu ovih pravila.

Sama regulativa se sastoji iz obimne preambule (37 tačaka) i 16 članova. U članu 1. su izloženi ciljevi i predmet regulisanja, a u članu 2. data je lista definicija pojmova koji su upotrebljeni u regulativi. Neke od definicija su više manje identične onim koje već postoje u *acquis* koja se odnosi na ovu materiju (npr. definicija potrošača), ali ima i pojmova koji su definisani po prvi put (npr. povezane usluge).

Član 4. posvećen je teritorijalnom domenu primene i ograničava je na prekogranične transakcije. Član 5. ograničava primenu regulative na ugovore koji se odnose na prodaju pokretnih stvari, isporuku digitalnog sadržaja i povezane usluge. Članom 6. isključena je mogućnost primene na mešovite ugovore i potrošačke prodaje na kredit. U članu 7. primena regulative je ograničena na ugovore između potrošača i trgovaca (B2C) i ugovore između trgovaca (B2B) kod kojih je bar jedna ugovorna strana malo ili srednje preduzeće (SME). Članom 13. data je mogućnost državama članicama da svojim aktima prošire primenu pravila zajedničkog evropskog prava prodaje i na ugovore koji imaju čisto nacionalni karakter, odnosno na ugovore između profesionalaca od kojih nijedan nije malo ili srednje preduzeće.

Članom 3. predviđen je opcioni karakter regulative. U članu 8. naglašeno je da buduće ugovorne strane zaključuju poseban sporazum, različit od glavnog ugovora,¹⁷ kojim optiraju za materijalno pravo iz aneksa I - zajedničko evropsko

gal practitioners' feedback http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility_study_final.pdf, 21. februar 2013.

¹⁷ Po nekim mišljenjima, kada se radi o ugovoru između profesionalaca potrebna je samo posebna saglasnost volja, ali ona može biti data i kao klauzula glavnog ugovora ili se čak nalaziti u opštim uslovima prethodno pripremljenim od jedne ugovorne strane. Vid. detaljnije M. Behar-Touchais, B. Fauvarque-Cosson, Z. Jacquemin, "Droit commun européen de la vente: l'unité sans l'uniformisation," *Revue des contrats* 1/2012, 201, naročito prim 46 i 47.

pravo prodaje. Kada je jedna ugovorna strana potrošač predviđena je imperativnom normom sadržina ovog sporazuma (član 9.), kao i sankcije za profesionalca koji to ne poštuje (član 10).

U članu 11. precizirano je da kada je zajedničko evropsko pravo jedanput izabrano kao pravo koje će se primeniti na ugovor, samo ono će se primenjivati, što znači da se isključuju od primene druge norme nacionalnog prava. Ostali članovi kojim se regulativa završava sadrže više manje uobičajene prelazne i završne odredbe.

Kako je već rečeno materijalno ugovorno pravo sadržano je u aneksu I. Radi se o tekstu, iako relativno kratkom (186 članova), koji po svojim karakteristikama predstavlja kompletan zakonik o ugovornom pravu, regulišući čitav životni vek ugovora od zaključenja do prestanka. Kroz pravila koja se odnose na jedan imenovani ugovor, data je gotovo cela opšta teorija ugovornog prava.¹⁸ Ipak, neka važna pitanja u materiji opšte teorije ugovora ostala su neregulisana, bilo iz razloga prevelikih razlika između nacionalnih prava država članica (npr. prenos svojine ili nevažnost ugovora zbog nesposobnosti ugovaranja, zabranjenosti ili nemoralnosti predmeta ugovora), bilo zbog malog značaja za potrošačke ugovore (npr. cesija ili kompenzacija).¹⁹

DOMEN PRIMENE

Zajedničko evropsko pravo prodaje primenjuje se na prekogranične ugovore o prodaji, o isporuci digitalnog sadržaja i o povezanim uslugama koje trgovac zaključuje sa potrošačem ili sa drugim trgovcem, pod uslovom da je bar jedan od njih malo ili srednje preduzeće. Ovako ograničeno polje primene diktirano je ograničenom zakonodavnom nadležnošću Unije u oblasti ugovornog prava.

Komisija se u pogledu materijalnog domena primene opredelila za jedan novi, drugačiji pristup oblasti ugovornog prava, odlučivši da obuhvati samo pojedine imenovane ugovore. Naime, regulisani su ugovor o prodaji, kao svakako najvažniji u prometu, ugovori o isporuci digitalnog sadržaja, bez obzira da li se daje protivnagrada ili ne i sa njima povezani ugovori (o instaliranju, popravci i održavanju). Dakle, ugovori koji su najčešći u transnacionalnom prometu, koji se u najvećoj meri obavlja putem interneta. Međutim, prilikom regulisanja, osim odredbi koji se tiču prava i obaveza ugovornih strana iz ovih ugovora, unete su odredbe koje se tiču zaključenja, dejstava i prestanka ugovora, koje predstavljaju pravila

¹⁸ Od osam delova na koje je podeljen tekst, samo dva (IV i V) po svojoj sadržini spadaju u posebni deo obligacionog prava.

¹⁹ U tom smislu C. Aubert de Vincelles, "Naissance d'un droit commun européen de la vente et des contrats," *Revue des contrats* 2/2012, 459.

opšteg dela ugovornog prava.²⁰ Kako je primećeno, unifikacija ugovornog prava vrši se putem imenovanih ugovora.²¹

Komisija je postupila na navedeni način iz dva međusobno komplementarna razloga. S jedne strane otklonila je odavno postojeće i relativno dobro obrazložene prigovore da EU uopšte nije nadležna za materiju opšteg dela ugovornog prava. S druge strane prihvatila je mišljenje onih koji smatraju da od regulisanja samo opšteg dela ugovornog prava na nivou Unije, ako bi posebni deo ostao rascepan na 27 različitih pravnih poredaka, ne bi bilo nikakve koristi, jer se te norme ne bi mogle praktično primenjivati.²²

U pogledu personalnog domena primene, regulativa takođe unosi novine u dosadašnji pristup. Pored potrošačkih ugovora domen je proširen i na ugovore između trgovaca, pod uslovom da je makar jedan od njih malo ili srednje preduzeće. To ne znači da je zaštita koja se pruža potrošačima kao ugovornoj strani proširena i na mala i srednja preduzeća, već samo stav Komisije da su ona za razliku od velikih privrenih subjekata praktično onemogućena da svoju robu i usluge plasiraju izvan granica svoje države. Naime, razlike između ugovornih prava država članica, dodatni troškovi koji nastaju i složenost odnosa koji se stvaraju u prekograničnim transakcijama, odvrćaju SME od ulaska na tržište drugih država, što je potvrđeno i praktičnim istraživanjima.²³

Iako navedena argumentacija nije osporena, ipak je ovo proširenje personalnog domena primene osporeno kao suprotno principu proporcionalnosti, pored ostalog i ukazivanjem na već postojeći opcioni instrument za ovu vrstu transakcija, Bečku konvenciju o međunarodnoj prodaji robe.²⁴ Uvažavajući potrebu zaštite, naročito najmanjih SME, umesto proširenja primene na B2B transakcije, predloženo je proširenje definicije potrošača u smislu definicije mušterije koja se koristi u sekundarnom pravu Unije u oblasti telekomunikacija, energije i finansijskih usluga.²⁵

²⁰ Naravno, na osnovu ovog akta, ova opšta pravila će se primenjivati samo na navedene ugovore, ali ona svakako imaju širi domašaj: poslužiće kao uzor kod tumačenja ili budućeg regulisanja drugih imenovanih ugovora i u nekoj kasnijoj fazi kod redakcije pravila opšteg dela ugovornog prava.

²¹ C. Aubert de Vincelles, 459.

²² J-S. Borgheti, "L'impossible autonomie de l'instrument optionel", *Revue des contrats* 4/2012, 1419; M. Behar-Touchais, B. Fauvarque-Cosson, Z. Jacquemin, 205.

²³ Vid. uvodno obrazloženje uz regulativu, 3 i dalje, naročito prim. 3 i 4.

²⁴ H.-W. Micklitz, N. Reich, "The Commission Proposal for a "Regulation on a Common European Sales Law (CESL)" – Too Broad or Not Broad Enough?" *EUI Working Papers*, 11, par. 17, http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/20485/LAW_2012_04_ERPL_03.pdf?sequence=3, 21. februar 2013.

²⁵ *Ibid.*, 14 i dalje, par. 21-22.

Što se tiče teritorijalnog domena primene, on je očekivano ograničen na prekogranične transakcije,²⁶ mada je data mogućnost državama članicama da prošire njegovu primenu i na unutrašnji promet. (čl. 4. i 13. a). Transakcija je prekogranična ako su ugovorne strane rezidenti dve različite države. Prilikom određivanja pripadnosti ugovorne strane određenoj državi, kada se radi o trgovcima koristi se uobičajeni kriterijum poznat iz Bečke konvencije i Regulative Rome I. Za potrošača se koristi subjektivni kriterijum, koji zavisi od informacije date od strane potrošača trgovcu (adresa potrošača, adresa isporuke robe ili adresa plaćanja). To može u nekim slučajevima prouzrokovati dilemu da li se radi o prekograničnom ugovoru.²⁷

Interesantno je primetiti, što bi se takođe na neki način moglo smatrati novinom, da je prema članu 4. dovoljno za primenu regulative da samo jedna od ugovornih strana bude rezident članice EU, dok druga strana može biti rezident bilo koje države. Kao da je namera Komisije da primenu komunitarnog prava proširi i izvan teritorije EU. To će naravno biti moguće jedino kada koliziono pravo treće države dozvoljava primenu stranog prava na ugovorni odnos. Doduše, kada se radi o ugovoru sa potrošačem, rezidentom treće države, to najčešće neće biti slučaj, jer većina država ne daje mogućnost izbora merodavnog prava, već imperativno propisuje da će na dati odnos biti primenjeno pravo države potrošača.²⁸

OPCIONI INSTRUMENT

Ugovorne strane će biti podvrgnute režimu zajedničkog evropskog prava prodaje samo ako u posebnom sporazumu izričito daju saglasnost na to (sistem *opt in*),²⁹ pri čemu kada se radi o potrošačkim ugovorima za punovažnost ovog sporazuma zahteva se ispunjenje više dodatnih uslova.³⁰ U ovom, opcionom, karakteru je, po mišljenju autora ovog rada, možda i najveća specifičnost i originalnost ovog predloga regulative. Opcioni pravni instrument u oblasti ugovornog prava EU je novina u dvostrukom smislu.

²⁶ U tom smislu Ch. Twigg-Flesner, "Good-Bye Harmonisation by Directives, Hello Cross-Border only Regulation? – A way forward for EU Consumer Contract Law," http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/309_en.pdf, 21. februar 2013.

²⁷ H.-W. Micklitz, N. Reich, 17, par. 27.

²⁸ Vid. detaljnije M. Behar-Touchais, B. Fauvarque-Cosson, Z. Jacquemin, 211 i dalje.

²⁹ M. Hesselink, "How to Opt into the Common European Sales Law?" Brief Comments on the Commission's Proposal for a Regulation (October 26, 2011). *European Review of Private Law*, 1/2012, 195-212, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1950107, 21. februar 2013.

³⁰ Vid. detaljnije C. Aubert de Vincelles, 460; H.-W. Micklitz, N. Reich, 18 i dalje, par. 29-30.

S jedne strane to je nov pristup rešavanju problema u ugovornom pravu. Naime, odavno je uočeno da je regulisanje oblasti ugovornog prava na nivou Unije parcijalno, nesistematsko, zbog čega su norme ponekad međusobno kontradiktorne, a da je ukupna količina normi tokom vremena narasla do tog obima da je dostigla "kritičnu masu". Sve to je dovelo do toga da je to pravo u nekim slučajevima postalo praktično neprimenljivo i da ne zadovoljava potrebe izgradnje i funkcionisanja jedinstvenog unutrašnjeg tržišta.³¹

Komisija je prvobitno pokušala da ovaj problem reši putem Direktive / Uputstva/ o potrošačkim pravima. Prema originalnom planu Komisije nova direktiva je trebalo da zameni četiri najvažnije direktive u oblasti potrošačkog prava, obezbeđujući suštinski i terminološki usklađen set pravila na nivou Unije, umesto dotadašnjeg sektorskog pristupa. Kako se to često kaže direktiva je trebalo da posluži kao „horizontalni pravni instrument“. Pored toga nivo usklađivanja je trebalo da bude podignut od tzv. minimalnog na puno usklađivanje.

Plan Komisije je naišao na oštre reakcije i mnogobrojne zamerke, pre svega prouzrokovane predloženim metodom maksimalne harmonizacije. One bi se ukratko mogle svesti na to da bi usvajanje takve direktive imalo nepredvidive posledice na ugovorno pravo država članica. Zbog toga je konačni tekst direktive znatno redukovan u odnosu na prvobitni plan.³² Ako se tome doda i vremenska podudarnost, moglo bi se osnovano zaključiti da je Komisija odustala od svog plana usklađivanja nacionalnih prava putem direktiva i umesto toga kroz regulativu ponudila zajedničko evropsko pravo prodaje, u ovom trenutku samo kao opciju. Neki smatraju da je na taj način promenjen ne samo metod već i cilj koji se želi postići. To nije više usklađivanje, već dopunjavanje nacionalnih prava.³³

Opcioni karakter pravnog instrumenta kojim se reguliše ugovorno pravo predstavlja novinu u još jednom smislu, u smislu upotrebe opcionog instrumenta. Taj metod je i ranije korišćen u pravu Unije.³⁴ Međutim, u prethodnim slučajevima u pravnom aktu na nivou Unije nuđeno je „nešto drugo“, „nešto više“, različiti-

³¹ Ova činjenica je uočena i od strane nadležnih organa EU (vid. Saopštenja cit. u prim. 8 i 9) i od strane pravne nauke (vid. kod D. Pavić, 163 i dalje).

³² Kada se uporedi prvobitni tekst predloga direktive iz 2008, sa direktivom usvojenom 2011, osnovano se može govoriti o jednoj neuspehoj zakonodavnoj inicijativi. Vid. detaljnije Ch. Busch, R. Domröse, "From a Horizontal Instrument to a Common European Sales Law," *Zeitschrift für Europäisches Unternehmens- und Verbraucherrecht / Journal of European Consumer and Market Law*, 1/2012, 48, <http://link.springer.com/article/10.1007%2Fs13590-011-0010-6#page-1>, 21. februar 2013.

³³ Ibid, 50.

³⁴ Vid. studiju B. Fauvarque-Cosson, M. Behar-Touchais "Mise en oeuvre des instruments optionnels dans le domaine du droit civil en Europe", [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/JOIN/2012/462425/IPOL-JURI_ET\(2012\)462425_FR.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/JOIN/2012/462425/IPOL-JURI_ET(2012)462425_FR.pdf), 21. februar 2013.

to od nacionalnih prava.³⁵ Po prvi put u ovom predlogu regulative pravna pravila koja bi se primenila na konkretan ugovor ne predstavljaju 28 ugovorni režim, koji se dodaje na 27 postojećih nacionalnih režima.³⁶ Radi se ustvari o drugom ugovornom režimu u okviru svakog nacionalnog prava, a koji je u isto vreme identičan na celoj teritoriji Unije.³⁷

Ovakav koncept može izazvati određene probleme prilikom primene. Kada strane optiraju za zajedničko evropsko pravo prodaje, ne radi o izboru stranog prava kao merodavnog za ugovor na osnovu slobode ugovaranja, već o izboru jednog od dva unutrašnja prava.

Naime, stav je Komisije da zajedničko evropsko pravo prodaje predstavlja potpun i samodovaljan sistem pravila, nezavisan od ostatka nacionalnog prava, sa sopstvenim pravilima tumačenja i popunjavanja pravnih praznina.³⁸ To otvara pitanje mogućnosti primene imperativnih normi nacionalnog ugovornog prava, pre svega normi koje se odnose na zaštitu potrošača. Iako se tvrdi da zajedničko pravo nudi visok nivo ove zaštite, postoje nacionalna prava u kojima je nivo zaštite u nekim slučajevima i viši. Ako se usvoji ovakvo shvatanje, da izbor opcionog instrumenta ne znači izbor merodavnog prava, to bi isključilo mogućnost primene člana 6. Regulative Rome I, koji dozvoljava primenu imperativnih normi nacionalnog prava potrošača na ugovor bez obzira koje pravo je izabrano kao merodavno, ako te norme pružaju veću zaštitu potrošaču.³⁹ To je verovatno bio i jedan od ključnih razloga zbog koga Predlog regulative nije naišao na podršku potrošačkih organizacija, koje su inače u načelu pristalice harmonizacije potrošačkog prava na nivou EU.⁴⁰

Dovodeći ovu analizu do krajnjih konsekvenci moglo bi se tvrditi da zajedničko evropsko pravo prodaje ima veću pravnu snagu od "domaćeg" ugovornog prava, isključujući potpuno njegovu primenu u materiji koju reguliše.⁴¹

³⁵ P. Puig, "L'avenement des sources optionnelles de droit (sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente du 11 oct. 2011, COM(2011) 635 final)," *RTD. Civ.* 3/2012, 494.

³⁶ G. Rühl, "The Common European Sales Law: 28th Regime, 2nd Regime or 1st Regime?" http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2025879, 21. februar 2013.

³⁷ P. Puig, 495.

³⁸ Vid. član 11. Predloga regulative,

³⁹ Vid. detaljnije M. Behar-Touchais, B. Fauvarque-Cosson, Z. Jacquemin, 197 i dalje; H.-W. Micklitz, N. Reich, 22, par. 34.

⁴⁰ Vid. npr. Common European Sales Law, The Commission's proposal for a regulation (COM(2011) 635 final), BEUC's preliminary position, <http://www.beuc.org/custom/2012-00202-01-E.pdf>, 21. februar 2013.

⁴¹ U tom smislu R. Vukadinović, 408.

ZAKJUČAK

Predlog regulative o zajedničkom evropskom pravu prodaje je po mnogim svojim karakteristikama jedinstven pravni akt u pravu Evropske unije. Zato nije čudno da je privukao ogromnu pažnju u političkoj, poslovnoj i pravničkoj javnosti. O tome svedoče mnogobrojni stručni i naučni skupovi,⁴² stotine objavljenih radova, među kojima čak i jedan obiman komentar ovih pravila (više od 800 stranica),⁴³ mada regulativa nije, ili možda preciznije nije još usvojena, iako je to po planu Komisije trebalo da se desi u 2013. godini.

Kako je već rečeno, najveću novinu predstavlja činjenica da se Komisija odlučila da ugovorno pravo reguliše regulativom – aktom neposredne primene, doduše na fakultativnom principu (sistem *opt-in*), sa ograničenim domenom primene i u materijalnom i u personalnom i u teritorijalnom pogledu. Kao da je cilj bio da se istovremeno zadovolje i protivnici i pristalice ideje unifikacije ugovornog prava na nivou Unije. Protivnicima ove ideje odgovara to što ovakvo regulisanje ne zahteva nikakvu izmenu nacionalnih prava (za razliku od direktiva), fakultativni karakter primene, ograničen domen primene. Pristalice svoje zadovoljstvo baziraju na mišljenju da bi usvajanje regulative sa bilo kakvom sadržinom označilo prvi korak, posle koga ne bi bilo povratka, na putu unifikacije i eventualne kodifikacije ugovornog prava. Ako bi se pokušalo predvideti kakva je sudbina ovog predloga, čini se da će se na njegovo usvajanje⁴⁴ i pored načelne podrške Evropskog parlamenta⁴⁵ i u manjoj meri Saveta⁴⁶ morati sačekati.⁴⁷ Pri tome se sa veli-

⁴² Vid. npr. skupove koje navodi R. Vukadinović, 398, prim. 2.

⁴³ R. Schulze, ed, *Common European Sales Law (CESL): A Commentary*, Nomos, Baden-Baden, 2012.

⁴⁴ Naravno, kao prvo se postavlja pitanje da li će predlog uopšte biti usvojen. Pored očekivanog protivljenja koje dolazi od strane Velike Britanije (vid. npr. stav britanske vlade; <https://consult.justice.gov.uk/digital-communications/common-european-sales-law/results/cesl-government-response.pdf>, 19. avgust 2014.) i neke druge države u najmanju ruku nisu dale podršku predlogu. Jedna od njih je i Nemačka, svakako najznačajnija članica EU (radi se doduše o stavu nemačkog Saveznog parlamenta, a ne nemačke vlade, vid. detaljnije; Th. Meyer, 16 i dalje). S obzirom da predlog regulative treba da bude usvojen u “redovnoj zakonodavnoj proceduri” – tzv. saodlučivanje, bez podrške vlada članica EU, moglo bi se dogoditi da predlog ne prođe kroz Savet ministara.

⁴⁵ Evropski parlament je u tzv. “prvom čitanju” sa velikom većinom (416 za, 159 protiv i 65 uzdržanih) usvojio predlog regulative, ali uz veliki broj amandmana. Vid. Saopštenje za javnost: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-137_en.htm, 19. avgust 2014.

⁴⁶ Vid. npr. Saopštenje za javnost sa 3172. sastanka Saveta: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/jha/130761.pdf, 19. avgust 2014.

⁴⁷ Predviđanja su da će se o predlogu odlučivati najranije 2015. g. Naime, 2014. g. se, kao izborna godina, može smatrati “izgubljenom”. Tek po konstituisanju novog saziva Evropskog parlamenta i izboru nove Evropske komisije biće moguće efektivno nastaviti započeti proces usvajanja.

kom izvesnošću može tvrditi da će predlog morati da pretrpi neke promene, najverovatnije u daljem sužavanju domena primene, npr. na *on line* transakcije.⁴⁸ Kako je već naglašeno veliki problem predstavlja pitanje zakonodavne nadležnosti Unije. Uz ove formalne primedbe, stavljaju se i neke suštinske koje se u jednoj rečenici mogu svesti na to da se putem ovakve regulative ne mogu ostvariti zacrtani ciljevi.⁴⁹

Na samom kraju, u pokušaju da se sagledaju eventualni dometi usvajanja jednog ovakvog akta, može se primetiti da se iza jednog relativno skromnog naslova krije vrlo ambiciozan sadržaj i cilj. Naime, od 186 članova, koliko sadrži Aneks I, u kome je sadržano materijalno ugovorno pravo, gotovo dve trećine se ne odnose na prodaju, već na opšte ugovorno pravo. Na osnovu toga se može osnovano zaključiti da se praktično radi o zakoniku o ugovornom pravu, čija je primena u ovom trenutku ograničena na ugovor o prodaji.

Neki autori idu i korak dalje. Prema jednom prilično dobro obrazloženom stavu zajedničko evropsko pravo prodaje, ako regulativa bude usvojena u makar približno sadašnjem obliku, je “trojanski konj”, u nacionalnim pravima država članica. Ono ne predstavlja samo dopunu nacionalnim pravima, već na neki način i konkurenciju. Konkurenciju koju nacionalno pravo ne može da izdrži. Drugim rečima ono će polako da susptituiše, a u dužem vremenskom periodu i potpuno eliminiše nacionalna prava.⁵⁰

DRAGAN PAVIĆ, LL.M.,
Assistant, Faculty of Law, University of Belgrade

EUROPEAN SALES LAW

Summary

The differences between national contract laws in the EU make cross-border trade more difficult and expensive than domestic trade. To remedy this, the European Commission has proposed

⁴⁸ U tom smislu indikativan je izveštaj Komiteta za pravne poslove Evropskog parlamenta koji je uglavnom prihvaćen od strane parlamenta prilikom usvajanja predloga regulative. <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2013-0301+0+DOC+XML+V0//EN&language=en>, 19. avgust 2014.

⁴⁹ Najčešće se ističe da usvajanjem regulative neće postići pojednostavljenje pravnog okruženja, već naprotiv ono će se još više komplikovati (umesto dva, privredni subjekti će morati da poznaju tri seta pravnih pravila: nacionalno pravo, Bečku konvenciju i zajedničko evropsko pravo prodaje).

⁵⁰ P. Puig, 501.

a Regulation on a Common European Sales Law (CESL). The author examines historical background of this proposal; tripartite structure of the Regulation (the so-called 'chapeau', Annex I – CESL, and Annex II – standard information notice); the scope of application of the CESL (territorial, personal and substantive); and the optional nature of this instrument. The author maintains that CESL may represent the key step in the process of unification of contract law in Europe, and one of the pillars of the prospective European Contract Code.

JELENA ČERANIĆ

ISTOČNO PARTNERSTVO

– Pregled i perspektive –

U V O D

Na geopolitičkoj mapi evropskog kontinenta, sve do nedavno, mogle su se izdvojiti tri velike grupe zemalja: države članice EU, države kandidati za članstvo u EU (misli se, pre svega, na zemlje Zapadnog Balkana) i države sa kojim sa kojima Unija razvija dobrosusedsku politiku i spremna je da podeli sve osim institucija. Drugim rečima, sa ovima potonjima EU bila je otvorena za različite oblike saradnje, ali u to vreme nije bilo reči o njihovom članstvu u EU. Razvojem Istočnog partnerstva i naročito potpisivanjem Sporazuma pridruživanju sa Ukrajinom, Moldavijom i Gruzijom u junu 2014. godine situacija se izmenila. Iako je neizvesno da li će i kada ove tri zemlje postati članice EU, potpisivanjem Ugovora o pridruživanju ponovo su otvorena neka značajna pitanja, kao što je absorpcioni kapacitet EU, granice EU, cilj ove specifične regionalne organizacije država itd.

Nakon raspada Sovjetskog Saveza, EU uspostavila je veze sa istočnim susedima na osnovu Sporazuma o partnerstvu i saradnji. Svi ovi sporazumi (izuzev onog sa Belorusijom) stupili su na snagu u drugoj polovini 1990. godine na period od deset godina i automatski su obnovljeni nakon što je istekao prvi period važenja.

Dr Jelena Čeranić, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Banja Luci; Institut za uporedno pravo u Beogradu.

Godine 2004. sporazumi su prerasli u širu Evropsku politiku susedstva koju je EU pokrenula kako bi pružila pomoć susednim zemljama u sprovođenju reformi i tako osigurala bezbednost, stabilnost i prosperitet na evropskom kontinentu. U ove politike, EU definisala je konkretne uslove pod kojima je predložila saradnju sa južnim i istočnim susedima, odvojivši jasno na taj način politiku dobrosusedske saradnje od procesa pristupanja EU. Istovremeno je ovim zemljama ponuđena mogućnost da postojeći okvir saradnje sa EU unaprede u privilegovano partnerstvo koje podrazumeva dublju političku saradnju i ekonomsku integraciju.

Nakon uvođenja Evropske politike susedstva u javnosti su se pojavile kritike kako ne bi trebalo u istu grupu svrstavati južne i istočne susede jer postoje velike ekonomske, političke, društvene i kulturne razlike među njima. U tom kontekstu je, u martu 2008. godine, pokrenuta inicijativa da se, u okviru Evropske politike susedstva, osnuje Mediteranska unija koja bi omogućila razvoj i unapređenje odnosa sa šesnaest zemalja Južnog Sredozemlja i Bliskog istoka.¹

Što se tiče istočnih suseda, u na inicijativu Poljske i Švedske, 2009. godine u Pragu održan je samit dvadeset sedam zemalja EU i Ukrajine, Belorusije, Moldavije, Azerbejdžana, Gruzije i Jermenije i tom prilikom zvanično je pokrenut program Istočnog partnerstva. Njegov cilj bio je da se uspostave dobrosusedski odnosi i efikasna saradnja sa zemljama na istoku kontinenta. Na taj način Istočno partnerstvo je trebalo da doprinese stabilnosti na granicama EU i omogući Uniji da poveća svoj uticaj u ovom regionu. Zanimljivo je da je program Istočnog partnerstva sledio princip evropske politike susedstva u smislu da partnerskim zemljama nije nuđena perspektiva članstva u EU. I u okviru Istočnog partnerstva, Unija je, kao i u slučaju zemalja Zapadnog Balkana, primenila politiku uslovljavanja. Pod politikom uslovljavanja podrazumeva se da odnosi EU sa svakom zemljom ponaosob zavise od napretka koji ona ostvari u procesu reformi i modernizacije. U to vreme često moglo čuti da je Istočno partnerstvo još jedan pragmatičan odgovor Unije na umor od proširenja koji joj omogućava da uspostavi bliske odnose sa susedima bez obaveze da im ponudi članstvo.² Međutim, nakon uspona i padova ovog projekta, ukrajinska kriza je na neki način ubrzala proces potpisivanja Sporazuma o pridruživanju sa Ukrajinom, Moldavijom i Gruzijom. Na samitu u junu 2014. godine tri države potpisale Sporazume o pridruživanju i Duboke i sveobuhvatne sporazume o slobodnoj trgovini. Ovaj korak ima izuzetno veliku simboličnu vrednost jer on za Ukrajinu, Moldaviju i Gruziju znači, pre svega, definitivni raskid sa sovjetskom prošlošću. Međutim, tri istočna par-

¹ A. Jović Lazić, "Istočno partnerstvo Evropske unije", *Evropsko zakonodavstvo*, 29-30/2009, str. 138.

² T. Kentchadze, "The Promise of Eastern Partnership", *ISPI Policy Brief*, No 136, Milano, 2009, str. 2. (Navedeno prema : A. Jović Lazić, "Istočno partnerstvo Evropske unije", *Evropsko zakonodavstvo*, 29-30/2009, str. 138.)

tnera i dalje su povezana i zavisna od Ruske federacije, te njihov položaj u budućnosti, balansirajući između Brisela i Moskva, neće biti lak.

U okviru prvog dela rada predstavljen je sadržaj i ciljevi Istočnog partnerstva, od samita u Pragu i Varšavi, preko samita u Vilniusu, pa sve do potpisivanja Sporazuma o pridruživanju. U dugom delu razmotreni su izazovima sa kojima će se suočiti Ukrajina, Moldavija i Gruzija i EU nakon potpisivanja sporazuma. Ove tri zemlje i dalje su zavisne od Rusije koja ne gleda blagonaklono na njihovu evropsku orijentaciju, dok EU, "umorna" od proširenja, u ovom trenutku nije u mogućnosti da im ponudi članstvo. Stoga se nameće pitanje na koji način se može istočnim partnerima omogućiti privilegovan položaj u smislu pristupa unutrašnjem tržištu EU, bez da postanu punopravni članovi. U trećem delu rada ispitano je da li bi švajcarski bilateralni sporazumi sa EU mogli da posluže kao model za integraciju istočnih partnera Ukrajine, Moldavije i Gruzije.

SADRŽAJ I CILJEVI ISTOČNOG PARTNERSTVA

Nakon proširenja 2004. i 2007. godine, EU dobila je nove susede na istoku. Reč je o tri države Istočne Evrope (Ukrajina, Belorusija i Moldavija) i tri države Južnog Kavkaza (Gruzija, Jermenija i Azerbejdžan). Stoga su u maju 2008. godine na zasedanju Saveta za opšte poslove i spoljne odnose EU Poljska i Švedska pokrenule inicijativu za uspostavljanje Istočnog partnerstva. U decembru 2008. godine Evropska komisija usvojila je saopštenje kojim je predstavila Istočno partnerstvo kao inicijativu za poboljšanje saradnje i podrške reformama koje sprovede susedi na istoku. U ovom dokumentu navodi se da je EU vitalno zainteresovana za stabilnost, bolje upravljanje i ekonomski razvoj zemalja koje se nalaze na njenim istočnim granicama. S obzirom na to da zemlje Istočne Evrope i Južnog Kavkaza teže uspostavljanju bližih odnosa sa Unijom, Istočno partnerstvo predstavlja i političku poruku solidarnosti koja bi trebalo da podstakne sprovođenje političkih i ekonomskih reformi i tako doprinese stabilnosti, bezbednosti i prosperitetu čitavog evropskog kontinenta.³

Prvi Samit Istočnog partnerstva u Pragu

Program Istočnog partnerstva zvanično je pokrenut na Samitu EU, Ukrajine, Belorusije, Moldavije, Azerbejdžana, Gruzije i Jermenije koji je održan u maju 2009. godine u Pragu. Tom prilikom usvojena je deklaracija u kojoj se navodi da je osnovni cilj Istočnog partnerstva stvaranje neophodnih uslova za bližu političku i ekonomsku saradnju EU i njenih istočnih suseda. Predviđeno je da se Istočno partnerstvo zasniva na međusobnim obavezama poštovanja vladavine prava, do-

³ *Eastern Partnership, Communication from the Commission to the Council and the European parliament, COM (2008) 832 final, Brussels, 3 December 2008.*

brog upravljanja, poštovanja ljudskih prava, zaštite manjina, principa tržišne prirede i održivog razvoja.⁴

Istočno partnerstvo trebalo bi da doprinese stabilnosti i pomogne izgradnju poverenja. S obzirom na to da na istočnim granicama Unije i dalje postoji veliki broj nerešenih sukoba koji otežavaju saradnju, potrebno je da se oni rešavaju mirno uz poštovanje načela i normi međunarodnog prava. Istočnim partnerstvom Unija dobija sredstvo kojim može da utiče na stvaranje uslova za mirno rešavanje tzv. zamrznutih sukoba u Gruziji (Abhazija i Južna Osetija), Moldaviji (Preidnjestrovlje) i Azerbejdžanu (Nagorno-Karabah). Prevazilaženju sukoba trebalo bi da doprinese ublažavanje oštrih ekonomskih i socijalnih razlika koje postoje između regiona i grupa stanovništva u ovim zemljama koje su opterećene istorijskim, kulturnim, etničkim i verskim podelama. Predviđeno je da se ciljevi Istočnog partnerstva ostvaruju na dva načina : bilateralnom i multilateralnom saradnjom. Bilateralni nivo saradnje trebalo bi da omogući uspostavljanje bližih političkih i ekonomskih veza Unije i partnerskih zemalja. O novim ugovornim vezama Unija će pregovarati sa onim istočnim susedima koji su voljni i sposobni da ispunjavaju obaveze koje iz njih proizilaze. Sadržaji tih sporazuma razlikovaće se od zemlje do zemlje u zavisnosti od njenih ciljeva, mogućnosti i postojećih bilateralnih odnosa koje ima sa Unijom.⁵

Novim bilateralnim sporazumima su, pored postojećih perspektiva za trgovinu i investicije, otvorene mogućnosti za uspostavljanje sveobuhvatnih zona slobodne trgovine EU i istočnih partnera. Bilateralni sporazumi će sadržati pravno obavezujuće norme o usaglašavanju nacionalnih odredbi u oblasti trgovine sa zakonodavstvom EU i time doprineti modernizaciji i ekonomskim reformama zemalja partnera. Predviđeno je da, dugoročno posmatrano, bilateralne zone slobodne trgovine između Unije i istočnih suseda mogu da prerastu u mrežu slobodnih trgovinskih oblasti, što je veoma značajno uzimajući u obzir da su otvoreno tržište i ekonomska integracija od suštinskog značaja za održivi ekonomski razvoj i političku stabilnost u istočnom susedstvu Unije.⁶

Značajan aspekt saradnje u okviru Istočnog partnerstva predstavlja i veća energetska bezbednost Evrope i njenih istočnih suseda. Stabilnost i bezbednost u snabdevanju i tranzitu energenata podrazumeva bolju regulativu, veću energetske efikasnost i korišćenje obnovljivih izvora energije.⁷ Predviđeno je da se u okviru bilateralne saradnje EU sa svakom zemljom ponaosob uzmu u obzir njihove ra-

⁴ *Joint Declaration of the Prague Eastern Partnership Summit, Prague, 7 May 2009, Council of the European Union, Brussels, 7 may 2009, 8435/09 (Presse 78).*

⁵ A. Jović-Lazić, str. 139-140.

⁶ *Joint Declaration of the Prague Eastern Partnership Summit, Prague, 7 May 2009, Council of the European Union, Brussels, 7 may 2009, 8435/09 (Presse 78).*

⁷ *Ibid.*

zličitosti, s obzirom na to da pojedine zemlje u potpunosti zavise od ruskog gasa (Jermenija i Moldavija), pojedine su tranzitne zemlje (Ukrajina i Gruzija), a jedna od njih je snabdevač (Azerbejdžan).⁸

Pored bilateralnih mehanizama saradnje, Istočno partnerstvo predviđa i saradnju na multilateralnom nivou. Ovaj nivo saradnje bi trebalo da omogući otvoren i slobodan dijalog koji će služiti ciljevima partnerstva i dati novi okvir za rešavanje zajedničkih izazova. Istovremeno on će predstavljati forum za razmenu informacija i iskustava o napretku koji su partnerske zemlje ostvarile u reformama i modernizaciji i obezbediti EU dodatni instrument za praćenje ovih procesa.⁹

Budući da EU ima za cilj da se politički poveže sa regionom na svojim istočnim granicama, ovo partnerstvo podrazumeva i institucionalizaciju međusobnih odnosa. Predviđeno je da se svake dve godine održavaju sastanci šefova država i vlada država članica EU i šest partnerskih zemalja.¹⁰ Za dalju analizu razvoja Istočnog partnerstva posebno je važno istaći da ni na jednom mestu u Zajedničkoj deklaraciji usvojenoj u maju 2009. godine nije predviđena perspektiva članstva u EU. “Za razliku od politike stabilizacije i pridruživanja koja uključuje perspektivu članstva, Evropska politika susedstva predstavlja ‘sve osim članstva’, a cilj EU je bio da, kada je reč o zemljama u istočnom susedstvu koje bi mogle pretendovati na članstvo, zaustavi talas proširenja.”¹¹ U to vreme je upravo primena uslovljavanja iz procesa pristupanja bez jasne perspektive članstva naišla na oštre kritike stručne i naučne javnosti. Ukoliko Evropska politika susedstva ne sadrži perspektivu članstva, zašto bi zemlje susedi pristajali na uslovljavanje? “Nedovoljna delotvornost instrumenata pozajmljenih iz politike proširenja kada se primenjuje prema zemljama koje neće ili ne mogu da postanu članice EU ukazuje da je EU precenila svoju normativnu moć, odnosno precenila uticaj koji može ostvariti samo na osnovu privlačnosti koju za treće zemlje predstavlja produbljivanje od-

⁸ *Ibid.*

⁹ Multilateralni okvir bi trebalo da funkcioniše na osnovu zajedničkih odluka EU i partnerskih zemalja i tako omogući dogovore o daljem razvoju Istočnog partnerstva. U Deklaraciji dalje stoji da je za one zemlje koje žele da ostvare napredak u približavanju EU ključno usaglašavanje nacionalnih pravnih akata sa standardima i zakonodavstvom EU.

¹⁰ Na ovim sastancima će se utvrđivati generalne smernice za dalji razvoj istočnog partnerstva. Na godišnjim sastancima ministara inostranih poslova analiziraće se napredak postignut u realizaciji postavljenih ciljeva i obezbediti dalje političko upravljanje ovom inicijativom. Visoki zvaničnici uključeni u reformu u relevantnim oblastima politike sastajće se najmanje dva puta godišnje. Predviđeno je da ove sastanke priprema i da njima predsedava Evropska komisija, kao i da se oni održavaju u okviru četiri tematske platforme: demokratija, dobro upravljanje i stabilnost; ekonomske integracije i usaglašavanje sa politikama EU; energetska bezbednost i međuljudski kontakti.

¹¹ M. Kovačević, “Evropska politika susedstva: izneverena očekivanja”, *Međunarodne studije*, 9/2013, str.115-116.

nosa sa EU.¹² Međutim, u godinama koje su usledile situacija se razvijala drugačije u odnosu na ono što je prvobitno bilo predviđeno.

Drugi samit Istočnog partnerstva u Varšavi

Drugi samit Istočnog partnerstva održan je 29. i 30. septembra 2011. u Varšavi. U periodu između Prvog i Drugog samita EU se suočila sa ekonomskom krizom velikih razmera i dalekosežnih posledica, tako da je Istočno partnerstvo ostalo na marginama interesovanja EU. Osim toga, nastojanja Poljske, kao zemlje predsedavajuće, da intenzivira odnose EU i šest bivših sovjetskih republika na samitu u Varšavi potisnuta su u drugi plan zbog tadašnjih političkih zbivanja : suđenja bivšoj premijerki Ukrajine (koje su opozicija te zemlje kao i EU ocenile kao političko) i povlačenja Belorusije sa samita.

Na kraju samita usvojene su dve deklaracije. Prvu, zajedničku deklaraciju potpisale su sve zemlje učesnice, dok drugu (koja se odnosi na Belorusiju) nisu potpisali predstavnici Ukrajine, Moldavije, Gruzije, Jermenije i Azerbejdžana. U ovoj drugoj lideri dvadeset sedam država članica EU izražavaju duboku uznemirenost zbog pogoršanja stanja ljudskih prava, demokratije i pravne države u Belorusiji. U Zajedničkoj deklaraciji priznata su dostignuća Istočnog partnerstva i prihvaćene evropske aspiracije nekih partnera i njihova posvećenost izgradnji demokratske države. Predviđena je mogućnost vođenja pregovora o Sporazumima o pridruživanju i Dubokim i sveobuhvatnim zonama slobodne trgovine sa Ukrajinom do kraja 2011. godine, kao i otvaranje pregovora o Dubokim i sveobuhvatnim sporazumima o zonama slobodne trgovine sa Moldavijom i Gruzijom.¹³ Dakle, ovom deklaracijom je prvi put zemljama Istočnog partnerstva ponuđena mogućnost sklapanja Sporazuma o pridruživanju. Iako nigde nije bilo eksplicitno navedeno, moglo se protumačiti da su deklaracijom, ovim zemljama otkrivena, vrata ka EU.

Treći samit Istočnog partnerstva u Vilniusu

Treći samit istočnog partnerstva održan je u Vilniusu od 28. do 29. novembra 2013. Ovaj samit mogao je da podstakne "solunski momenat" za post-sovjetske zemlje na istočnim obodima EU, ali se to nije dogodilo. Analogija se odnosi na samit iz 2003. godine između EU i zemalja Zapadnog Balkana, na kome je njima ponuđena jasna perspektiva evropskih integracija. Umesto da definiše geopolitički *finalité* odnosa EU - Istočno partnerstvo predviđajući put ka budućem

¹² *Ibid.*

¹³ <http://www.easternpartnership.org/publication/2011-09-30/eastern-partnership-summit-warsaw>, 10.08. 2014.

pristupanju EU za Jermeniju, Azerbejdžan, Belorusiju, Gruziju, Moldaviju i Ukrajinu, početna ambicija samita u Vilniusu je osujećena.¹⁴

Nakon intenzivnog pritiska od strane Rusije, predsednici Jermenije i Ukrajine napustili su pregovore sa EU pre održavanja samita. Kao odgovor, Unije je, na insistiranje nekih država članica, “razvodnila”¹⁵ Završnu deklaraciju samita. Prvobitni nacrt deklaracije priznavao suvereno pravo svake od šest država obuhvaćenih Istočnim partnerstvom da izabere obim svojih ambicija u odnosima sa EU, tj. izabere da li da ostane partner u skladu sa članom 8 Ugovora o EU¹⁶ ili da sledi evropske aspiracije u skladu sa članom 49 Ugovora o EU.¹⁷ Međutim, član 49 uklonjen je iz završne verzije Deklaracije. Iako su neke države članice uspele u nameri da eliminišu član 49 iz Deklaracije, to nije značilo kraj sna o članstvu pojedinih istočnih suseda. Učesnici naglašavaju da je posebna uloga Partnerstva da podrži one koji žele sve bliže odnose sa EU. Sporazum o pridruživanju, uključujući i Dubok i sveobuhvatan sporazum o slobodnoj trgovini, predstavljaju ključni korak u tom pravcu. Izraz “sve bliže odnose” može se čitati u “Solunskom duhu”, u smislu da Istočno partnerstvo obezbeđuje pravni okvir za evropski put zemljama učesnicama sve do njihovog budućeg pristupanja.¹⁸

Potpisivanje Sporazuma o pridruživanju

Nakon Samita u Vilniusu, odnosi između proevropski orijentisanih država Istočnog partnerstva (Ukrajine, Moldavije i Gruzije), EU i Rusije drastično su se promenili. Događaji koji su usledili (aneksija Krima, ruski odnos prema separati-

¹⁴ S. Blockmans, H. Kostanyan, “A post-mortem of Vilnius Summit: not yet a Thessaloniki moment for the Eastern Partnership, *CEPS Commentary*, http://aei.pitt.edu/46166/1/HK_%26_SB_Vilnius_Summit.pdf, 12.08. 2014, str. 1.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Čl. 8 Ugovora EU : “Unija razvija privilegovane odnose sa državama iz svog susedstva sa ciljem uspostavljanja prostora prosperiteta i dobrosusedstva, utemeljenog na vrednostima Unije, koje karakterišu bliski odnosi i miriljubiva saradnju. U skladu sa stavom 1, Unija može zaključivati specifične sporazume sa tim zemljama. Ti sporazumi mogu sadržati recipročna prava i obaveze kao i mogućnost za vođenje zajedničkih akcija. Njihovo sprovođenje je predmet periodičnog dogovaranja.”

¹⁷ Čl. 49 Ugovora EU: “Država podnosilac zahteva dostavlja svoj zahtev Savetu, koji donosi odluku jednoglasno, posle konsultovanja Komisije i posle odobrenja Evropskog parlamenta., koje ovaj usvaja većinom glasova ukupnog broja svojih članova. Pri tome, vodi se računa o kriterijumima koje je utvrdio Evropski savet. Uslovi prijema i prilagođavanja koje taj prijem povlači u vezi sa ugovorima na kojima se zasniva Unija, predmet su sporazuma između država članica i države podnosioca zahteva. Taj sporazum podleže ratifikaciji u svim državama ugovornicama, u skladu sa njihovim ustavnim pravilima. »

¹⁸ S. Blockmans, H. Kostanyan, “A post-mortem of Vilnius Summit: not yet a Thessaloniki moment for the Eastern Partnership, *CEPS Commentary*, http://aei.pitt.edu/46166/1/HK_%26_SB_Vilnius_Summit.pdf, 12.08. 2014, str. 2.

stičkim kretanjima u Donjesku i Lugansku i prestanak izvoza gasa Ukrajini), uticali su ne samo na promenu konfiguracije ukrajinske države i društva, već i uopšte na odnose između Rusije i šireg post-Sovjetskog regiona. Stoga je EU ubrzala potpisivanje Sporazuma o pridruživanju i Dubokog i sveobuhvatnog sporazuma o slobodnoj trgovini sa Gruzijom i Moldavijom i održala obećanje da potpiše ovaj sporazum sa Ukrajinom. Do zvaničnog potpisivanja ovih akata došlo je 27. juna 2014. Iako je reč o stotinama strana čiji je sadržaj prevashodno tehničke prirode, stvarna vrednost ovih dokumenata je simbolička pošto oni, za svaku od ovih zemalja, predstavljaju, konačni raskid sa sovjetskom prošlašću.

IZAZOVI ISTOČNOG PARTNERSTVA

Nakon potpisivanja Sporazuma o pridruživanju i Dubokih i sveobuhvatnih sporazuma o slobodnoj trgovini između Ukragine, Moldavije i Gruzije i EU, i jedna i druga strana našle su se u delikatnoj situaciji. Najveći izazov za Ukrajinu, Moldaviju i Gruziju biće kako da održi odnose sa Rusijom, uz istovremeni približavanje EU. Kada je reč o EU, potpisivanje ovih sporazuma i aspiracije pomenu te tri zemlje ka EU, otvorile su pitanje mogućnosti Unije da eventualno prihvati nove članove. S obzirom na nespремnost Ukrajine, Moldavije i Gruzije da pristupe EU, s jedne strane, i na slab absorpcioni kapacitet EU nakon izvesnog "umora od proširenja", s druge strane, nameće se pitanje da li postoji neko treće, međurešenje, koje će ovim zemljama omogućiti privilegovan status u okviru EU i pristup unutrašnjem tržištu, bez punopravnog članstva?

Ukrajina, Moldavija i Gruzija između Brisela i Moskve

Nakon potpisivanja Sporazuma o pridrživanju, najveći izazov za Ukrajinu, Moldaviju i Gruziju jeste kako da održe odnose sa Rusijom. S jedne strane, postavlja se pitanje zašto bi Rusija pridavala značaj nečemu što zapravo predstavlja hiljadu stranica dokumenata tehnokratskog karaktera? Evropski zvaničnici tvrde da ni u sporazumima ni u pristupu EU ne postoji ništa što bi moglo naškoditi Rusiji.¹⁹ Ukrajina, Moldavija i Gruzija i dalje su slobodne da razvijaju odnose sa Rusijom u meri koji one izaberu, a jedino što im je onemogućeno je da budu članice Evroazijske carinske unije. Međutim, s druge strane, sam način na koji su lideri tri zemlje pozdravili potpisivanje ovih dokumenata jasno ukazuje da su oni odlučujući u pogledu njihovog geopolitičkog opredeljenja. Ukrajinski predsednik izjavio je da je to "civilizacijski izbor",²⁰ upoređujući potpisivanje sa prelaskom Rubi-

¹⁹ E. Knott, "Georgia, Moldova and Ukraine's signing of EU co-operation agreements marks their transition from 'post-Soviet' to 'European' states", <http://blogs.lse.ac.uk/europpblog/2014/06/30/georgia-moldova-and-ukraines-signing-of-eu-co-operation-agreements-marks-their-transition-from-post-soviet-to-european-states/>, 22.08.2014.

²⁰ *Ibid.*

kona. “Prešli smo Rubikon ka Evropi i ostavili iza sebe sovjetsku prošlost.”²¹ Stoga Sporazumi o pridruživanju nisu samo politički i ekonomski dokumenti, već predstavljaju “simbol vere” i “neraskidive volje”.²²

Ono što je veoma interesantno je da je podrška za evropske integracije u narodu u sve tri zemlje veoma velika.²³ Međutim, to nije neobično ukoliko se uzme u obzir da je za Ukrajinu, Moldaviju i Gruziju, normalizacija odnosa sa EU i nada da se to jednog dana može preobratiti u članstvo znači da su priznati kao evropski, u statusu, pravima i identitetu i da više nisu viđeni kao bivše sovjetske republike.²⁴ Naravno, činjenica da je podrška u narodu procentualno tako visoka ukazuje da su ove tri zemlje da početku puta. Naime, uporednom analizom podataka u zemljama koju se u poslednjih dvadeset godina ulazile u proces evropskih integracija, dolazi se do jedne zakonomernosti - što zemlja više napreduje u procesu integracija, podrška u narodu za pristupanje EU više opada. Ova degresivna tendencija može se objasniti dugim i složenim procesom evropskih integracija, sa velikim brojem različitih uslova za prelazak u narednu fazu procesa i sa, do samog kraja, neizvesnim ishodom.

U svakom slučaju, početak puta bliže političke i ekonomske saradnje sa EU, i potencijalno otvaranje slobodne trgovine, uticaće na odnose sa Rusijom u svim segmentima privrede i društva, pre svega u oblasti trgovine, energetke i teritorijalnog integriteta. Rusija je značajan trgovinski partner za sve tri države, posebno za Ukrajinu, gde ruski izvoz i uvoz prevazilaze izvoz i uvoz sa EU. Pored toga, Rusija je takođe značajan trgovinski partner Moldavije i Gruzije. Zatim i Ukrajina i Moldavija i Gruzija, zavisne su od ruskog gasa, tačnije od jeftinih cena ovog gasa.²⁵ U energetskom sektoru, EU može da uradi malo toga kada je reč o zavisnosti ovih zemalja od jeftinog ruskog gasa. Mnoge države EU su i same zavisne od ruskog gasa i one koje dobijaju gas putem gasovoga preko Ukrajine takođe osećaju posledice ukrajinske krize.²⁶

²¹ *Ibid.*

²² *Ibid.*

²³ Zanimljivo je da u Gruziji, prema poslednjim istraživanjima, podrška stanovništva za evropske integracije prelazi 70 odsto.

²⁴ E. Knott, “Georgia, Moldova and Ukraine’s signing of EU co-operation agreements marks their transition from ‘post-Soviet’ to ‘European’ states”, <http://blogs.lse.ac.uk/europpblog/2014/06/30/georgia-moldova-and-ukraines-signing-of-eu-co-operation-agreements-marks-their-transition-from-post-soviet-to-european-states/>, 22.08.2014.

²⁵ Ilustrativan je podatak da u Ukrajini, stanovnici su plaćali samo 25 procenata, a industrijski potrošači samo 75 procenata, od vrednosti gasa na evropskom tržištu. Malo je verovatno, kakav god da bude ishod trenutne ukrajinsko-ruske krize, da će bilo koji dogovor dovesti do značajnih povećanja ovih cena.

²⁶ E. Knott, “Georgia, Moldova and Ukraine’s signing of EU co-operation agreements marks their transition from ‘post-Soviet’ to ‘European’ states”, <http://blogs.lse.ac.uk/europpblog/2014/06/30/>

Kada je reč o energetici, trebalo bi pomenuti i gasovod Južni tok koji je osmišljen tako da diversifikuje putanje izvoza gasa i umanji rizike tranzita, zaobilazeći Ukrajinu, idući ispod Crnog mora preko Bugarske i Srbije, do Centralne i Istočne Evrope. Međutim, u junu 2014. godine radovi na bugarskoj deonici Južnog toka su obustavljeni jer je Evropska komisija ocenila da ugovori o izgradnji Južnog toka nisu u skladu sa Trećim energetske sporazumom.²⁷

Pored energetske zavisnosti, postoji i pretnja od teritorijalne nestabilnosti. Sve tri države, i Gruzija i Moldavija i Ukrajina imaju teritorijalne sporove sa Rusijom i plaše se eventualnih ruskih upada. Osim toga, postoje granice dokle ove zemlje mogu na napreduju u procesu evropskih integracija dok na njihovim teritorijama postoje otvorena teritorijalna pitanja.²⁸ Ovo su izazovi sa kojima se Ukrajina, Moldavija i Gruzija suočavaju od početka post-Sovjetskog perioda. Iako se EU ne postavlja kao konkurencija Rusiji, mnogi smatraju da Ukrajina, Moldavija i Gruzija, makar simbolično, evropeizaciju vide kao zamenu za sovjetizaciju, i kao razdvajanje njihovih centar-periferija odnosa sa Rusijom u korist novog centar-periferija odnosa sa EU. To jeste realnost koje bi EU morala da bude svesna. Pitanje je sada kako će ove države urediti svoje odnose, tj. uspostaviti ravnotežu između Brisela i Moskve, kao i kako će EU urediti svoje odnose sa Rusijom.²⁹

Absorpcioni kapacitet EU

Termin "absorpcioni kapacitet EU" postao je aktuelan nakon šestog velikog talasa proširenja EU 2004. godine, kada je Uniji pristupilo deset novih država članica. U početku se o absorpcionom kapacitetu EU navise govorilo u svetlu ulaska Turske u EU, da bi u godinama koje su usledile bio pominjan i u kontekstu zemalja Zapadnog Balkana, a od nedavno i zemalja Istočnog partnerstva. Sam termin

georgia-moldova-and-ukraines-signing-of-eu-co-operation-agreements-marks-their-transition-from-post-soviet-to-european-states/, 22.08.2014.

²⁷ U skladu sa Trećim energetske paketom EU proizvodnja prirodnog gasa treba da bude odvojena od transporta i snabdevanja potrošača, tako da ne dođe do narušavanja konkurencije. To znači da u Evropi gasovode ne može posedovati i njima upravljati jedna kompanija. Gazprom kontroliše pedeset odsto celokupno planirane mreže Južnog toka, uključujući celokupni gasovod u Bugarskoj. Međutim, prema popisima EU, Gazprom može posedovati samo pedeset odsto gasovoda. Ovaj uslov Rusija ne želi da prihvati.

²⁸ Moldavija i Transnistrija i dalje treba da reše da li će Transnistrija biti deo moldavskog Dubokog i sveobuhvatnog sporazuma o slobodnoj trgovini sa EU ili ne. Ukrajinski predsednik tvrdi da Krim jeste deo ukrajinskog sporazuma sa EU i da bez povraćaja Krima, "normalni" odnosi između Ukrajine i Rusije neće biti mogući.

²⁹ E. Knott, "Georgia, Moldova and Ukraine's signing of EU co-operation agreements marks their transition from 'post-Soviet' to 'European' states", <http://blogs.lse.ac.uk/europpblog/2014/06/30/georgia-moldova-and-ukraines-signing-of-eu-co-operation-agreements-marks-their-transition-from-post-soviet-to-european-states/>, 22.08.2014.

prvi put je u dokumentima upotrebila Evropska komisija, a naišao je na oštre kritike naučne i stručne javnosti, pre svega zbog širine i nepreciznosti. Osim toga, termin sadrži teritorijalnu (“definitivne” granice EU), kao i vremensku dimenziju (ključno pitanje je stanje Unije za deceniju, a ne danas).³⁰ Stoga ga je Komisija u kasnijim dokumentima napustila i zamenila terminom integracioni kapacitet EU. Ipak, čini se da je u evropskom žargonu i dalje mnogo češće koristi termin apsorpcioni kapacitet. Da bi se bolje razumelo šta predstavlja apsorpcioni kapacitet EU, ovaj složeni termin može se razložiti na više komponenti: kapacitet tržišta robe i usluga; kapacitet tržišta rada da prihvati nove države članice; kapacitet EU da finansira apsorpciju novih država članica – misli se na strukturalne fondove, pre svega; kapacitet EU institucija da funkcionišu sa novim državama članicama; kapacitet društva da apsorbuje nove države članice – što je možda i jedan i od najosetljivijih aspekata i kapacitet EU da obezbedi stratešku bezbednost same Unije. U svakom slučaju, činjenica je da sve ove komponente nisu statične i teško je predvideti kako će se stvari razvijati u budućnosti. Ipak u ovom trenutku, nakon ekonomske krize, teško da EU poseduje bilo koju od gore pomenutih komponenta apsorpcionog kapaciteta da bi mogla da prihvati tri istočna suseda.

S druge strane, ne treba zanemariti ni činjenicu da je reč o zemljama koje su pola veka živele u sasvim drugačijim političkim, društvenim, socijalnim, kulturnim i dr. okolnostima i da preokret ne može doći preko noći. Ove zemlje jesu ušle u proces reformi, ali je njihov nivo i dalje daleko od zadovoljavajućeg. Dakle, ni sam apsorpcioni kapacitet Ukrajine, Moldavije i Gruzije nije na odgovarajućem nivou da mi ove zemlje u skorijoj budućnosti mogle da prihvate obaveze iz članstva u EU.

ŠVAJCARSKI BILATERALNI SPORAZUMI: MODEL ZA ISTOČNE PARTNERE UKRAJINU, MOLDAVIJU I GRUZIJU?

S obzirom na to da EU, suočena sa teškom ekonomskom krizom i izvesnim umorom od proširenja, nije u mogućnosti da se širi prema istoku, a da ni Ukrajina, Moldavija i Gruzija nisu spremne da postanu članice EU, postavlja se pitanje u kom pravcu i na koji način će se dalje razvijati odnosi ove tri zemlje i EU?

Za Ukrajinu, Moldaviju i Gruziju od velikog je značaja da EU nastavi da im pomaže u procesu reformi tako što će se ojačati program Istočnog partnerstva (kojim je predviđeno širenje veza sa istočnim susedima EU na mnoštvo načina koji ne podrazumevaju potpuno članstvo u EU). Osim toga, ovim zemljama bi trebalo omogućiti sličnu ili istu vrstu privilegovanog statusa u okviru EU koji uživaju pojedine evropske države, kao što su npr. Švajcarska i Norveška. Iako se Švajcarska po mnogo čemu razlikuju od tri države Istočnog partnerstva, čini se da bi

³⁰ “Just what is absorption capacity of the European Union”, <http://www.ceps.eu/content/just-what-absorption-capacity-european-union-launch-ceps-policy-brief>, 20. 08.2014.

model, tj. forma saradnje na osnovu bilateralnih sporazuma mogla da se primeni i na istočne susede.³¹

Švajcarski odnosi sa EU uređeni su na osnovu dve grupe bilateralnih sporazuma. Prva grupa od sedam bilateralnih sporazuma između EU i Švajcarske (*Bilaterals I*) iz 1999. godine fokusirana je na ekonomske interese. Stoga se ovi sporazumi smatraju klasičnim “sporazumima o tržišnoj liberalizaciji”. Jedini sporazum iz ove prve grupe, Sporazum o istraživanju, ima za cilj intenziviranu saradnju u oblasti istraživanja, te spada u kategoriju “sporazuma o saradnji”. Sporazum o civilnom vazduhoplovstvu, kojim se avio kompanijama omogućava uzajaman postepen pristup tržištima, bio je prvi sporazum poznat kao “integracioni sporazum” pošto su institucijama EU (npr. Sudu pravde EU) dodeljene specijalne nadležnosti. Pet preostalih sporazuma o liberalizaciji iz prve grupe su: Sporazum o slobodnom kretanju lica; Sporazum o tehničkim preprekama trgovini; Sporazum o tržištima javnih nabavki; Sporazum o poljoprivredi i Sporazum o kopnom transportu.³²

Dok su Bilateralni sporazumi I uglavnom fokusirani na ekonomska pitanja i liberalizaciju, druga grupa sporazuma doneta 2004. godine otišla je korak dalje u smislu da neki od njih ne samo da imaju za cilj saradnju i liberalizaciju, već se tiču oblasti unutrašnjih poslova i pravosuđa (Šengenski i Dablinski sporazum). Grupa Bilateralnih sporazuma II (*Bilaterals II*) sastoji se od devet sporazuma i jedne deklaracije o namerama (u oblasti Obrazovanja, zanimanja i omladine). To su : Šengenski/ Dablinski sporazum; Sporazum o oporezivanju štednje; Sporazum o suzbijanju prevara; Sporazum o procesovanim poljoprivrednim proizvodima; Sporazum o životnoj sredini; Sporazum o statističkim podacima; Sporazum o medijima; Sporazum o penzijama i Sporazum o obrazovanju.³³ Bilateralni sporazumi između Švajcarske i EU su klasični sporazumi međunarodnog prava. Shodno tome, sprovođenje, tumačenje i buduće izmene su u skladu sa opštim pravilima međunarodnog prava. Većina sporazuma su zapravo bilateralni u smislu da se Švajcarska i EU pojavljuju kao ugovorne strane. Tri sporazuma su uređeni kao multilateralni sporazumi: Sporazumi o borbi protiv prevara, Sporazum o slobod-

³¹ Norveška takođe uživa sličnu vrstu privilegovanog statusa koji počiva na bilateralnim sporazumima.

³² A. Kellerhals, “Switzerland’s relationship with the EU : integration at its own speed?”, *Multi-speed Europe* (eds. A. Kellerhals, T. Baumgartner), EuropaInstitut, Zurich, p. 153-157.

³³ Sporazumi u oblasti statističkih podataka, medija, životne sredine, borbe protiv prevara, oporezivanja štednje i penzija spadaju u kategoriju “sporazuma o saradnji”. Dok Sporazum o procesovanim poljoprivrednim proizvodima spada u klasične “sporazume o liberalizaciji”, Šengenski i Dablinski sporazumi mogu se klasifikovati u “integracione sporazume”. Njihova institucionalno uređenje je specifično u poređenju sa svim ostalim bilateralnim sporazumima. Švajcarska je bila obavezna da usvoji sve nove tzv. pravne tekovine Šengena (stoga sporazum nije statičan, već dinamičan) i Švajcarska aktivno učestvuje u zakonodavnom postupku.

nom kretanju lica i Šengenski/ Dablinski sporazum. Njima se uspostavljaju nadležnosti EU s jedne strane i nadležnosti država članica, s druge strane (tzv. mešoviti sporazumi).

Švajcarski bilateralni sporazumi su uglavnom (Sporazum o pristupanju Šengenskoj zoni je izuzetak) “statični” : dok se u Uniji pravne tekovine (*acquis*) menjaju i dopunjuju svakodnevno, *acquis* iz Švajcarskih sporazuma je *acquis* koji je u Uniji bio na snazi na dan potpisivanja ovih sporazuma. Drugim rečima, izmene i dopune pravnih tekovina EU ne ulaze automatski u sporazume. Za usvajanje mogućih i relevantnih izmena i dopuna pravnih tekovina EU nadležno je je nekoliko mešovitih odbora, uspostavljenih za upravljanje i sprovođenje bilateralnih sporazuma. Svih sedam sporazuma iz prve grupe (*Bilaterals I*) i skoro svi iz druge (*Bilaterals II*) uspostavljaju odbore. Oni su sastavljeni od predstavnika EU i Švajcarske i glavna funkcija im je da obezbede ispravno sprovođenje sporazuma kroz dijalog između strana. Odbori služe kao forumi za razmenu informacija, mogu biti u obavezi da rešavaju sporove u vezi sa sprovođenjem ili tumačenjem sporazuma i što je najvažnije nadležni su za usklađivanje sporazuma (protokoli i aneksi) sa novim zakonodavstvom.³⁴

Uzimajući u obzir ključne karakteristike švajcarskih bilateralnih sporazuma sa EU, može se zaključiti da brojni sektorski sporazumi predstavljaju originalni integracioni eksperiment³⁵ i pokazali su se kao veoma efikasan način da se Švajcarskoj omogući pristup unutrašnjem tržištu EU. Stoga bi, s obzirom na specifičan položaj Ukrajine, Moldavije i Gruzije, ali i situaciju u kojoj se EU trenutno nalazi, švajcarski model integracija mogao da se primeni i na istočne susede.

ZAKLJUČAK

Program Istočnog partnerstva predstavlja istočnu dimenziju Evropske politike susedstva. Programom je prvobitno bilo obuhvaćeno šest zemalja (Ukrajina, Moldavija, Belorusija, Gruzija, Jermenija i Azerbejdžan), ali se Belorusija povukla već 2011. godine. Iako u početku nije bila predviđena perspektiva članstva u EU, u godinama koje su usledile situacija se menjala, a izbijanje ukrajinske krize ubrzalo približavanje pojedinih zemalja EU. Naime, u junu 2014. godine, Ukrajina, Moldavija i Gruzija potpisale su Sporazume o pridruživanju i Duboke i sveobuhvatne sporazume o slobodnoj trgovini, čime su im, na neki način, odškrinuta vrata ka EU. Iako su Ukrajina, Moldavija i Gruzija rešene da raskinu sa svojim sovjetskom prošlošću i potpisivanje ovih sporazuma doživljavaju kao istorijsku prekretnost.

³⁴ A. Kellerhals, st. 156-157.

³⁵ R. Schwok, “EU – Swiss bilateralism - a model for the Eastern partners such as Ukraine, Moldova and Georgia”, <http://artsonline.monash.edu.au/events/events/monash-european-and-eu-centre-eu-swiss-bilateralism-a-model-for-the-eastern-partners-such-as-ukraine-moldova-and-georgia-professor-rene-schwok/>, 24. 08. 2014.

nicu, situacije je mnogo komplikovanija. Naime ove zemlje imaju tesne ekonomske veze sa Rusijom koja ne gleda blagonaklono na njihove evropsko opredeljenje. Međutim, niti su ove tri zemlje spremne da postanu članice EU niti je Unija trenutno u mogućnosti da se proširuje, a opet neophodno je da se nađe način, institucionalni okvir, na osnovu koga oni mogu nastaviti saradnju.

Kao jedno od mogućih rešenja pominje se švajcarski model integracija. Naime, Švajcarska ima potpisane bilateralne sporazume sa EU zahvaljujući kojima uživa privilegovan status u EU uprkos tome što formalno nije članica EU. Iako se Švajcarska istorijski, ekonomski, politički, kulturološki, sociološki itd. razlikuje od tri istočna suseda, švajcarski model bi mogao biti veoma efikasan okvir za pristupanje Ukrajine, Moldavije u Gruzije unutrašnjem tržištu EU.

JELENA ČERANIĆ, Ph.D.,

Assistant professor at the Faculty of Law of the University of Banja Luka
Research associate at the Institute of Comparative Law in Belgrade

EASTERN PARTNERSHIP SURVEY AND PERSPECTIVES

Summary

The Eastern partnership (EaP) is an initiative of the European Union governing its relationship with the post-Soviet states of Armenia, Azerbaijan, Belarus, Georgia, Moldova, and Ukraine. The initiative, launched at a summit in Prague on 7 May 2009, was aimed at tightening the relationship between the EU and the Eastern partners by deepening their political co-operation and economic integration. At the beginning, the EaP neither promised nor precluded the prospect of EU membership to the partner states. However, the third EaP summit at Vilnius in November 2013 could have spurred a 'Thessaloniki moment' (the 2003 Summit when the Western Balkans were offered a clear prospect of future integration with the EU), but it failed to deliver. Nevertheless, in 2014 the relations between the key EaP states (Ukraine, Moldova, and Georgia), the EU and Russia have shifted inextricably. The EU has sped up its signing of Association Agreements and Deep and Comprehensive Free Trade Agreements with Georgia and Moldova and Ukraine, with the official signing of them taking place on June 27, 2014. *While the agreements are largely technical in nature, their real value is symbolic as they represent a final break from each country's Soviet past and a hope that they might one day be converted to membership.* However, the beginning of this journey of closer political and economic association with the EU, and the opening up of the free trade potential, is also the continuation of substantial uncertainty regarding how this will affect their relations with Russia which is a significant trading partner for these states. On the other hand, taking into account the absorption capacity of EU and a certain 'enlargement fatigue', it can be concluded that "the EU is not prepared to extend membership further east. However, the EU can help them to stay focused on its reform process by strengthening EaP program, which is designed to expand ties with the EU's eastern neighbors in a variety of ways. The EU should also eventually give them the same kind of privileged access to the EU that Switzerland" enjoys.

ODNOS DRŽAVA ČLANICA EVRPOSKE UNIJE PREMA NAČELU PRIMATA PRAVA EVROPSKE UNIJE

U V O D

Određivanje pravne prirode prava Evropske unije (u daljem tekstu EU) izaziva velike rasprave u teoriji, što je posledica, pre svega, razlika u shvatanju pravne prirode Evropske unije.¹ Stav Suda pravde Evropske unije (u daljem tekstu, Sud pravde) još od slučaja *Van Gend en Loos*² je da je stvaranjem Zajednice, stvoren pravni poredak *sui generis*, tako da je samim tim i pravo EU “autonomni *sui generis* sistem sa nadnacionalnim karakteristikama”³. Kao takvo, pravo EU se primenjuje od strane nacionalnih državnih organa, pri čemu mu je još pre nekoliko decenija priznat primat u odnosu na nacionalne propise.⁴ Načelo primata prava

Mirjana Glintić, istraživač saradnik Instituta za uporedno pravo, Beograd.

¹ V. detaljnije, Constantinesco, *Das Recht der Europäischen Gemeinschaft*, Baden- Baden 1977, 309 i dalje, navedeno prema R. Vukadinović, *Uvod u institucije i pravo Evropske unije*, Kragujevac 2013, 173.

² *Van Gend en Loos v Nederlandse Administratie der Belastingen* (1963), C- 26/62.

³ R. Vukadinović, 175. V.detaljnije, T. Opperman, *Europarecht*, München 2005.

⁴ Autorka se opredelila za termin načelo primata prava EU, a ne za termin načelo suprema-
tije prava EU, koji se više koristi za oslikavanje postojanja određene hijerarhije. Čak je i Sud pravde
samo u dva slučaja upotrebio termin suprematija (Walt Wilhelm Case i Fratelli Variola Case). V. M.
Avbelj, “Supremacy or Primacy of EU Law- Why Does It Matter?”, *European Law Journal* 6/2011,
744-763.

nije kodifikovano propisima EU⁵, ali se razvilo kroz praksu Suda pravde, koji kao ustavni sud EU,⁶ ima zadatak da balansira između interesa evropskih integracija i nacionalnih interesa država članica.

Sušтина ovog načela je da u slučaju sukoba propisa EU i propisa država članica, prednost dobija pravo EU. Osnovna ideja načela primata prava EU je obezbeđivanje ujednačenog dejstva propisa EU na celokupnoj teritoriji EU. Dok Sud pravde dalje razvija svoju praksu i svojim presudama potvrđuje načelo primata, nacionalni vrhovni i ustavni sudovi nastavljaju da njegov izvor traže u nacionalnim normama.⁷ S druge strane, pojavljuju se odluke nacionalnih sudova koje prihvataju načelo primata prava EU, kao što je italijanski Ustavni sud napravio razliku između obaveza proizašlih iz EU prava i kojima je dodelio ustavni status, i ostalih međunarodnih obaveza podustavnog statusa.⁸

Međutim, iako države članice u suštini prihvataju načelo primata, neretko se dešava da i nacionalni sudovi onih država članica koje poštuju primat EU propisa, to čine na nekonzistentan način interpretirajući EU norme na različite načine, što opet vodi neujednačenoj primeni EU propisa, dovodeći u pitanje osnovnu zamisao jedinstvene primene propisa.

⁵ Jedino je u Deklaraciji 17 usvojenoj kao aneks Ugovora iz Lisabona na završnoj međuvladinoj konferenciji izričito predviđeno načelo primata. Međutim, deklaracije nisu pravno obavezujuće. Ustav EU je predviđao ovo načelo. V. detaljnije, S. C. Sieberson, "How the Constitutional Treaty Identifies Dividing Lines", *Dividing lines between European Union and Its- Member States- Assessing the Impact of the Constitutional Treaty* (ur. S. Sieberson), 2008, 59, 63, 75, 199, tekst dostupan na http://www.google.rs/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCQEJfAA&url=http%3A%2F%2Fpub.eur.nl%2Fpub%2F10623%2FSieberson_manuscript_Sept._10.pdf&ei=u7vfU4ncCebU4QT8viCoBw&usg=AFQjCNEZGxec2InVaM6ptojtJqXst0V-yw&bvm=bv.72197243,d.bGE, 04.08.2014

⁶ V. J. Schwarze, "Balancing EU Integration and National Interests in the Case- Law of the Court of Justice", *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case Law; La Cour de Justice et la Construction de l' Europe: Analyses et Perspective de Soixante Ans de Jurisprudence* (ur. A. Rosas, Egil Levits, Yves Bot), Asser Press, The Hague, The Netherlands, 2013, 257-276.

⁷ Npr. EAW Decision, 27.04.2005, dostupno na http://www.google.rs/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0CC0QFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww.ecln.net%2FSelected_Decisions_-_Poland.html%3Ffile%3Dtl_files%2FECLN%2FDecisions-Poland_2011-11-21_102004%2FDecisions-Poland%2F2005_pol_european_arrest_warrant.pdf&ei=DcTFu6zwIcXV0QXhrIHgAw&usg=AFQjCNHVMV0xjWdkmgtWAY5r8i7vp1AZLtQ&bvm=bv.72197243,d.d2k, 04.08.2014; European Arrest Warrant Act Case, 58 BVerfGE 2289, 18.07.2005, dostupno na <http://www.bverfg.de/pressemitteilungen/bvg05-064en.html>, 04.08.2014.

⁸ V.detaljnije, L.S. Rossi, "Corte Costituzionale (Italian Constitutional Court): Decisions 348 and 349/2007, and 102 and 103/2008, of 12 February 2008", *Common Market Law Review*, vol 46/2009, 319, 320, navedeno prema P. Eeckhout, "The Growing Influence of European Union Law", *Fordham International Law Journal*, vol 33/2011, 1513.

POJAM NAČELA PRIMATA

Pravo Evropske unije se ostvaruje pred nacionalnim organima, tako da nacionalni sudija ima obavezu da deli pravdu na raskrsnici između dva pravna sistema.⁹ Prilikom odlučivanja mora istovremeno da se vodi nacionalnim normama i normama prava Evropske unije. U određenim slučajevima njegov pred sobom će imati sukob zakona između ova dva sistema. Sa ciljem olakšavanja ovog zadatka uspostavljeni su određene principi i pravila, kao što su načelo direktnog dejstva i direktnog efekta, načelo primata, odgovornost država za naknadu štete, nacionalna procesna autonomija, načelo lojalnosti, usklađenog tumačenja, koja treba da omogućе delotvornu i jednoobraznu primenu od strane svih državnih organa država članica.¹⁰ Kada se govori o jednoobraznoj primeni, misli se na jednoobraznost efekata koje proizvode norme prava EU.¹¹ Ukoliko norma prava EU proizvodi određeno dejstvo u jednoj državi članici, ali ne i drugoj, ona deluje kao norma nacionalnog prava ograničena na teritoriju te države članice, a ne kao norma prava EU, koja ima dejstvo u svim delovima Unije.

Stoga su kao praktične posledice usvajanja načela primata prava EU predviđene obaveze država članica da njihovi zakonodavni organi ne usvajaju propise koji su u suprotnosti sa pravom EU¹², kao i njihovih pravosudnih organa da u slučaju sukoba nacionalnog propisa i propisa EU, primene propis EU.¹³ Međutim, u slučajevima kada je predviđena harmonizacija propisa, potrebno je ne samo primeniti propis EU, odnosno ne primeniti nacionalni propis, već “neusklađenost mora biti uklonjena zamenom ili izmenom nacionalnog propisa u meri koja ja zahtevana aktom harmonizacije”.¹⁴ Povodom predmeta *IN.CO.GE*¹⁵ Sud pravde je istakao da je nacionalni sud dužan samo da ne primeni nacionalnu normu koja

⁹ Izuzetak neposredne primene propisa na nivou EU predstavlja mali broj slučajeva kada Komisija može samostalno da donosi pojedinačne akte, kao i da podnese prinudnu federalnu tužbu.

¹⁰ N. Fennelly, “The national Judges as Judge of the European Union”, *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case Law; La Cour de Justice et la Construction de l'Europe: Analyses et Perspectives de Soixante Ans de Jurisprudence* (ur. A. Rosas, Egil Levits, Yves Bot), Asser Press, The Hague, The Netherlands, 2013, 63-78.

¹¹ V.detaljnije T.C. Hartley, *The Foundations of European Community Law*, Oxford University Press, Oxford 2003, 185.

¹² Takođe, njihova obaveza bi bila da stave van snage ili da izmene sporne propise. V.detaljnije, S. Weatherill, *Cases & Materials on EU Law*, Oxford 2006, 162, 163.

¹³ O dužnosti nacionalnog suda da uskrati primenu odredbama nacionalnih zakona koje su suprotne odredbama propisa EU govorio je Sud pravde još u slučaju *Amministrazione delle Finanze dello Stato v Simmenthal SpA* (1978), C- 106/77.

¹⁴ R. Vukadinović, 172.

¹⁵ *Ministero delle Finanze v IN.CO.GE. '90 Srl and Others* (1998), ECR I- 06307, C-10/97, C-22/97.

nije usaglašena sa EU normom i da sam odluči koju je meru najedkvatnije primeniti da bi se zaštitila prava pojedinca koja su ugrožena.¹⁶ Na nacionalnom sudu je da se samostalno odluči o pravnim posledicama neusklađenosti nacionalne norme sa pravom EU. Komunitarno pravo ne poništava nacionalne norme koje nisu u saglasnosti sa njim, već samo ograničavo njihovo dejstvo u smislu konkretnog slučaja i prema stepenu neusklađenosti. Osnovna ideja pravila priznanja¹⁷ konkretizovana je i u odlukama *Simmenthal, Handelsgesellschaft*¹⁸ navodeći da je odnos prava EU i nacionalnog prava država članica takav da norme prava EU ne samo da stavljaju van snage sve norme nacionalnog prava koje su u suprotnosti sa njima, bilo da su donete pre ili posle norme prava EU, već i onemogućuju usvajanje novih nacionalnih odredbi koje ne bi bile usaglašene sa komunitarnim normama.¹⁹

Načelo primata prava EU ne treba svesti samo na pravilo o sukobu zakona, već i na nemogućnost da nacionalni sudovi preispituju norme prava EU u svetlu nacionalnih normi. Na primer, ukoliko pojedinac pokrene pitanje ispravnosti EU uputstva u periodu pre nego što istekne rok za njegovu implementaciju, uputstvo će se ocenjivati prema EU standardima, a ne shodno nacionalnim normama.²⁰ Slično, i nacionalne mere implementiranja ne mogu se ocenjivati prema nacionalnim normama i standardima, ukoliko bi to značilo da se na indirektan način vrši kontrola i provera EU normi²¹, već je reper za njihovu proveru EU pravo. Upravo ovaj deo koncepcije primata EU prava izazivao je negodovanje nacionalnih su-

¹⁶ Tako i u *Albako v BALM* (1987) ECR 2345 249/85. Prema presudi Suda pravde u predmetu *Simmenthal* svaka sa pravom EU neusklađena norma je automatski neprimenjiva. *Amministrazione delle Finanze dello Stato v Simmenthal SpA* (1978), ECR 629, C- 106/77.

¹⁷ V.detaljnije G. Dajović, "Hartova teorija prava-osnovne crte", *Strani pravni život* 3/2011, Beograd 2011, 9-28.

¹⁸ *Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* (1970), C-11/70.

¹⁹ Paragraf 17 *Simmenthal*, paragraf 3 *Handelsgesellschaft*, takođe i R (*Factortame Ltd v Secretary of State of Transport* (1990), ECR I- 2433, C- 213/89.

²⁰ *The Queen v Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco (Investments) Ltd and Imperial Tobacco Ltd* (2002), ECR I- 11453, C- 491/01. V.detaljnije, K. Lenaerts, T. Corthaut, "Towards an internally consistent doctrine on invoking norms of EU law", *The Coherence of EU Law* (ur. S.Prechal, B.van Roermund), Oxford Studies in European Law, 2009, navedeno prema S. Prechal, "Direct effect, indirect effect, supremacy and the evolving constitution of the European Union", tekst dostupan na <http://www.uu.nl/faculty/leg/NL/organisatie/departementen/departementrechtsgeleerdheid/organisatie/onderdelen/europainstituut/publicaties/algemenerechtsbeginsele/Document/S.%20Prechal,%20direct%20effect,%20indirect%20effect.pdf>, 27.07.2014.

²¹ *Ahmed Ali Yusuf and Al Barakaat International Foundation v Council of the European Union and Commission of the European Communities* (2005), II- 03533.

dova država članica, koji nisu bili spremni da se odreknu svojih nadležnosti po ovom pitanju.

Načelo primata pred Sudom pravde

Stav o međusobnom odnosu prava država članica i prava EU, tj. načelu primata propisa EU postepeno se formirao kroz praksu Suda pravde. Jedan od prvih slučajeva u kom je Sud pravde morao da se izjasni o međusobnom odnosu prava EU i propisa Belgije bio je slučaj *Humbelt v Belgium*²², kada je utvrđena obaveza Belgije da ukine mere nametnute njenim zakonom o porezima jer nisu bile u saglasnosti sa propisima Evropske zajednice. Određeni autori čak idu i dalje tvrdeći da je ovim odlukama stvoren nov autonomni sudski poredak, koji je izvršio pre-raspodelu suverene vlasti u odnosu EU i država članica.²³

U slučaju *van Gend en Loos* Sud pravde navodi da je Zajednica stvorila "poseban pravni poredak u korist kog su države članice ograničile svoja suverena prava..."; u predmetu *Costa*²⁴ da „vršenje prava Zajednice ne može da se razlikuje od države do države”; u predmetu *Internationalne Handelsgesellschaft*: "Stoga i valjanost mera Zajednice i njihovih efekata ne mogu biti pogođeni navodima da su protivne osnovnim pravima formulisanim u ustavima država članica niti ustavnim principima”.

Koncept primata prava EU nad nacionalnim pravom država članica zaokružen je slučajem *Simmenthal*, insistiranjem na ideji da je nacionalni sudija dužan da u potpunosti primeni normu komunitarnog prava, čak i ukoliko je potrebno da odbije primenu norme nacionalnog prava koja nije u saglasnosti sa pravom EU, i to bez primene posebnih pravnih ili ustavnih mera i postupaka. U slučajevima koji su se kasnije našli pred Sudom pravde, Sud pravde je i dalje bio pri stavu da norme prava EU imaju primat nad nacionalnim normama, s tim što je detaljnije određivao obim primene ovog načela: da li sve komunitarne norme automatski imaju primat nad nacionalnim izvorima i da li su nacionalni propisi, uključujući i ustave, na hijerarhijsku nižem položaju u odnosu na komunitarne propise.

USTAVNI SUDOVI DRŽAVA ČLANICA I NAČELO PRIMATA

Iako su u suštini priznali načelo primata prava EU, nacionalni ustavni sudovi su razvijali različite ustavne izuzetke od ovog pravila i zahtevali da oni daju

²² *Humbelt v Belgium* (1960), 559.

²³ R. Prochazka, "To Decide or Not To Decide: On the Political Theology of Simmenthal, Lyckeskog et al." *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law- La Cour de Justice et la Construction de l'Europe: Analyses et Perspectives de Soixante Ans de Jurisprudence*, 2013, 337-365.

²⁴ *Flaminio Costa v E.N.E.L* (1964), ECR 585, C- 6/64.

konačnu reč o odnosu prava EU i nacionalnog prava. Uzrok za ovakav stav treba potražiti u činjenici da pitanje prava EU i unutrašnjih propisa nije bilo regulirano u Ugovoru o osnivanju, pa su ustavni sudovi odgovor tražili u nacionalnim propisima. Ideja da ustavi pred EU pravom gube karakter pravila priznanja bila im je neprihvatljiva. Vremenom je došlo do postepenog prihvatanja ideje primata, tako da sada pravna teorija deli države članice prema njihovom odnosu prema pravu EU u tri grupe: one države članice koje prihvataju primat prava EU, one koje prihvataju ograničen primat prava EU i one koje daju primat svojim ustavima u odnosu na EU propise.²⁵ Tako se sa jedne strane nalazi belgijski Ustavni koji je među najaktivnijima u komunikaciji sa Sudom pravde²⁶, potom su tu španski, austrijski i italijanski ustavni sudovi. Sa druge strane se nalazi nemački Savezni ustavni sud koji još ni jednom nije podneo zahtev za odlučivanje po prethodnom pitanju pred Sudom pravde.

Pri rešavanju pitanja o odnosu prava EU i nacionalnog prava i njegovom dometu Sud pravde jednom je naglasio da se pitanje primene mera prava Zajednice ne može dovesti u pitanje, ne samo pozivajući se na odredbe nacionalnog poretka, već ni na osnovna prava zaštićena ustavom držve članice.²⁷

U vezi s tim, treba pomenuti predmet *Tanja Kreil*²⁸ koja je tužila Saveznu vojsku SR Nemačke jer je nisu primili na volonitiranje, koje je podrazumevalo i rukovanje oružjem. Vojska se pozivala na Zakon o vojnicima, koji je branio ženama da služe vojsku na položajima koji podrazumevaju rukovanje oružjem²⁹. Ova odredba Zakona o vojsci imala je osnov u članu 12a nemačkog Ustava koji je predviđao da se žene ne mogu baviti uslugama koje zahtevaju rukovanje oružjem. Tanja Kreil je podnela tužbu tvrdeći da je njeno odbijanje na osnovu pola protivno EU pravu. Upravni sud pred kojim se vodio postupak je postavio Sudu pravde pitanje usklađenosti Zakona o vojsci sa Uputstvom 76/207 o implementaciji načela jednakog tretmana žena i muškaraca u pogledu zapošljavanja, napredovanja

²⁵ V. Detaljnije C. Grebenwart, "National Constitutional Law Relating to the European Union", *Principles of European Constitutional Law* (ur. A. Bogdandy, J. Bast), Oxford 2010.

²⁶ Tako u slučajevima: C-93/97, *Fédération belge des chambres syndicales de médecins* (1998) ECR I-04837; C-305/05, *Ordre des barreaux fran-cophones et germanophone and Others* (2007) ECR I-05305; C-212/06, *Government of Communauté française and Gouvernement wallon* (2008) ECR I-01683; C-73/08, *Bressol and Others* (2010) ECR I-02735; C-236/09, *Association belge des Consommateurs Test-Achats and Others*; C-197/11, *Libert and Others*; C-375/11 *Belgacom and Others*

²⁷ *Internationale Handellsgesellschaft v Einfuhr-und Vorratstelle für Getreide und Futtermittel* (1970), 11/70.

²⁸ *Tanja Kreil v Bundesrepublik Deutschland* (2000), C-285/98.

²⁹ UzwGBw, BGBl. I S.3198.

u poslu i sl³⁰. Sud pravde je doneo odluku da Uputstvo isključuju primenu nacionalnih odredbi, kao što su ove iz nemačkog Zakona o vojnicima. S obzirom da je sporna odredba imala osnov u Ustavu, odluka je pokazala da vlada načelo primata prava EU čak i nad odredbama Ustava. Na kraju je odluka pokrenula teorijsku raspravu, a i dovela je do izmene Ustava.³¹

Druga dva pitanja koja se, takođe, mogu raspraviti sa ciljem dobijanje jasnije slike odnosa prava EU i unutrašnjeg prava država članica jesu pitanje odnosa obaveze nacionalnih organa da se obrate ustavnim sudovima i njihovog prava da se obrate Sudu pravde, kao i pitanje da li su nacionalni organi dužni da sačekaju stavljanje van snage spornih odredbi od strane ustavnih organa.

Odluka koja je pokrenula mnoge diskusije u Evropskoj uniji, posebno u Francuskoj³² je odluka u predmet *Melki and Abdeli*³³ kada se Kasacioni sud Francuske obratio Sudu pravde. Reč je o dvojici Alžiraca koji su protivzakonito boravili u Francuskoj i za koje je, stoga, bila naređena deportacija. U toku postupka optuženi su pokrenuli pitanje zakonitosti kontrole koja je sprovedena nad njima, navodeći da francuski Krivični zakonik o krivičnom postupku krši prava i slobode garantovane francuskim Ustavom jer je protivan EU propisima.³⁴ Kasacioni sud je smatrao da, ukoliko bi Ustavni savet morao da odlučuje o pitanju ustavnosti ove odredbe, neizbežno bi morao da odlučuje i o pitanju usklađenosti francuskog propisa sa pravom EU, preciznije sa propisima o slobodi kretanja lica. Onda bi u slučaju pozitivnog odgovora Ustavnog saveta, i sam Kasacioni sud i sud pred kojim se već vodio postupak bili u nemogućnosti da se kasnije obrate Sudu pravde za odlučivanje po prethodnom pitanju. Iz tog razloga sam Kasacioni sud po-

³⁰ Council Directive 76/207/EEC of the 9 February 1976 on the implementation of the principle of the equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promoting, and working conditions. Teorijske rasprave o ovom slučaju videti u C.O. Lenz, "Frauen im Dienst mit der Waffe- Nationales Reservat oder europäische Gleichberechtigung? Zum Urteil Kreil gegen Bundesrepublik Deutschland", *Zeitschrift für Rechtspolitik*, br. 7/2000, 265-268.

³¹ Ranije je odredba Ustava glasila da žene ni u kom slučaju ne smeju obavljati službu sa oružjem ("Frauen dürfen auf keinen Fall Dienst mit der Waffe leisten"), a sada glasi da se žene ne smeju primorati na službu sa oružjem ("Frauen dürfen auf keinen Fall zum Dienst mit der Waffe verpflichtet werden").

³² V.detaljnije D. Sarmiento, "L'arret melki: Esquisse d'un dialogue des juges constitutionnels Europeens sur toile de fond francais" *Revue Triemesrielle de Droit Europeen* vol. 3, 588-598, navedeno prema V. Trstenjak, "National Sovereignty and the Principle of Primacy in EU Law and Their Importance for the Member States", 75.

³³ *Melki and Abdeli* (2010) ECR I- 05667, C-188/10, c-189/10.

³⁴ Smatrali su da je povređen član 88, stav 1 francuskog Ustava, koji glasi: "Republika će učestvovati u Evropskoj uniji, koju su formirale države članice... ukoliko Evropska unija garantuje odsustvo međugranične kontrole lica".

stavio je Sudu pravde pitanje da li domaće pravo krši domaći Ustav jer je protivno pravu EU.

Sud pravde je istakao da niži sudovi država članica imaju pravo da se obrate Sudu pravde po prethodnom pitanju iako ih nacionalni propisi obavezuju da se obrate prvo višim sudskim instancama.³⁵ Dalje, Sud je istakao da su nacionalni sudovi dužni da daju puno dejstvo normama EU i da ne primene bilo koje nacionalne norme koje su u suprotnosti sa EU normama, a da pri tom nije potrebno da čekaju odluke zakonodavnih ili drugih državnih organa o stavljanju van snage tih normi. Na kraju, Sud je istakao da, shodno dosadašnjoj praksi Suda pravde, obaveza sudova da se obrate ustavnim sudovima, ni na koji način ih ne lišava prava da se obrate Sudu pravde radi odlučivanja u postupku po prethodnom pitanju.³⁶ Uzevši u obzir sve prethodno izneto, Sud pravde je bio mišljenja da član 267 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije (u daljem tekstu UFEU) isključuje primenu nacionalnih propisa koji kao zahtev postavljaju ispitivanje ustavnosti nacionalnih propisa od strane nacionalnih organa, ukoliko onemogućuju nacionalnim sudovima da se obrate Sudu pravde pre postavljanja pitanja ustavnosti određene odredbe, kao i posle donošenja odluke o ustavnosti.³⁷

Pitanje odnosa nacionalnog prava i prava EU postavlja se u situacijama kada je ustavni sud neke države članice već ocenjivao ustavnost nekog nacionalnog zakona, koji takođe može biti u suprotnosti sa EU pravom. Tako je Ustavni sud Poljske ocenio da su odredbe poljskog Zakona o porezu na dohodak³⁸ neustavne, ali je odložio datum njihovog stavljanja van snage.³⁹ Sada je pred nacionalnim sudom bilo pitanje da li je, na osnovu načela primata, dužan da primeni odredbu EU prava dok odluka Ustavnog suda ne stupi na snagu, ukoliko su sporne neustavne odredbe suprotne propisima EU.⁴⁰ Glavni spor se odnosio na na poljski zakon koji nije dozvoljavao da socijalni doprinosi budu izuzeti iz iznosa doprinosa za zdravstveno osiguranje, ukoliko su ti doprinosi plaćeni u drugoj državi članici, iako nisu izuzeti u toj drugoj državi članici. Ustavni sud je smatrao da je odredba neustavna i protivna načelima jednakosti i socijalne pravde.⁴¹

Sud pravde je odlučivao po ovom pitanju jer mu se Regionalni upravni sud iz Poznana obratio u postupku po prethodnom pitanju. Sud iz Poznana je sma-

³⁵ Kao u slučaju *Rheinmuehlen- Duesseldorf*, C 166/73.

³⁶ Tako u predmetu *Mecanarate*, C- 348/89.

³⁷ V.detaljnije http://ec.europa.eu/dgs/legal_service/arrets/10c188_en.pdf, 03.08.2014.

³⁸ Zakon o porezu na lični dohodak, Službeni glasnik 14/2000.

³⁹ Trybunal Konstytucyjni, presuda br. 211, K 18/06, Dz. U 2007.

⁴⁰ *Krzysztof Filipiak v Dyrektor Izby Skarbowey w Poznaniu* (2009) ECR I- 11049, C-314/08.

⁴¹ Čl. 2 i 8 poljskog Ustava.

trao da je potrebno ispitati da li su sporne zakonske odredbe saglasne sa članom sadašnjeg člana 49 UFEU, pa se stoga i obratio Sudu pravde, da bi dobio tumačenje navedene odredbe UFEU, kao i da li ova norma UFEU isključuje primenu nacionalne norme. Drugo pitanje koje je Sud iz Poznana postavio bilo je, da u slučaju da Sud pravde odluči da član 49 UFEU ima primat u odnosu na nacionalnu normu, da li to znači obavezu nacionalnog suda da primeni komunitarno pravo u postupku koji teče pred njim, nezavisno od odluke Ustavnog suda da odloži stavljanje van snage neustavnih odredbi.⁴²

Pozivajući se na svoju prethodnu praksu⁴³ Sud pravde je istakao da je nacionalni sud dužan da primeni odredbe prava EU i, ukoliko je potrebno, odbije da primeni nacionalne odredbe koje su suprotne EU normama, čak i kada su nacionalni propisi naknadno doneti. Dalje, nacionalni sud nije dužan da čeka da sporna odredba bude stavljena van snage od strane nadležnih zakonskih ili ustavnih vlasti. Stoga, ne iznenađuje rezonovanje Suda da u slučajevima kada EU propisi isključuju nacionalne, načelo primata prava EU obavezuje nacionalne sudove da primene komunitarne propise, nezavisno od odluke nacionalnog ustavnog suda da se odloži stavljanje van snage spornih odredbi.

NAČELO PRIMATA PRED NACIONALNIM ORGANIMA DRŽAVA ČLANICA

“Svaki nacionalni sud u Evropskoj zajednici sada je sud Evropske zajednice.”⁴⁴ Kao takvi nacionalni sudovi su dužni da primenjuju pravo EU, ali tu se ne završava obaveza njihova vezana za EU pravo. Naime, prilikom tumačenja i primene nacionalnog prava moraju uzimati u obzir ciljeve koji se pokušavaju ostvariti komunitarnim pravom.⁴⁵ Neki autori insistiraju da nacionalni sudovi nisu dužni da tumače nacionalne propise *contra legem*, kao i da je ova njihova

⁴² V.detaljnije o postupku po prethodnom pitanju u ovom predmetu <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=73700&doclang=EN>, 03.08.2014.

⁴³ Predmete Simmenthal, Debus, Lucchini, ČEZ.

⁴⁴ D.T. Lang, “The Duties of National Courts under Community Constitutional Law”, *European Law Review* 22/3, 1997, 3.

⁴⁵ Deo presude u slučaju *Marleasing* glasi: “prilikom primene nacionalnog prava, nezavisno da li je određena odredba usvojena pre ili posle uputstva, nacionalni sud koji je nadležan za tumačenje i primenu, mora to činiti, koliko god je moguće, u duhu teksta uputstva i njegove svrhe da bi se ostvario cilj predviđen upustvom”, *Marleasing SA v La Comercial Interanacional de Alimentacion SA* (1990), ECR I- 4135, C-106/89. Osim ovog slučaja i u drugim slučajevima Sud pravde je zauzimao isto ili slično stanovište po ovom pitanju, v.detaljnije *Von Colson and Kamann* (1984) ECR 1891, C-106/89; *Pupino* (2005), ECR I- 5285, C- 105/03. O tumačenju u duhu i prema tekstu norme EU govori i presuda u slučaju *Van Gend en Loos*.

obaveza ograničena opštim pravnim načelima, posebno onima koja se odnose na pravnu sigurnost i neretroaktivnu primenu propisa.⁴⁶

Međutim, načelo primata prava EU nije naišlo na prihvatanje od strane nacionalnih sudova. Prilikom tumačenja odredbi prava EU sudovi i upravni organi prvenstveno su kretali od nacionalnih ustavnih normi, u kojima su pokušavali da nađu odgovor na pitanje međusobnog odnosa prava EU i njihovog prava. Sa druge strane, i oni državni organi koji su nastojali da primene načelo primata prava EU činili su to na različite načine, što je opet vodilo neujednačenim efektima koje je proizvodilo pravo EU.

U Nemačkoj se to upravo desilo povodom zakona o igrama na sreću. Upravni i sudski organi su davali različita tumačenja i odgovore na pitanje da li je državni monopol u oblasti igara na sreću u skladu sa slobodom pružanja usluga iz prava EU. Pitanje je postavljeno 1991.godine, da bi svoj vrhunac slučaj doživeo 2006.godine kada je Savezni ustavni sud ocenio da je postojeći monopol neustavan.⁴⁷ Savezni ustavni sud je, ipak, ocenio da države imaju slobodu da odluče da li će tržište otvoriti za privatnike ili će održati već postojeći monopol, za šta su se nemačke države i odlučile, usvojivši novi Sporazum o igrama na sreću koji je stupio na snagu 2008.godine.⁴⁸ Savezni ustavni sud nije bio nadležan da odluči o usklađenosti nacionalnih propisa sa pravom EU. Po stupanju na snagu novog Sporazuma o igrama na sreću, privatnici koji su se bavili igrama na sreću su počeli da postavljaju pitanje usklađenosti zakonske regulative u ovoj oblasti sa pravom EU. Odgovori sadržani u odlukama nemačkim sudova su bile različiti, što je dalje vodilo raznolikoj primeni nemačkih propisa sa svim svojim posledicama po pravnu sigurnost.⁴⁹ Konačnu reč je dao Sud prade koji je potvrdio neusklađenosti sa pravom EU.⁵⁰

Druga moguća situacija je da nacionalna norma, iako suprotna propisima EU, bude primenjivana godinama, kao što je bio slučaj sa nemačkim Zakonom o

⁴⁶ *Pupino* (2005), ECR I- 5285, C- 105/03, paragraf 44 i 45 presude; *Berlusconi and others* (2005), ECR I- 3565, C- 403/02.

⁴⁷ BvergG: Urteil-1 BvR1054/01.

⁴⁸ Staatsvertrag zum Glückspielwesen in Deutschland, SächsGVBI; Jg.2012, BI- Nr.9, S-275.

⁴⁹ Npr. presuda Više upravnog suda u Baden- Württemberg, 10.12.2009, 6 S 1110/07; presuda Višeg upravnog suda Saxony-Anhalt, 17.02. 2010. 3 L 6/08, (2010) 5 ZfWG 277.; Upravni sud Augsburg, 08.09. 2008, Au 5 K 06.1246; Upravni sud Karlsruhe, 15.09. 2008, 2 K 1637/08, (2008) 3 ZfWG 395; Viši upravni sud Bavaria, 10.07. 2006 22 BV 05.457; Viši upravni sud of Berlin-Brandenburg, 08.05.2009 OVG 1 S 70.08, (2009) 4 ZfWG 194.; Upravni sud Berlin, 22.07. 2010 35 A 353/07, [2010] 5 ZfWG 380, Upravni sud Freiburg, 16.04. 2008 1 K 2052/06, (2008) 3 ZfWG 227; Upravni sud Arnsberg, 05.03. 2008 1 L 12/08, (2008) 3 ZfWG 149.

⁵⁰ *Gambelli and Others*, C- 243/01.

porezu na dohodak.⁵¹ Prema ovom Zakonu, roditelji su od osnovice za obračunavanje poreza mogli da odbiju iznos školarine koji su plaćali za svoju decu. Ova odredba se mogla primeniti samo u slučaju kada su roditelji svoju decu slali u nemačke privatne škole, ali ne i u privatne škole u drugim državama članicama, što bi moglo da bude suprotno osnovnim slobodama EU. Pitanje usaglašenosti ovog propisa sa pravom EU je pokrenuto 16 puta pred nacionalnim finansijskim sudovima u periodu od 1995 do 2005. godine i svaki put je argument pozivanja na pravo EU odbijen. Nijedan od sudova se nije obratio Sudu pravde, dok to nije učinio Upravni sud iz Kelna, kada je Sud pravde našao da postoji povreda propisa EU, što je i rezultiralo izmenom nemačkog zakona, a nemački sudovi su se držali odluke Suda pravde.⁵²

Prepreku ujednačenoj primeni normi prava EU takođe predstavlja i donekle neujednačena praksa Suda pravde, koji se u određenim slučajevima više poneo kao politički organ vođen određenim ciljevima koje treba postići.⁵³ Tako na primer Sud pravde je proširio pojam slobode kretanja robe da bi omogućio da se taj pojam primeni u slučaju *Dassonville*⁵⁴, što je imalo za posledicu da se veliki broj nacionalnih zakona posle toga morao kontrolisati pred Sudom pravde, iako neki od njih nisu uopšte imali za cilj da na bilo koji način ograničavaju slobodu kretanja robe.⁵⁵ Problem takođe predstavljaju i prilično apstraktne i široko postavljene formulacije koje koristi Sud pravde, pogotovu u delu koji se odnosi na osnovne slobode u EU, tako da je upravnim i sudskim organima ostavljen prilično širok prostor za tumačenje odredbi prava EU.⁵⁶

Dešavale su se situacije da su se sudovi i upravni organi država članica vodili ranijom praksom Suda, a da su na kraju njihove odluke obarane pred Sudom pravde. Na primer, u predmetu *Doc Morris* Ministarstvo pravde i javnog zdravlja

⁵¹ Einkommensteuergesetz, BGB I 130/1969.

⁵² C- 262/09, 30.06.2011.

⁵³ M.P.Maduro, *We the Court, The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Oxford 1998, 20-23, navedeno prema M.P. Maduro, *How Constitutional Can European Union Be? Tension between Intergovernmentalism and Constitutionalism in the European Union*, dostupno na <http://www.jeanmonnetprogram.org/archive/papers/04/040501-18.pdf>, 01.08.2014.

⁵⁴ *Dassonville*, [1974] ECR 873, C-8/74.

⁵⁵ V.detaljnije slučaj *Torfaen* (1989), C 145/88, ECR 3851.

⁵⁶ U vezi sa već pomenutim slučajem *Dassonville* Sud pravde je morao da kreira formulu *Keck*, ali ni ta formula nije bila dovoljno precizna i nije uspjela da da dovoljno precizne smernice državama članicama da odrede granice primene propisa o slobodi kretanja robe. V.detaljnije R. Streinz, "Die Rolle des EuGH im Prozess der Europäischen Integration. Anmerkungen zu gegenläufigen Tendenzen in der neueren Rechtsprechung", *Archiv des öffentlichen Rechts* 01/2010, 21; P.Oliver, W.-H Roth, "The Internal Market and the four freedoms", *Common Market Law Review* 407/2004, 410.

pokrajine Saarland je stavilo van snage odredbu Zakona o apotekarstvu smatrajući da nije u skladu sa načelom slobode vršenja usluga, a sve to rukovodeći se ranijom praksom Suda pravde.⁵⁷ Posle preispitivanje odluke Ministarstva pred nemačkim sudovima, Osnovni upravni sud Saarlanda obratio se Sudu pravde, koji je ocenio da sporna odredba ni u početku bila suprotna EU propisima.⁵⁸

Ukoliko se želi postići što ujednačenija primena komunitarnih propisa, moraju se preduzeti određeni koraci od strane nacionalnih organa. Samo neki od predloga bi mogli biti da se poveća stepen obraćanja nižih nacionalnih sudova Sudu pravde. Obavezujući karakter presuda Suda pravde bi mogao doprineti ujednačenijoj praksi. Obaveza koja bi se mogla predvideti i za jedne i za druge organe države članice je obaveza da, ukoliko naiđu na pravne norme za koje misle da nisu u saglasnosti sa pravom EU, obaveste nadležne zakonodavne organe, koji imaju ovlašćenje da izmene propise i na taj način izbegnu mogući sukob zakona.

ZAKLJUČAK

Opšti pravobranilac Maduro je u svom mišljenju povodom obraćanja Državnog saveta Francuske Sudu pravde u vezi sa predmetom *Arcelor*⁵⁹ dao dobro objašnjenje odnosa EU i nacionalnog prava, ističući da su zahtevi za nacionalnim suverenitetom i zaštitom ustavnih vrednosti i načelom primata EU prava međusobno pomirljivi. Naime, pravni poreci Evropske unije i država članica su zasnovane na istim vrednostima i najbolji način da se izbegnu potencijalni sukobi između njih je uvrštavanje ustavnih vrednosti EU u ustavna načela država članica. Države članice treba da prihvate činjenicu da pravo EU neće ugrožavati njihove ustavne vrednosti, ali, sa druge strane, moraju da prihvate da je zadatak preispitivanja EU prava sada rezervisan za Sud pravde i da se ne može vršiti na osnovu ustava država članica. Postupanje na drugačiji način vodilo bi neujednačenoj primeni prava EU. Prema njegovim rečima, nečelo primata EU prava jedan je od osnovnih zahteva EU pravnog poretka, ali to ne znači da su ustavni sudovi isključeni iz tumačenja osnovnih načela EU prava. Naprotiv- ustavne vrednosti Unije moraju biti usavršene i dalje razvijene od strane Suda pravde kroz postupak saradnje i dijaloga sa nacionalnim sudovima država članica, koji se najbolje može

⁵⁷ Sud pravde nije odlučivao o istom, ali jeste o sličnom predmetu. *Commission v Greece* (2005) C-140/03, ECR I-3177.

⁵⁸ *Apothekenkammer Saarland et al and Helga Heumann-Seiwart v Saarland and Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales* (2009), C- 171/07, 172/07, ECR I- 4171.

⁵⁹ C-127/07 *Société Arcelor Atlantique et Lorraine and Others v Premier ministre, Ministre de l'Écologie et du Développement durable and Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie* [2008] ECR I-989.

ostvariti postupkom po prethodnom pitanju.⁶⁰ Pozitivan razvoj događaja bi bio ukoliko bi nacionalni sudovi nastavili i razvili praksu saradnje sa Sudom pravde kroz postupak po prethodnom pitanju, što ne bi trebalo samo da se svodi na postavljanje par pitanja Sudu. Ustavni i vrhovni sudovi bi trebalo da sa Sudom pravde raspave sva pitanja i nejasnoće koja imaju u vezi sa EU pravom.

Skoro je nemoguće naći neki skoriji primer da se ustavni sud neke države članice odlučio da primeni nacionalnu mere pre nego meru predviđenu EU propisima. Primeri kipranskog Vrhovnog suda i Ustavnog suda Poljske koji su odbili da primene Evropski nalog za hapšenje objašnjavani su činjenicom da je reč o merama iz tada postojećeg trećeg stuba, koje nisu morale da se primenjuju namesto nacionalnim mera.⁶¹

Prvi razlog zbog kog će nacionalni državni organi retko primeniti nacionalne norme umesto onih iz komunitarnih je taj što države članice pokazuju spremnost da primenjuju EU norme dok god one ne krše neke osnovne nacionalne vrednosti i odlučuje se za postavljanje ograničenja samo izuzetno i to sa jednim drugim ciljem. „Dokazivanje suvereniteta koja pružaju države članice treba pre posmatrati kao dokazovanje da imaju moć da postave krajnje mere zaštite, a ne kao izraz njihove moći da vrše redovnu kontrolu prava EU.”⁶²

Drugi razlog zbog kog će nacionalni ustavni sudovi retko primeniti nacionalno, a ne komunitarno pravo je statističke prirode jer samo mali broj propisa iz prava EU predstavlja uzrok eventualnih sukoba pred domaćim sudovima; naime, pet oblasti prava EU su te koje su se pokazale kao sporne pred nacionalnim sudovima- porezi, seksualna diskriminacija, sloboda kretanja dobara, radnika i intelektualna svojina; ove oblasti su bile osnov pokretanja 61% parnica pred engleskim sudovima.⁶³

Načelo primata ostaje i dalje osnovni instrument sprovođenja ujednačene primene EU propisa u svim državama članicama. U tom smislu, najznačajnija treba da bude uloga i nastojanje nacionalnih sudova, od najnižih do ustavnih, da daju dejstvu načelu primata prava EU. Većina ustavnih sudova priznaje primat prava EU, ali su, isto tako, počev od ‘70ih godina razvili ustavna ograničenja i za-

⁶⁰ Opinion of Mr Advocate General Maduro, predmet *Arcelor*, [2008] E.C.R. I-9895.

⁶¹ *Attorney General of the Republic of Cyprus v Konstantinou* (2007) 3 CMLR 42; *Re Enforcement of a European Arrest Warrant* (2006), 1 CMLR 36, navedeno prema D. Chalmers, G.Davies, Giorgio Monti, 204. U predmetu *Gauweiler* nemački Savzni ustavni sud je istakao da se odrekao jedne od svojih nadležnosti da kontroliše izvršenje odredbi EU prava u Nemačkoj i da je ta nadležnost sad poverena Sudu pravde, *Gauweiler v Treaty of Lisbon* (2009), BvE 2/08.

⁶² D. Chalmers, G.Davies, Giorgio Monti, 205.

⁶³ V.detaljnije, D.Chalmers, *The Positioning of EU Judicial Politics within the United Kingdom*, (2000), 23 WEP 169, 178-83, navedeno prema D. Chalmers, G.Davies, Giorgio Monti, 205.

hтеvaju da daju konačnu reč o odnosu prava EU i nacionalnog prava. Danas ostaje da se vidi da li će ustavni sudovi razviti praksu dijaloga za Sudom pravde, pre svega kroz postupak po prethodnom pitanju. Fokus ne bi trebalo da ostane samo na ustavnim sudovima, već i na nižim nacionalnim organima, koji bi, takođe, trebalo da se obraćaju Sudu pravde ukoliko su u sumnji da li da primene određenu spornu odredbu ili ne i da u skladu sa njegovim odlukama donose svoje, sa pravom EU ujednačene, odluke.

MIRJANA GLINTIĆ, M.A.,
Research assistant, Institute
of Comparative Law, Belgrade

EU MEMBER STATES' RELATION TO THE PRINCIPLE OF PRIMACY OF EU LAW

Summary

Although developed several decades ago, the principle of primacy of EU law still raises some concerns. The author analyzes the relation of EU Member States, more precisely of national state authorities to the status of communitarian law in their national legal systems. Attention is especially devoted to the obstacles that national authorities face when endeavor to give full effect to this principle.

The Paper contains three parts: the first part is dedicated to the notion and development of the primacy principle; the second one analyzes some of the judgments of national constitutional courts of EU Members relating to this issue and the third part presents the practice of national courts and the problems that come out in the process of applying this principle.

PRAVO NA DELOTVORAN PRAVNI LEK U SVETLU NOVIJE PRAKSE SUDA PRAVDE EVROPSKE UNIJE

U V O D

Misija svake političke organizacije ne iscrpljuje se samo u priznavanju ljudskih prava, već uključuje i njihovu adekvatnu zaštitu. Pravo na delotvoran pravni lek, koje je počelo da se štiti još od 13. veka u okviru Velike povelje o slobodama, ima ključnu ulogu u aktiviranju ove zaštitne funkcije svake političke zajednice.¹ Suštinski doprinos razvoju prava na delotvoran pravni lek u Evropi u drugoj polovini 20. veka dao je Evropski sud za ljudska prava (u daljem tekstu ESLJP), tumačeći i primenjujući član 13. Evropske konvencije o ljudskim pravima (u daljem tekstu EKLJP). Članom 13. EKLJP predviđa se da svako lice kojem su povređena prava ili slobode zajemčene EKLJP ima pravo na delotvoran pravni lek pred nacionalnim organima “bez obzira da li povredu prava izvršila lica koja su postupala u službenom svojstvu”. U pravnom poretku Evropske unije (u daljem tekstu EU) pošlo se od EKLJP kao od opšteg evropskog minimuma priznavanja i zaštite ljudskih prava, mada se u pogledu nekih prava i sloboda, otišlo dalje od EKLJP, obezbeđujući tako veći stepen zaštite. Među ova prava spada svakako i pravo na delotvoran pravni lek, koje se jemči članom 47. Povelje o osnovnim pravima u EU (u daljem tekstu Povelja o osnovnim pravima).² Sud pravde Evropske unije (u da-

Dr Vesna Ćorić, istraživač saradnik Instituta za uporedno pravo, Beograd.

¹ L. M. Ravo, “The role of the Principle of Effective Judicial Protection in the EU and its Impact on National Jurisdictions” vol. 10, no. 1, 2012, 102.

² R. Etinski, “Promena koju donosi Lisabonski ugovor u korist prava na delotvoran pravni lek”, Zbornik škole prava Evropske unije (ur. D. K. Vukčević *et al.*) Fakultet pravnih nauka, Univerzitet Donja Gornica, Podgorica 2011, 135.

ljem tekstu SP EU) je u svojoj praksi i pre donošenja Povelje o osnovnim pravima priznao pravo na delotvoran pravni lek, nalazeći da zahtev za sudskom zaštitom reflektuje opšte pravno načelo zajedničko ustavnim tradicijama država članica, kao i da ima svoje utemeljenje u EKLJP.³ U pravnom poretku EU pridaje se novi kvalitet pravu na delotvoran pravni lek, budući da se neki aspekti tog prava na različit način formulišu u odnosu na odredbe iz EKLJP i praksu ESLJP. Tako, na prvom mestu, dok se članom 13. EKLJP garantuje pravo na “zaštitu pojedinca na nacionalnom nivou, odnosno pred nacionalnim organima”, članom 47. Povelje o osnovnim pravima garantuje se sudska zaštita u pogledu prava na delotvoran pravni lek kako pred nacionalnim, tako i pred nadnacionalnim organima.⁴

Dalje, druga značajna razlika u pogledu normiranja prava na delotvoran pravni lek između dva sistema ogleđa se u tome što se članom 13. EKLJP, nasuprot rešenjima predviđenim u okviru sudskog sistema EU, ne obezbeđuje nužno sudska zaštita prava i sloboda, već se pod pravom na delotvoran pravni lek podrazumeva obezbeđivanje procesnog sredstva kako pred sudskim, tako i pred drugim državnim organima.⁵ S druge strane, članom 47. Povelje o osnovnim pravima, kao i prethodnom praksom SP EU garantuje se sudska zaštita, odnosno “pravna zaštita pred sudovima” u pogledu prava na delotvoran pravni lek. Zahtevanjem sudskog karaktera zaštite značajno se unapređuje nivo zaštite koji Povelja o osnovnim pravima pruža datom pravu.⁶

Na trećem mestu, za razliku od domašaja prava na delotvoran pravni lek u pravnom poretku EU, odredbe člana 13. EKLJP ne daje osnov za tumačenje da se datim članom pruža mogućnost za podnošenje pravnih sredstava protiv zakona, odnosno opštih pravnih akata. Kao što se ističe u naučnim i stručnim krugovima iz formulacije dela člana 13. EKLJP koja glasi: “bez obzira jesu li povredu izvršila lica koja su postupala u službenom svojstvu”, kao uostalom i iz relevantne sudske prakse po tom pitanju, zaključuje se da se EKLJP primenjuje jedino na akte izvršne vlasti.⁷

³ Presuda u predmetu br. 222/84, *Marguerite Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, od 15. maja 1986. godine.

⁴ J. Christoffersen, *Fair Balance, A Study of Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, 2008, 327, [www.humanrights.dk/files/pdf/Disputats%20Endelig%202008%2004%2017_%20\(2\).pdf](http://www.humanrights.dk/files/pdf/Disputats%20Endelig%202008%2004%2017_%20(2).pdf), 11. maj 2011. godine.

⁵ R. Etinski, 123-124.

⁶ K. Lenearts, “The European Court of Justice and Process-oriented Review”, *European Legal Studies*, vol. 1, 2012, 16. Zvaničnih objašnjenja uz Povelju o osnovnim pravima u vezi sa članom 52. stav 3.

⁷ Tako je npr. ESLJP u slučaju *Litgau protiv Velike Britanije* (predstavke br. 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81 i 9405/81, presuda od 8. jula 1986, para. 206) zauzeo stav da član 13. ne ide toliko daleko da se na osnovu njega zahteva od države ugovornice EKLJP da obezbedi pravni lek kojim se osporava zakon suprotan EKLJP. V. presudu u predmetu *Lithgow and Others v. The United Kingdom*, para. 206; J. Frowein, “Article 13 as a Growing Pillar of Convention

Nasuprot tome, član 47. Povelje o osnovnim pravima ne sadrži takvo ograničenje, budući da se njime ni na koji način ne ograničava krug akata protiv kojih je moguće podneti pravna sredstva. Šta više, još pre izmena koje je doneo Ugovor iz Lisabona, SP EU je u svojoj praksi zauzeo stav da se sudska zaštita pruža u pojedinim slučajevima i protiv akata koji nisu izvršnog karaktera. Detaljni uslovi pod kojima se obezbeđuje sudska zaštita pojedincima protiv svih opštih akata koji ne zahtevaju implementaciju u poretku EU precizirani su članom 263. stav 4. Ugovora o funkcionisanju EU (u daljem tekstu UFEU). Data formulacija ocenjuje se kao veoma progresivna, naročito ukoliko se uporedi sa rešenjima iz pravnog poretka ustanovljenog EKLJP i dodatnim protokolima. Značajnu novinu kojom se precizira domašaj i sadržina prava na delotvoran pravni lek predstavlja i rešenje kodifikovano u članu 19. stav 1. novog Ugovora o Evropskoj uniji (u daljem tekstu UEU), kojim se predviđa obaveza država članica da obezbede pravna sredstva, kojima se garantuje delotvorna pravna zaštita u oblastima uređenim pravom EU.⁸

Međutim, uprkos napredno formulisanom članu 47. Povelje o osnovnim pravima, kao i progresivnim rešenjima, koja su nedavno uvedena u član 263. stav 4. UFEU i član 19. novog UEU, u naučnim i stručnim krugovima su i dalje prisutne kritike u kojima se ističe da zaštita ljudskih prava, koja se pruža u pravnom poretku EU nije dovoljno efikasna i sveobuhvatna.⁹ U daljem radu, pristupiće se kritičkoj analizi postojeće prakse, kao i predlaganju rešenja, koja bi mogla da doprinesu poboljšanju kvaliteta zaštite osnovnih prava u EU.

Na tom putu kritički će se sagledati, pored prava na delotvoran pravni lek i rešenja koja se odnose na ostvarivanje prava na pristup sudu, koja po mišljenju prevladajućem u stručnim krugovima predstavljaju dva srodna prava,¹⁰ odnosno različite segmente fundamentalnog načela efikasne sudske zaštite.¹¹ Načelo efikasne sudske zaštite, koje se jemči kako na međunarodnom nivou, tako i u nacionalnim okvirima, obuhvata različite ključne elemente, kao što su pravo na pri-

Law,” *Protecting Human Rights: The European Perspective, Studies in Memory of Roly Ryssdal* (eds. P. Mahoney et al.) Heymanns Verlag, Köln 2000, 548; R. Etinski, 135.

⁸ K. Lenearts, 14.

⁹ E. F. Delaney, “Right to an Effective Remedy: Judicial Protection and European Citizenship”, *The Federal Trust Constitutional Online Paper Series No. 17/04*, 2004, 4; C. Mak, “Rights and Remedies Article 47 EUCFR and Effective Judicial Protection in European Private Law Matters,” *Amsterdam Law School Research Paper No. 2012-88, Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No. 2012-11*, 12; M. Varju, *On Divergence in European Human Rights Law – The European Convention on Human Rights and European Community Law – A Claim of Non-Divergence*, The University of Hull 2008, 13; J. Christoffersen, 182-215.

¹⁰ E. F. Delaney, 3; H-W. Micklitz, “The ECJ Between the Individual Citizen and the Member States – A Plea for a Judge-Made European Law on Remedies”, *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States* (eds. H.-W. Micklitz, B. De Witte) Intersentia, Antwerp 2012, 351-354.

¹¹ L. M. Ravo 102.

stup sudu, pravo na delotvoran pravni lek, pravo na pravično suđenje, tzv. “*due process*” pravilo, kao i pravo na odbranu.¹² Za potrebe ovog rada analiza će se ograničiti na kvalitet zaštite koji se jemči i ostvaruje u poretku EU u pogledu prava na delotvoran pravni lek i prava na pristup sudu.

Na tom putu, u okviru kritičke analize, najpre će da se razmotre problemi koji se odnose na primenu člana 19. UEU, odnosno koordinaciju između nacionalnog i nadnacionalnog sudstva u EU. Nakon toga, posebna pažnja će se posvetiti i drugim procesnim manjkavostima, koje se negativno odražavaju na uspostavljanje celovitog i efikasnog sistema zaštite ljudskih prava u EU. U pitanju su postojeća ograničenja procesne legitimacije pred SP EU, kao i problem nedoslednog i nepotpunog sprovođenja načela komplementarnosti između tužbe za poništaj i tužbe zbog propuštanja.

HORIZONTALNI I VERTIKALNI ASPEKT PRAVA NA DELOTVORAN PRAVNI LEK

Članom 47. Povelje o osnovnim pravima, kao što je već istaknuto u radu, jemči se sudska zaštita u pogledu prava na delotvoran pravni lek kako pred nacionalnim, tako i pred nadnacionalnim organima. Drugim rečima, član 47. Povelje o osnovnim pravima obavezuje kako institucije EU, tako i države članice kada “primenjuju pravo EU”.¹³ Budući da je dati princip obavezujući kako za institucije EU, tako i za države članice, načelo efikasne sudske zaštite primenjuje se pored vertikalne i u svojoj horizontalnoj dimenziji.¹⁴

Vertikalni aspekt datog prava odnosi se na obezbeđivanje što sveobuhvatnijeg spektra delotvornih pravnih lekova, koji su dostupni pojedincu pred SP EU, kako bi se uspostavila što efikasnija zaštita ljudskih prava u pravnom poretku EU. Pod horizontalnim aspektom prava na delotvoran pravni lek podrazumeva se pružanje garancija pojedincima da su nacionalne norme država članica, kojima se predviđaju procesna sredstava i pravila postupka podobna da obezbede pravilno sprovođenje prava i obaveza pojedinaca, koje potpadaju pod oblast primene prava EU.¹⁵

Horizontalni aspekt prava na delotvoran pravni lek, koje je najpre ustanovio Evropski sud pravde (u daljem tekstu ESP) u svojoj praksi je, po prvi put, kodifikovano u članu 19. stav 1. novog UEU.¹⁶

¹² J. Ziller, E. Storskrubb, “Access to Justice in European Comparative Law”, *Access to Justice as a Human Right* (ed. F. Francioni) Oxford University Press, Oxford 188.

¹³ Član 51. stav 1. Povelje o osnovnim pravima, navedeno prema K. Lenearts, 1.

¹⁴ L. M. Ravo, 111.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ K. Lenearts, 2.

U članu 19. stav 1. UEU u okviru odredbi kojima se utvrđuju pravila veza-
na za sudski sistem EU, propisuje se obaveza država članica da obezbede prava
sredstva, kojima se garantuje delotvorna pravna zaštita u oblastima uređe-
nim pravom EU. U evropskoj stručnoj javnosti prevladuje shvatanje da se datom
odredbom, po prvi put, zvanično formalizuje decentralizovan sistem pravnih le-
kova, kao i da nastanak pomenute obaveze logički proizilazi iz principa neposred-
nog dejstva.¹⁷ Takođe, u stručnim krugovima je široko zastupljeno stanovište da
je nakon stupanja na snagu Ugovora iz Lisabona horizontalni aspekt prava na de-
lotvoran pravni lek postao sve naglašeniji u jurisprudenciji SP EU. U tom kon-
tekstu, ističe se da se datom odredbom eksplicitno predviđa primarna odgovor-
nost nacionalnih sudova u pogledu vršenja sudske kontrole nacionalnih akata
koje spadaju u oblast primene prava EU.¹⁸ Međutim, iako se smatra značajnom
novinom, primena ove odredbe u praksi dovodi do brojnih teškoća, te na taj na-
čin pretilo da ugrozi uspostavljanje efikasnog i sveobuhvatnog sistema zaštite ljud-
skih prava u EU. Tako, pre svega, nameće se pitanje preciznih granica načela pro-
cesne autonomije, kao i problem razgraničenja nadležnosti između nacionalnih
sudova i SP EU.

Odstupanja od načela procesne autonomije

ESP je, po prvi put u presudi u predmetu *Reve*¹⁹ iz 1976. godine ustano-
vio načelo procesne autonomije država članica, koje se zasniva na pretpostavci da
su nacionalni procesna sredstva u osnovi dovoljna za efikasno sprovođenje pra-
va EU i zaštitu individualnih prava, koja ulaze u oblast primene prava EU. ESP
je u početku primenjivao dato načelo u neograničenom vidu, tačnije ostavljao je
potpunu slobodu državama članicama da utvrđuju pravila postupka i procesna
sredstva koja bi bila dostupna pojedincima u slučaju navodne povrede prava EU.
Međutim, vremenom ESP je počeo da ograničava načelo procesne autonomije,
zbog opasnosti da bi njegova neograničena primena vodila nastanku brojnih ra-
zličitih nacionalnih režima zaštite u okviru EU, a samim tim i pojavi pravne nesig-
urnosti.²⁰ U tom cilju ESP ograničio je dat koncept uvođenjem testa ekvivalen-
cije i efikasnosti. Pod načelom ekvivalencije podrazumeva se specifična primena
opšteg načela zabrane diskriminacije, budući da se njegova primena isključivo ve-

¹⁷ Henry G. Schermers, D. F. Waelbroeck, *Judicial protection in the European Union*, Kluwer
Law International, The Hague 2006⁷, 46; L. M. Ravo, 108.

¹⁸ A. T. Pérez, *Conflicts of Rights in the European Union, A Theory of Supranational Adjudi-
cation*, Oxford University Press, Oxford 2009, 24; I. Pernice, "The Treaty of Lisbon and Fundamen-
tal Rights", *The Lisbon Treaty. EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty?* (eds. S. Griller,
J. Ziller) Springer Wien, New York 2008, 250.

¹⁹ Presuda ESP u predmetu br. 33/76, *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG v.
Landwirtschaftskammer für das Saarland*, od 16. decembra 1976. god.

²⁰ L. M. Ravo, 108-109.

zuje za pravo na delotvoran pravni lek. S druge strane, načelo efikasnosti zasniva se na shvatanju da primena prava EU na nacionalnom nivou ne bi smela da bude "praktično nemoguća ili izuzetno teška", odnosno da nacionalna procesne norme moraju da ispunjavaju minimalne zahteve u pogledu efikasne sudske zaštite.²¹ Tako postavljen test ekvivalencije i efikasnosti u naučnim krugovima bio je podvrgavan brojnim kritikama.²²

Stupanjem na snagu Ugovora iz Lisabona i dodeljivanjem pravno obavezujuće snage Povelji o osnovnim pravima uvode se nova ograničenja u pogledu ostvarivanja načela procesne autonomije i stoga se kao ključno pitanje javilo da li su nova rešenja doprinela samo produblivanju već postojeće konfuzije u pogledu uslova pod kojima je dozvoljeno odstupanje od načela procesne autonomije ili su dovela do unapređivanja postojećih granica datog načela. U tom smislu značajne su kako odredbe Povelje o osnovnim pravima, tako i odredbe člana 19. stav 1. novog UEU.

Naime, Povelja o osnovnim pravima, po ugledu na EKLJP i akte kojima se štite ljudska prava, uvodi test proporcionalnosti, odnosno stipuliše da sva ograničenja prava iz Povelje o osnovnim pravima, pa i prava na delotvoran pravni lek moraju da budu u skladu sa načelom proporcionalnosti.²³ Osim toga, već pominjanim članom 19. stav 1. novog UEU predviđa se obaveza država članica da obezbede pravna sredstva, kojima se garantuje delotvorna pravna zaštita u oblastima uređenim pravom EU.²⁴ Na taj način, nova rešenja iz Povelje o osnovnim pravima i Ugovora iz Lisabona u suštini menjaju prirodu i granice ranije ustanovljenog načela procesne autonomije, budući da njegov sadržaj postaje uslovljen i formulacijama "garantovanja delotvorne pravne zaštite" u smislu člana 19. stava 1. novog UEU, kao i "pravom na delotvoran pravni lek", čija ograničenja moraju da budu u skladu sa "načelom proporcionalnosti", propisanim članom 52. stav 1. Povelje o osnovnim pravima.²⁵

Grupa autora koju predvodi Ravoom (*Ravo*), smatra da primena načela proporcionalnosti neće značajno uticati na odluke SP EU u pogledu prava na delotvoran pravni lek, već da će se jedino odraziti na argumentaciju kojoj će SP EU pribegavati pri obrazlaganju svojih presuda. Drugim rečima, oni navode da će primena načela proporcionalnosti imati samo teorijske, ali ne i praktične implika-

²¹ V. K. Lenearts, 3; L. M. Ravo 108-109.

²² M. Bobek, "Why There is No Principle of "Procedural Autonomy" of the Member States", *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States* (eds. H.-W. Micklitz, B. De Witte) Intersentia, Antwerp 2012, 322-323; N. Reich, "Union Citizenship – Metaphor or Source of Rights?" *European Law Journal* vol. 7 no. 1, 2001, 6-7.

²³ V. član 52. stav 1. Povelje o osnovnim pravima.

²⁴ K. Lenearts, 14.

²⁵ C. Mak, 19.

cije.²⁶ Međutim, dosadašnja praksa SP EU potvrđuje da postoje situacije u kojima se pribegavanje načelu proporcionalnosti, doduše pri utvrđivanju ograničenja nekih drugih prava garantovanih Poveljom o osnovnim pravima, bitno odražava na odlučivanje SP EU u datim slučajevima. Tako, na primer, odluke SP EU donete u predmetima *Viking*²⁷ i *Mangold*²⁸ svedoče da je pribegavanje testu proporcionalnosti u datim slučajevima imalo jasne praktične implikacije, budući da se odrazilo na sferu nacionalne socijalne politike.²⁹

Praksa SP EU nakon stupanja na snagu Ugovora iz Lisabona je još uvek oskudna, tačnije nedovoljno razvijena da bi se utemeljeno i sa sigurnošću zaključilo o tome na koji način je primena načela proporcionalnosti uticala na utvrđivanje granica procesne autonomije prilikom tumačenja i primene prava na delotvoran pravni lek. Tako je, na primer, SP EU u presudi u predmetu *Alasini*³⁰ našao da bi primena dva različita testa, jednog zasnovanog na načelu proporcionalnosti i drugog zasnovanog na načelu efikasnosti dovela do različitih zaljučaka u pogledu usklađenosti određene nacionalne norme procesnog karaktera sa pravom EU.³¹ Iz toga svakako proizilazi da nisu tačni navodi autora koji osporavaju praktični značaj, koji uvođenje testa proporcionalnosti ima na utvrđivanje granica prava na delotvoran pravni lek.

Međutim, bitno je istaći da je praksa SP EU nakon stupanja na snagu Ugovora iz Lisabona neujednačena, te da se u pojedinim slučajevima pristupa isključivo testu efikasnosti i ekvivalencije, dok se u drugim slučajevima pribegava načelu proporcionalnosti. Tako je, na primer, Ravo identifikovao čak četiri različita pristupa SP EU u tom pogledu, zaključivši da konkretan model primene načela zavisi od okolnosti konkretnog slučaja.³² Neusklađenosti se ispoljavaju i pri tumačenju delotvorene pravne zaštite garantovane članom 19. novog UEU. Dok je u pojedinim situacijama SP EU delotvornu pravnu zaštitu u smislu člana 19. UEU tumačio kao sredstvo isključivo usmereno ka dostizanju efikasnosti prava EU,³³ u

²⁶ L. M. Ravo, 113.

²⁷ Presuda ESP u predmetu br. 438/05, *The International Transport Workers' Federation & The Finnish Seamen's Union v Viking Line ABP & Oü Viking Line Eesti*, od 16. decembra 1976. god.

²⁸ Presuda ESP u predmetu br. 144/04, *Werner Mangold v. Rüdiger Helm*, od 22. decembra 2005.

²⁹ C. Mak, 26.

³⁰ Presuda SP EU u spojenim predmetima br. 317-320/08, *Rosalba Alassini and others*, od 18. marta 2010. god.

³¹ V. para. 63. prethodno navedene presude SP EU.

³² V. između ostalog, presude SP EU u sledećim predmetima: presuda u predmetu br. 327/10 *Lindner*, od 17. novembra 2011, presuda u predmetu br. 500/10, *Belvedere Costruzioni*, od 29. marta 2012, presuda u predmetu br. 279/09 od 22. decembra 2010 i presuda u spojenim predmetima br. 128/09, 131/09, 134/09 i 135/09 *Antoine Boxus and Others. v. Région wallonne*, od 18. oktobra 2011, navedeno prema L. M. Ravo, 113-122.

³³ V. presuda u spojenim predmetima br. 128/09, 131/09, 134/09 i 135/09 *Antoine Boxus and Others. v. Région Wallonne*, od 18. oktobra 2011. god.

drugima ju je poistovećivao sa efikasnom zaštitom, koja mora biti dostupna pojedincu (podvukao autor) u okviru pravnog poretka EU.³⁴ Takva neusklađena praksa svakako dovodi do porasta pravne nesigurnosti u okviru pravnog poretka EU.³⁵ Stoga, čini se da bi od velikog značaja bilo da se ona u budućnosti ujednači posredstvom sve intezivnije primene testa proporcionalnosti, te da se dopuste jedino ona ograničenja procene autonomije kojima se ni na koji način ne ugrožava efikasno ostvarivanje prava pojedinca na delotvoran pravni lek.

Problem razgraničenja nadležnosti između sudova

Primenu prava na delotvoran pravni lek u smislu člana 47. Povelje o osnovnim pravima delimično otežava nedovoljno precizna podela nadležnosti između nacionalnog i nadnacionalnog sudstva, kao uostalom i između različitih nacionalnih sudova. To stanoviše SP EU je izričito potvrdio u predmetu *Otis*,³⁶ istakavši da je jasna podela nadležnosti između nacionalnih sudova i sudova EU nužna za efikasnu zaštitu prava, koja se jemče kako u nacionalnim, tako i nadnacionalnim okvirima. Po tom pitanju, Povelja o osnovnim pravima ne unosi dodatna pojašnjenja, osim što se u njenom članu 51. stav 2. naglašava da ona nema za cilj da stvori nove nadležnosti niti zadatke, kao ni da menja nadležnosti i zadatke već utvrđene ugovorima.³⁷ Čini se da bi u tom pogledu bilo uputno izvršiti dodatna pojašnjenja kako bi se umanjila postojeća pravna nesigurnost u poretku EU.

U ovom kontekstu nailazi se na još jednu nedorečenost. Naime, odredbe člana 47. Povelje o osnovnim pravima propuštaju da odrede kojem sudu bi se oštećeno lice obratilo kao nadležnom u slučaju da smatra da je SP EU pogrešno primenio pravo na delotvoran pravni lek garantovano članom 47. Povelje o osnovnim pravima.³⁸ U tom smislu je SP EU je istakao u presudi u predmetu *Samba Duf* da član 47. Povelje o osnovnim pravima ne uključuje pravo na žalbu, tačnije da "načelo efikasne sudske zaštite pruža pojedincu pravo na pristup sudu, ali ne i na podnošenje žalbe".³⁹

Uprkos sve bližem i izvesnijem pristupanju EU EKLJP koje će omogućiti preispitivanje odluka SP EU od strane ESLJP, mehanizam pristupanja neće re-

³⁴ Presuda u predmetu *DEB* br. 279/09, od 22. decembra 2010. god.

³⁵ A. Dubova, *Individuals at the Gate of the European Court of Justice: Accessibility of judicial review for private applicants in the European Union and its Compatibility with Standards of Access to Justice*, Master Thesis, Central European University, Budapest 2010, 24; L. M. Ravo, 123.

³⁶ Presuda u predmetu br. 199/11, *Europese Gemeenschap v Otis and Others*, od 6. novembar 2012.

³⁷ C. Mak, 19.

³⁸ T. Lock, "The ECJ and the ECtHR: The Future Relationship between the Two European Courts", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* vol. 8, 2009, 377-378.

³⁹ Presuda u predmetu br. 69/10 *Samba Diouf*, od 28. jula 2011. godine, para. 69, navedeno prema K. Lenearts, 7.

šiti problem odsustva odgovarajuće instance kojom bi se oštećena strana mogla obratiti u slučaju da smatra da je SP EU povredio član 47. Povelje o osnovnim pravima. Naime, obraćanje nezadovoljne strane predstavkom ESLJP u datim slučajevima ne bi predstavljalo delotvorno rešenje, budući da se sadržina prava na delotvoran pravni lek, koje se štiti pred ESLJP ne podudara u potpunosti sa sadržinom koja se štiti EKLJP.

Ograničenja aktivne procesne legitimacije pred Sudom pravde Evropske unije

U naučnim i stručnim krugovima prisutno je shvatanje da se propisivanjem primarne obaveze država članica da obezbede pravna sredstva, kojima se garantuje delotvorna pravna zaštita u oblastima uređenim komunitarnim pravom nastojalo da omogući posrednim putem što potpunije ostvarivanje načela efikasne sudske zaštite u poretku EU.⁴⁰ Tako je počevši još od predmeta *Les Verts* više puta isticano da sudski sistem EU, upravo zahvaljujući mogućnosti osporavanja zakonitosti tih akata posrednim putem pred nacionalnim sudovima karakteriše potpun sistem pravnih sredstava i postupaka koji imaju za cilj da omoguće SP EU da kontroliše zakonitost mera koje su usvojile institucije.⁴¹

ESLJP je u tom cilju u predmetu *Bosforus* naglasio značaj uloge nacionalnih sudova u pravnom poretku Evropske zajednice (u daljem tekstu EZ) iznoseći da “sistem EZ pojedincima pruža pravno sredstvo u vezi sa povredama prava EZ od strane država članica ili drugih pojedinaca prvenstveno kroz nacionalne sudove”.⁴² U tom svetlu je i on ukratko ukazao na nedostatke kojima potvrđuje njegovo stanovište o postojanju različitog stepena procesnopravne zaštite u okviru dva sistema. Naime, pored ukazivanja na ograničenu aktivnu legitimaciju fizičkih i pravnih lica za podnošenje tužbe za poništaj (sadašnji član 263. UFEU) i

⁴⁰ E. F. Delaney, “Right to an Effective Remedy: Judicial Protection and European Citizenship”, The Federal Trust Constitutional Online Paper Series No. 17/04, 2004, 6-7; A. H. Türk, *Judicial Review in EU Law*, Edward Elgar Publishing Limited, United Kingdom 2009, 203.

⁴¹ Tako je, na primer, SP EU postupajući po žalbi u predmetu *Žego Kere*, istražujući procesne mogućnosti koje su stajale na raspolaganju tužiocu u pogledu osporavanja zakonitosti propisa opšte primene koji direktno pogađaju njegovu situaciju, pre donošenja Ugovora iz Lisabona, zauzeo stav da se ograničena aktivna legitimacija individualnog tužioca za podnošenje tužbe za poništaj na osnovu člana 230. UEZ može prevazići donošenjem nacionalne implementirajuće mere i njenim napadanjem pred nacionalnim sudom. V. presuda u predmetu br. 263/02 P, *Commission v. Jego-Quere & Cie SA*, od 1. aprila 2004. godine, para. 59. U ovom kontekstu je značajna i presuda u predmetu br. 50/00 P, *Union e Pequenos Agricultores*, od 25. jula 2002. godine, para. 40.

⁴² ESLJP je objašnjavajući značaj uloge nacionalnih sudova u komunitarnom pravnom poretku ukazao na značajne pojmove kao što su načelo suprematije prava EZ, neposredno dejstvo, posredno dejstvo, odgovornost države i mehanizam upućivanja prethodnog pitanja. V. *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS v. Ireland*, predstavka br. 45036/98, presuda od 30. juna 2005. godine, para. 164.

tužbe zbog propuštanja, ESLJP je u paragrafu 162. presude naglasio i odsustvo aktivne procesne legitimacije pojedinaca u pogledu podnošenja tužbe protiv država članica zbog povrede prava. Reč je o procesnom sredstvu koje se podnosi shodno sadašnjim članovima 258. i 259. UFEU, gde se kao aktivno legitimisani subjekti pojavljuju isključivo države članice i Komsija. Takođe, on dalje ukazuje i na nepostojanje prava pojedinaca da podnose tužbe protiv drugih pojedinaca, kao i suženu mogućnost isticanja prigovora nezakonitosti (sadašnji član 277. UFEU).⁴³ Iako kritika ESLJP izvršena na račun efikasnosti i celovitosti sistema zaštite ljudskih prava u Evropi deluje potpuno utemeljena, čini se da je ESLJP ipak propustio da navede još jedan činilac koji se odražava na celovitost, a samim tim i na efikasnost zaštite koja je dostupna pred SP EU. Naime, na kvalitet zaštite osnovnih prava pojedinaca u EU negativno se odražavaju i izvesne manjkavosti koje predstavljaju posledicu nedoslednog sprovođenja načela komplementarnosti između tužbe za poništaj i tužbe zbog propuštanja.

U narednim redovima, analiza će se ograničiti na uticaj Povelje o osnovnim pravima i sudske prakse nakon stupanja na snagu Ugovora iz Lisabona na otklanjanje manjkavosti, koji se odnose na ograničenja aktivne procesne legitimacije pojedinaca u pogledu podnošenja tužbe za poništaj i tužbe zbog propuštanja, kao i u pogledu nedovoljnog stepena komplementarnosti između tužbe za poništaj i tužbe zbog propuštanja. U naučnim i stručnim krugovima je sve do stupanja na snagu Ugovora iz Lisabona isticano da je aktivna legitimacija fizičkih i pravnih lica kod tužbe za poništaj i tužbe zbog propuštanja podvrgnuta strogim, pa i prekomernim ograničenjima.⁴⁴

Uprkos tome što su fizička i pravna lica uživala aktivnu legitimaciju još pred Sudom pravde Evropske zajednice za ugalj i čelik i što su već Osnivački ugovori predviđali mehanizam sudske zaštite pojedinaca, postojeća ograničenja njihove legitimacije onemogućavala su ostvarivanje potpune zaštite osnovnih prava.⁴⁵ I sam ESP bio je svestan ograničenja aktivne legitimacije privatnih tužioca u postupku pon tužbi za poništaj, kada je još u Izveštaju od maja 1995. godine koji je bio podnet u cilju pripreme međuvladine konferencije 1996. godine pri-

⁴³ C. Costello, "The Bosphorus Ruling of the European Court of Human Rights: Fundamental Rights and Blurred Boundaries in Europe", *Human Rights Law Review* vol. 6. no. 1, 2006, 102.

⁴⁴ C. Harlow, "Towards a Theory of Access for the European Court of Justice", *Yearbook of European Law* vol. 12, 1992, 213; P. Craig, "Legality, Standing and Substantial Review in Community Law", *Oxford Journal of Legal Studies* vol. 14, 1994, 507; H. Rasmussen, "Why is Article 173 Interpreted Against Private Plaintiffs?", *Common Market Law Review* vol. 32, no. 1, 1995, 7.; V. Knežević-Predić, Z. Radivojević, "Pravosudna zaštita prava pojedinaca u Evropskoj uniji", *Ustavne i međunarodne pravne garancije ljudskih prava* (ur. Z. Radivojević) Pravni fakultet, Niš 2008, 131; R. Etinski, 130.

⁴⁵ Z. Radivojević, "Direktne tužbe pred Sudom pravde Evropskih zajednica", *Pristup pravosuđu – Instrumenti za implemetaciju evropskih stanarda u pravni sistem Republike Srbije* (ur. N. Petrušić) Centar za publikacije Pravnog fakulteta, Niš, 2007, 3-16.

metio: “Može da se postavi pitanje [...] da li je pravo na podizanje tužbe za poništaj na osnovu člana 173. (kasnije 230) Ugovora o Evropskoj zajednici (u daljem tekstu UEZ) [...] koje uživaju pojedinci jedino u pogledu akata od direktnog i individualnog interesa za njih, dovoljno da im garantuje efektivnu sudsku zaštitu protiv moguće povrede njihovih osnovnih prava od strane legislativne aktivnosti institucija.”⁴⁶ Neposredno pre izmena koje donosi Ugovor iz Lisabona, ESP je u praksi takođe ukazao da je uslove za dopuštenost tužbe za poništaj od strane privatnih tužilaca moguće menjati isključivo na osnovu izmena Ugovora.

Član 230. UEZ je u stavu 4. dozvoljavao tužbu jedino ako je uredba bila od direktnog i individualnog interesa za tužioca. Pošto je u praksi bilo veoma teško pokazati postojanje individualnog interesa tužioca, mogućnost osporavanja zakonitosti uredbe je bila znatno smanjena. Novi član 263. u stavu 4. UFEU izostavlja ovaj uslov i time značajno proširuje mogućnost da privatni tužioci pobijaju zakonitost regulatornih akata.

Drugim rečima, za podnošenje tužbe za poništaj uredbe, odnosno regulatornog akta više se ne zahteva da akt “pojedinačno pogađa” dato fizičko ili pravno lice. Takođe, dok se prethodnoj formulaciji spominjala od opštih akata isključivo uredba, novim članom 263. stav 4. UFEU omogućava se podnošenje tužbe protiv regulatornih akata.⁴⁷ Rešenja koja su primenjivana pre stupanja na snagu Ugovora iz Lisabona bila su dodatno kritikovana zbog restriktivnosti *Plauman* formule. Pre svega, test je kritikovan zbog toga što se njime nije omogućavalo efikasno otklanjanje povrede od pojedinaca pogođenih komunitarnom merom. Osim toga, ukazivalo se takođe da se uporište za takvo tumačenje ne nalazi u samom članu 230. UEZ. Naime, nije postojalo ništa u Ugovoru što bi ukazivalo da je frazu “od individualnog interesa” trebalo tumačiti tako usko kao što je to ESP u *Plaumanu* istakao. U svakom slučaju, stavom četiri člana 263. UFEU nesumnjivo je uvedena značajna promena.

Međutim, i pored toga, u stručnim i naučnim krugovima restriktivnost i nedorečnost uslova za sticanje aktivne legitimacije privatnih tužioca je u datim postupcima pred SP EU nastavila da bude predmet ozbiljne kritike i nakon izmena predviđenih Ugovorom iz Lisabona.⁴⁸ Perspektiva zaštite ljudskih prava u EU u velikoj meri je uslovljena načinom na koji će SP EU da tumači pojmove “regu-

⁴⁶ EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, *Report on the Situation of Fundamental Rights in the European Union and Its Member States in 2005*, Doc. CFR-CDF/Conclusions 2005, 12.

⁴⁷ R. Etinski, 129-130.

⁴⁸ I. Pernice, 251; D. Chalmers, G. Monti, *European Union Law*, Updating Supplement, Cambridge University Press, Cambridge 2008, 86; F. van den Berghe, “The EU and Issues of Human Rights Protection: Same Solutions to More Acute Problems?”, *European Law Journal* vol. 16., no. 2., 2010, 124.

latorskog akta”, kao i “neposrednog i posrednog interesa”, budući da ih Ugovor iz Lisabona ne definiše.⁴⁹

Pre svega, član 263. predstavlja jedino mesto na kome se u UFEU pominju regulatorni akti u smislu akata EU. Iako je doktrina bila dugo podeljena oko sadržine pojma regulatornog akta, čini se da se SP EU u svojoj skorašnjoj praksi priklonio njegovom užem tumačenju. Uže shvaćen pojam regulatornog akta polazi od predloga Ugovora o Ustavu EU koji ih određuje kao “neligislativne”, ali opšte po svojoj prirodi, koji primenjuju zakonodavstvo EU ili odredbe Ugovora.⁵⁰ Na taj način, olakšava se fizičkim i pravnim licima da zahtevaju ispitivanje zakonitosti jedino u pogledu upravnih akata, koji se na njih najčešće neposredno ili posredno odnose.⁵¹ U prilog užeg tumačenja, odnosno poistovećivanja regulatornih akata sa nezakonodavnim aktima, govori i potreba za uvođenjem olakšane i intezivnije sudske kontrole nezakonodavnih akata. Naime, nezakonodavne akte, za razliku od zakonodavnih akata, ne donose predstavničke institucije, već komisije i agencije, te je stoga sudska kontrola njihove zakonitosti potrebija.⁵² Takođe, sam postupak donošenja nezakonodavnih akata ne uključuje potrebne kontrolne mehanizme, kao ni odgovarajući stepen legitimnosti. Uz to, takvim postupkom ne pružaju se potrebne garancije svojstvene zakonodavnom postupku. Samim tim i kontrola je neophodnija.

S druge strane, pojedini autori nalaze da bi bilo opravdano da se pojmom “regulatornih akata” u smislu člana 263. UFEU, obuhvate i zakonodavni akti koji ne zahtevaju implementaciju, kao i opšti implementacioni akti, dakle svi opšti akti koji ne povlače implementacione akte.⁵³ Stoga, šire tumačenje regulatornih akata obuhvata kako zakonodavne, tako i nezakonodavne akte, koji ne zahtevaju implementacione mere. Usvajanjem šireg tumačenja omogućilo bi se pobijanje opštih akata pred SP EU u većem broju slučajeva odn. pokriva se širi spektar situacija.⁵⁴ Uprkos izloženim prednostima šireg shvatanja regulatornih akata, SP EU se međutim u svojoj skorašnjoj praksi, tačnije u presudi u predmetu *Inuit Tapiri* priklono-

⁴⁹ A. Čavoški, “Pravosudni sistem Evropske unije u svetlosti Reformskog ugovora, *Strani pravni život* br. 1, 2009, 81.

⁵⁰ D. Chalmers, G. Monti, *European Union Law*, Updating Supplement, Cambridge University Press, Cambridge 2008, 86; U prilog užem shvatanju regulatornog akta govori i stav SP EU koji je zauzeo prvo u odluci u predmetu br. *Inuit Tapiri*, a nakon toga i u presudi u istom predmet. V. Odluka u predmetu br. 18/10, *Inuit Tapiriit Kanatami and Others v. Parliament and Council*, od 6. septembra 2011. godine, para 45. i dalje, kao i presuda u predmetu br. 583/11, *Inuit Tapiriit Kanatami and Others v. Parliament and Council*, od 3. oktobra 2013. god.

⁵¹ A. Čavoški, 81.

⁵² D. Chalmers, G. Davies, G. Monti, 415.

⁵³ R. Etinski, 130.

⁵⁴ S. Hargreaves, *EU Law Concentrate, Law Revision and Study Guide*, Oxford University Press, New York 2011², 72.

nio užem shvatanju pojma regulatornog akta. Opredeljivanjem za uže tumačenje pojma regulatornog akta, SP EU je svakako stao na put izgradnji celovitog i efikasnog sistema zaštite ljudskih prava u Evropi.⁵⁵ I pored takvog tumačenja, kao što je već napomenuto u radu, izostavljanjem uslova da regulatorni akt treba da bude od individualnog interesa za tužioca u stavu četiri člana 263. UFEU, otklonjena je velika prepreka ostvarivanju prava na delotvoran pravni lek u pravu EU. Međutim, uprkos novinama koje se uvode četvrtim stavom člana 263. UFEU, koncepti “neposrednog interesa” i “ličnog interesa” ostaju ključni elementi, tj. alfa i omega pri utvrđivanju aktivne legitimacije fizičkih i pravnih lica u postupku podnošenja tužbe za poništaj. Dok se ispunjenost uslova u pogledu akta od neposrednog interesa i dalje zahteva u punom kapacitetu, tj. u pogledu svih akata osim akata upućenih tužiocu, dokazivanje postojanja ličnog interesa ima, kao što je u radu navedeno, suženu oblast primene nakon izmena uvedenih Ugovorom iz Lisabona.

Sudska praksa nakon usvajanja Ugovora iz Lisabona potvrđuje da kada je predmet spora akt koji nije regulatorne prirode, postojanje “ličnog interesa” se i dalje tumači veoma restriktivno, na način ustanovljen *Plauman* formulom.⁵⁶ No, upravo imajući u vidu da Ugovorom iz Lisabona, postojanje “neposrednog interesa” postaje jedini uslov potreban za utvrđivanje aktivne legitimacije u postupku osporavanja regulatornih akata, u perspektivi se očekuje da će SP EU razviti sudsku praksu koja će postaviti precizne granice koncepta postojanja neposrednog interesa, što do sada nije bio slučaj. Na taj način će se precizirati uslovi za podnošenje tužbe za poništaj od strane fizičkih i pravnih lica, što će svakako doprijeti porastu pravne sigurnosti u okviru pravnog poretka EU. Na kvalitet zaštite osnovnih prava pojedinaca u EU negativno se odražavaju i izvesne manjkavosti, koje predstavljaju posledicu nepotpunog i nedoslednog sprovođenja načela komplementarnosti između tužbe za poništaj i tužbe zbog propuštanja. Naime, iako se u doktrini i praksi SP EU ispravno pošlo stave da tužba zbog propuštanja i tužba za poništaj predstavljaju “dva aspekta istog pravnog sredstva”⁵⁷ i da su obe neophodna za uspostavljanje potpunog sistema pravnih lekova, čini se da postojećim procesnim rešenjima nije uspelo u dovoljnoj meri da se doprinese uspostavljanju sveobuhvatne sudske zaštite u poretku EU. Uprkos izmenama koje donosi Ugovor iz Lisabona, kao i izloženim nastojanjima SP EU za paralelnim tumačenjem datih članova 263. i 265. UFEU i dalje su приметne izvesne pravne praznine u po-

⁵⁵ M. Safjan, “A Union of Effective Judicial Protection: Addressing a multi-level challenge through the lens of Article 47 CFREU”, www.kcl.ac.uk/law/research/centres/Speech-KINGS-COLLEGE.pdf, King’s College London, February 2014, 2-12.

⁵⁶ Presuda u spojenim predmetima br. 373/06 P, br. 379/06 P i br. 382/06 P, *Flaherty and Others v. Commission*, od 17. aprila 2008. godine; Presuda u predmetu br. 362/06 P, *Sahlstedt and Others v Commission*, od 23. aprila 2009. god.

⁵⁷ Presuda u predmetu br. 15/70, *Amedeo Chevalley v. Commission of the European Communities*, od 18. novembra 1970. god.

stojećem sistemu raspoloživih pravnih sredstava za zaštitu osnovnih prava.⁵⁸ One se svakako odražavaju na kvalitet pravne zaštite osnovnih prava pojedinaca u poretku EU. Uočene manjkavosti ukazuju da ni izmenama koje uvodi Ugovor iz Lisabona, nije uspeo da se dosledno sprovede načelo komplementarnosti između tužbe za poništaj i tužbe zbog propuštanja, a samim tim ni da se uspostavi sveobuhvatna sudska zaštita osnovnih prava u poretku EU. U cilju što potpunijeg sprovođenja načela komplementarnosti između dva pravna sredstva, bilo bi neophodno obezbediti mogućnost kontrole posredstvom tužbe za poništaj za svaki akt suprotan pravu EU, kada se nisu stekli uslovi za podnošenje tužbe zbog propuštanja, što još uvek nije slučaj.

Prvo, tužba na osnovu člana 265. UFEU dopuštena je protiv organa EU jedino ukoliko postoji strogo utvrđena obaveza da se preduzme određena mera. Ukoliko u konkretnom slučaju organ EU ima diskreciono ovlašćenje, tužba zbog propuštanja bi bila nedopuštena. Tako su, u stručnim krugovima dosta polemike izazvale presude SP EU u kojima je uskraćivana pravna zaštita u pojedinim slučajevima, budući da se utvrdilo da je u određenim slučajevima postojalo diskreciono ovlašćenje organa EU, a ne strogo utvrđena obaveza.⁵⁹

Drugo, ograničenje ove tužbe odnosi se na situacije u kojima je tužba zbog propuštanja nedopuštena iz razloga što je u roku od dva meseca organ EU "odredio svoj stav", kao što je već istaknuto u radu. Osnovni problem sa tužbom zbog propuštanja ogleda se u samom utvrđivanju propuštanja, budući da propuštanje postoji jedino ukoliko organ EU o tome nije zauzeo nikakav stav. Ako je organ, na primer, odbio da poništi neku odluku, radi se o aktu, a ne o propuštanju, te se stoga može podneti samo tužba za poništaj.⁶⁰ Ukoliko bi se u potpunosti i dosledno sprovelo načelo komplementarnosti između dva pravna sredstva, onda bi bilo neophodno obezbediti mogućnost kontrole posredstvom tužbe za poništaj za svaki akt koji je usvojen prilikom "određivanja stava", što trenutno nije predviđeno članom 263. UFEU.

Isto tako, sadašnji član 265. UFEU je propustio da odredi u kojem roku je tužilac dužan da zahteva izvršenje propuštene radnje, odnosno donošenje propuštenog akta od nadležnog organa EU kako bi tužba bila dopuštena. Iako precizan rok u kojem je potrebno zahtevati preduzimanje predmetne mere od organa EU nije utvrđen, ovlašćeni tužilac bi trebalo da uputi poziv u razumnom roku.⁶¹ Na-

⁵⁸ Presuda u predmetu br. 395/04, *Air One SpA v. Commission of the European Communities*, od 10. maja 2006. godine, ECR 2006, II -1343; Presuda u predmetu br. 167/04, *Asklepios Kliniken GmbH v. Commission of the European Communities*, od 11. jula 2007. godine, ECR 2007, II-2379; D. Chalmers, G. Davies, G. Monti, 429.

⁵⁹ D. Chalmers, G. Davies, G. Monti, 429.

⁶⁰ A. Čavoški, A. Knežević Bojović, D. Popović, *Evropski sud pravde*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2006, 94.

⁶¹ D. Chalmers, G. Davies, G. Monti, 430.

ime, SP EU je u praksi sankcionisao protek nerazumno dugog vremenskog perioda u tom pogledu, smatrajući ga suprotnim zaštiti pravne sigurnosti. Tako je, na primer, u predmetu *Holandija protiv Komisije iz 1971.* godine holandska vlada tek nakon 18 meseci čekanja uputila zahtev Komisiji da preduzme propuštenu meru, što je u konkretnom slučaju od strane ESP ocenjeno kao nerazumno dug period i kao takav suprotan načelu pravne sigurnosti.⁶² Iako je sudskom praksom SP EU ustanovljen standard razumnog roka, svakako bi njegovo preciziranje u samom Ugovoru predstavljalo adekvatnije rešenje sa stanovišta zaštite pravne sigurnosti.

ZAKLJUČAK

Pravo na delotvoran pravni lek ima ključnu ulogu u aktiviranju zaštitne funkcije svakog sistema.⁶³ Tako ga je i SP EU u svojoj praksi označio kao jedan od kamena temeljaca zaštite ljudskih prava u EU.⁶⁴ U pravnom poretku EU pridaje se novi kvalitet pravu na delotvoran pravni lek. Naime, iako je pravo EU pošlo od EKLJP kao od opšteg evropskog minimuma priznavanja i zaštite ljudskih prava, u pogledu prava na delotvoran pravni lek otišlo se dalje od EKLJP, budući da je obezbeđen veći stepen zaštite.⁶⁵ Međutim i pored pokušaja prisutnog u stručnim i naučnim krugovima da se novine koje se uvode Poveljom o osnovnim pravima i Ugovorom iz Lisabona ocene revolucionarnim, analiza sprovedena u okviru ovog rada govori u prilog drugačijeg zaključka. I nakon izmena predviđenih Ugovorom iz Lisabona, uočene su brojna procesna ograničenja i manjkavosti u pravnom poretku EU, koje stoje na putu uspostavljanja efikasnog i celovitog sistema zaštite ljudskih prava. Ostaje da se vidi da li će SP EU kroz svoju praksu uspeti da otkloni neke od postojećih prepreka. Praksa SP EU nakon stupanja na snagu Ugovora iz Lisabona je još uvek nedovoljno razvijena da bi se na osnovu nje utemeljeno i sa sigurnošću zaključilo u kojem stepenu će SP EU uspeti da doprinese uspostavljanju efikasnog i celovitog sistema zaštite ljudskih prava u EU, pružajući delotvornu zaštitu pravu na delotvoran pravni lek.

SP EU je u svojoj novijoj praksi pribegavanjem restriktivnom tumačenju kako pojma "regulatornog akta", tako i koncepta "ličnog interesa" u slučajevima kada se kao predmet spora javlja akt koji nije regulatorne prirode svakako ote-

⁶² Radi se o slučaju koji se, između ostalog, odnosio na odredbu člana 35. Ugovora o Evropskoj zajednici za ugalj i čelik koja odgovara odredbi sadašnjeg člana 265. UFEU. Komisija je obavestila holadsku vladu da planom restruktuiranja nisu povređene odredbe Ugovora o državnoj pomoći. V. Presuda u predmetu br. 59/70, *Government of the Kingdom of the Netherlands v. Commission of the European Communities*, od 6. jula 1971. godine, ECR 1971, 639, navedeno prema D. Chalmers, G. Davies, G. Monti, 430.

⁶³ R. Etinski, 134.

⁶⁴ V. Knežević-Predić, Z. Radivojević, 131.

⁶⁵ R. Etinski, 135.

žao dalje delotvorno ostvarivanje prava na delotvoran pravni lek. Ostaje da se vidi da li će i na koji način u svojim budućim odlukama SP EU da pristupi otklanjanju drugih prepreka koje stoje na putu uspostavljanja celovitog i efikasnog sistema zaštite ljudskih prava, pre svega problemu nedosledno sprovedenog načela komplementarnosti između tužbe za poništaj i tužbe zbog propuštanja, kao i unapređenju zaštite horizontalnog aspekta prava na delotvoran pravni lek. Pored toga, bilo bi uputno da SP EU u perspektivi razvije praksu koja će postaviti precizne granice koncepta postojanja neposrednog interesa, što do sada nije bio slučaj. Na taj način bi se precizirali uslovi za podnošenje tužbe za poništaj od strane fizičkih i pravnih lica, što bi svakako doprinelo i porastu pravne sigurnosti u okviru pravnog poretka EU.

VESNA ĆORIĆ, Ph.D.,
Institute of Comparative Law, Belgrade

THE RIGHT TO AN EFFECTIVE REMEDY IN THE LIGHT
OF THE RECENT CASE LAW OF THE COURT
OF JUSTICE OF EUROPEAN UNION

Summary

This article examines the problems related to the application of the the right to an effective remedy in the judicial system of the European Union after the Lisbon Treaty came into the force. The analysis of the issues pertaining to the application of the right to judicial access in the judicial system of the European Union is also provided, as this right is inexorably linked to the right to an effective remedy. When it comes to the effective protection of the right to an effective remedy and the right to judicial access, the Treaty of Lisbon and the Charter of Fundamental Rights of the European Union introduce the important developments. Nevertheless, this paper argues that currently there are certain deficiencies within the European Union judicial system, which can be successfully eliminated through the adequate legal amendments as well as thorough the improved approach that Court of Justice of the European Union should take in its jurisprudence. More specifically, a critical assessment of the problems related to the application of Article 47 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, as well as pertaining to Article 19 of the Treaty on European Union, and Articles 263 and 265 of the Treaty on the Functioning of the European Union is given, placing a particular emphasis on the gaps that are created as the consequence of the incompleteness of the protection provided by the action for annulment and the action for failure to act, which are guaranteed under Article 263 and Article 265 of the Treaty on Functioning of the European Union respectively.

NEBOJŠA ŠARKIĆ,
MILAN POČUČA

EVROPSKI IZVRŠNI NASLOV

– Postepeno uvođenje –

U V O D

Institut Evropskog izvršnog naslova za nesporne tražbine uveden je u pravo zemalja Evropske unije Uredbom EZ broj 805/04 Evropskog parlamenta i Veća od 21. aprila 2004. godine¹ Iako se Evropski izvršni naslov u nas još uvek ne primenjuje, smatrali smo za potrebno da se stručna javnost u Srbiji upozna sa ovim izuzetno zanimljivim pravnim institutom. Razlozi za to leže pre svega u činjenici što se Evropski izvršni naslov uveliko koristi u našem okruženju, te se i naša stručna javnost sa njim već susreće.

Takođe, po našem uverenju, postoje brojni razlozi zašto bi Srbija mogla već sada da donese propis kojim se na području Srbije primenjuje Evropski izvršni naslov kao izvršna isprava uprkos činjenici da ne predstavljamo oficijelni deo Evropske zajednice.² Nama se čini da bi se iskustva primene Evropskog izvrš-

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

Dr Milan Počuča, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta Privredna akademija u Novom Sadu.

¹ Regulation (EC) NO 805/2004 of the European Parliament and of the Council of 21. april 2004. creating a European Enforcement Order for uncontested claims, dalje Uredba. Stupila je na snagu 21.06.2005. godine i počela se primenjivati 25.10.2005. godine – “Službeni glasnik Evropske unije” od 30. aprila 2004. godine.

² “Uredba koja je donesena u okviru Programa mera za sprovođenje načela uzajamnog priznanja odluka u građanskim i trgovačkim stvarima prvi je stupanj koji predviđa ukidanje egzekvatore, to je stvaranje evropskog ovršnog naslova za nesporne tražbine i trebalo bi pridoneti ostva-

nog naslova mogla sprovoditi i na osnovu bilateralnih sporazuma sa zemljama u okruženju ili na primer sa našim regionalnim partnerima (bivše države nastale iz sastava SFRJ).

Da bismo bolje razumeli institut Evropskog izvršnog naslova, te njegovu primenljivost u našem pravnom sistemu, najpre ćemo izvršiti analizu domaćeg normativnog supstrata koji se bavi ovim pitanjem.

IZVRŠNE ISPRAVE

“Izvršna isprava i izvršni naslov, predstavlja materijalno-pravno ovlašćenje za vođenje postupka”.³

“Izvršni naslov (*titulus executionis*) je javna isparava kojom se dokazuje postojanje izvršnog zahteva.”⁴ U izvršnom naslovu treba da bude navedena sadržina, obim i vrsta izvršenja ili činidbe, kao i legitimacija stranaka. Osnovna podela izvršnih isprava odnosi se na izvršne isprave domaćih i stranih sudova. Odredbama člana 13. su taksativno predviđene izvršne isprave, te Zakon ne pravi nikakvu razliku između raznih vrsta odluka ili poravnanja koja donose sudovi.⁵

Izvršna isprava, kao i svaka druga isprava mora biti što razumljivija i jasnija. Ovo je izuzetno značajno s obzirom na to da se sud pri odlučivanju prevashodno koncentriše na razrešavanje spornog odnosa. Budući da se izvršenje može sprovoditi pred drugim sudom, izuzetno je značajno da izreka odluke koja predstavlja izvršnu ispravu, bude jasna, razumljiva i određena, jer se na taj način definitivno razrešava sporni odnos, te izvršni poverilac može u potpunosti da ostvaruje svoje pravo koje je u skladu sa izvršnom ispravom.

Svako tumačenje izvršne isprave nosi sa sobom opasnost od pogrešnog razumevanja, a u izvršnom postupku nije dozvoljeno odstupanje od izreke izvršne

rivanju cilja zajednice za održavanje i razvijanje prostora slobode, sigurnosti i pravde u kojem je sloboda kretanja osoba osigurana, ona je jedan od mera na području pravosudne suradnje u građanskim stvarima koje su nužne za odgovarajuće funkcionisanje unutar tržišta; ona je izraz stava da je načelo uzajamnog priznanja sudskih odluka, a treba dodati i drugih izvršnih isprava uključujući i javnobeležničke, kamen temeljac za uspostavljanje izvršnog pravosudnog postupka.” Prema: Mihailo Dika, Javnobilježničke ovršne isprave, Zbornik radova sa Regionalne konferencije o notarijatu u organizaciji GTZ, Beograd, april 2010, str. 15.

³ B. Blagojević, *Sistem izvršnog postupka*, Beograd, 1938, str. 12. Takođe o pojmu izvršne isprave kod: N. Šarkić, D. Rašić, *Komentar Zakona o izvršnom postupku*, SA, Beograd, 1986. N. Šarkić, M. Nikolić, *Komentar Zakona o izvršnom postupku*, SG, Beograd, 1998, 2003, N. Šarkić, M. Nikolić: *Komentar Zakona o izvršenju i obezbeđenju*, Paragraf, 2013; N. Šarkić: *Građansko izvršno pravo*, Fakultet za poslovno pravo, Beograd 2005.

⁴ B. Poznić, *Građansko-procesno pravo*, SA, Beograd, 1970, str. 403.

⁵ Detaljnije o izvršnim ispravama kod S. Triva, V. Bjelajac, M. Dika: *Sudsko-izvršno pravo*, Opći dio, Informator, Zagreb, 1984, str. 132–137, Milena Trgovčević-Prokić, *Izvršna javnobeležnička isprava*, Pravni informator, Intermex, br. 1/2014. Beograd, str. 30–39, Povlakić Meliha, *Izvršnost javnobeležničkog akta*, Pravna misao, Sarajevo, br. 3–4/2000, str. 9.

isprave. Obavezujuće (kondemnatorne) sudske odluke jesu izvršne isprave, sud ih donosi u obliku presude ili rešenja, dok poravnanje zaključeno pred sudom, u stvari predstavlja ugovor (sporazum) koji su stranke zaključile u postupku pred redovnim sudom. Izvršne isprave koje su doneli upravni organi ili organizacije koje imaju javna ovlašćenja i koje u okviru tih ovlašćenja postupaju po pravima upravnog postupka, moraju da glase na novčano potraživanje. Redovni sudovi izvršne isprave donose u parničnom, krivičnom postupku, takođe u vanparničnom postupku, a privredni sudovi iste donose i u postupku odlučivanja o privrednim prestupima.

U parničnom postupku to su odluke suda koje u sebi sadrže neku obavezu koju treba da ispuni izvršni dužnik, u krivičnom postupku to je odluka suda o imovinsko-pravnom zahtevu oštećenog, a u pogledu odluka donetih u postupku za privredne prestupe, to su one odluke koje u sebi sadrže posebne novčane kazne bez mere oduzimanja predmeta imovinske koristi, te troškove postupka i imovinsko-pravnog zahteva. Dobro je da je ugovor o hipoteci odnosno založna izjava koja je sačinjena saglasno propisima kojima se uređuje hipoteka, uvršćen u krug izvršnih isprava, čime je otklonjena dilema koja je postojala u stručnoj javnosti, imajući u vidu pre svega cilj, Zakona o hipoteci ⁶ a to je, da se u skladu sa odredbama tog zakona hipotekarni poverilac namiri u vansudskom postupku. Zbog određenih problema koji su nastali u realizaciji prava hipotekarnih poverilaca, a koji se pre svega tiču brisanja tereta koja su zasnovani na založnoj nepokretnosti, ugovor o hipoteci odnosno založna izjava su uvršteni u krug izvršnih isprava, kako bi se hipotekarnim poveriocima omogućilo da i u postupku pred sudom ili sada izvršiteljem ostvari svoje potraživanje, te da se u skladu sa članom 143. ovog zakona brišu sva prava i tereti na nepokretnosti osim onih koji ostaju i posle predaje kupcu ili ih kupac preuzme.

Evropska izvršna isprava, biće aktuelna u našem pravnom sistemu, kada i ako Srbija bude članica Evropske unije. Prednost evropske izvršne isprave se ogleda pre svega u tome što ne podleže priznanju, nego na osnovu evropske izvršne isprave u svakoj zemlji članici Evropske unije izvršni poverilac može zahtevati izvršenje prema pravilima zemlje u kojoj traži izvršenje uz uslov da izvršnu ispravu prevede na službeni jezik koji se upotrebljava u sudu zemlje dozvole izvršenja.

Ono što predstavlja potpunu novost u tački 1) člana 13. Zakona o izvršenju i obezbeđenju,⁷ jeste da se prvi put pravnosnažnoj odluci suda, za razliku od svih prethodnih zakona o izvršnom postupku koji su predviđali izvršnost, sada daje svojstvo izvršne isprave. Iako prefiks – izvršna nikako ne odgovara pravnosnažnosti, očigledno je zakonodavac da bi omogućio izvršnom poveriocu da što jednostavnije i brže započne postupak izvršenja, izvršnog poverioca oslobodio oba-

⁶ Objavljen u "Sl. glasnik RS", br. 115/2005.

⁷ "Sl. glasnik RS", br. 31/2011 i 99/2011 - dr. zakon.

veze da pribavlja u formalnom smislu potvrdu izvršnosti. Ovaj zaključak se može izvesti iz odredbe člana 15. Zakona o izvršenju i obezbeđenju.

IZVRŠENJE STRANIH SUDSKIH I ARBITRAŽNIH ODLUKA

Pitanje izvršenja uglavnom je marginalizovano u odnosu na problem poništavanja i priznavanja stranih sudskih i arbitražnih odluka. Površno posmatrano, problem se čini dosta jednostavnim kada se radi o izvršenju stranih sudskih i arbitražnih odluka. Strana sudska odluka ukoliko prođe kroz proceduru priznavanja u zemlji priznanja, dobija status odluke domaćeg suda.⁸ S druge strane, odluka međunarodne arbitraže kada se prizna u zemlji priznanja dobija status domaće arbitražne odluke. U našem pravnom sistemu odluke arbitraža u izvršnom postupku izjednačene su sa sudskim odlukama.⁹ U prilog navedenom posebno upućuje odredba člana 21. stav 2. Zakona koja propisuje da se strana izvršna isprava, koja je prethodno priznata pred domaćim sudom u skladu sa zakonom, izvršava na isti način i u istom postupku kao i domaća izvršna isprava.¹⁰

Sudska praksa je pokazala da se najčešće traži izvršenje na osnovu strane izvršne isprave u slučajevima kada je njome pozitivno rešeno novčano potraživanje, sada izvršnog poverioca. Ovo iz razloga jer je izvršni dužnik lice koje poseduje imovinu, odnosno određena imovinska prava u Srbiji, a ne u zemlji čiji je sud ili arbitraža donela izvršnu ispravu, te će, izvršni poverilac u predlogu za izvršenje naznačiti jedno ili više sredstava izvršenja predviđenih zakonom ili predložiti izvršenje na celokupnoj imovini izvršnog dužnika. U daljem postupku izvršenja obe stranke pred domaćim sudom ostvaruju prava isključivo po odredbama Zakona. Na osnovu navedenog čini se da problema nema. Ipak, navešćemo neke nedoumice koje smo uočili.

I kod priznanja sudskih i kod priznanja arbitražnih odluka može se dozvoliti takozvano delimično priznanje odluke.¹¹ Postavlja se pitanje kod delimičnog

⁸ O tome koje su strane sudske odluke podobne za izvršenje u domaćem pravu vidi detaljnije kod: M. Živković, *Međunarodno privatno pravo*, Beograd, 2006, isto kod: Nebojša Šarkić, M. Nikolić, *Priznanje i izvršenje stranih izvršnih i javnobeležničkih (notarskih) isprava*, Paragraf, br. 12/10, Beograd, str. 23.

⁹ "Izvršenje predstavlja najčešće poslednju, ali po našem mišljenju i najznačajniju fazu u postupku realizacije zaštite određenog prava. Ono predstavlja ostvarenje određenog cilja koji je postavljen prilikom podnošenja zahteva za zaštitu subjektivnog prava, kao i realizaciju određene odluke koja je doneta u tom postupku..." Lj. Đorđević: *Izvršenje sudskih odluka* Zbornik radova, Beograd, 1979, str. 15.

¹⁰ O priznanju stranih sudskih i arbitražnih odluka vidi: G. Knežević, *Međunarodna trgovinska arbitraža*, Beograd 1965, Knežević, Stojanović, *Komentar Zakona o međunarodnim priznatim i procesnim zakonima*, Beograd 1991, M. Dika, *O pojmu priznavanja sudskih odluka*, Zagreb, 1987.

¹¹ Detaljnije kod: N. Šarkić, M. Nikolić, *Priznanje i izvršenje stranih sudskih i arbitražnih odluka*, Pravni život, br. 13/2008, str. 345–359.

priznanja da li će se sprovesti izvršenja samo onog dela koji je priznat i pod kakvim uslovima. Tako na primer, ukoliko je u presudi inostranog suda odlučeno da se brak razvede, ali u istoj odluci utvrđuje obaveza tuženog da plaća izdržavanje, realno se može dogoditi da se presuda u pogledu dela koji se odnosi na razvod prizna, a drugi deo odluke zbog postojanja određenih problema utiče da se presuda ne prizna. Poznato je da se samo kondemnatorne odluke izvršavaju, te se zapravo prvi deo odluke prividno neće ni izvršavati. Naravno i ovo treba prihvatiti sa rezervom, jer se presude o razvodu braka "izvršavaju" tako što se kod nadležne službe državnih organa (matičari), konstatuje činjenica o razvodu ili poništaju braka.

Delimično priznanje ili delimično izvršenje odluke moguće je i u drugim slučajevima kada u pogledu priznanja, a potom i izvršenja jednog dela odluke nema nikakvih smetnji, dok prilikom priznanja ili samo prilikom izvršenja drugog dela odluke postoje određene teškoće. Opšteprihvaćeno je stanovište da odluka koja se izvršava ili njen deo moraju predstavljati logičnu celinu i zaokruženi zahtev. Tako se, na primer, u slučajevima postojanja presude o naknadi štete može priznati jedan deo, dok će iz određenih razloga priznanje ili samo izvršenje drugog dela presude ostati sporno.

Takođe, može postojati i dilema oko načina sprovođenja izvršenja i da li se ovo izvršenje može odnositi i na fizička i na pravna lica. Postoje i dileme oko izvršenja na pokretnim ili nepokretnim stvarima, te je sa stanovišta međunarodnog privatnog prava opšteprihvaćeno shvatanje, koje i mi podržavamo, da se izvršenje sprovodi prema pravilima zemlje priznanja i izvršenja strane sudske ili arbitražne odluke. U tom smislu u našoj zemlji primenjivaće se opšta pravila iz Zakona, koja regulišu kako će se sprovesti izvršenje.

Kada govorimo o ovom pitanju, postoje ograničenja i izuzimanja od izvršenja koja predviđa naš Zakon. Setimo se da su ne tako davno (Zakon o izvršnom postupku iz 1978. godine) postojala brojna ograničenja koja su se odnosila na zaštitu društvene svojine. I sada Zakon poznaje izuzimanja koja se odnose, na primer, na sprovođenje izvršenja na imovini države ili jedinica lokalne samouprave (objekti i oružje namenjeni odbrani i bezbednosti države, te tražbine po osnovu poreza i drugih javnih obaveza). Takođe, postoje i ograničenja u pogledu sprovođenja izvršenja na stvarima koje služe za specijalne namene. U svim ovim slučajevima, bez obzira da li je odluka stranog suda ili strane arbitraže validna sa stanovišta priznanja, neće doći do izvršenja.

Zakon predviđa i određena ograničenja koja se odnose na obim sprovođenja izvršenja. Tako, na primer, ukoliko je presuda o izdržavanju stranog suda u potpunosti validna, ona neće moći biti sprovedena u potpunosti ukoliko se obim sprovođenja izvršenja ne poklapa, odnosno prevazilazi dozvoljeni obim sprovođenja izvršenja u našoj zemlji. Takođe, može postojati i problem oko izvršenja na pojedinim stvarima. Zakon je postavio ograničenja ne samo u pogledu obima, već i u pogledu vrste stvari na kojima se ne može sprovesti izvršenja (izuzimanje

od izvršenja). Ovo se pravda zaštitom položaja izvršnog dužnika u izvršnom postupku i predstavlja deo ukupnog sistema domaćeg zakonodavstva.

Određene teškoće postoje i u pogledu izvršavanja privremenih mera ili druge odluke privremenog karaktera koje donose inostrani sudovi ili arbitraže. U našem pravnom sistemu privremene ili prethodne mere mogu se donositi samo u zakonom predviđenim slučajevima, te se može dogoditi da dođe do teškoća u pogledu sprovođenja izvršenja u domaćem zakonodavstvu.

Na osnovu svega iznetog, možemo konstatovati da postoje dve značajne razlike između dve faze. Prva faza predstava postupak priznanja strane sudske ili arbitražne odluke. Kada se taj postupak okonča, pristupa se sprovođenju izvršenja. Sasvim je sigurno da je u praksi postupak izvršenja realni cilj svakog podnošenja zahteva za priznanje strane sudske ili arbitražne odluke. Teško je poverovati da će neko voditi postupak priznavanja odluke ukoliko ne traži njeno izvršenje. Ipak, sva uporednopravna zakonodavstva prihvataju varijantu da se tek tada pristupa postupku sprovođenja izvršenja, a da se postupak sprovođenja izvršenja sprovodi po pravilima zemlje izvršenja. Kako se kod nas opšta pravila koja se odnose na podobnost izvršne isprave i ograničenja u pogledu sprovođenja izvršenja moraju poštovati, zakon je predvideo šta se smatra sudskom ili drugom odlukom podobnom za izvršenje. Zakon detaljno predviđa koji su to uslovi. Zakonodavac predviđa da sud određuje izvršenje samo na osnovu izvršne ili verodostojne isprave ako zakonom nije drukčije određeno. Zakonodavac upotrebljava ovaj izraz samo u cilju jasnog naznačenja da bez izvršne ili verodostojne isprave nema izvršenja. Dozvoli izvršenja treba da prethodi postupak u kome se donosi izvršna isprava (parnični, vanparnični, krivični, odnosno postupak pred organom uprave ili prekršajnim organom ili treba da postoji verodostojna isprava). Zakon je predvideo i šta predstavlja izvršnu ispravu. No, podsetimo da Blagojević¹² predviđa da izvršni naslov i izvršna isprava predstavljaju materijalno pravno ovlašćenje za vođenje postupka. Poznić navodi: "Iz izvršnog naslova proističe dužnost suda da na predlog ovlašćenog subjekta dozvoli sprovođenje izvršenja".¹³ U izvršnom naslovu treba da bude navedena sadržina, obim i vrsta obaveze ili činidbe, kao i legitimacija stranaka (vidi član 34. Zakona o izvršnom postupku).

Izvršna isprava je javna isprava na osnovu koje se po zakonu može tražiti prinudno izvršenje. Osnovna podela izvršnih isprava odnosi se na izvršenje isprava domaćih i stranih sudova. No, obe izvršne isprave, kao i svaka druga, moraju biti jasne i precizne, što je izuzetno značajno s obzirom na to da se sud prilikom odlučivanja prevashodno koncentriše na razrešavanje spornog odnosa. Budući da se izvršenje može sprovesti pred drugim sudom, izuzetno je značajno da razrešenje spornog odnosa i sadržaj izreke odluke bude jasan, razumljiv i određen. Svako

¹² V. Blagojević, Sistem izvršnog postupka, op. cit., str. 12.

¹³ B. Poznić, Građansko-procesno pravo, op. cit., str. 404.

tumačenje izvršne isprave nosi sa sobom opasnost od pogrešnog razumevanja, a u izvršnom postupku nije dozvoljeno odstupanje od izreke izvršne isprave.

Tako dolazimo do naizgled poslednjeg, ali i najvažnijeg kriterijuma za određivanje da li će se neko izvršenje sprovesti ili neće. Naš Zakon je predvideo među osnovnim načelima, načelo formalnog legaliteta. Ovo načelo pojednostavljeno rečeno podrazumeva zabranu bilo kakvog tumačenja, menjanja ili prepravljavanja izvršne isprave. Dakle, izvršni sudija i u postupku sprovođenja izvršenja odluka domaćih sudova nema mogućnost da na bilo koji način menja sudsku odluku. Čak ni kreativno tumačenje sudske odluke po ovako strogo postavljenom načelu formalnog legaliteta, kako to predviđa Zakon, nije dozvoljeno. Ovo načelo će se još drastičnije i još strože iskazati u situaciji kada imamo inostrani element odluke. Osnovni princip jeste da zakonitost i pravna valjanost sudskih odluka, odnosno odluka upravnih ili prekršajnih organa može biti predmet ocene od strane višeg nadležnog suda ili organa po pravnim lekovima bilo redovnim bilo vanrednim. Kad izvršni poverilac predloži izvršenje na osnovu perfektno izvršne isprave (mora da bude i podobna za izvršenje), odnosno na osnovu valjane i verodostojne isprave, sud mora dozvoliti izvršenje. On mora biti siguran da će se tako izvršenje sprovesti i da se neće ni na koji način na to uticati menjanjem ili prepravljanjem.¹⁴

EVROPSKI IZVRŠNI NASLOV

Institut Evropskog izvršnog naslova koji se odnosi na nesporne tražbine uveden je u pravo zemalja Evropske unije uredbom EU br. 805 iz 2004. godine Evropskog parlamenta i veća od 21. aprila 2004. godine. Ova uredba je doneta u okviru programa mera za sprovođenje nespornih načela pri priznavanju odluka o građanskim i privrednim stvarima što u prvoj fazi predviđa ukidanje egzekviture (postupak priznavanja stranih sudskih i arbitražnih odluka) i stvaranje Evropskog izvršnog naslova samo za nesporne tražbine. Ovo je trebalo da doprinese ubrzanju osnovnog cilja zajednice o razvoju prostora slobodne i sigurne naplate potraživanja, kretanja lica i kapitala te saradnje pravosudnih organa. Uredba je odraz opštih stanja o uzajamnom priznanju sudskih odluka te drugih izvršnih naslova kao što su upravna i javnobeležnička akta.¹⁵

Evropskim izvršnim naslovom propisuje se minimalna procedura i standardi da bi se omogućio slobodan promet sudskih odluka te poravnanje. Javna isprava koja je u zemlji porekla potvrđena kao Evropski izvršni naslov izvršava se

¹⁴ O načelu formalnog legitimiteta i drugim načelima izvršnog prava detaljno kod: S. Triva, M. Dika, S. Bjelajac, *Sudsko izvršno pravo*, Zagreb, 1980, str. 23, N. Šarkić, M. Nikolić, *Komentar zakona o izvršenju i obezbeđenju*, op. cit., str. 31–46.

¹⁵ O Evropskom izvršnom naslovu vidi detaljnije, M. Dika: *Javnobeležničke ovršne isprave*, GTC Beograd, 2010, str. 17. isto kod: Iva Kemec Kokot, *Evropski ovršni naslov*, Javni bilježnik, br. 39/2013, Zagreb, str. 36–48.

u drugim državama članicama bez potrebe da bude proglašena izvršnom ispravom i bez mogućnosti pobijanja njene izvršnosti. U odnosima javnobeležničke isprave mogu se utvrditi sledeći slučajevi: u kojima je presuda koja je potvrđena kao evropski izvršni naslov prestala biti izvršna ili njena izvršnost suspendovana ili ograničena, pa će sud porekla u pogledu zahteva donesenog u svako doba izdati potvrdu u kojoj će naznačiti neizvršnost ili ograničenje izvršnosti i upotrebiti standardizovani obrazac; kada nakon izvršne odluke koja je potvrđena kao Evropski izvršni naslov bude donesena odluka koja je izvršna u državi porekla u pogledu zahteva podnesenih u svako doba uz primenu standardizovanog obrasca.¹⁶ Mogu se utvrditi i slučajevi po kojima će se odluka koja sadrži i izvršnu odluku o iznosu troškova povezanih sa sudskim postupkom uključujući i kamate potvrditi i u odnosu na te troškove kao evropski izvršni naslov osim ako dužnik nije u sudskom postupku u skladu sa pravom države porekla izrekom osporio svoju obavezu na naknadu troškova postupka. Takođe, ako samo delovi presude zadovoljavaju pretpostavkama iz uredbe i ako se potvrda o Evropskom izvršnom naslovu može ispraviti zbog očite greške ili postoje nepodudarnosti između odluke i potvrde. Osim navedenog, može se opozvati, kada je očito da je pogrešno izdata imajući u vidu pretpostavke propisane uredbom. Na određenu ispravu ili opoziv potvrde o Evropskom izvršnom naslovu primenjuje se pravo države porekla. Sama uredba ne deluje na mogućnost traženja priznanja izvršenja presude sudskog poravnanja ili javnih isprava o neospornim potraživanjima. Uredba ne deluje ni na primenu drugih uredaba.

Evropski izvršni naslov je svakako jedna od najznačajnijih novina u pravcu rešavanja nastalog problema međusobnog priznavanja i izvršavanja sudskih arbitražnih ili javnobeležničkih odluka.¹⁷ Njen je značaj izuzetno veliki jer se ona upravo bazira na nespornim stvarima. Uloga notarskog izvršnog naslova upravo jeste u sačinjavanju specifičnih oblika poravnanja odnosno u sačinjavanju izjava volje kojom strane uređuju svoje odnose ili regulišu iste.

Uloga javnih beležnika zapravo i jeste u uređivanju ovih odnosa te usklađivanja odnosa u slučajevima postizanja sporazuma između stranaka. Sud će i u narednom periodu presuđivati sporna pitanja te Evropski izvršni naslov je gotovo idealna forma za rešavanje javnobeležničkih akata koji predstavljaju izvršne naslove u drugoj zemlji.¹⁸

¹⁶ U praksi zemalja članica EU, bi se trebali koristiti prilozii koji su izmenjeni i u konačnom obliku objavljeni Uredbom komisije od 16. novembra 2005. god. o zameni priloga Uredbi (EZ) 805/2004. Evropskog parlamenta i Veća o uvođenju evropskog naloga za izvršenje nespornog potraživanja (OJ L 300/6 str. 48–60).

¹⁷ N. Šarkić, M. Nikolić: *Priznanje i izvršenje stranih izvršnih i javnobeležničkih (notarskih) isprava*, Paragraf br. 12/10, Beograd, str. 23.

¹⁸ N. Šarkić, M. Nikolić: *Priznanje i izvršenje stranih sudskih i arbitražnih odluka*, Pravni život, br. 13/2008, str. 345. do 359.

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

*Pretpostavke za potvrdu domaćih izvršnih isprava kao EIN-a
(izdavanje potvrde o EIN-u)*

1. Kao početni kriterijum diferencijacije (ili kao prvu skupinu pretpostavki) treba uzeti parametre (pretpostavke) prema kojima se određuju “dosezi” Uredbe i s njom kompatibilnih nacionalnih izvršnih pravila tj. pretpostavki koje se tiču polja primene:

a) *ratione territorii* (gde se i na koje države članice Uredba primenjuje i ima li kakvih rezervi),

b) *ratione temporis* (od kada se Uredba primenjuje u državama članicama), i

c) *ratione materiae* (u kojim se pravnim stvarima Uredba primenjuje).¹⁹

Sledeća grupa kriterijuma (pretpostavki) polazi od:

a) vrste potraživanja (novčana i nesporna potraživanja) utvrđena izvršnom ispravom kao pretpostavkom da se određena vrsta izvršne isprave može potvrditi kao EIN, te

b) vrste izvršnih isprava koje je uopšte dopušteno potvrditi kao EIN.

Uredba zahteva da izvršnom ispravom bude utvrđeno nesporno novčano potraživanje. Pored toga utvrđeno je i kojim izvršnim ispravama se moraju utvrditi takva nesporna naovčana potraživanja. Naravno, pod pretpostavkom da je uopšte reč o stvarima na koje se Uredba odnosi. Kako se Uredba ne primenjuje na arbitražu, to se neće kao EIN moći potvrditi odluke arbitražnih sudova (na osnovu ovih odluka, inače se, može tražiti izvršenje).

Na osnovu napred navedenog treba imati u vidu i pravila Uredbe koja određuju za koje se vrste izvršnih isprava Uredba primenjuje i koje su to isprave. Prema čl. 3. st. 1. Uredbe, Uredba se primenjuje na sudske odluke, sudske nagodbe i javne isprave o nespornim potraživanjima. Primenom čl. 3. st. 2. Uredbe, Uredba se primenjuje i na odluke koje su donesene nakon pobijanja (postupka po prav-

¹⁹ Kunštek, E., *Pretpostavke za izdavanje potvrde o evropskom ovršnom nalogu*, Zbornik PFR, br. 1/2007, str. 449–451.

nim lekovima) sudskih odluka, sudskih nagodbi ili javnih isprava koje su potvrđene kao EIN (za koje je izdata potvrda o EIN-u).

Odredba čl. 3. Uredbe govori o sudskim odlukama i sudskim nagodbama.

“Što je sudska odluka, odnosno sudska nagodba u smislu Uredbe određuje se u sledećim odredbama. Prema čl. 4. tač. 1. Uredbe “Sudska odluka” označava svaku odluku koju je doneo sud države članice, bez obzira na njen naziv, uključujući presudu, rešenje, nalog, odluku ili rešenje o izvršenju, te odluku o utvrđivanju troškova koju je sačinio sudski službenik. Što se tiče sudske nagodbe, iz čl. 24. st. 1. Uredbe, proizlazi da se misli na nagodbe (u vezi s nespornim potraživanjima iz čl. 4. st. 2. Uredbe) odobrene od suda ili pred njim sklopljene tokom postupka, i koje su izvršne u državi članici područja. Uredba ne spominje izvršne upravne odluke i nagodbe (odluke i nagodbe koje su donela, odnosno sklopila upravna tela). Osim sudskih odluka i nagodbi, kao EIN se mogu potvrditi i javne isprave. Koje se javne isprave mogu potvrditi kao EIN proizilazi iz čl. 4. tač. 3. Uredbe. Ovim je pravilom određen pojam javne isprave u smislu Uredbe i određeno da je javna isprava: a) isprava koja je službeno sastavljena ili registrovana kao javna isprava i čija se verodostojnost odnosi na: 1. potpis i sadržaj isprave i 2. koju utvrđuje državno telo ili drugo telo koje je u tu svrhu ovlastila država članica iz koje isprava potiče, ili b) sporazum o izdržavanju sastavljen pred upravnim telima ili sporazum koji su ta tela potvrdila.”²⁰

Iz navedenog proizilazi da se kao Evropski izvršni naslov mogu prihvatiti sledeće isprave:

a) u prvom redu izvršne sudske presude, među kojima i presude na temelju priznanja, presude zbog izostanka, ali i rešenja, zaključci, rešenja o izvršenju, i sl. i pri tome može biti reč o odluci bilo kojeg (nadležnog) suda,²¹

b) izvršne sudske nagodbe, te

c) izvršne javne isprave, npr. javnobeležničke isprave u kojima je potvrđen potpis i sadržaj isprave, pa bi najmanje došle u obzir solemnizirane privatne isprave,

d) potvrditi se mogu i izvršne javne isprave upravnih tela te pravnih i fizičkih osoba s javnim ovlašćenjima.

Tzv. minimalni standardi iz čl. 12–9

“Pravilom iz čl. 12. st. 1. Uredbe određeno je da se presuda o nespornom potraživanju (čl. 3. st. 1. b ili c Uredbe) može potvrditi kao EIN samo ako je postupak u državi porekla bio proveden u skladu sa zahtevima iz čl. 12. do 19. Uredbe. U predmetnim odredbama sadržana su određena procesna pravila u vezi sa

²⁰ Gabrijela Mihelčić, *Europski ovršni nalog-nova vrsta ovršne isprave*, Javni bilježnik, br. 39/2013, Zagreb, str. 24.

²¹ Prema Kunštek, E., o. c., str. 447–449.

pitanjima dostave, odnosno minimalnih kriterija uz koje mora biti izvršena dostava pismena u postupku;

1. čl. 13. Uredbe – dostava pismena koja bi se mogla uporediti s ličnom dostavom po ZPP-u uz dužnikovu potvrdu prijema,²²

2. čl. 14. Uredbe – dostava pismena bez dužnikove potvrde prijema,²³ i

3. čl. 15. Uredbe – dostava pismena zastupniku,²⁴ te

b) tzv. upoznatost dužnika s tražbinom i postupkom njenog osporavanja:

1. čl. 16. Uredbe – zahtev da visina tražbine i pripadajuće kamatne stope budu označeni u ispravi kojom se pokreće postupak,²⁵ te

2. čl. 17. Uredbe – zahtev da procesna prava i obaveze dužnika u postupku osporavanja tražbine te sankcije za njihovo propuštanje budu predočene dužniku.²⁶

²² Čl. 13. Uredbe određuje u st. 1. da se pismeno kojim se pokreće postupak (drugo odgovarajuće pismeno) može dostaviti dužniku: a) ličnom dostavom s potvrdom prijema koji sadrži datum prijema potpisanom po dužniku, b) ličnom dostavom koju je na dostavnici potvrdila osoba koja je izvršila dostavu i u kojoj je navedeno da je dužnik primio pismeno ili ga je bez opravdanja odbio primiti, te dan izvršene dostave, c) poštanskom pošiljkom s povratnicom na kojoj je dužnik potvrdio prijem kao i dan prijema, potpisanim i vraćenim od strane dužnika. Prema st. 2., na isti se način dostavlja i poziv za ročište, ili usmeno na ranijem ročištu povodom istog potraživanja, što mora biti zapisnički konstatovano.

²³ Prema čl. 14. st. 1. Uredbe, osim na način predviđen st. 13. Uredbe, pismeno kojim se pokreće postupak i poziv za ročište mogu se dostaviti dužniku: i) a) ličnom dostavom na adresu tako da se dostava obavi licima koja s njim žive u istom domaćinstvu ili su u njemu zaposlene, b) kada je dužnik fizička osoba koja obavlja registrovanu delatnost ili pravna osoba, ličnom dostavom njegovim zaposlenima u poslovnim prostorijama dužnika, c) ostavljanjem isprave u dužnikovom poštanskom sandučetu, d) ostavljanjem isprave u pošti ili kod nadležne javne vlasti i stavljanjem pisanog obaveštenja u dužnikovo poštansko sanduče, da je isto učinjeno, a u kojem se obaveštenju jasno navodi da je reč o sudskom pismenu, odnosno da se njome ostvaruju pravne posledice izvršene dostave i početka toka roka, e) poštanskom dostavom bez dokaza saglasno čl. 3. ako dužnik ima adresu u državi članici porekla, f) elektronskim putem koji je potvrđen automatskom potvrdom o isporuci, uz pretpostavku da je dužnik unapred izričito prihvatio takav način dostave. Nije dopušteno na opisane načine izvršiti dostavu, ako dužnikova adresa nije utvrđena sa sigurnošću (st. 2). Prema st. 3. dostava obavljena u skladu sa st. 1. tač. A) do d) potvrđuje se: a) ispravom koju je potpisao dostavljač i u kojoj se navodi: korišćeni način dostave i, ako je isprava dostavljena licu koje nije dužnik, ime tog lica i njen odnos s dužnikom, odnosno b) potvrdom prijema od lica kome je dostava izvršena u svrhu primene st. 1. tač. a) i b).

²⁴ Odredbom čl. 15. Uredbe određeno je da se dostava prema čl. 13. i 14. Uredbe može se izvršiti i dužnikovom zastupniku.

²⁵ Prema čl. 16. Uredbe, s ciljem da se osigura da dužnik bude uredno obavešten o potraživanju, pismeno kojim se pokreće postupak mora sadržavati: a) imena i adrese stranaka, b) iznos potraživanja, c) ako se potražuju kamate, kamatnu stopu i vreme za koje se kamata traži, osim ako se (prema pravu države članice) automatski zaračunavaju zakonske kamate na glavnice, te d) pravni osnov iz koje proizilazi potraživanje.

²⁶ U čl. 17. Uredbe određuje se da se, zajedno s pismenom kojim se pokreće postupak, drugom odgovarajućem pismenu, pozivu na ročište (drugom odgovarajućem pozivu) mora navesti: a) procesne pretpostavke za osporavanje potraživanja, uključujući rok za osporavanje pismenim pu-

Posledica izostanka tzv. minimalnih standarda sastoji se u tome da se odluka donesena u takvom postupku ne može potvrditi kao EIN. Odnosno, izuzetno će to biti moguće tj. ti se nedostaci mogu otkloniti, a sama sudska odluka potvrditi kao EIN pod sledećim pretpostavkama:

a) da je sudska odluka dostavljena dužniku u skladu s čl. 13. i 14. Uredbe,

b) da je dužnik bio onemogućen izjaviti pravni lek protiv presude u celosti (njeno preispitivanje u celosti, odnosno iz svih žalbenih razloga), i da je dužnik pravodobno bio upoznat s tim ovlašćenjem (dakle, da je ima saznanja o mogućnosti podnošenja pravnog leka, kome se lek podnosi i u kojem roku), i

2) da je dužnik propustio izjaviti pravni lek protiv sudske odluke u skladu sa odgovarajućim procesnim pretpostavkama (čl. 18. Uredbe).²⁷

c) tzv. minimalnim standardima za preispitivanje u izvanrednim slučajevima (čl. 19. Uredbe). Naime, osim udovoljenju minimalnih standardima iz čl. 13. do 18. Uredbe, sudska odluka može biti potvrđena kao EIN samo ako je dužnik, prema pravu države porekla, ovlašćen da traži njeno preispitivanje:

a) 1. zbog toga što je pismeno kojim se pokreće postupak ili drugo odgovarajuće pismeno, odnosno poziv na ročište, dostavljen na jedan od načina iz čl. 14. Uredbe, odnosno

2. zbog toga što dostava, iz razloga za koje on nije odgovoran, nije izvršena tako da mu nije ostavljeno dovoljno vremena za očitovanje, ili

b) zbog toga što je dužnik bio onemogućen osporiti potraživanje zbog više sile ili izvanrednih okolnosti, a iz razloga za koje on nije odgovoran i uz pretpostavku da je u oba slučaja preduzeo odgovarajuću radnju bez odlaganja (čl. 19. st. 1. Uredbe).²⁸

ZAKLJUČAK

Po našem uverenju u potpunosti su se potvrdile početne pretpostavke iz ovoga članka o izuzetnom značaju delotvornosti i svrsishodnosti instituta Evropskog izvršnog naslova.

tem, vreme održavanja ročišta, naziv suda kojem se treba obratiti ili pred koji treba pristupiti i mora li dužnika zastupati advokat, i b) posledice nepodnošenja prigovora ili izostanka s ročišta, mogućnost određivanja ili provođenja svrhe sudske odluke protiv dužnika te obaveza naknade troškova postupka.

²⁷ Pravilom čl. 18. st. 2. Uredbe predviđeno je da se, u slučaju kada postupak u državi porekla nije bio u skladu sa procesnim pretpostavkama iz čl. 13. ili 14. Uredbe, ti nedostaci mogu se otkloniti ako iz postupanja dužnika tokom sudske postupka proizlazi kako je on lično primio pismeno koje mu je trebalo biti dostavljeno i da mu je bilo ostavljeno dovoljno vremena za primenu njegova očitovanja.

²⁸ Prema čl. 19. st. 2. Uredbe države članice mogu dopustiti preispitivanje presude pod povoljnijim pretpostavkama od onih koje se navode u st. 1. predmetne odredbe. Preuzeto iz Gabrijele Mihelčić, op. cit., str. 27–28.

Ova novina u pravosudnom sistemu imala je već na samom početku brojne pravno-političke efekte. Ona po našem uverenju predstavlja prvi korak ka potpunijoj harmonizaciji Evropskog pravnog sistema u kome bi se bez komplikovane pravne procedure vršilo međusobno priznanje i izvršenje odluka drugih zemalja članica Evropske unije.

Sumirajući, treba ukratko reći da se radi o nespornim stvarima, te da za primenu ovog instituta mora postojati saglasnost volja. Ipak, ova saglasnost volja nije puko prihvatanje, npr., dužnika da će se izvršenje neposredno sprovesti nad njegovom imovinom, već i realnost u kojoj se dužnik mnogo brže, ali i jeftinije oslobađa svoje obaveze. Naravno, moramo imati u vidu brojne praktične razloge u kojima se pravosudni sistemi svih zemalja koje su primenile pravilo Evropskog izvršnog naslova oslobađaju komplikovanih procedura i skupih postupaka najpre priznanja, a potom i izvršavanja stranih sudskih ili drugih odluka (arbitražne te javnobeležnička akta).

Dakle, sasvim sigurno je da je Evropski izvršni naslov jedan nov ali veoma prikladan i delotvoran pravni institut kojim se postiže ubrzavanje postupka, smanjivanje troškova nepotrebnog rada sudova na priznavanju stranih odluka i sasvim sigurno jačanje međusobnog poverenja između zemalja članica Evropske unije. Naravno on je samo prvi korak u konstituisanju novog Evropskog pravosudnog sistema kome se svakako teži. Zbog toga su tvorci ideje Evropskog izvršnog naslova isti ograničili samo na nesporne stvari, dakle kada se radi o priznanjima, poravnanjima ili kada je kao što je naznačeno pribavljena saglasnost nosioca određene obaveze.

I na samom kraju, izneli bismo svoje mišljenje da bi ovaj institut morao biti postepeno uveden u naš pravni sistem. S obzirom na činjenicu da težimo harmonizaciji prema evropskoj porodici naroda, na samom početku zakonodavac bi trebalo da prizna Evropski izvršni naslov, kao izvršnu ispravu u nas, bez obzira na činjenicu što se naše odluke u Evropi u ovom trenutku neće automatski primenjivati. "Prvi korak" svakako mora da učini onaj koji teži ka učlanjenju i približavanju pravosudnim standardima Evropske unije.

Takođe, naš pravni poredak mogao bi da uvede novi institut izvršne isprave koji bi po svojim elementima bio jednak elementima koje predviđa izvršni naslov. Taj institut nespornog izvršenja strane sudske odluke uz pribavljenu saglasnost onoga na koga se ona odnosi mogao bi se primenjivati na osnovu bilateralnih ugovora ili na osnovu multilateralnih ugovora. Tako na primer Srbija bi mogla sa zemljama iz regiona da sačini bilateralne ili multilateralne ugovore kojim bi dolazilo do priznanja i neposrednog izvršenja stranih odluka tih zemalja koje bi se po osnovu reciprociteta obavezale na isti stepen primene prava kao i Srbija. Na ovakav način bismo u mnogome ubrzali proceduru, pojeftinili postupak, ali i rasterećili sudove. Takođe, treba reći da bismo na taj način postigli i brže kretanje roba i kapitala. Na primer sa Crnom Gorom, Republikom Srpskom, Bosnom i Hercegovinom ili drugim zemljama u okruženju sa kojima postoje dobri politički, ali i ra-

zvijeni ekonomski odnosi mogli bi se urediti ugovorom odnosi o priznavanju međusobnih odluka po principu Evropskog izvršnog naslova.

U svakom slučaju čini nam se da se Evropski izvršni naslov kao izuzetno dragocen pravni institut primiće našem pravosudnom sistemu. Čini nam se takođe da bi bilo jako dobro da se on detaljnije izučava, da se o njemu diskutuje u stručnoj javnosti, te da se po potrebi on i normativno uvede u naš pravni sistem. Upoznavanje sa ovim dragocnim evropskim institutom i njegova eventualna primena u našem pravnom sistemu u mnogome bi pomogla u zaštiti prava građana i njihove imovine.

NEBOJŠA ŠARKIĆ LL.D.,

Professor, Faculty of Law, University Union, Belgrade

MILAN POČUČA LL.D.,

Professor, Faculty of Law, University Bussines Academy, Novi Sad

EUROPEAN ENFORCEMENT ORDER

Summary

Being aware that the traditional attitude towards the judiciary, the indisputable differences to legal systems, cultural and traditional differences between member countries, can not immediately cancel nor for the citizens would be acceptable that the traditional attitude towards the judicial system changes hastily. That is why the creators of the idea of European Confederation wisely figured out and they made the first, but certainly a very important step towards the harmonization of the judicial system. The European executive title, as it was told, was conceived as an automatic execution of the decision in the so-called. Uncontested matters.

In this paper we explain in detail, what are executive document, which decision can be classified into the category of potential European executive title, and then which are preconditions for the European executive title existence.

GOCE GALEV

POLITIKA ZAŠTITE POTROŠAČA U EVROPSKOJ UNIJI I U REPUBLICI MAKEDONIJI

U V O D

Potrošački pokret, zaštita i promocija prava i interesa potrošača danas predstavlja jedan od osnovnih obeležja savremenih demokratija u svetu. Konzumerizam, kao pokret za zaštitu potrošača javlja se početkom prošlog veka u Sjedinjenim američkim državama kao rezultat nezadovoljstva određenim pojavama u društvenom sistemu i institucionalnoj postavljenosti. Između ostalog, izraženiji su bili: velika potrošačko-informativna praznina u kontekstu velikog broja ponuđenih proizvoda na tržištu, nezadovoljstvo kupljenim proizvodima i različita tržišna sagledavanja učesnika na tržištu. Potrošački pokret u 60-im godinama prošlog veka dobiće podsticaj i moralnu podršku od strane tadašnjeg predsednika, Džona F. Kenedija sa njegovom istorijskom Deklaracijom o četiri osnovna prava potrošača, predstavljena Kongresu SAD-a, 15. marta 1962. godine. Svi mi, po definiciji smo potrošači, bila je poruka kojom je predsednik Kenedi otvorio Kongres, istaknuvši da je to najveća ekonomska grupacija koja utiče i na koju utiču sve javne i privatne ekonomske odluke.

Ipak, to je jedino važna grupa... čija se mišljenja i pogledi najčešće ne slušaju. Predsednik Kenedi je bio prvi svetski lider koji je prezentirao svoju političku viziju o pravima potrošača i prepoznao važnost potrošača kao grupacije, istaknuvši da se moraju doneti pravne odredbe sa ciljem obezbeđivanja potrošača

sledećim osnovnim pravima: pravo na bezbednost, pravo na informiranost, pravo izbora, kao i pravo potrošača da budu saslušani. Dokaz o velikoj važnosti Deklaracije predsednika Kenedija je i fakt da je 15. mart proglašen kao Svetski dan potrošača, ne samo u Americi, već i u celom svetu.

Vodeći računa o interesima i potrebama potrošača svih zemalja, osobito zemljama u razvoju, kao i o potrebi promovisanja na pravedan i održljiv ekonomski i socijalni razvoj, a imajući u vidu Deklaraciju o četiri potrošačka prava iz 1962. godine, Generalna skupština Organizacije Ujedinjenih nacija (UN), 9. aprila 1985. godine Rezolucijom 39/248 usvojila je *Smernice o zaštiti potrošača*. Na osnovu Smernica UN-a, potrošački pokret, sa podrškom organizacije *Consumers International* sačinila je set od osam osnovnih potrošačkih prava, a to su: pravo na informiranost; pravo izbora; pravo potrošača da budu saslušani; pravo na nadoknadu štete; pravo na obrazovanje i pravo na zdravu životnu sredinu. Smernice za zaštitu potrošača iz 1985. godine su izvršile snažan uticaj pri oblikovanju i pravcima zaštite potrošača na evropskom nivou, rezultirajući njenim priznavanjem kao jedna od službenih politika Evropske unije.

Politika zaštite potrošača Evropske unije predstavlja kombinaciju političkih, ekonomskih i pravnih kriterijuma, usmerenih ka stalnim unapređivanju položaja potrošača, kao grupe ekonomskih činioca koja *de facto* ne poseduje specifično znanje o volumenu ekonomskih transakcija, povezujući argumente za zaštitu potrošača zajedno sa argumentima o uspostavljanju i funkcioniranju unutrašnjeg tržišta, opravdavajući povezanost sa potrebom Evropske unije za zajedničkom zaštitom potrošača na visokom nivou, kao i slobodni protok robe i usluga na integriranom unutrašnjem tržištu.

Naime, s jedne strane, politika zaštite potrošača i je potkrepujuća politička mera budući da utiče, uprkos podeli na unutrašnjem tržištu svih 28 zemalja-članica Evropske unije i izrazito pridonosi stvaranju unutrašnjeg tržišta sa oko 500 miliona potrošača. Unutrašnje tržište generira korist za potrošače, obezbeđujući slobodan izbor proizvoda i usluga sa najboljim kvalitetom, najstrožim bezbednosnim standardima i po najkonkurentnijim cenama, bez carinskih i poreznih opteređenja, bez razlike na poreklo i nacionalnost učesnika na tržištu. Sa druge strane, saglasno čl. 169 Dogovor za funkcionisanje EU DFEU-a (nekadašnji čl. 153 DEZ-a) ima samostalnu ulogu u obezbeđivanju visokog nivoa zaštite potrošača na unutrašnjem tržištu kreiranjem savremenog pravnog okvira za zaštitu zdravlja, bezbednosti i ekonomskih interesa potrošača, kao i unapređenje prava informisanja, edukacije i organizacije za zaštitu njihovih interesa. Politika zaštite potrošača je prisutna i u drugim političkim oblastima koje doprinose poboljšanju pozicije potrošača. Na taj način, interesi potrošača postaju važan faktor u identifikovanju političkih rešenja, odnosno njihova povezanost sa drugim politikama postaje suštinska komponenta kreiranja politike zaštite potrošača. U Akcionom planu za potrošačku politiku u periodu 1999-2001. (Consumer Policy Action Plan 1999-

2001) naglašava da ako potrošači žele da budu u ulozi ravnopravnih učesnika u društvu da se u tom kontekstu mora razumeti međusebna povezanost između njihovih interesa i interesa drugih ljudi.

Podrška dimeziji potrošača na unutrašnjem tržištu proizlazi, isto tako, sa trima strateškim ciljevima Strategije politike zaštite potrošača Evropske unije za period 2007-2013, a to su: jačanje pozicija potrošača sa pravilnim izborima, tačne informacije, transparentnost tržišta i poverenje koje proizlazi iz efektivne zaštite; poboljšanje blagostanja potrošača u pogledu cena, izbora, kvaliteta, raznolikosti, dostupnosti i bezbednosti, i naposljetku, efikasna zaštita potrošača od ozbiljnih rizika i pretnji sa kojim se oni ne mogu spraviti kao pojedinci, u smeru podizanja njihovog samopouzdanja. Danas, u Evropskoj uniji postoje deset osnovnih principa politike zaštite potrošača koji priilaze iz brojnih pravnih regulativa o zaštiti potrošača. Uglavnom, potrošačko zakonodavstvo može da se podeli u tri grupe: prva, koja reguliše kontrolu kvaliteta i bezbednost proizvoda i usluga namenjenih potrošačima, druga, koja uređuje pravo informisanja i edukaciju potrošača, kao najbolja odbrana od neodgovarajućih roba i usluga, i treća, koja obuhvata pravila o dogovorima između potrošača i profesionalaca, na osnovu kojih potrošači kupuju potrebnu robu i usluge. To su sledeći principi: 1. svako ima pravo da kupuje gde želi i šta želi; 2. ako ne funkcioniše, vrati nazad; 3. visoki standardi za bezbednost hrane i robe za široku potrošnju; 4. svako teba da zna šta jede; 5. dogovori moraju da budu fer prema potrošačima; 6. ponekad, potrošači mogu da promene mišljenje; 7. upoređivanje cena na lakši način; 8. potrošai ne smeju biti dovedeni u zabludu; 9. zaštita za vreme odmora, i 10. efektivna kompenzacija za prekogranične sporove.

Cilj rada je teoretsko-normativni pregled o politici zaštite potrošača kao jedna od službenih politika Evropska unije, razvijena u merama, aktivnostima i mehanizmina institucija, u primarnom i sekundarnom pravu Evropske unije i kroz praksu Evropskog suda pravde, i na kraju, obaveza Republike Makedonije kao zemlje-kandidata za punopravno članstvo u Evropskoj uniji za izgradnju konzistentne i efikasne zaštite potrošača, sa usaglašavanjem standarda zaštite potrošača u Republici Makedoniji sa standardima Evropske unije.

Istorijski razvoj zaštite potrošivača u EU

Rimski ugovor iz 1957¹ godine i konsekvntno stvaranje Evropske ekonomske zajednice (u daljem tekstu EEZ) čine polaznu osnovu za razvoj politike zaštite potrošača u Evropskoj uniji. Ugovor je bio fokusiran na ideji ekonomske integracije, razvojem ekonomske i pravne osnove o uspostavljanju zajedničkog tržišta sa slobodnim protokom robe, lica, usluga i kapitala između zemalja-članica, u

¹ Treaty establishing the European Economic Community (EC Treaty), signed in Rome on 25 March 1957 OJ C 340/03.

uslovima slobodne konkurencije, kao ključno pitanje u uspostavljanju zajedničkog tržišta. U preambuli Ugovora se navodi da je jedan od osnovnih ciljeva EEZ-a “stalno unapređenje uslova života i rada svih građana”. To proizilazi i iz člana 2: Potreba za kreiranje sistema prava i politike zaštite potrošača prvi put se pominje kao element politike Evropske ekonomske zajednice na Samitu u Parizu, oktobra 1972. godine, kada zemlje-članice pokreću ideju razvoja sveobuhvatne socijalne politike na evropskom nivou, a samim tim i proširenje zaštite potrošača u ekonomskoj sferi socijalne dimenzije.²

Kao rezultat ovako izražene političke volje šefova država i vlada zemalja članica EEZ, institucijama Zajednice upućen je zahtev o pripremi akcionog programa sa rokom do 1. januara 1974, koji je, između ostalog trebao da obezbedi praktične mere i sredstva za *jačanje i koordinaciju aktivnosti za zaštitu potrošača* na nivou Zajednice.³ Na osnovu smernica utvrđenih na samitu u Parizu i člana 2 Ugovora o EZ, 1973. godine Komisija je Odlukom 73/306/EEZ osnovala Konsultativni komitet za potrošače. Inicijative za “meko pravo” kao rezultat Smernica datim na Pariskom samitu 1972. godine.⁴ Iako nije imao zakonski obavezujući karakter, doprineo je unapređenju zaštite potrošača kroz definisanje smernica za razvoj politike za zaštitu potrošača, dajući podsticaj za promene u Rimskim ugovoru iz 1957. godine. Prvi program za zaštitu potrošača, koji proizilazi iz povoljne političke atmosfere sedamdesetih godina prošlog veka, jeste Rezolucija Saveta za preliminarni program Evropske ekonomske zajednice o politici zaštite i informisanju potrošača, usvojen 14. aprila 1975. godine,⁵ na osnovu predloga dostavljen Komisiji EEZ 5. decembra 1973. U ovom dokumentu se pridaje značaj “Povećani prava potrošača”, uspostavljajući politički okvir za stvarnu zaštitu potrošača.⁶ U preambuli Rezolucije se navodi da: “Unapređenje kvaliteta života je jedan od zadataka Zajednice. To podrazumeva zaštitu zdravlja, bezbednost i ekonomske interese potrošača, a njihova realizacija zahteva da se politika zaštite potrošača i informisanja implementiraju na nivou Zajednice”.

² Bourgoignie Thierry, Trubek M. David, “Consumer Law, Common Markets and Federalism in Europe and the Unites States”, Germany, 1986, str. 98.

³ Poopširno za ova: *Meetings of the Head of States or Government, Paris, 19 - 21 October 1972, The First Summit Conference of the Enlarged Community, Conclusion of the Preparatory Work*, Bull. EC 10 - 1972, str. 19.

⁴ Commission Decision 73/306/EEC of 25 September 1973 relating to the setting up of a Consumers Consultative Committee, OJ No L 283, 10.10.1973.

⁵ Council Resolution of 14 April 1975 on a preliminary programme of the European Economic Community for a consumer protection and information policy, OJ C 92/1 25.04.1975.

⁶ Information for adoption by the Council of a preliminary programme for a consumer protection and information policy, Brussels, April 1975, str. 1.

Preliminarni program EEZ-a o politici zaštite i informisanja potrošača iz 1975, je kamen temeljac zakonodavstva zaštite potrošača u Evropskoj zajednici, iako u režiji ekonomske integracije, u skladu sa članom 2.⁷ Ugovora o EZ. Prema rečima Weatherill-a, to je relativno ambiciozna agenda, izgrađena na percepciji da je interesovanje potrošača karakterističan element društva.⁸ Naime, u tački 3 Aneksa jasno se navodi da: “Na potrošača se više ne vidi samo kao na kupca ili potrošača robe i usluga za lične, porodične ili grupne ciljeve, već kao na osobu koja se odnosi na različite aspekte društva, a mogu da utiču direktno ili indirektno na njega kao kupca.”

Prvi preliminarni program EEZ politike zaštite i informisanja potrošača je prosleđen Rezolucijom Saveta od 19. maja 1981, u drugom (petogodišnjem) programu politike Evropske ekonomske zajednice o zaštiti i informisanju potrošača.⁹ Njegova svrha je da omogući Zajednici da nastavi i intenzivira svoje mere u oblasti informisanja i zaštite potrošača, kao i da uspostavi uslove za poboljšanje komunikacije između potrošača, s jedne, i proizvođača i trgovaca s druge strane. I pored toga što nemaju obavezujuće pravno dejstvo, inicijative “mekog prava” nisu u potpunosti uklonjene iz pravnog efekta. To je najočiglednije u sudskom predmetu *GB-INNO-BM v. Confédération du commerce luxembourgeois*,¹⁰ u kontekstu tumačenja člana 30. Ugovora o EZ o kompatibilnosti ove odredbe sa nacionalnim propisima o oglašavanju. Evropski sud pravde, u ovom slučaju naglašava “postojanje bliskog odnosa između zaštite potrošača i pružanja informacija potrošačima” sadržanih u programu iz 1981. godine. Po mišljenju Suda: “Mere koje su preduzete ili planirane u skladu sa preliminarnim programom može da poboljša položaj potrošača štiteći zdravlje, bezbednost i ekonomske interese potrošača, pružajući im neophodne informacije i obrazovanje, dajući im glas u odlukama koje ih uključuju”. Kroz inicijative za “meko pravo” dolazi do izražaja dodatni potencijal Zajednice u oblasti zaštite potrošača, dajući Zajednici ovlašćenje da inicira mere za zaštitu potrošača, odnosno Komisiji je dodeljen mandat da preduzima aktivnosti u ovoj oblasti. Štaviše, inicijative za “meko pravo” imaju indirektan uticaj na nacionalnom nivou, odnosno obezbeđuju nacionalnim organima zemljama članica sveobuhvatni kod za zaštitu potrošača, ali i kao koristan vodič ili kao

⁷ Preliminary programme of the European Economic Community for a consumer protection and information policy, Annex, OJ C 92/2, 25.04.1975.

⁸ Weatherill Stephen, “EU Consumer Law and Policy”, Edward Elgar Publishing, UK, 2005.

⁹ Council Resolution of 19 May 1981 on a second preliminary programme of the European Economic Community for a consumer and information policy, OJ C 133/1, 19.05.1981.

¹⁰ Judgment of the Court of 7 March 1990, Case C-362/88 *GB-INNO-BM v. Confédération du commerce luxembourgeois*, ECR I - 667, stav 14-16.

podsticaj za akciju, a doprinosi, u izvesnoj meri, uniformnom planiranju nacionalnih politika o potrošačima.¹¹

*Usklađivanje nacionalnog zakonodavstva država članica
i zaštita potrošača*

Većina zakonodavnih aktivnosti zajednice koje su se odnosile, odnosno uticale na zaštitu potrošača vođeni su u procesu ekonomske integracije na tržištu, uglavnom kroz mere u cilju usklađivanja nacionalnih pravila. Za ovu svrhu, Zajednica, u prvom preliminarnom programu za zaštitu i informisanje potrošača od 1975. godine, ne samo da definiše šta se podrazumeva pod pet osnovnih prava, već isto tako, definiše načine i sredstva za ostvarivanje, putem harmonizacije ili u nekim slučajevima strogo sa merama Zajednice.¹² Tako, na primer, *pravo na zdravlje i bezbednost potrošača* postiže se harmonizacijom nacionalnih prava. Za ostavriavanje *prava na zaštitu ekonomskih interesa potrošača*, metodi mogu biti dvojaki: putem harmonizacije ili kroz usvajanje direktnih mera na nivou Zajednice. Ostvarivanje *prava na naknadu štete* ostaje odgovornost svake države članice, s tim što Zajednica, ako je to potrebno, može da predstavi predloge za poboljšanje postojećih sistema i njihovu upotrebu. Usklađivanje nacionalnih prava je postignuto direktivama koje su usvajane ili u okviru Programa Zajednice u cilju zaštite i informisanja potrošača ili u kontekstu drugih politika Zajednice, kao i putem sudske prakse Evropskog suda pravde. Prema jednoj podeli, postoje tri različite tehnike harmonizacije, a to su: maksimalna (celosna) harmonizacija, optimalna harmonizacija i minimum harmonizacije.¹³ O maksimalnoj (celosnoj) harmonizaciji se govori kada se različita nacionalna prava zemalja članica u određenoj oblasti zamenjuju jedinstvenim evropskim pravom, pritom ne ostavljajući prostor za delovanje od strane država članica.

Shodno tome, maksimalni standard prilagođavanja sprečava države članice da odstupe od njih, odnosno njihove zakonske nadležnosti u tom slučaju su praktično iscrpljene i ne postoji mogućnost za utvrđivanje različitih rešenja od utvrđenih. To znači da kada Evropska unija deluje u oblastima sa podeljenom nadležnošću primenom principa maksimalne harmonizacije, države članice gube pravo da sa svoje strane uspostave dodatne standarde koji bi mogli biti potrebni da odgovore na specifične situacije u pojedinim državama. U ovakvoj situaciji, "usagla-

¹¹ Supra note, 15, str. 99.

¹² Supra note, 19, str. 2-3.

¹³ Supra note. 106, str. 592-600.

šeni standardi su utvrđeni relevantnom direktivom, eliminišući nacionalne standarde, postojeće ili buduće, bez obzira na to da li su viši ili niži od usaglašenih”.¹⁴

Kod *optimalne harmonizacije* direktive obezbeđuju usklađenost standarda, profesionalcima (trgovacima) je pružena mogućnost da odluče da li će pratiti takve standarde. O ovim smernicama, karakteristična je klauzula slobodnog kretanja (free movement clause). U slučaju optimalnog usklađivanja, postoji konkurencija standarda, odnosno novi usklađeni standardi koegzistiraju sa nacionalnim, tako da se nacionalni standardi ne eliminišu, čak i ako su manji od usaglašenih. Naime, u skladu sa “scenarijom suživota”: profesionalci (proizvođači i trgovci), ukoliko trguju na domaćem tržištu, slobodni su da odluče da li će koristiti usklađene standarde ili će nastaviti da primenjuju nacionalne propise, bilo da su strožiji ili blaži od prvih, a ukoliko učestvuju u prekograničnim transakcijama, da primenjuju harmonizovane standarde.¹⁵

Na kraju, principom *minimalne harmonizacije*, nacionalna pravila koja su manja od harmonizovanih standarda navedenih u direktivi “automatski se eliminišu i zamenjuju se usklađenima”.¹⁶ U ovoj tehnici harmonizacije, države članice su slobodne da uvedu ili zadrže strožije standarde kako bi se osiguralo pravilno funkcionisanje nacionalnih tržišta. Takva Evropska minimalna pravila su “izraz principa proporcionalnosti”,¹⁷ jer i pri minimalnim standardima, Sporazum nameće ograničenja aktivnostima zemljama članicama, a Komisija mora biti obaveštena, dok Evropski sud pravde testira proporcionalnost mera.

Cassis de Dijon i zaštita potrošača u kontekstu zabrane kvantitativnih ograničenja na uvoz robe

Suštinske odredbe u ugovorima, dizajnirane da uklone prepreke i zabrane u slobodnom kretanju robe i slobode pružanja usluga, su instrumenti za zaštitu potrošača “skrivenog tipa”,¹⁸ a doprinose poboljšanju položaja potrošača u integraciji unutrašnjeg tržišta. Svrha zabrane kvantitativnih ograničenja je sprečavanje država članica u angažovanju novih strategija koje imaju za cilj uvođenje dažbina na robu koja se uvozi ili ograničavanje slobodnog protoka robe kroz mere koje imaju isti efekat.¹⁹

¹⁴ Ganuza Juan Jose, Gomez Fernando, “*Optimal Harmonized Standards for Promoting Cross-Border Trade*”, Universitat Pompeu Fabra and Barcelona GSE, Spain, December 2009, str. 12.

¹⁵ Supra note, 187, str. 19-20.

¹⁶ Supra note, 187, str. 14.

¹⁷ Supra note, 140, str. 2.

¹⁸ Supra note, 11.

¹⁹ Craig Paul, Grainne de Burca, “*EU Law, Text, Cases and Materials*”, Fourth Edition, Oxford University Press, 2007, str. 666-722.

U tom smislu, važan je sudski slučaj *Procureur du Roi v. Dassonville*,²⁰ iz 1974. godine, u kontekstu krivičnog postupka gde su dva trgovaca izvršili uvoz škotskog viskija iz Francuske, ne posedujući sertifikat britanskih vlasti. Po belgijskom zakonu, proizvodi koji nose poreklo mogu se uvoziti samo sa sertifikatom zemlje izvoznice, potvrđujući pravo na takvo označavanje. Tokom krivičnog postupka, koji je pokrenut u Belgiji, pokazalo se je vrlo teško dobiti takvu potvrdu, s obzirom da je roba već u slobodnom prometu u trećoj zemlji, odnosno u Francuskoj. Nakon razmatranja okolnosti slučaja, sud je konstatirao da zahtev za sertifikat za poreklo robe predstavlja ekvivalentnu meru, odnosno da su "sva trgovska pravila, usvojena od strane zemalja članica, odgovorni da prouzrokuju ograničenje, direktno ili indirektno, stvarno ili potencijalno, trgovina unutar Zajednice, treba posmatrati kao mere koje imaju isto dejstvo kvantitativnim ograničenjima".²¹ To sugerise da je efekat nacionalnih mera značajan, gde je čak i diskriminatorna namera nepotrebna, tako da definicija ne pravi razliku između uvezene i domaće robe.²²

Štaviše, po mišljenju Suda, "jer Zajednica nije uspostavila sistem koji će potrošačima garantovati autentičnost porekla proizvoda, države članice mogu da preduzmu mere u tom pravcu, ukoliko su razumni i da sredstva potrebna kao dokaz o poreklu ne predstavljaju ograničenje ili barijera za trgovinu, disutupni na raspolaganju svim građanima Zajednice".²³ Uklanjanje diskriminatornih trgovinskih barijera je neophodan uslov za postizanje integracije unutrašnjeg tržišta. Međutim, to nije dovoljno, jer postoje pravila koja ne prave razliku između dobara u zavisnosti od zemlje porekla, ali koji ipak predstavljaju stvarnu prepreku za kretanje robe između država članica. Ovo je izraženo u Direktivi 70/50 / EEZ o ukidanju mere koje imaju isto dejstvo kao i kvantitativna ograničenja.²⁴ Dok, slučaj *Dassonville* iz 1974. godine usvojio je pravilo koje pokriva nediskriminatorne mere, sudska praksa koja je usledila - sudski postupak *Rewe - Zentrale AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, poznat i kao *Cassis de Dijon*,²⁵ spaja doktrinu *Dassonville-a* i Direktivu 70/50 / EEC u konceptu da poređenje između situacije u

²⁰ Judgment of the Court of 11 July 1974, Case C-8/74 *Procureur du Roi v. Benoit and Gustave Dassonville*, ECR 837.

²¹ Ibid, stav 5.

²² Supra note, 46, str. 669.

²³ Supra note, 47, stav 6.

²⁴ Commission Directive 70/50/EEC of 22 December 1969 on the abolition of measures which have an effect equivalent to quantitative restrictions on imports and are not covered by other provisions adopted in pursuance of the EEC Treaty, OJ L 013, 19.01.1970.

²⁵ Judgment of the Court of 20 February 1979, Case C-120/78 *Rewe - Zentrale AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)*, ECR 649.

kojoj se nalazi domaći i uvezeni proizvod jeste uvek prisutan.²⁶ Dakle, diskriminacija je dovoljan, ali ne i neophodan uslov za pozivanje na tadašnji član 30 DEZ-a.²⁷ U čuvenom *Cassis de Dijon*, tužilac (Rewe - Zentrale AG) namerava da uvozi pića “*Cassis de Dijon*” u Nemačku iz Francuske. Nemačke vlasti su odbile da dozvole uvoz, jer francuska pića nisu imala dovoljnu sadržinu alkohola da bi se prodavali u Nemačkoj, jer po nemačkom zakonu, alkoholna pića moraju da imaju sadržaj alkohola od 25%, dok su francuska pića sadržala alkohol između 15% i 20%. Tužilac je tvrdio da nemačko pravilo predstavlja “meru sa ekvivalentnim efektom” na kvantitativna ograničenja uvoza (MEQR), prema tadašnjem članu 30. Ugovora o EZ, jer sprečava francusku verziju pića da se zakonski prodaje u Nemačkoj. Vlada tadašnje SR Nemačke je iznosila različite argumente, opravdavajući primenu odredaba koje se odnose na minimalni sadržaj alkohola povezanih zaštitom javnog zdravlja s jedne strane, i zaštitom potrošača i nepoštenih tržišnih praksi, sa druge strane. U pogledu zaštite potrošača, Vlada je istakla da određivanje donje granice sadržaja pojedinih likera dizajnirana da zaštite potrošače od nepoštenih poslovnih praksi proizvođača i distributera alkoholnih pića. Ovaj argument je zasnovan na činjenici da smanjenje sadržaja alkoholnih pića obezbeđuje konkurentsku prednost u odnosu na pića sa većim sadržajem alkohola, jer je alkohol jedan od skupljih proizvoda zbog visokih poreza. Presuda *Cassis de Dijon*, je posebno važna iz nekoliko aspekata.

Prvo, potvrđuje i razvija presudu *Dassonville*: nekadašnji član 30 Ugovora o EZ može da se primeni na nacionalnim pravilima koja ne diskriminišu uvezene robe, ali koji sprečavaju trgovinu zato što su različiti od tržišnih pravila koja se primenjuju u zemljama porekla.²⁸

Drugo, usvaja princip uzajamnog priznavanja (*mutual recognition*), na osnovu kojih svaka neusaglašena oblast, svaka država članica je dužna da na svojoj suverenoj teritoriji prihvati proizvode koji su zakonski proizvedeni i distribuirani u drugoj državi članici, odnosno da *prodaja alkoholnih pića ne mogu biti predmet pravne zabrane za marketing pića sa manjim sadržajem alkohola od granica postavljenih u nacionalnim propisima*, osim ako se zemlja uvoza uspešno ne pozove na obavezne uslove.

Treće, obrazloženje za uvođenje obaveznih uslova je da mnoga tržišna pravila ograničavaju trgovinu, ali ipak neki služe kao objektivno opravdane svrhe. Evropski sud pravde (ESP) je u slučaju *Dassonville* uveo doktrinu “pravilo razuma” (*Rule of reason*), gde je zauzeo stav da “u nedostatku usklađenih pravila

²⁶ Andenas Mads, Wulf Henning Roth, “*Services and Free Movement in the EU Law*”, Miguel Poiares Maduro “3. Harmony and Dissonance in Free Movement”, Oxford University Press, Oxford, 2004, str. 43.

²⁷ Sega čl. 34 od DFEU (poranešen čl. 28 od DEZ).

²⁸ Supra note, 46, str. 679.

na nivou Zajednice, države članice u određenim okolnostima mogu da prihvata razumna tržišna pravila.” Ova se doktrina kasnije razvila u *Cassis de Dijon*, gde obavezni uslovi na osnovu kojih možemo opravdati prepreke za kretanje unutar Zajednice, a koje proizilaze iz razlika između domaćih zakona: fiskalni nadzor, zaštita javnog zdravlja, pravičnost tržišnih transakcije i zaštitu potrošača. Obavezni zahtevi u *Cassis de Dijon* su odvojeni od obrazloženja u članu 36 Ugovor o funkcionisanju Evropske unije (UFEU) (nekadašnji član 30 Ugovora o EZ), na osnovu koga: “Zabrane i ograničenja na uvezenu robu, izvezene robe i tranzita robe su opravdane na osnovu javnog morala, javne politike i javne bezbednosti; zaštite zdravlja i života ljudi, životinja ili biljaka; zaštite nacionalnog blaga umetničke, istorijske ili arheološke vrednosti; ili zaštite industrijske i komercijalne svojine. Ove zabrane i ograničenja ne predstavljaju sredstvo proizvoljne diskriminacije ili prikrivenog ograničenja trgovine između država članica. “ Izuzeci u *Cassis*-u se koriste samo u odnosu pravila koja ne diskriminišu, odnosno pravila koja ne prave razliku između domaće i uvezene robe (neusaglašena važeća pravila).

Na kraju, pristup ESP u ovom slučaju, dovodi do “negativne integracije”: neusaglašena primenljiva pravila će biti striktno neuporedljivi kada povređuju prekograničnu trgovinu, osim ako spadaju u obavezne uslove, odnosno da se nacionalna pravila ne primenjuju prilikom sprečavanja robe koja se legalno prodaje u jednoj državi članici, i da su predmet uvoza i prodaje u drugoj državi članici.

Osnovne karakteristike zaštite potrošača u Republici Makedoniji

Razvoj zaštite potrošača u Republici Makedoniji počinje nakon sticanja nezavisnosti u 1991. godini, iako do 2000. godine ova oblast nije bila posebno regulisana. Određeni aspekti u oblasti zaštite potrošača, pre svega zbog svog multidisciplinarnog karaktera, regulisani su drugim zakonima, kao što su Zakon o trgovini,²⁹ Zakon za standardizaciji,³⁰ Zakon o obligacionim odnosima³¹ iz 1978. godine i slično, onemogućavajući potrošače da budu obavešteni o svojim pravima u pravnom prometu robe i usluga, kao i pravnu zaštitu u slučaju nepridržavanja od strane trgovaca. Važan korak u razvoju zaštite potrošača je napravljen u 2000. godini, kada su makedonski zakonodavci u procesu usklađivanja nacionalnog zakonodavstva sa Evropskom unijom, uzimajući u obzir Smernice za zaštitu potrošača Ujedinjenih nacija usvojili prvi *Zakon da zaštiti potrošača* (u daljem tekstu:

²⁹ Zakon za trgovijata, Služben vesnik na R. Makedonija, br. 23/95, 30/95, 43/95, 23/99, 43/99, 6/02 i 38/03 (van snage).

³⁰ Zakon za standardizacija, Služben vesnik na R. Makedonija, br. 23/95 od 27.04.1995 (van snage).

³¹ Zakon za obligacionite odnosi, Služben list na SFRJ, br. 29/78, 39/85 i 57/89.

ZZP)³², a u 2002. godini i *Zakon o izmenama i dopunama Zakona o zaštiti potrošača*.³³ Ovim je zakonom, za prvi put u pravnom sistemu Republike Makedonije definisan pojam “potrošača”, definišu se osnovna prava i obaveze prilikom kupovine proizvoda ili usluga za svoje potrebe ili potrebe svoje porodice.

Takođe, utvrđuju se i oblici zaštite potrošača: prvo, definišu se prava udruženja potrošača; drugo, predviđa se osnivanje Saveta za zaštitu potrošača Vlade Republike Makedonije, opredeljuju se nadležnosti, a na kraju, sa državnim nadležnim organom i nadzor zakonitosti Zakona o zaštiti potrošača (Ministarstvo ekonomije, kao resornog ministarstva) za obavljanje inspekcijuskog nadzora (Državni tržišni inspektorat, Državni sanitarni i zdravstveni inspektorat i Državni inspektorat za životnu sredinu). Posebna pažnja na zaštiti potrošača u zemlji posvećuje se potpisivanjem *Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju* (u daljem tekstu SSP) između Republike Makedonije i Evropske zajednice i njenih država članica.

Naime, u članu 97 SSP se navodi da će strane-potpisnice sarađivati na usklađivanju standarda za zaštitu potrošača u Republici Makedoniji sa standardima Zajednice. Efikasna zaštita potrošača je neophodna kako bi se osiguralo funkcionisanje tržišne ekonomije, a ta zaštita zavisice od razvoja institucionalne i administrativne infrastrukture sa ciljem nadzora tržišta i sprovođenje zakona u ovoj oblasti. Nakon njegovog usvajanja, Zakon o zaštiti potrošača je obnovljen nekoliko puta. Prvi u 2007. godini³⁴, sa Zakonom o izmenama i dopunama Zakona o zaštiti potrošača urađene su preciznije dopune u pravcu njegove bolje primene u praksi, posebno u delu odgovornosti organa nadležnih za realizaciju zaštite potrošača u Republici Makedoniji, kao usklađenost sa Zakonom o prekršajima.³⁵ Sledeća promena je napravljena u 2008. godini³⁶, dok je u 2011. godini, Skupština usvojila Zakon o izmenama i dopunama Zakona o zaštiti potrošača³⁷, kojim se transponuje Direktiva 2005/29 Evropskog parlamenta i Saveta od 11.05.2005. godine, nesavesnog tržišnog ponašanja ka potrošačima od strane preduzeća na unutrašnjem tržištu, u odeljku III-a (“Nepošteno tržišno ponašanje”) i Direktiva 98/27 / EC Evropskog parlamenta i Saveta iz 19.05.1998. godine, koja se odno-

³² Zakon za zaštita na potrošivačite, Služben vesnik na R. Makedonija, br. 63/2000 od 29.07.2000 (von sila).

³³ Zakon za dopolnuvanje na Zakonot za zaštita na potrošivačite, Služben vesnik na Republika Makedonija, br.4 od 25.01.2002. god.

³⁴ Zakon za izmenuvanje i dopolnuvanje na Zakonot za zaštita na potrošivačite, **Služben vesnik** na R. Makedonija br.77 od 20.6.2007. god.

³⁵ Zakon za prekršocite, Služben vesnik na R. Makedonija, br. 62/2006 i 51/2011.

³⁶ Zakon za izmenuvanje na Zakonot za zaštita na potrošivačite, Služben vesnik na R. Makedonija, br. 103/08 od 19.8.2008. god.

³⁷ Zakonot za izmenuvanje i dopolnuvanje na Zakonot za zaštita na potrošivačite, Služben vesnik na R. Makedonija br.24 od 25.2.2011. god.

si na naredbe o zaštiti interesa potrošača, u odeljku III-b (“Kolektivna zaštita potrošača”).

U izveštaj o napretku Republike Makedonije u 2011. godini, ukazuje se da postoji napredak na usklađivanju *acquis-a*.³⁸ Kroz harmonizaciju makedonskog zakonodavstva za zaštitu potrošača sa potrošačkim zakonodavstvom Unije, stvara se sveobuhvatni pravni okvir za zaštitu ekonomskih interesa, zdravlje i bezbednost potrošača i efikasne pravne zaštite. Na taj način, u našem se pravnom sistemu preuzimaju evropske norme za ponašanje na tržištu, kako u pogledu informisanja, tako i u pogledu zaštite prava i interesa potrošača.

U tom smislu, osnovna prava potrošača, definisanih u ZZP³⁹ su: pravo na zadovoljavanje osnovnih potreba; pravo na zaštitu zdravlja i bezbednosti potrošača; pravo na informisanje prilikom kupovine proizvoda i usluga; pravo jednostranog raskida ugovora (pravo povlačenje ugovora); pravo na zaštitu od nepoštenih odredbi u ugovoru; pravo usklađenosti robe kupljene ugovorom; pravo na zaštitu potrošača od nesavesnog tržišnog ponašanja preduzeća; pravo na organizovanje potrošača; pravo na obrazovanje potrošača i pravo na efikasni pravni lek. Pored Zakona o zaštiti potrošača, kao osnovnog zakona u oblasti zaštite potrošača, najpre zbog multidisciplinarnosti, određeni aspekti ovog područja regulisani su drugim zakonima i propisima. To proizlazi iz člana 2. stav 1. ZZP-a: “Primena odredaba ovog zakona neće uticati na prava koja potrošači imaju na osnovu drugih zakona”. Među njima važniji su: Zakon o obligacionim odnosima⁴⁰; Zakon o zaštiti potrošača u ugovorima za potrošačke kredite⁴¹; Zakon o finansijskim uslugama na daljinu⁴²; Zakon o turizmu⁴³; Zakon o bezbednosti proizvoda⁴⁴.

ZAKLJUČAK

Tridesetogodišnji razvoj zaštite prava potrošača u Evropskoj uniji ovo je područje podigao na nivo zvanične politike, razvijena u odlukama, merama, aktivnostima i mehanizmima institucija Evropske unije, odnosno u primarnom i sekun-

³⁸ *Izveštaj za napredokot na Republika Makedonija 2011 godina*, vo prilog na soopštenieto na Komisijata do Evropskiot parlament i do Sovetot, Strategija za proširuvanje i glavni predizvici 2011-2012, KOM (2011) 666, Brisel 12.10.2011. god.

³⁹ Služben vesnik na R. Makedonija, br. 38/2004, 77/2007, 103/2008 i 24/2011.

⁴⁰ Služben vesnik na R. Makedonija, br. 18/2001, 4/2002, 5/2003, 84/2008, 81/2009 i 161/2009.

⁴¹ Služben vesnik na R. Makedonija, br. 63/2007 i 17/2011 (von sila).

⁴² Služben vesnik na R. Makedonija, br. 158/2010

⁴³ Služben vesnik na R. Makedonija, br. 62/2004, 89/2008, 12/2009, 17/2011, 47/2011 i 53/2011.

⁴⁴ Služben vesnik na R. Makedonija, br. 33/2006, 63/2007, 24/2011, 51/2011 i 148/2011.

darnom pravu kroz sudsku praksu Evropskog suda pravde. Hronološki, razvoj politike zaštite potrošača u Evropskoj uniji može se posmatrati kroz različite vremenske periode, kroz uticaj na brojne političke, ekonomske i socijalne faktore. Rimski sporazum iz 1957. godine o osnivanju Evropske ekonomske zajednice je polazna tačka, kao ilustracija sporog razvoja evropske politike zaštite potrošača.

Ideja i potreba o stvaranju prava i politike zaštite potrošača u Evropskoj ekonomskoj zajednici, ambiciozno se postavlja na političkoj sceni sedamdesetih godina i posebno tokom osamdesetih godina prošlog veka, u kontekstu ekonomske integracije i kontinuiranog poboljšanja životnih uslova u Zajednici (član 2 Ugovora o EZ). U cilju unapređenja zaštite potrošača u ovom periodu, u velikoj meri doprinosi slučaj *Cassis de Dijon*, koji priznaje zaštitu potrošača kao *obavezan uslov*, na osnovu kojeg se može ograničiti slobodan protok robe unutar Zajednice, u pogledu postojanja raznih tržišnih pravila u nacionalnom zakonodavstvu država članica.

Nema sumnje da su devedesete godine prošlog veka najznačajnije za politiku zaštite potrošača u Evropskoj uniji. U ovom periodu, položaj potrošača se značajno poboljšava, aktivno kristeći privilegije unutrašnjeg tržišta u službi njihovih interesa. Taj položaj rezultira priznanje o zaštiti potrošača kao eksplicitnu odgovornost Evropske unije, uveden Ugovorom iz Mاستrihta 1993. godine. U narednom periodu, Ugovor iz Amsterdama za 1999. godine, dalje razvija osnovni cilj Evropske unije za postizanje visokog nivoa zaštite potrošača i priznaje povezanost interesa potrošača i drugih politika i aktivnosti Evropske unije.

Danas, politika zaštite potrošača je utvrđena oblast politike, tako da Lisabonski sporazum iz 2009. godine samo potvrđuje glavne ciljeve i aktivnosti za ostvarenje prenumeriraniot člana 169 iz UFEU. Lisabonski sporazum zaštitu potrošača ubraja u oblasti podeljene nadležnosti između Evropske unije i država članica, u skladu sa članom 4 (2) UFEU. U ostvarivanju osnovnih ciljeva politike zaštite potrošača: zaštite zdravlja, bezbednosti i ekonomskih interesa potrošača, kao i unapređenje prava na informisanje, obrazovanje i organizovanje u cilju zaštite interesa, Evropska unija je, pre svega, usmerena na pitanja uspostavljanja i funkcionisanja unutrašnjeg tržišta i promovisanja konkurencije, dok su države članice fokusirane na pitanja koja se odnose na opšte blagostanje, životni standard nacionalnih potrošača i funkcionisanje nacionalnih tržišta.

Nacionalni interes i strateški cilj Republike Makedonije za članstvo u Evropskoj uniji, a u isto vreme i jačanje vladavine prava, demokratije i tržišne ekonomije, zahteva mere koje treba preduzeti u kreiranju i postizanju konzistentne politike zaštite potrošača, koja, kao deo ekonomske politike zemlje, igra važnu ulogu. Usvajanje prvog Zakona o zaštiti potrošača u 2000. godini, po ugledu na potrošačka zakonodavstva Evropske unije i Smernicama za zaštitu potrošača OUN, Re-

publika Makedonija postepeno gradi savremeni okvir za zaštitu prava i interesa potrošača. Ovim zakonom u našem pravnom sistemu se definiše termin “potrošač” i opredeljuju prava i obaveze u pravnom prometu roba i usluga za sopstvene potrebe ili potrebe svoje porodice.

Ipak, posebnu pažnju i interesovanje za zaštitu potrošača u zemlji posvećuje se nakon potpisivanja Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju u 2001. godini. Na osnovu preuzetih obaveza iz člana 97 USP-a, Republika Makedonija ima aktivan odnos u pogledu usklađivanja standarda za zaštitu potrošača u zemlji sa standardima Evropske unije. To je u početku dovelo do usvajanja novog Zakona o zaštiti potrošača, 2004 (38/2004, 77/2007, 103/2008 i 24/2011), kojim se transponuju odredbe četrnaest potrošačkih direktiva Evropske unije, čime je stvoren savremeni pravni okvir za zaštitu prava i interesa potrošača, kao učesnika u prometu roba i usluga. Osim toga, Zakon o zaštiti potrošača je pravni osnov za kreiranje i realizaciju efikasne i konzistentne potrošačke politike čiji je cilj pružanje jače tržišne pozicije potrošača putem njihovog obrazovanja, blagovremene i tačne informacije i u tom smislu, ostvarivanje svojih prava, kao jedan od osnovnih uslova funkcionisanja tržišne ekonomije. U tom smislu, na predlog Ministra ekonomije, Vlada Republike Makedonije je usvojila Program za zaštitu potrošača, za period od dve godine, kako bi se obezbedile koordinirane aktivnosti sprovođenja potrošačkog zakonodavstva u zemlji, u interesu svih građana, kao potrošača.

Zaštita potrošača u Republici Makedoniji je institucionalizovana u radu dva sektora: organi državne uprave i druga tela i organi javnog sektora koji deluju na nacionalnom i lokalnom nivou (vladin sektor), kao i nevladine organizacije koje rade u oblasti zaštite potrošača (nevladin sektor). U najnovijem izveštaju Komisije o napredku Republike Makedonije se kaže da je postignut izvestan napredak u oblasti zaštite potrošača. Međutim, obaveza na poboljšanju uslova u ovoj oblasti je i dalje velika, jer efikasna zaštita potrošača ne samo da garantuje bolji kvalitet života građana, nego i jača tržište održavanjem ravnoteže između interesa trgovaca i potrošača, kao i opšti ekonomski razvoj Republike Makedonije. U tom cilju, kao i zbog potrebe za kontinuirano praćenje standarda Evropske unije u oblasti zaštite potrošača, po našem mišljenju, aktivnosti treba da budu usmerene na:

1. Dalji razvoj zakonodavstva potrošača u zemlji, kako bi se obezbedila celosna pravna formulacija i vladavina zakona u ovoj oblasti, zbog zdravlja i sigurnosti, ekonomskih interesa, kao i pravne zaštite potrošača. U tom smislu, potrebno je dalje usaglašavanje nacionalnog zakonodavstva sa novim direktivama Evropske unije koja nije transponovana u aktuelnom zakonskom okviru, i to sledeće: Direktiva 2006/114/EC Evropskog parlamenta i Saveta od 12. decembra 2006. godine o lažnom i komparativnom oglašavanju (kodifikovana verzija Direktive 84/450/EEZ o lažnom i komparativnom oglašavanju); Direktiva 2008/122

/EZ za timeshare ugovore (kojom se ukida prethodna Direktiva 94/47/EZ o zaštiti kupca u pogledu određenih aspekata ugovora koji se odnose na kupovinu prava na korišćenje nepokretne imovine u određenom vremenskom rasporedu); Direktiva 2011/83/EZ o pravima potrošača (dopuna Direktive Saveta 93/13/EEZ i Direktiva 1999/44/EZ Evropskog parlamenta i Saveta, a prestaje da važi Direktiva Saveta 85/577/EEZ i Direktiva 97/7/EZ Evropskog parlamenta i Saveta). Takođe, postojeći pravni okvir ne obuhvata Regulativu (EZ) 2006/2004 o saradnji nacionalnih organa nadležnih za sprovođenje pravila za zaštitu potrošača.

2. Dalje unapređenje institucionalnog okvira za zaštitu potrošača na nacionalnom i lokalnom nivou i veća međusebna povezanost i saradnja svih zainteresovanih strana o zaštiti potrošača, odnosno Vlade i nevladinih organizacija, u cilju postizanja veće efikasnosti. Naime, u cilju efikasnog sprovođenja pravila zaštite potrošača utvrđen Zakonom o zaštiti potrošača i drugim zakonima i propisima, akcenat treba staviti na: a) stvaranje i realizaciju politike aktivne zaštite potrošača, na nacionalnom i na lokalnom nivou, kao i jačanje administrativnih kapaciteta na nacionalnom i lokalnom nivou; b) uspostavljanje mehanizama za komunikaciju i protok informacija između organa za sprovođenje nadzora nad tržištem i dalje preduzimanje koordinirane akcije kako bi se obezbedio visok nivo zaštite potrošača i bezbednosnih standarda roba i usluga i v) jačanje međusebne povezanosti i saradnje nosilaca zaštite potrošača (vladin i nevladin sektor) u razvoju i sprovođenju programa za zaštitu potrošača. Pored sistema pravne zaštite prava potrošača potrebno je nastaviti sa promocijom i unapređenjem alternativnih načina rešavanja potrošačkih sporova, kako bi se osiguralo da su prava potrošača efikasno zaštićena i poštovana.

3. Ojačati poziciju potrošača na tržištu, prvenstveno kroz preventivne zaštite, ili kroz edukaciju, savetovanje i obrazovanje potrošača. Obrazovanje i informisanje potrošača i prodavca omogućava svesnost o tržišnoj ekonomiji, upoznavanje sa svojim pravima i obavezama, kao i donošenje informisanih i racionalnih odluka pri izboru roba i usluga. Medijske kampanje bi omogućile javnosti da se upoznaju sa pravima potrošača, značajom i ulogom u civilnom društvu i tržišnoj privredi Republike Makedonije.

GOCE GALEV, LL.D.,
Assistant Professor, FON University in Skopje

CONSUMER PROTECTION IN THE EU
AND THE REPUBLIC OF MACEDONIA

Summary

The Article provides theoretical and normative review with regard to the protection of consumers as an official policy of the European Union. Specifically, the author explores the measures, activities and mechanisms of Union's institutions within the primary and secondary law and practice of the European Court of Justice. Furthermore, in this context the obligations of Republic of Macedonia are considered as country candidate that aspires to build system for consistent and efficient protection of consumers that is fully harmonized with prescribed rules of European Union law.

ŠESTA KATEDRA

**PRAVO NA PRAVNU
DRŽAVU**

RODOLOFO SAKO

PRAVO I PRINCIP DOBRE VERE¹

POJAM OBJEKTIVNE DOBRE VERE

Zakonodavci ne definišu dobru veru. Pravo se suočilo sa idejom “dobre vere” nakon što je ona nastala u društvenom životu. Zbog toga definisanje dobre vere znači utvrđivanje šta ta reč znači u misli i u jeziku koji su u svakodnevnoj upotrebi u društvu.

U svim jezicima koje poznajem govori se o dobroj veri i o lošoj veri u dva različita značenja. U subjektivnom smislu dobra vera predstavlja jedno psihičko stanje neznanja ili zablude (onaj ko je u dobroj veri ne zna da stvar pripada vlasniku). U objektivnom smislu dobra vera je jedno pravilo koje zabranjuje određene nelojalne i nemoralne radnje. Ovde nas pre svega interesuje ovo drugo značenje izraza.

U pravničkoj terminologiji govori se o lošoj veri u brojnim slučajevima: postoji loša vera ako se radi o prevari učinjenoj da bi se sebi koristilo na štetu drugog, ili učinjenoj samo sa ciljem da se drugome pričinii šteta; postoji loša vera

Dr Rodolfo Sako, Univerzitet u Torinu, Akademija Lincej, višestruki Dr. H.c. – *Sa italijanskog preveo dr Aleksandar Sekulović.*

¹ U srpskom zakonodavstvu se izrazi “dobra vera” i “loša vera” retko koriste. Zakon o obligacionim odnosima govori o “dobroj veri” samo u članu 258. Duhu srpskog jezika više odgovaraju termini “savesnost” i “nesavesnost” koje koristi Zakon o svojinsko-pravnim odnosima (“savestan držalac stvari”, “savestan graditelj”). Ipak, poštujući dominantnu italijansku praksu, ovde su termini “buona fede” i “mala fede” doslovno prevedeni. (Napomena prevodioca)

kada se ne radi baš o prevari već o promeni faktičkog stanja suprotno početnom poverenju (na pr, poverilac učini skupljim i težim ispunjenje duga od strane dužnika; postoji loša vera ako neko zaključi ugovor koristeći se slabošću ili nepoznavanjem jezika ili neiskustvom suprotne strane (kao što su deca, stranci itd); u lošoj veri je i onaj ko je (namerno, pa čak i nenamerno) zadobio nečije poverenje a zatim ne haje što suprotna strana, koja se pouzdala u poverenje, trpi zbog toga štetu i gubitke (u pravu se to javlja kroz princip “*nemo potest contra factum proprium venire*”).

Nema loše vere ako je onaj ko vara suprotnu stranu i sam u zabludi. On može biti odgovoran po osnovu krivice, ali za njega nećemo reći da je u lošoj veri. Za pravo nije od značaja ona loša vera kod koje nema štete za žrtvu.

Drugim rečima, princip dobre vere kažnjava prevaru ili izigravanje poverenja učinjenih namerno i sa štetnim posledicama.

PRINCIP DOBRE VERE I PRAVO

Pozitivno pravo i princip dobre vere najčešće teže istim rezultatima. U pozitivnom pravu, u njegovim građanskim i krivičnim normama, centralno mesto zauzima kažnjavanje nehatnih i prevarnih radnji koje uzrokuju nepravednu štetu. U nekim zemljama pozitivno pravo sankcioniše štetnu namernu radnju i kad je ona suprotna dobrim običajima (tako BGB § 826).

Imajući u vidu tu premisu treba reći da u brojnim slučajevima princip dobre vere neće biti primenjen iako se stanje stvari podudara sa zakonskom normom koja se poziva na dobru veru. Stoga, unutar izvesnih granica, zakon *mora* da ustanovi izvesne kočnice zaštititi dobre vere.

Dobra vera traži zaštitu poverenja. Zakon odlično zna važnost poverenja, ali ga ograničava. On želi da se data reč poštuje i zaista poštuje ugovor, generalno gledano. Ali kada poštovanje date reči vodi jasnom gubitku, ili kad se reč omakla nekom psihički slabom subjektu, ugovor, uprkos važnosti poverenja, ne obavezuje uvek (videti pravila o besteretnom davanju, o ugovoru zaključenom od strane deteta ili psihički obolelog).

Ako idemo dalje u ovom pravcu, možemo ponekad videti da bi, u sporu između dva lica, svako od njih moglo da se pozove na zaštitni princip dobre vere. Kada trgovac ugovara sa maloletnikom, poverenje je dvostrano i dobra vera pruža obema stranama argumenat da brane valjanost ugovora, ali maloletniku pruža i argumenat da opozove preuzetu obavezu. U takvom slučaju odlučujuće je ono što kaže pozitivno pravo (ili barem neki kriterij kojim se dopunjava čist princip dobre vere).

Nakon ovih premisa možemo pristupiti analizi.

U jednom sistemu, u kome se pravo pretežno sastoji od zakona, pozivanje na dobru veru je moguće ako u zakonskom tekstu postoji upućivanje na nju. Pravo Evropske unije pruža značajne primere u tom smislu.

Ali i tada, kada u zakonskom tekstu nema izričitog upućivanja, princip dobre vere može da utiče na formiranje drugih deontoloških sistema na koje zakon upućuje (na pr, dobri običaji). Uostalom, svi mi znamo da zakon, iako je stvara-lac prava, ima potrebu da bude dopunjen tumačenjem, a to tumačenje će se obaviti uz pomoć svega onoga što stoji na raspolaganju onome ko tumači zakon. A kako njemu zabraniti, kada se nađe u teškoćama, da posegne za kriterijumom dobre vere ako on može da mu pomogne?

Ukoliko slika koju sam izložio prikazuje ulogu koju norma o dobroj veri ima u jednom pravnom sistemu zasnovanom na zakonima, sada sam dužan da izložim situacije koje se razlikuju od te šeme.

Pre svega, neki značajni sistemi (zasnovani na common law) dozvoljavaju sudiji da se pozove na neku nepisanu normu, ali koja mora biti u saglasnosti sa vrednostima ugrađenim u sistem putem prethodnih (obavezujućih) sudskih odluka. U takvom slučaju, odnosi između norme koju sudija još nije definisao i principa dobre vere, postaju elastični. Pravnik bi rekao da će u takvom slučaju rešenje biti onakvo kakvo nameće princip dobre vere, ali to rezonovanje ne vodi nužno takvom rešenju. Prvi put kada je neki engleski sudija priznao obaveznost obećanja (makar obrazloženog nekim consideration), on je proglasio jedno novo pravilo u common law; ali, jasno je da se to pravilo sukobljava sa principom dobre vere. Mogli bi smo ovo razmatranje da proširimo na brojne estoppel, reliance i mnoga druga pravna sredstva.

Pogledajmo sada ono što možemo naći u jednom kodifikovanom sistemu. Tu se može dogoditi da sudija, ako želi da odbije zahtev zasnovan na principu dobre vere, tvrdi da je dobra vera povređena samo onda ako je povređena neka precizna pravna norma (to je u Italiji uradio Kasacioni sud svojim odlukama 357/63 i 3250/77). S druge strane, može se dogoditi, u slučaju koji je precizno regulisan pisanim zakonom, da se donese osuđujuća ili oslobađajuća odluka potpuno u skladu sa tom normom, ali da se obrazloženje, umesto na pisanu normu, poziva na dobru veru.

U svakom slučaju, zakonska norma o dobroj veri nalazi se u solidnom zdravlju. Ko pristupa njenom kodifikovanju ne čini to da bi je negirao, već da bi joj obezbedio centralnu poziciju: treba videti Principe Unidroit 2000, čl.1.7. (2); PDEC, anex 1, čl. 2(3).

PRINCIP DOBRE VERE I DRUGE "GENERALNE KLAUZULE"

Princip dobre vere, u kodifikovanim sistemima, je jedna tipična "generalna klauzula", kao što su javni poredak, dobri običaji, dostojanstvo, razboritost, zloupotreba prava.

Kako se on razlikuje od drugih klauzula?

Naravno, razne klauzule se razlikuju jedna od druge. Ali treba odmah dodati da se svaka od njih u velikoj meri nameće onim drugima. Mesto koje pripada principu dobre vere vezano je za činjenicu da on, čini se, pogađa samo zlu nameru, a ne i nehat. Ipak, već smo videli da se značaj, koji najpoznatiji pravni poreci pridaju pojavnom obliku i *factum proprium*, ne zasniva na zakonu već na principu dobre vere, što znači da on deluje i onda kada nema zle namere.

Na čisto deskriptivnom planu možemo reći da imamo pozivanje na javni poredak i dobre običaje naročito kada se radi o slobodi ugovaranja, da pozivanje na zloupotrebu prava imamo onda kada se radi o sadržini apsolutnih prava, dok se dobra vera priziva u oblasti ugovornih obligacija.

PRIGOVORI PRINCIPU DOBRE VERE I NJEGOVE GRANICE

Već sam rekao da u sistemu zasnovanom na common law sudija, kada odlučuje o pitanju za koje još nema presedana, može dozvoliti da ga pritom vodi kriterij dobre vere, a da to ne kaže izričito. Iz toga ne treba zaključiti da engleski i američki sudija ne poznaju doktrinu dobre vere! Uniform Commercial Code (§ I-304) i Restatement (Second) of Contracts (§ 205) dodeljuju joj važne zadatke.

Međutim, u toj kulturi princip dobre vere mora da vodi računa o nekim primedbama pravnika. Pomenuo sam već da je vokacija principa dobre vere da interveniš pre svega u oblasti obligacija i ugovora. A u Engleskoj pravnik ne voli ako neka ugovorna odredba, koju su ugovorne strane želele, bude suviše izložena paternalističkim kontro-odredbama koje formuliše sudija prilikom tumačenja i procene teksta ugovora, ili pak da njihova primena zavisi od sudije pozvanog da proceni izvršenje ugovorenog posla.

DA LI VOLJA UGOVORNIH STRANA MOŽE DEROGIRATI PRINCIP DOBRE VERE?

Pravna nauka je postavila i zatim razradila jedno važno pitanje. Da li mogu ugovorne strane, nekim ad hoc ugovorom ili jednom njegovom odredbom, da se oslobode principa dobre vere?

Među pravnicima nema saglasnosti. Čak i unutar istog sistema sreću se potpuno suprotne pozicije.

Uopšte uzev, izgleda da se romanski pravnik opredeljuje za ništavost odredbe kojom se isključuje princip dobre vere. Uzmimo kao primer Francusku. Može se reći da svi teoretičari prihvataju tu tezu (ovde ću se pozvati samo na Terre', Sincler, Lequette, *Les obligations*, 11. ed. Dalloz, 2013, n. 439), što čine i kada to izričito ne kažu. Za francuskog tumača zakona merodavan je čl. 1134 code Nap. stav 3 "(Les conventions) doivent être exécutées de bonne foi" i kod njega nema izričitog izjašnjavanja o nekim drugim mogućim primenama tog pravila.

U društvima common law srećemo drugačiji stav. Tu se teoretičari pretežno opredeljuju za derogaciju: za SAD dovoljno je navesti Farnsworth, *Good Faith Performance and Commercial Reasonableness* u: U.Ch.L.Rev., 1963, str.666; za Englesku videti: Whittaker, *Good Faith, Implied Terms and Commercial Contracts*, u L.Q.R., 2013, str. 467 i tako dalje. Sudska praksa zauzima promenljive stavove.

O ovom pitanju mogu biti korisne izvesne opservacije.

Pre svega, ako se ugovorna strana ne bi mogla odreći zaštite koju joj pruža princip dobre vere, s obzirom da princip dobre vere podrazumeva poštenje a o poštenju se ne može pregovarati, takva propozicija mogla bi da nas dovede do vrlo teških posledica. Mi dobro poznajemo primenu *vanpravnog* kriterija dobre vere, ali takođe dobro poznajemo i one primene kriterija dobre vere koje je zakonodavac pretvorio u pravne norme: na pr., odgovornost prodavca za skrivene mane stvari; zabrana prodavcu nekog preduzeća da bude konkurent kupcu; neograničena odgovornost hotelijera za stvari koje su mu poverene na čuvanje. Ako se zaštita po osnovu dobre vere ne bi mogla derogirati, onda se ne bi mogle derogirati ni one pravne norme koje prati neko identično paralelno pravilo zasnovano na dobroj veri, jer se neko može odreći sredstva zasnovanog na zakonu, ali ne i sredstva zasnovanog na *honeste vivere*. To znači da se ne bi mogla derogirati ni odgovornost za skrivene mane prodane stvari, ni zabrana konkurencije, ni odgovornost za čuvanje stvari, o kojima smo upravo govorili.

S druge strane, u mnogo slučajeva odredba o derogaciji briše suprotnost između neispunjenja i dobre vere. Ako Ticijan proda životinju i oslobodi se odgovornosti za mane, kupac zna da bi životinja mogla da ima neku manu ali je samim tim isključena prevara koja predstavlja suštinu loše vere.

Svakako, odredba o derogaciji biće ništava u brojnim slučajevima, naročito u dve varijante.

Pre svega, kršenje dobre vere biće vrlo često istovremeno i prekršaj dobrih običaja ili javnog poretka.

S druge strane, klauzula o derogaciji je važna sa stanovišta odgovornosti za umišljaj. Ta odredba štiti nas od nehatnih posledica, ali nema nikakvog efekta kada se radi o zloj nameri.

U KOJIM OBLASTIMA DELUJE PRINCIP DOBRE VERE

Loša vera može zaviti u crno bilo koji međuljudski odnos i zbog toga lek zasnovan na principu dobre vere može da bude primenjen u različitim oblastima prava (tako u procesnom pravu, u ustavnom i administrativnom pravu). Ali, senzibilitet onoga ko tumači pravo dopušta mu da sam identifikuje oblasti u kojima je pozivanje na ovaj princip moguće i normalno.

Već sam pomenuo da su oblasti u kojima je najuočljivije korišćenje kriterija dobre vere upravo obligacije i ugovori.

Dobra vera govori sama za sebe kakva svojstva treba da ima ugovaranje. Evropska unija je stvorila pravo “potrošača” u kojem centralnu ulogu ima prepoznavanje onih odredbi u kojima se krije zloupotreba. Nad takvim odredbama visi potencijalna pretnja ništavosti jer lukava i koristoljubiva osoba želi da unese takve odredbe kako bi iskoristila neukost, neobaveštenost ili nezrelost suprotne strane. Ovo pravo potrošača našlo je direktan izraz u nemačkom pravu, u kome je to pitanje tretirano upravo sa stanovišta suprotnosti takvih odredbi sa principom dobre vere.

Još intenzivnije je prisustvo dobre vere u fazi tumačenja ugovora i popunjavanja njegovih praznina; tada zaista dobra vera vrši ulogu “dopunjavanja” volje ugovornih strana. I upravo ta njena “dopunjavajuća” funkcija jeste ono što izaziva nepoverenje engleskih pravnika prema ovom institutu.

Naravno, ova dopunjavajuća funkcija ogleda se u saniranju praznina u tekstu ugovora; ogleda se takođe i u preciziranju načina ispunjenja onoga što se dužuje, a to će biti naročito važno tada kada je ispunjenje ugovora složeno i kada se odvija u dužem vremenskom periodu što znači da se mora prilagođavati okolnostima koje su podložne stalnim promenama; dobra vera će osobito biti korisna u slučaju kada se radi o nepredviđenim okolnostima koje nastaju tokom ugovornog odnosa; tada, u krajnjem slučaju, rešenje može biti da se sačini novi ugovor u skladu sa novim okolnostima.

SAŠA B. BOVAN

NAČELO SAVESNOSTI I POŠTENJA U SVETLU TEORIJE HERMENEUTIČKOG PRAGMATIZMA

U V O D

Načelo savesnosti i poštenja, kao manifestacija višeg principa pravde, temeljno je načelo ugovornog (obligacionog i privrednog) i uopšte privatnog (građanskog) prava. Njegove korene treba tražiti u principu *bona fides*, kada se radi o kontinentalnom pravu, odnosno u principu *good faith*, koji je njegov pandan u anglosaksonskom pravu.¹

Rimsko privatno pravo, još na svojim počecima, iznedrilo je pojam *fides* na kojem počivaju neformalni (*bonae fidei*) ugovori utuživi sa *iudicia bonae fidei*. U svom prvobitnom značenju, koje, na kraju krajeva, izgleda i ponajbolje izražava suštinu ovog načela, *fides* označava vernost zadatoj reči,² u smislu da savesnost kao etički i pravni standard predstavlja reakciju na svaki oblik doložnog ponašanja u pravnom (poslovnom) prometu.³ Do ovog značenja dolazimo, konačno,

Dr Saša B. Bovan, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

¹ O bliskosti, praktično istovetnosti ovih principa, pogotovo kada se posmatraju u kontekstu čitavog sklopa drugih principa koji imaju za cilj ostvarivanje ekvivalencije prestacija kod: Roy Goode, *The Concept of Good Faith in English Law*, Roma 1992, 6–10.

² Rudolf Meyer, *Bona Fides und Lex Mercatoria in der Europäischen Rechtstradition*, Dissertation, Göttingen 1994, 49.

³ To znači da savesnost i poštenje zahvata sve faze jedog ugovornog odnosa. Naime, jedna od bitnih dilema koja prati razvoj ovog pravnog instituta počev od antičkog prava nosi upit o tome da li se savesnost i poštenje odnosi samo na izvršenje ili i na zaključenje ugovora. Imajući u vidu inicijalno značenje pojma *fides* u rimskom privatnom pravu, kao i uobičajeno značenje pojma *good*

kada pojmu *fides* dodamo pridev *bona*, koji je zapravo suprotnost *mala fides*. Na kraju krajeva, tako je i Paulus odredio ovaj pojam u Digestama, kada kaže da je savesnost suprotna nepoštenju i prevari (*Fides bona contrarie est fraudi et dolo*, Paulus, D, 17, 2, 3, 3).

Posmatrano sa prirodnopravnog stanovišta, kada se moramo obratiti i starijim Grcima, princip savesnosti i poštenja jeste etički standard svekolike ljudske komunikacije, i kao takav, manifestacija je višeg principa pravde. O tome govori još Aristotel u svojim delima, i to ne samo povodom pravde kao najviše vrline i ključnog principa pravnog poretka, već i kada se izjašnjava o ugovornoj pravdi, odnosno o načelu savesnosti i poštenja, onako kako je ovo načelo kasnije formulisano kod Rimljana, ali i u modernom ugovornom pravu.⁴ Ovaj se princip može posmatrati i sa stanovišta političke filozofije, gde predstavlja jedno od bazičnih načela teorije društvenog ugovora, ili sa antropološkog stanovišta, kada je savesnost i poštenje, kao manifestacija više vrednosti pravde, etička brana čovekovoj kulturološkoj neograničenosti, odnosno brana maksimalističkom zadovoljavanju potreba (i na nivou vrste i na nivou pojedinca), koje kao zla kob prati razvoj društva, pogotovu onog utemeljenog na privatnoj svojini.⁵

faith, koje podrazumeva časne namere ugovornih strana prilikom zasnivanja nekog obligacionog odnosa, dalje, imajući u vidu značaj ovog pravnog instituta za oblast ugovaranja, kao i sestrinske odredbe koje regulišu savesnost i poštenje – pre svega one koje se odnose na mane volje – izgleda se može zaključiti, a tako je počev od R. Jeringa, da se savesnost i poštenje odnosi na čitav jedan pravni posao a ne samo na izvršenje ugovora. Detaljnije kod: Oliver Antić, "Savesnost i poštenje u obligacionom pravu", *Pravni život* 10/2003, tom II, 574–578.

⁴ Kada govori o pravdi u objektivnom smislu, Aristotel pod ovim pojmom podrazumeva određenu proporciju (srazmeru): Aristotel, *Nikomahova etika*, Beograd 1970, 118–119. Ovu je formulu Aristotel primenio i na sferu ugovornih odnosa kada kaže da se nijedna strana ne može bogatiti na račun druge: *Ibid.*, 21. Da je opšti princip pravde posmatrao i na ravni ugovornih odnosa jasno pokazuje i Aristotelova Retorika gde se kaže kako se sudija prilikom odlučivanja mora rukovoditi ne samo slovom ugovora već i načelom pravičnosti, naročito ako se ugovor temelji na prevari ili prinudi. Tu imamo već u gotovom obliku, kao u modernom pravu, načelo savesnosti i poštenja kao sankciju (etički korektiv) za doložno postupanje ugovornih strana: Aristotel, *Retorika*, Zagreb 1989,

⁵ Ovde polazimo od Gelenovog pristupa koji podrazumeva jedan antropološki pesimizam, kada se na čoveka gleda kao na biće koje odlikuje inherentna neumerenost, neobuzdanost i sve vrste izopačenja, koje naročito dolazi do izražaja sa pojavom privatne svojine: Arnold Gehlen, *Antropologische Forschung*, Hamburg 1972, 38. Negativna teorija čoveka se kod Gelena razvija na argumentaciji biološke antropologije a ne sa filozofskog stanovišta kao kod T. Hobsa, A. Šopenhauera ili F. Ničea. Stoga je ona naročito ubedljiva, a u ovom kontekstu jako pogodna za dublje obrazloženje načela savesnosti i poštenja, čak i u oblasti pozitivnog, u ovom slučaju, ugovornog prava. Naime, Gelen govori o tome kako je poredak utemeljen na pravilima i institucijama, najbolji lek za čovekovu kulturološku neograničenost: *Ibid.*, 38–39. U tom smislu treba tumačiti i reči E. Dirkema u njegovom znamenitom delu iz pravne antropologije (O podeli društvenog rada), kada govori o razbuktanju čovekovih strasti kao obliku kulturološke neograničenosti: Emil Dirkem, *O podeli društvenog rada*, Beograd 1972, 52, 317, i kada konstatuje da se ta neograničenost može ograničiti samo nekom jakim moralnom silom: *Ibid.*, 52–53.

U svakom slučaju, rana pojava, široka primena, te značaj koji se pridaje načelu savesnosti i poštenja u društvenoj teoriji, pogotovo u privatnom pravu gde je manifestacija ugovorne pravde, govore nam da prevarno postupanje kao aspekt čovekove kulturne neograničenosti (inherentne neumerenosti i razobručenosti svake vrste) zapravo predstavlja upečatljivo generičko svojstvo roda *Homo*, naročito izraženo u zasnivanju obligacionih odnosa. Tako je počev od najdalje prošlosti ljudskog roda, gdegod imamo svojinu i trgovinu, sa jasnom svešću o štetnosti takvih ponašanja za poslovni promet, nezavisno od toga da li ćemo takvu pojavu posmatrati i sa nekog šireg teorijskog stanovišta (na primer antropološkog, prirodnopravnog, sociološkog ili bilo kog drugog).

Teorijsko pozicioniranje diskusije o načelu savesnosti i poštenja u izloženom smislu nije tek prigodnog karaktera i nije pokušaj da se demonstrira neka intelektualna širina koje eventualno nedostaje pregaocima iz sfere pozitivnog prava, makar i na njihovom terenu. Naime, čini se da je ovakvo, na argumentima biološke i filozofske antropologije utemeljeno posmatranje čoveka, sa stanovišta antropološkog pesimizma,⁶ bitno za pokušaj dubljeg sagledavanja pravde kao univerzalnog principa na kojem se temelji društveni i pravni poredak, a pogotovo za razumevanje načela savesnosti i poštenja u pravnom prometu, kao manifestacije pravde u ugovornim odnosima. Tada, objašnjenje sadržine, funkcija i značaja ovog načela vezujemo za razne oblike doloznog ponašanja u poslovnom prometu, koje je bilo, od najranijih dana ljudskog roda, pravilo a ne izuzetak, a sve zbog delovanja "zakona hroničnosti" u izloženom smislu (zakon hroničnosti kao izraz čovekove kulturološke neograničenosti koja se u pozitivnom smislu izražava kroz samosvest i stvaralaštvo, a u negativnom smislu kao maksimalizam u zadovoljavanju potreba).⁷

Da dolozna ponašanja u pravnom prometu moramo posmatrati kroz prizmu ljudske nepouzdanosti, što znači da su takva ponašanja bila masovna i zabrinjavajuća, a ne sporadična i beznačajna, potvrđuje i pojmovni aparat koji se koristi u vezi načela *bona fides* u rimskom pravu, kao i shvatanja srednjovekovnih glosatora po ovom pitanju. Uobičajeni termin koji se koristi za pravaru u starom Rimu jeste, naravno, *dolus*. Međutim, postoji i termin *fraus* sa istom namenom, a najvažnije, kada se radi o ugovornim odnosima, pojam koji se koristi za dolozno

⁶ Kada se radi o filozofiji, ponavljamo, ovde ne mislimo na raniju moralističku filozofiju koja je iznedrila negativnu teoriju čoveka, već onu koja je kompatibilna sa antropološkim pesimizmom biološke antropologije. Na primer, kada se govori o apsolutizaciji želje (htenja) iz ugla dekonstrukcionizma. U našoj literaturi kod: Radoman Kordić, "Želja i pravda", *O pravdi i pravičnosti* (ur. Miloš Knežević), Beograd 1995, 184–193.

⁷ "Zakon hroničnosti" je sintagma kojom Gelen označava kulturološku neograničenost čoveka, odnosno tendenciju maksimalističkog zadovoljavanja poteba (apsolutizacija htenja, želja), kada se maksimalizam jednog čoveka ili društvene grupe suprotstavlja maksimalizmu drugih ljudi ili skupina: Arnold Gelen, *Čovek, njegova priroda i njegov položaj u svetu*, Sarajevo 1974, 366.

ponašanje u tim situacijama je i *invicem se circumscribere*.⁸ Postojanje ovog pojma i njegov značaj (pominje se i u Digestama), ukazuju verovatno na razne dileme i goruće potrebe pravne prakse da se suoči i uhvati u koštaca sa raznim i masovnim oblicima prevare u pravnom prometu. To potvrđuju i aktivnosti glosatora po ovom pitanju. Naime, pokušaji da se razrade odgovarajuće šeme savesnog ponašanja (držanje date reči, ispunjavanje ugovornih obaveza, izbegavanje da se suprotna strana dovodi u zabludu), kao i da se kategorizuju razni oblici nesavesnog ponašanja (uzročna i incidentalna prevara),⁹ uvođenje instituta *laesio enormis*, diskusije oko toga kako meriti prekomerno oštećenje odnosno kako se određuje pravična cena (*pretium iustum*) u ugovaranju,¹⁰ nedvosmisleno ukazuju na masovne prevare i učestalo izvrgavanje ugovora, odnosno, i generalno, na nizak stepen poslovnog morala, koji po nama, treba posmatrati pre svega sa antropološkog stanovišta u smislu koji je izložen. Najzad, činjenica da je načelo savesnosti i poštenja tokom razvoja privatnog prava artikulirano kroz niz posebnih pravnih instituta kojima se ograničava autonomija volje, regulišu mane volje, štiti ekvivalencija prestacija i slabija strana u jednom ugovornom odnosu, a da je ipak i dalje prisutno i kao posebno načelo ugovaranja koje omogućava pravnu zaštitu,¹¹ takođe, čini se ubedljivo, potvrđuje izloženi stav o masovnosti doložnih ponašanja u ugovornim odnosima, te da je razmatranje sadržine, funkcija i značaja načela savesnosti i poštenja možda ponajbolje posmatrati kroz prizmu jednog antropološkog pesimizma koji govori o hroničnoj neumerenosti i nezasitosti roda *Homo*.

Sve u svemu, posmatranje problematike u pitanju sa stanovišta antropološke sumnje u poštenje i razum ljudskog roda, a polazeći od argumentacije koju nam daje biološka antropologija, podrazumeva vezivanje načela savesnosti i poštenja za doložna ponašanja strana u ugovornom odnosu, koja, bez odgovarajućih etičkih korektiva i zakonskih sankcija, predstavljaju najveću opasnost za normalno odvijanje poslovnog prometa.

Polazeći od zauzete perspektive u nastavku rada biće reči o sadržini, funkcijama i značaju načela savesnosti i poštenja. Tome je posvećen sledeći odeljak ovog rada. Nakon toga, u trećem i ključnom odeljku biće govora o načinu primene ovog načela u pravnoj praksi imajući u vidu probleme sa kojima se tada susrećemo, pri čemu mislimo pre svega na izrazitu apstraktnost, odnosno sadržinsku neodređenost načela *bona fides*.

⁸ Vladimir Vuletić, "Od bona fides do načela savesnosti i poštenja", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 1/2010, 264–266.

⁹ *Ibid.*, 271–272.

¹⁰ Magdolna Sič, "Pravična cena (*pretium iustum*) i njena primena tokom istorije", *Zbornik radova Matice srpske za društvene nauke* 12/2006, 199–226.

¹¹ Magdolna Sič, "Trajne vrednosti rimskog prava", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* 3–4/2006, 395.

SADRŽINA, FUNKCIJE I ZNAČAJ NAČELA SAVESNOSTI I POŠTENJA
U UGOVORNOM PRAVU

Postoje autori koji smatraju da je jako teško definisati, odnosno odrediti sadržinu načela savесности i poštenja, pre svega zbog njegove izuzetne apstraktnosti i različitih pravnih tradicija zbog čega se njegova sadržina menja u prostoru i vremenu.¹² Međutim, da li je tako. Dovoljan je tek letimičan osvrt na neka od određenja suštine ovog načela u literaturi kako bi se otkrio njihov zajednički imenitelj, tj. sadržina načela savесности i poštenja. Na primer, u našoj literaturi, nailazimo na definicije gde se pod ovim načelom podrazumeva ekvivalencija i ravnoteža u ugovornim odnosima. Tako je, na primer, kod O. Antića, koji u tom smislu kaže da se pomoću ovog načela koriguje nelegitimna prednost jedne ugovorne strane, odnosno podređenost druge strane, koja uzrokuje imovinsko - pravnu neravnotežu u jednom ugovornom odnosu.¹³ Slično postupa B. Vizner kada kaže: "Pod načelom savесности i poštenja podrazumeva se otvorenost, iskrenost i pouzdanost jedne ugovorne strane u vreme zasnivanja određenog obligaciono - pravnog odnosa i njenu spremnost na valjano i potpuno ispunjenje ugovorom preuzetih obaveza, uz istovremeno očekivanje istog ponašanja i od strane saugovarača, koji treba da opravda poklonjeno mu poverenje svog saugovarača kroz svoju uzvratnu spremnost pridržavanja svega onog što od njega zahteva i proizilazi iz nastalog obligaciono - pravnog odnosa, kako bi se i on pokazao kao savесna ugovorna strana u ispunjenju svoje i zahtevanju tuđe ugovorne činidbe".¹⁴

Kako vidimo iz ovih definicija, doduše poprilično konfuznih, što ipak čudi s obzirom da se radi o istaknutim stručnjacima iz oblasti obligacionog prava, projevava ideja o savесности i poštenju kao potrebi uspostavljanja i održavanja ekvivalencije (ravnoteže) u odnosima između ugovornih strana. To je u najkraćem, nesporno, čak opšteprihvaćeno određenje sadržine načela savесности i poštenja.¹⁵

Međutim, ovo određenje nije zaokruženo u jednoj bitnoj stvari. Njime se ne ističe, u meri u kojoj je to potrebno, da načelo savесности i poštenja štiti ravnotežu u ugovaranju koja se narušava doložnim ponašanjem ugovornih strana, tj. raznim vrstama prevarnog ponašanja prilikom zaključenja i izvršenja ugovora. Kod autora koje smo pomenuli, a to je uobičajena praksa, ne pravi se dovoljno razlika između nečasnih namera ugovornih strana i raznih drugih situacija zbog kojih se može narušiti ravnoteža prilikom zasnivanja obligacionih odnosa, a koje su regulisane drugim institutima privatnog prava. Naprosto, savесnost i poštenje treba

¹² R. Goode, 30.

¹³ O. Antić, 567.

¹⁴ Boris Vizner, *Komentar zakona o obveznim (bligacionim) odnosima*, Zagreb 1978, 69.

¹⁵ U našoj literaturi isto i kod: Dragoljub Stojanović, *Savесnost i poštenje u prometu*, Beograd 1973, 140.

vezivati, kao što je uobičajeno još u rimskom pravu, sa razne oblike doloznog ponašanja, a ne za zahteve (standarde) poput razumnog postupanja, ponašanja dobrog domaćina, dobrog stručnjaka, ili za prosečno ponašanje prilikom zaključanja nekog ugovora.¹⁶

Polazeći od izloženog treba posmatrati i funkcije koje u ugovornom pravu vrši načelo savesnosti i poštenja. Kada funkcije ovog načela posmatramo samo kroz prvi deo formule (uspostavljanje ekvivalencije u postupku ugovaranja) može se reći da ovo načelo vrši dopunjujuću, korektivnu i odstupajuću funkciju u odnosu na zaključeni ugovor.¹⁷ Dopunjujuća funkcija znači da se polazeći od načela savesnosti i poštenja mogu izvesti sporedne obaveze koje nisu predviđene ugovorom ako je to u funkciji ispunjenja glavne obaveze. Korigujuća funkcija ovog načela se ispoljava u slučaju zloupotrebe prava, dok se odstupajuća funkcija sastoji u reformulisanju ugovornih odnosa kada nastupe promenjene okolnosti jer to nalaže savesnost i poštenje. Posmatrane u svom jedinstvu ove funkcije načela savesnosti i poštenja govore nam da ovo načelo omogućava i doprinosi stabilnosti pravnog poretka generalno, a pre svega u oblasti poslovnog prava.

Kada se načelo savesnosti i poštenja posmatra kroz drugi deo formule, kao pokušaj suzbijanja doloznih ponašanja ugovornih strana, njegova funkcija se sastoji u nužnoj socijalizaciji i moralizaciji pravnog poretka, naravno, pre svega u oblasti ugovornog prava.¹⁸ Tada se ovo načelo ispoljava kao ograničavanje autonomije volje ugovornih strana. U tom smislu, socijalizacija i moralizacija prava takođe se mora posmatrati kao pokušaj i napor uspostavljanja stabilnosti pravnog poretka.¹⁹ Pitanje koje se otvara povodom ove funkcije načela savesnosti i poštenja tiče se odnosa između dve ključne vrednosti pravnog poretka - pravde i pravne sigurnosti. Ovde se polazi od nesporne činjenice da se ovo načelo svuda, kao i u našem Zakonu o obligacionim odnosima (čl. 12. ZOO), izlaže u jednom apstraktnom obliku, što ga čini nejasnim sa stanovišta njegove sadržine, i što može dovesti do proizvoljnosti u njegovoj primeni - kada se ugrožava pravna sigurnost.²⁰ Međutim, ova je argumentacija u velikoj meri nedostatna, usuđu-

¹⁶ Na primer: Slobodan Perović, Dragoljub Stojanović, *Komentar zakona o obligacionim odnosima*, Beograd 1980, 130.

¹⁷ *Ibid.*, 110–111. Detaljnije o tim funkcijama prema rešnjima u uporednom pravu kod: V. Vuletić, 281–283.

¹⁸ Tako na primer K. Krome za ovo načelo kaže da je unutrašnji moralni zakon ugovornog prava: Carl Crome, *System der Deutschen Bürgerlichen Recht, bd. I (Einleitung und allgemeiner Theil)*, Tübingen 1900, 68.

¹⁹ Ukazujemo na pokušaje precenjivanja načela savesnosti i poštenja u izloženom smislu. Mislimo ovde na pristup, doduše kao usamljen primer, kada se ovo načelo posmatra kao faktor "vrlinizacione" prava. Tako kod: O. Antić, 578. Postavlja se naime pitanje šta bi u ovom slučaju vrlinizaciona prava predstavljala kao drugi ili viši kvalitet u odnosu na moralizaciju prava.

²⁰ R. Goode, 5–6, O. Antić, 571, S. Perović, D. Stojanović, 109.

jemo se reći i površna, između ostalog jer ne zahvata dijalektiku odnosa pravde i pravne sigurnosti. Naime, pravna sigurnost, apsolutizovana i posmatrana sama za sebe, može biti izvor velikih nepravdi, i pretvoriti se u svoju suprotnost - kada može biti izvor destabilizacije pravnog poretka,²¹ na isti način kao što stabilnost tog poretka ugrožava potraga za pravdom koja se izvrgava u sudijsku arbitrarnost i samovolju. Drugim rečima, ova dva principa se moraju posmatrati uvek u jedinstvu, kao dve strane jedne iste medalje, kada se međusobno dopunjuju i koriguju. Naravno, ostaje problem primene načela savesnosti i poštenja u pravnoj praksi. Tada govorimo o metodološkim funkcijama ovog načela, o čemu će biti reči u poslednjem odeljku ovog rada.

Polazeći od izloženog, potrebno nešto reći o i značaju načela savesnosti i poštenja, pre svega za oblast ugovornog prava. Tada, polazimo od zauzete perspektive u uvodnom odeljku, gde se načelo savesnosti i poštenja posmatra kao manifestacija višeg načela pravde, i to polazeći od antropološke perspektive u jednom specifičnom obliku (antropolški pesimizam zasnovan na argumentaciji biološke antropologije i socijalne biologije). Kada se radi o odnosu načela savesnosti i poštenja i pravde, u literaturi je nesporno da ovo načelo predstavlja manifestaciju pravde u ugovornom, i uopšte, građanskom pravu. Ovakav odnos između ovih termina potvrđuje i njihovo korišćenje u literaturi gde se oni, po pravilu, pojavljuju kao sinonimi.²² Da je njihova sadržina identična pokazuju i preovlađujuća određenja principa pravde. Iako pravda podrazumeva čitav splet značenja, s obzirom da se radi o jednoj od najkompleksnijih socijalnih ideja i jednom od najzamoršenijih teorijskih pojmova, najčešća su ona gde se pod pravdom podrazumeva izvesna srazmera i ravnoteža (*sum cuique tribuere*), čast i poštenje (*honeste vivere*), ili nepristrasnost i jednakost (*neminem leadere*). U svakom slučaju, sve su to značenja koja korespondiraju sa sadržinom načela savesnosti i poštenja, pa ne čudi njihova sinonimnost u upotrebi.

Prema tome, ako je pravda vrhovni princip svukupnog pravnog poretka (i šire, vrlina nad vrlinama - *iustitia est domina et regina virtutem*), na koji se mogu svesti svi ostali principi,²³ onda je savesnost i poštenje temeljno načelo privatnog (građanskog) prava. Kada se radi o principu savesnosti i poštenja nisu čak potrebne neke velike reči kojima bi se izrazio njegov značaj: naprosto, egzaktna potvrda značaja ovog načela proističe iz činjenice da ono predstavlja osnovnu ideju i drugih načela privatne grane prava (zabrana zloupotrebe prava, dobri poslovni obi-

²¹ Ne kaže se bez razloga, počev od Terencija, Kolumele i Cicerona: *summum ius, summa iniuria* – najveće pravo, najveća nepravda. O odnosu pravde i pravne sigurnosti u kontekstu maksime *summum ius summa iniuria* videti kod: Tamas Notari, "Napomene uz pravnu maksimu *summum ius summa iniuria*", Zbornik radova pravnog fakulteta u Novom Sadu, 3/2006, 107–120.

²² O. Antić, 577.

²³ O mogućnosti da se sve pravne vrednosti svedu na pravdu kod: Teodor Fiveg, *Topika i jurisprudencija*, Beograd 1987, 114.

čaji, javni poredak, itd.), što je njime prožeto čitavo građansko pravo kroz razne svoje odredbe i institute gde se neposredno ili posredno ispoljava prisustvo ovog načela.²⁴ Tada mislimo i na odredbe koje se odnose na pravičnost u pravnom poretku, pre svega u ugovornom pravu.²⁵

Međutim, vredi pokušati da zavirimo u još dublje slojeve ovog pojma, na primer, kada pravdu, a to znači i načelo savesnosti i poštenja, posmatramo iz antropološke perspektive u izloženom smislu. To znači da insistiramo na jednom antropomorfnom značenju pravde kada ona nije samo izvesna ekvivalencije u ljudskim odnosima, nego (u svakom slučaju polazeći ipak od pravde kao ekvivalencije), i sinonim za ljudsku društvenost i čovečnost uopšte. Drugim rečima, pravda je konačni cilj i sama suština pravnog i sveukupnog socijalnog poretka.

Polazeći od izloženog, čini se da pravdu, odnosno savesnost i poštenje u ugovornom pravu, treba nanovo uzdignuti na pijedestal apsolutne vrednosti i zaštitnice pravnog poretka. Pitanje je tada da li je stanje stvari u vezi pravde toliko loše da zahteva ovaj, skoro vapaj, protiv njene detronizacije. U tom pravcu, sasvim ukratko, ukazujemo na dva civilizacijska toka koja u svojoj suštini, podrazumevaju demisioniranje sveta utemeljenog na ideji pravde i prava. Jedan od tih tokova je uzeo maha u pravnoj teoriji, pre svega posredstvom antimetafizičke orijentacije pravnog pozitivizma koja je kulminaciju doživela u Kelzenovom osporavanju pravde, gde se izvodi zaključak da je pravda jedna prazna formula, kao i sve apsolutne kategorije kojima filozofija transcendirira stvarnost.²⁶ Poseban krak ovog toka unutar pravne teorije odnosi se na Perelmanov neuspeh da zasnuje logiku vrednosnih sudova i posledice tog neuspeha.²⁷ Drugi civilizacijski tok, ovde sasvim kratko, odnosi se na svet u svom suštastvu, svet čiji razvoj u doba postmoderne prevazilazi i najgora predviđanja pesimističkih teorija društva, razvoj koji se ogleda, što samo konstatujemo za potrebe ovog istraživanja, u nezapamćenoj, zabrinjavajućoj, opštoj i za budućnost sveta pogubnoj eroziji moralne i pravne svesti. Tada, borba za pravdu (a pravda po sebi podrazumeva, između ostalog, i značenje borbe), mora da postane najpreči zadatak čovečanstva. Na globalnoj

²⁴ Primeri za obligaciono pravo kod: O. Antić, 580. Primeri za u međunarodno privredno pravo kod: Milena Milutinović, "Načelo savesnosti i poštenja", *Pravni život* 10/2004, tom II, 437–438.

²⁵ O modalitetima primene pravičnosti u imovinskom pravu kod: Saša Bovan, "Pravičnost u pravnom poretku", *Pravni život* 9–14/2009, tom V, 292–293.

²⁶ Hans Kelzen, *Šta je pravda*, Beograd 1998, 19–20, 29. Unutar ovog toka, kao direktan udar na transcendentne kategorije u pravnoj teoriji, pominjemo i skandinavski pravni realizam, naročito kod A. Hegestroma i A. Rosa. O Rosovoj dekonstrukciji (demistifikaciji) pravde: Alf Ros, *Pravda i pravičnost*, Podgorica 1996, 302–323.

²⁷ Perelman kaže da su različiti ideali savršenog društva u krajnjoj liniji neodređeni, te da "treba zaista pristati na zaključak, tako neočekivan za zdrav razum, da su sve vrednosti podjednako proizvoljne i da se ni jedna od njih ne nameće racionalno": Haim Perelman, *Pravo, moral, i filozofija*, Beograd 1983, 41. Ovde se naravno nećemo upuštati u šire krugove pozitivističke filozofije, počev od Hjuma pa do Ejera, koji osporavaju moralnu filozofiju.

ravni, uzdizanje pravde na tron demijurga ljudske prakse zamišljamo kao jednu novu sakralizaciju pravde i pravičnosti u svim njenim oblicima, samo ne na temelju teizma, nego antropološke sumnje u čoveka. Psihološki efekat ovog procesa morao bi da bude ravan onom koji je imao tabu u svesti predistorijskog čoveka. To je pravda zasnovana ne na sili, nego na mitu – mitu antropološkog pesimizma (čovek je merilo zla), koji će pravdu utemeljiti i pozicionirati u kolektivnoj svesti čovečanstva dublje nego sila na kojoj pravda danas inače nužno počiva.²⁸ To je pravda utemeljena na strahu (tabu uvek počiva na strahu), ali ne toliko na strahu od sile, već na strahu od samoga sebe (od zla u nama).²⁹ Nužnost mitologizacije i apsolutizacije pravde u izloženom smislu potvrđuje i jedna od najstarijih latinskih izreka – Neka pravda bude zadovoljena, makar svet i propao (*Fiat iustitia pereat mundus*).

No, o svemu tome nekom drugom prilikom. Za potrebe ovog rada treba istaći da sadašnja pozicija načela savesnosti i poštenja u ugovornom pravu, oličena u paralelizmu, ali i simbiozi jedne generalne klauzule i mnoštva posebnih odredaba instituta kroz koje egzistira ovo načelo, sa tendencijom širenja njegovog uticaja, dovodi svet ugovora u povoljniju poziciju u odnosu na druge segmente pravnog poretka. Sigurno je razlog tome i ideja merkantilizma na kojoj se temelji poslovni promet od svojih početaka. No, kakogod, takvo stanje stvari treba podržati, a u sledećem odeljku biće reči o tome kako unaprediti primenu načela savesnosti i poštenja, čime bi se njegov autoritet dodatno ojačao, kako na ravni ugovornog prava, tako i na ravni čitavog pravnog poretka.

METODOLOŠKE FUNKCIJE NAČELA SAVESNOSTI I POŠTENJA

U ovom odeljku će biti reči o tome kako se načelo savesnosti i poštenja primenjuje u pravnoj praksi. Drugim rečima, metodološke funkcije načela savesnosti i poštenja ukazuju na činjenicu da pored regulisanja odnosa između ugovornih strana ovo načelo egzistira i kao jedan hermeneutički instrument čija je funkcija prevazilaženje njegove apstraktnosti i sadržinske neodređenosti. Na ovom mestu treba pokazati kako u ovim situacijama tradicionalni metodi tumačenja prava pokazuju svoju nemoć. U tom kontekstu, biće izložena teorija hermeneutičkog pragmatizma koja nam možda može pomoći da se suočimo sa ključnim problemima tumačenja prava, problemima koji iskrstavaju zbog promenjenih društve-

²⁸ Pozivajući se na Paskala, Derida govori o tome da pravdu i silu uvek “treba” posmatrati zajedno nezavisno od toga da li je to “treba” propisano onim “što je pravedno u pravdi ili onim što je nužno u sili”: Žak Derida, *Sila zakona – mistični temelj autoriteta*, Novi Sad 1995, 17.

²⁹ U tom smislu, ovaj rad se oslanja i na sociobiologiju, graničnu naučnu disciplinu zasnovanu na darvinističkoj paradigmi, gde se, prema tome, daje biološko objašnjenje etičkih kategorija. Za potrebe ovog rada, opšti okvir ove diskusije je odnos između agresivnosti i altruizma. Videti na primer kod: Gerhard Vollmer, “Sociobiologija i etika”, *Sociobiologija* (ur. D. Polšek), 301–313. Ludwig Siep, “Šta je altruizam?”, *Sociobiologija* (ur. D. Polšek, Zagreb 1997, 331–341.

nih okolnosti, opštosti pravnih normi i apstraktnosti pravnih standarda, i šire, zbog sadržinske neodređenosti vrednosti koje se štite pravnim poretom. Tada se ključni problem zapravo sastoji u pitanju kako prevazići sudijsku arbitrarnost koja se nadvija kao najveća opasnost prilikom tumačenja i primene pravnih normi, u ovom slučaju prilikom tumačenja i primene načela savesnosti i poštenja kao pravnog standarda (generalne klauzule).

Na značaj načela savesnosti i poštenja kao hermeneutičkog instrumenta prilikom tumačenja ugovora u izloženom smislu (sprečavanje arbitrarnosti u njegovoj primeni) ukazuju diskusije koje su se povodom ovog načela vodile prilikom usvajanja Konvencije UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe (Bečka konvencija) iz 1980. godine. Naime, postavilo se pitanje jednoobraznosti u tumačenju (primeni) Bečke konvencije (čl. 7, stav 1), tim pre što se u istom stavu ovog člana pominje princip savesnosti i poštenja koji predstavlja najveći izazov za tumačenje. Ovim su se zapravo otvorila vrata za diskusiju i dileme o jednoobraznosti u primeni Bečke konvencije, dileme koje se u najvećoj meri odnose na pitanje kako primenjivati načelo savesnosti i poštenja na jednoobrazan način, s obzirom na inicijalno značenje ove odredbe koja kaže da ugovore i ugovorne odredbe po ovoj konvenciji treba tumačiti polazeći od načela savesnosti i poštenja.³⁰ Ova dilema zapravo nosi pitanje u kojoj meri postojeće pravnohermeneutičke teorije mogu da odgovore na ovaj izazov. Tu mislimo na teoriju hermeneutičkog realizma, koja se u tumačenju prava ispoljava kao potenciranje jezičko - logičkog tumačenja, i teoriju hermeneutičkog relativizma, koja favorizuje teleološki kanon tumačenja.

Pre upuštanja u diskusiju na ovu temu još par napomena. Prva je tehničke prirode, i izražava stav da načelo savesnosti i poštenja u postupku njegove primene treba posmatrati kao blanketnu pravnu normu koja je nepotpuna i u pogledu dispozicije i u pogledu sankcije (najčešće – delimična ili potpuna ništavost ugovora). Druga napomena je zapravo konstatacija da naši sudovi izbegavaju da odlučuju na temelju ovog načela, već se više drže primene posebnih pravila koja imaju u tom smislu uži domašaj.³¹ Treća napomena nas dovodi do ključne teškoće prilikom primene načela savesnosti i poštenja. Naime, tada treba utvrditi kako neravnotežu u prestacijama, tako i krivicu druge strane, s obzirom da ovo načelo treba posmatrati kao reakciju za določna ponašanja ugovornih strana.³² Osim toga, imajući u vidu i čl. 13. ZOO koji reguliše zabranu zloupotrebe prava, te da se u odnosu na ovo pitanje kod nas prihvata objektivna teorija zloupotrebe prava,

³⁰ O nekim drugim dilemama vezanim za značaj načela savesnosti i poštenja kod: M. Milutinović, 434–480.

³¹ Miodrag Orlić, *Zaključenje ugovora*, Beograd 1993, 33.

³² Krivica se može sastojati u prikrivanju činjenica relevantnih za zaključenje ili izvršenje ugovora, u iskorišćavanju stanja nužde ili lakomislenosti odnosno neiskustva druge ugovorne strane (ovo poslednje najčešće kod zelenaških ugovora).

kao i bliskost načela savesnosti i poštenja i načela o zabrani zloupotrebe prava,³³ može se reći da kršenje načela savesnosti poštenja podrazumeva kako neposredno določna ponašanja ugovornih strana, tako i sva ona ponašanja koja su suprotna svrsi zbog koje je ustanovljeno neko subjektivno pravo. Treba istaći da postoje ugovori gde je relativno lako primeniti načelo savesnosti i poštenja. Takvi su na primer ugovori o zajmu koji predviđaju nerealnu (zelenašku) kamatu.³⁴

Međutim, postoji i niz drugih ugovora, koji se tumače pre svega polazeći od načela savesnosti i poštenja, kada je primena ovog načela otežana. Takvi su na primer ugovori o doživotnom izdržavanju, koji podrazumevaju aleatornost, i koji se zaključuju, najvažnije, s obzirom na lična svojstva ugovornih strana.³⁵ Ovde spadaju i dobročini ugovori, pre svega ugovor o poklonu, koji se takođe zaključuju s obzirom na lična svojstva ugovornih strana. Nezahvalnost poklonoprимca kod ovih ugovora, koja je osnov za raskid ugovora o poklonu, predstavlja zapravo primenu načela savesnosti i poštenja.³⁶ Obaveza naknade štete u korist poklonoprимca, kada je ovaj imao posebne troškove vezane za predmet poklona, takođe će se procenjivati najčešće sa stanovišta načela savesnosti i poštenja (zapravo, kada u ovim situacijama primenimo neki drugi pravni institut, u njegovoj pozadini gotovo se po pravilu krije načelo savesnosti i poštenja). Naravno, najčešće su u pitanju ugovori o prodaji gde se raznim vrstama prevarnih radnji može narušiti ekvivalentnost u davanjima. Ovo su sve situacije koje otežavaju primenu načela savesnosti i poštenja, a polazeći od primera ugovora čija se sadržina najčešće tumači polazeći od ovog načela, ispostavlja se izvesna nemoć postojećih kanona tumačenja prava u tom pravcu, odnosno nedostatnost i nedorečenost pravnohermeneutičkih teorija koje stoje u njihovoj pozadini.

Hermeneutički realizam je stanovište u teoriji tumačenja gde se interpretacija posmatra kao otkrivanje značenja. Tako je na primer kod F. Šlajermahera koji kaže da je tumačenje otkrivanje autorovog značenja,³⁷ i koji čak smatra da u tumačenju moramo pisca bolje razumeti nego što on razume samoga sebe,³⁸ kod A. Beka koji ponavlja stavove svog učitelja (Šlajermahera).³⁹ Ovu teorijsku pozi-

³³ U nemačkoj pravnoj teoriji praktično se zloupotreba prava tretira kao upotreba subjektivnog prava protivno načelu savesnosti i poštenja.

³⁴ Kao primer: Odluka Apelacionog suda u Novom Sadu GŽ – 1422/10.

³⁵ Kao dobar primer u tom smislu: Milan Ječmenić, "Povreda načela savesnosti i poštenja i zloupotreba prava iz ugovora o doživotnom izdržavanju", *Glasnik Advokatske komore Vojvodine* 5/2013, 225–236.

³⁶ U tom smislu: Odluka Apelacionog suda u Kragujevcu, GŽ – 3199/11.

³⁷ Friedrich Daniel Ernst Schleiermacher, *Hermeneutik und Kritik* (hgrs. M. Frank), Frankfurt am Main 1977, 71, 76, 78.

³⁸ *Ibid.*, 104.

³⁹ August Boeckh, *Enzyklopädie und Methodenlehre der philologischen Wissenschaften*, Darmstadt 1977, 87.

ciju zastupa i E. Beti kada kaže da je tumačenje dovođenje do razumevanja,⁴⁰ odnosno postupak gde tumač u oblicima koji sadrže smisao otkriva oduhovljujuću misao tvorca nekog teksta.⁴¹ Čini se da je ova teorijska pozicija izložena u najzauzruženijem obliku kod E. D. Hirša, koji je gradi u neprestanom dijalogu i polemici sa H. G. Gadamerom. Hirš inistira na tome da je značenje stvar svesti a ne reči,⁴² protivi se tome da žižu hermeneutičkog razmatranja prenosimo sa autora na njegovo delo,⁴³ odnosno smatra da značenje nikada ne može biti nekakav autonoman entitet nezavistan od svesti autora tog značenja.⁴⁴ Među autorima koji trenutno spadaju u autoritete ovog pristupa treba neizostavno pomenuti H. Kremera, danas sigurno najznamenitijeg predstavnika Tibingenske filozofske škole, koji se protivi relativističkom razumevanju interpretacije koji tumačenje shvata kao preinačavanje interpretanduma.⁴⁵ Hermeneutički realizam se u oblasti tumačenju prava ispoljava kao traganje za voljom (namerama) zakonodavca, što podrazumeva hipostaziranje jezičko-logičkog tumačenja i posmatranje tumačenja kao silogističke operacije kada se mala premisa (premissa činjeničnog stanja) podvodi pod veliku premisu (opšta pravna norma), te izvodi zaključak u vidu pojedinačne odluke nadležnog državnog organa.

Nevolja sa hermeneutičkim realizmom primenjenim na oblast tumačenja prava jeste u tome što najčešće u zakonima koje sudije primenjuju nemamo pouzdano izraženu nameru zakonodavca, pa time ni pouzdan kriterijum tumačenja zakona. Zakonske norme karakteriše njihova namerna nedovršenost kako to kaže A. Kaufman,⁴⁶ odnosno otvoreni sadržaj, u interpretaciji H. Harta.⁴⁷ Drugim rečima, zakonima se reguliše klase odnosa i radnji, oni su opšti po svojoj prirodi što je poteškoća u njihovoj primeni. Osim toga, u tumačenju prava se po pravilu susrećemo sa raznoraznim pravnim standardima koji su apstraktno izloženi što takođe otežava njihovu primenu. Ne treba zaboraviti ni sadržinsku neodređenost ključnih vrednosti pravnog poretka (pravda, pravna sigurnost, mir), što je okolnost koja dodatno otežava tumačenje i primenu opštih pravnih normi. Najzad, razvoj društva u velikoj meri zamagljuje prvobitne namere zakonodavca, tako da traganje za njima postaje krajnje neizvestan poduhvat.

⁴⁰ Emilio Beti, *Hermeneutika kao opšta metoda duhovnih nauka*, Novi Sad 1988, 60.

⁴¹ *Ibid.*, 61.

⁴² Erik Donald Hirš, *Načela tumačenja*, Beograd 1983, 22.

⁴³ *Ibid.*, 20.

⁴⁴ *Ibid.*, 279.

⁴⁵ Hari Kremer, *Kritika hermeneutike*, Novi Sad 2007, 244.

⁴⁶ Arthur Kaufmann, *Beiträge zur juristischen Hermeneutik; sowie weitere rechtsphilosophische Abhandlungen*, Köln–Berlin–Bonn–München 1993, 61.

⁴⁷ Herbert Hart, *Pojam prava*, Podgorica–Cetinje 1994, 163.

Sve ove okolnosti dolaze do izražaja i u primeni načela savesnosti i poštenja. Naprosto, sudija koji se nađe u situaciji da tumači jedan ugovor sa stanovišta ovog načela suočava se s time da nema pouzdanih kriterijuma na temelju kojih će ispuniti sadržinom ovo načelo za potrebe odlučivanja u konkretnom slučaju. Literatura takođe ne nudi pouzdan odgovor na pitanje kako tumačiti i primenjivati ovo načelo u praksi. Naime, diskusije na ovu temu, odnosno instrukcije u pogledu primene načela savesnosti i poštenja, gotovo po pravilu staju u jednu rečenicu gde se kaže da sudija mora po objektivnim kriterijumima, polazeći od okolnosti konkretnog slučaja, da donese odluku da li je ponašanje ugovornih strana u skladu sa načelom savesnosti i poštenja.⁴⁸ Tada se ne obrazlaže šta predstavlja objektivni kriterijum u konkretnoj situaciji, nego se najčešće jednim tautološkim postupkom jedna apstrakna kategorija objašnjava drugom, ništa manje apstraktnom, pa se kaže da u primeni načela savesnosti i poštenja treba otkriti da li je ponašanje ugovornih strana razumno, u skladu sa odgovarajućim profesionalnim standardima, u skladu sa pažnjom dobrog privrednika ili dobrog domaćina, itd.⁴⁹

Hermeneutički relativizam, pogotovo od Gadamera, smatra da tumačenje nije otkrivanje već formiranje značenja. Ovo se gledište izražava nizom sentenci, najčešće citiranjem pomenutog autora, a koje se temelji na stavu da "sve što u hermeneutici treba pretpostaviti, samo je jezik".⁵⁰ Tipična Gadamerova izjava gde izražava svoj relativizam u teoriji tumačenja glasi: "Razumijevanje, uistinu, nije nikakvo bolje razumijevanje, niti u smislu stvarnog boljeg znanja, zahvaljujući jasnijim pojmovima, niti u smislu premoćnosti svjesnog nad nesvesnim produkcije. Dovoljno je reći da se drugačije razumijeva, ako se uopšte razumijeva".⁵¹ Još jedan znameniti predstavnik ove teorijske orijentacije u hermeneutici, P. Riker, ovu ideju izražava sledećim rečima: "Putanja nekog teksta izmiče ograničavajućem životnom horizontu svog autora. Ono što nam tekst danas govori značajnije je od onoga što je autor hteo da kaže, i svako tumačenje razvija svoje namere u krugu nekog smisla koji je raskinuo vezanost za psihologiju njegovog autora".⁵²

Relativizam u teoriji tumačenja u ovom obliku može biti opravdan i plodotvoran u filološkoj i teološkoj hermeneutici, gde se vrednost jednog dela meri po broju različitih interpretacija, i gde tumačenje zapravo predstavlja sudelovanje u nekom značenju.⁵³ Međutim, hermeneutički relativizam u ovom obliku nije pogodan kao osnova pravnog tumačenja jer otvara vrata arbitrnosti i sudijskoj sa-

⁴⁸ S. Perović, D. Stojanović, 110.

⁴⁹ O. Antić, 577. M. Milutinović, 422.

⁵⁰ Hans Georg Gadamer, *Istina i metoda*, Sarajevo 1978, 415.

⁵¹ *Ibid.*, 330.

⁵² Paul Ricoeur, "The model of the Text: Meaningful Action Considered as a Text", *Social Research* 3/1971, 534.

⁵³ Saša Bovan, *Slučaj tumačenja kao utemeljenje hermeneutičkog postupka*, Beograd 2013, 124.

movolji. Doduše, kanon objektivno - teleološkog tumačenja koji se suprotstavlja jezičko - logičkom tumačenju, jeste utemeljen na hermeneutičkom relativizmu, što znači da takođe ne nuda pouzdan kriterijum tumačenja zakona. Ovaj kanon tumačenja zasniva se na kritici tumačenja kao otkrivanja namere i volje zakonodavca, pa se smatra da zakone treba tumačiti prema trenutku njihove primene (*ex nunc*), a ne prema trenutku njihovog nastanka (*ex tunc*). Ovaj se kanon ispoljava u idealističkoj varijanti, na primer kod K. Larenca, koji smatra je tumačenje otkrivanje normativnog smisla zakona (*normativen Gesetzessinnes*),⁵⁴ i u realističkoj varijanti, na primer kod F. Bidlinskog, koji smatra da je objektivno tumačenje zakona njegovo ocenjivanje u kontekstu sadašnjih društvenih odnosa.⁵⁵ Međutim, kako primećuje A. Marmor, i na ovaj način ne dobijamo pouzdan kriterijum tumačenja zakona. Opet moramo pribeći fikciji, gde se sudija postavlja u ulogu zakonodavca kada se pita kako bi ovaj presudio kada bi se dati problem našao pred njim.⁵⁶ Međutim, ni ovaj autor nije ponudio odgovarajući model tumačenja kojim bi se ograničila sudijska arbitrnost. Na kraju svoje kritike hermeneutičkog realizma u tumačenju prava (U SAD to je kritika originalizma), on takođe zastupa izrazito neodređeni kriterijum tumačenja zakona koji se ispoljava kao sudijino najbolje shvatanje moralnih pitanja, odnosno zdravo moralno promišljanje (*sound moral reasoning*) sudije.⁵⁷

Objektivno-teleološko tumačenje u realističkom obliku, i kao jedna varijanta hermeneutičkog relativizma u oblasti tumačenja prava, polazna je osnova pragmatičke teorije tumačenja koju smo konstruisali u jednoj monografiji i nekoliko radova objavljenih u poslednjih par godina. Suština ove teorije jeste u pokušaju da se formuliše pouzdani, po mogućstvu, empirijski kriterijum tumačenja pravnih normi. Ova teorija proces tumačenja ne posmatra sa stanovišta predmeta tumačenja (šta se tumači), niti subjekta tumačenja (ko tumači), nego svrhe tumačenja (zašto se tumači). Pitanje zašto se tumači ističe problemski karakter tumačenja prava, ali na drugačiji način nego u topičkoj jurisprudenciji, odnosno teoriji pravne argumentacije.⁵⁸ Ovde se problemski karakter tumačenja ispoljava u fokusira-

⁵⁴ Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1960, 241.

⁵⁵ Franc Bidlinski, *Pravna metodologija*, Podgorica 2011, 32.

⁵⁶ Andrei Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, Portland 2005, 130.

⁵⁷ *Ibid.*, 160-161.

⁵⁸ Na primer kod R. Aleksija, znamenitog predstavnika teorije argumentacije, pravno rasuđivanje se objašnjava kroz razliku koja postoji između internog i eksternog opravdanja presude, pri čemu ovo drugo obuhvata diskusiju o sadržini premisa neke sudske odluke: Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt am Main 2001, 273. Međutim, problem je u tome što se Aleksi više zanimao za strukturu internog opravdanja presude (*Ibid.*, 274-275), pri čemu, kada se radi o kvalitetu premisa, pravna teorija se generalno zanima pre svega za veliku (zakonsku) premisu. Videti kod: Carsten Bäcker, "Der syllogismus als Grundstruktur des juristischen Begründens", *Rechtstheorie* 3/2009, 411.

nju na malu premisu jurističkog zaključka, što nije slučaj u teoriji pravnog silogizma, ali ni u teoriji pravne argumentacije.

Naravno, ne čini nikakvo otkriće onaj ko ističe značaj male premise (premise činjeničnog stanja) za razumevanje postupka tumačenja prava. Nesporno je da sudije najviše vremena i energije troše na utvrđivanje činjeničnog stanja.⁵⁹ Osim toga, i pozitivno pravo se izjašnjava na ovu temu tako što se u krivičnom i građanskom procesnom pravu pogrešno ili nepotpuno utvrđeno činjenično stanje smatra razlogom za ulaganje žalbe protiv prvostepene presude. Na kraju krajeva, i ona štura hermeneutička uputstva o primeni načela savesnosti i poštenja ukazuju da se smisao ovog načela određuje prema okolnostima konkretnog slučaja koji se našao pred sudijom.

Međutim, i kada se ukazuje na značaj male premise, onda je to pre svega u kvantitativnom a ne u kvalitativnom smislu, odnosno izostaje svest o značaju male premise za razumevanje suštine tumačenja prava (u ovom slučaju za primenu pravnih standarda) i strukture jurističkog zaključka. Naime, ukazivanje na značaj male premise u tumačenju i primeni opštih pravnih normi i pravnih standarda podrazumeva fokusiranje na slučaj tumačenja u njegovom faktičkom kapacitetu kada se suočavamo sa: (1) teškoćama u pokušaju utvrđivanja činjeničnog stanja i važnije, (2) prirodom postupka u kojem se utvrđuje činjenično stanje. Naime, utvrđivanje činjenica uvek, i prevashodno, podrazumeva i njihovo objašnjenje koje prethodi kvalifikaciji činjenica, i koje se zapravo sastoji u njihovom povezivanju (utvrđuje se odnos između činjenica). U suštini, ovaj postupak predstavlja - nezavisno od toga što sudije toga uglavnom nisu svesne, osim kada se suoče sa izrazito teškim slučajevima, i nezavisno od toga što pravna hermeneutika učaurena u svom ograničenom pojmovnom diskursu to previđa - jednu vrstu mikro-sociološke analize koja je preslikana makrosociološka analiza onako kako je primenjuje sociologija u objašnjenju društva. Objašnjenje činjenica nekog slučaja u izloženom smislu predstavlja zapravo model zasnivanja empirijskog kriterijuma tumačenja prava.⁶⁰ U krajnjoj liniji, i posmatrano na logičkom planu, ovde se radi o jednom induktivnom zaključivanju, kada se polazeći od objašnjenja činjenica na izloženi način, ispunjava sadržinom pravni standard koji sudija primenjuje.

Tako je i kada se radi o tumačenju ugovora sa stanovišta načela savesnosti i poštenja. Apstraktnost i sadržinska neodređenost ovog načela (kao i svih drugih) može se prevazići na pravi način - u pravcu suzbijanja sudijske arbitrarnosti - samo skrupuloznom analizom činjenica, kada se u postupku njihovog objašnjenja zasniva jedan empirijski kriterijum tumačenja za potrebe odlučivanja u konkretnom slučaju, odnosno kada se polazeći od odgovarajućeg objašnjenja činjeni-

⁵⁹ Kao što ukazuje Ritters: Bernd Rütters, *Rechtstheorie*, München 1999, 377. U tom smislu i: Arne Upmeier, "Der Sachverhalt im juristischen Streit", *Der juristische Streit: Recht zwischen Rhetorik, Argumentation und Dogmatik* (hrsg. G. Kreuzbauer, S. Augeneder), Stuttgart 2004, 123-133.

⁶⁰ S. Bovan, 67-77.

ca ispunjava sadržinom načelo savesnosti i poštenja za potrebe tumačenja nekog ugovora.

Izloženom koncepcijom tumačenja i primene pravnih standarda obraćamo se pre svega pravnicima praktičarima. Ova je koncepcija u suštini apel sudijama da sa pojačanom svešću pristupaju problematici utvrđivanja činjeničnog stanja i pokušaj da se pruži izvestan doprinos izgradnji jednog specifičnog oblika profesionalne samosvesti koja u isto vreme jača i dignitet pravničke struke. Da je jedan ovakav apel potreban ukazuje i faktičko stanje. Naime, u nekim prethodnim radovima bili smo u prilici da obradimo veliki broj sudskih presuda. Posmatrano iz izložene perspektive, iskrsla je jedna njihova velika manjkavost: gotovo po pravilu, u obrazloženjima presuda u koje smo imali uvid, uglavnom se prepričava tok postupka, navodi se koje su činjenice utvrđene, ali izostaje objašnjenje činjenica. Taj aspekt sudijskog rada, zapravo kriterijum tumačenja kojim se ispunjava sadržinom neki pravni standard za potrebe odlučivanja u konkretnom slučaju, ostaje skriven u glavi sudije, ako je uopšte i formiran na odgovarajući način.

SAŠA B. BOVAN, LL.D.,

Professor, Faculty of Law, University of Belgrade

PRINCIPLE OF CONSCIOUSNESS AND FAIRNESS IN LIGHT OF THE HERMENEUTICS PRAGMATISM THEORY

Summary

This article deliberates the problem of applying the principle of consciousness and fairness due to its abstract quality and content indeterminacy. The existing literature does not deal enough with this question, and mostly concentrates on the principled instructions for the judges to act upon the objective criteria, without explaining what it means.

In the work we point out that existing canons of interpretation of law are not able to establish certain criteria of interpretation which allow for transcending the ambiguity of the legal principles during their implementation. With that in mind, the principle of consciousness and fairness is considered from the standpoint of the theory of hermeneutics pragmatism, whereby the procedure of its application is adapted to a form of a social analysis. By focusing on a small premise of the juristic conclusion we uncover the nature of the procedure which determines the facts. That process encompasses also an explanation of the facts which are inserted between their determination and qualification. This element gives to the interpretation of the law a dimension of a social analysis, while, at the same time, establishing an empirical criteria for law interpretation. The essence of this procedure means that explaining the facts in this way is an inductive logical operation, whereby starting from a factual state of a case, the content of a certain legal standard that should be applied in that particular case, is being filled with content

BORIS KRIVOKAPIĆ

O ZLOUPOTREBI LJUDSKIH PRAVA

U V O D

Značaj ljudskih prava

Ljudska prava i slobode su u naše vreme univerzalna tema. O njima se priča i piše na sve strane, ona se unapređuju i na međunarodnom i na unutrašnjem planu. Praktično sve do Drugog svetskog rata ova problematika bila je primer materije koja se nalazi u isključivoj nadležnosti država. Uproščeno govoreći, sa osloncem na koncept suverenosti država, u načelu se smatralo da svaka vlada sama odlučuje kako će da se odnosi prema svojim podanicima, a dobrim delom i prema strancima.

U međuvremenu, a naročito u poslednjih nekoliko decenija, ljudska prava su podignuta na nivo opšteljudske vrednosti, pitanja koje prerasta državne granice, problema koji je od interesa za čitavu međunarodni zajednicu. Na njih se pozivaju i njima se bave svi – pojedinci, grupe, države, međunarodne organizacije, nevladine organizacije, mediji, naučnici, političari... Sve je više novih ljudskih prava, zajamčenih odgovarajućim međunarodnim ugovorima, ali i onih koja su prerasla u opšte običajno međunarodno pravo, što znači da su obavezna za sve države.¹ Sve je veći broj višestranih i dvostranih međunarodnih ugovora posvećenih

Dr Boris Krivokapić, profesor Fakulteta za pravo, javnu upravu i bezbednost, Megatrend univerzitet, Beograd.

¹ Više o međunarodnopravnim običajima i njihovoj obaveznosti: Krivokapić Boris: "Običajna pravna pravila umeđunarodnom pravu", *Megatrend revija – Megatrend Review* 3/2012, 35–79.

osnovnim ili nekim posebnim ljudskim pravima i slobodama. Odredbe o ljudskim pravima i slobodama spadaju u najvažnije odredbe svih savremenih ustava. Sve su brojniji i raznovrsniji kontrolni mehanizmi kojima se – i na unutrašnjem, a sve više i na međunarodnom planu – proverava kako države poštuju ljudska prava. Sve je više međunarodnih sudova za ljudska prava i drugih međunarodnih organa i tela koji se bave ljudskim pravima. Sve je veći arsenal međunarodnih sankcija koje se izriču za ozbiljno kršenje ljudskih prava, što pored ostalog uključuje i presude međunarodnih krivičnih sudova koji sude onima koji su teško prekršili najvažnija ljudska prava.²

I dobro je što je tako. Postignuti rezultati, koji su svakim danom sve veći, velika su civilizacijska tekovina. Oni, razume se, imaju i izražen praktičan efekat, od značaja za život svakog pojedinca. Sve to može samo da se podrži i pohvali. Međutim, u silnom hvaljenju dostignutog nivoa zaštite ljudskih prava, u opisima i tumačenjima pravnih rešenja i prakse, najčešće se previđa jedan isto tako ozbiljan i važan problem. Ljudska prava mogu se i zloupotrebiti. Što je još gore, zloupotrebe u ovoj materiji najčešće proizvode veoma teške posledice.

POJAM LJUDSKIH PRAVA

Pod ljudskim pravima mogu se imati u vidu razne stvari:³

1) posebna filozofija, poseban koncept odnosno ideja o tome da postoje određena ljudska prava, koja su prirodna, neotuđiva, nezavisna od volje država;⁴

2) konkretna ljudska prava i slobode koji pripadaju konkretnim licima (npr. aktivno i pasivno pravo glasa XX ili pravo YY na to da na jeziku koji razume učestvuje u sudskom postupku). Skup svih prava i sloboda određenog pojedinca su njegova subjektivna ljudska prava i ona se kao takva razlikuju od čoveka do čoveka;

3) osnovna pravno zaštićena ljudska prava i slobode, koji pripadaju svima (pravo na život; sloboda misli, savesti i veroispovesti; prava privatnosti i sl.) ili pojedininim naročito ugroženim kategorijama ljudi (posebna prava dece, žena, invalida, izbeglica, pripadnika nacionalnih manjina i sl.). Ovde je, dakle reč o ljudskim pravima i slobodama kao pravnim institutima;

² Više o sankcijama u međunarodnom pravu: Krivokapić Boris: *Međunarodno javno pravo*, Beograd 2013, 32–48.

³ Više: Krivokapić Boris: “Klasifikacija ljudskih prava”, u Sreto Nogo (ur.): *Deseti tematski međunarodni naučni skup Udruženja za međunarodno krivično pravo: Zaštita ljudskih prava i sloboda u vreme ekonomske krize*, Tara 2011, 155–175.

⁴ Paunović Milan, Krivokapić Boris, Krstić Ivana: *Međunarodna ljudska prava*, Beograd 2014, 21–23.

4) oblast prava kojom je regulisana materija ljudskih prava i sloboda. Drugim rečima, u pitanju je skup pravnih normi i principa kojima je uređena ova oblast društvenih odnosa. Pravilniji naziv je “pravo ljudskih prava”.⁵ U tom smislu može se govoriti o međunarodnim i nacionalnim (unutrašnjim) pravu ljudskih prava. Prvo je deo međunarodnog javnog prava, a drugo čine relevantne norme sadržane u ustavu i drugim unutrašnjim pravnim aktima svake konkretne države;

5) poseban predmet koji se predaje na pravnim i srodnim fakultetima; itd.

Dakle, ljudska prava mogu se shvatiti na razne načine. I na praktično svaki od tih načina – zloupotrebiti.

ZLOUPOTREBA LJUDSKIH PRAVA

Mada bi se o tome moglo nadugo i naširoko raspravljati, najkraće rečeno zloupotreba postoji kada se nešto koristi (upotebljava) suprotno svrsi, a sa ciljem da se time za sebe ili druge obezbedi neka nepripadajuća korist ili da se drugima nezakonito nanese nekakva šteta.⁶ Dakle, zloupotreba ima dva osnovna elementa: 1) pogrešna upotreba, ona koja nije u skladu sa prirodom odn. svrhom onoga što se upotreblava i 2) takva pogrešna upotreba koja se vrši sa određenim nezakonitim ciljem – da bi se obezbedila određena nepripadajuća korist (neka prava, pogodnosti, privilegije i sl.) ili da bi se nekome na nezakonit način nanela određena šteta.

Sve što postoji može se zloupotrebiti, pa tako i ljudska prava. Ljudska prava se zloupotrebljavaju u svim oblicima u kojima se javljaju. Zloupotrebljava se sama ideja odnosno koncepcija ljudskih prava, zloupotrebljavaju se konkretna ljudska prava, zloupotrebljavaju se određeni pravni instituti koji su u vezi sa ljudskim pravima, zloupotrebljavaju se sankcije za kršenje ljudskih prava...

Oblici zloupotrebe ljudskih prava i sloboda su brojni. Ovde ćemo se zadovoljiti ukazivanjem na samo neke od njih.

Moguće su razne podele zloupotreba ljudskih prava.

1. *Prema subjektima koji vrše zloupotrebu.* – Ljudska prava može da zloupotrebti njihov titular ili neko drugi. Ili, gledano iz drugog ugla, to mogu učiniti pojedinci, grupe, ali i države i međunarodne organizacije.

2. *Prema objektima protiv kojih se vrši zloupotreba.* - Ljudska prava se mogu zloupotrebti na štetu pojedinaca, grupa, država...

⁵ Kao što se npr. govori o diplomatsko-konzularnom pravu, pravu međunarodnih organizacija, pravu mora, kosmičkom pravu, pravu oružanih sukoba itd.

⁶ Više: Krivokapić Boris, Danilović Neđo: “O zloupotrebi međunarodnog prava”, u Sreto Nogo (ur.): Trinaesti tematski međunarodni naučni skup Udruženja za međunarodno krivično pravo: *Zloupotreba moći*, Tara 2014, 86-99.

3. *Prema radnjama kojima se vrši zloupotreba.* – Opšte uzev, ljudska prava mogu se zloupotrebiti na razne načine - zloupotrebom nekog određenog prava (npr. korišćenjem svog prava protivno svrsi), zloupotrebom samog koncepta ljudskih prava kao jedne od velikih tekovina i najviših vrednosti savremenog čovečanstva, zloupotrebom sankcija predviđenih za kršenje ljudskih prava i sl.

4. *Prema vrsti prava koje se zloupotrebljava.* – U okviru ove, moguće su dalje podele, u zavisnosti od podele samih prava.⁷

Najvažnija je ona koja vrši razlikovanje između subjektivnog i objektivnog prava. Zloupotrebiti se mogu i jedno i drugo, i subjektivna prava nekog subjekta (npr. njegovo pravo glasa) i objektivno pravo ljudskih prava, tj. sistem pravnih normi i instituta iz ove materije.

Gledano iz drugog ugla, mogu se zloupotrebiti i prava i slobode;⁸ i individualna i kolektivna prava, i materijalna i procesna prava; građanska, politička, ekonomska, socijalna i kulturna prava; i ljudska prava u miru i ljudska prava za vreme oružanog sukoba; i apsolutna i ostala prava; itd.

5. *Ostale podele.* – Moguće su, razume se, i razne druge podele. Tako se, npr., može napraviti razlika prema posledicama – one mogu biti na unutrašnjem, ali i na međunarodnom planu; mogu biti materijalne i nematerijalne; pravne i političke; itd.

ZLOUPOTREBA LJUDSKIH PRAVA S OBZIROM NA SUBJEKTE

Iz mnogo razloga čini se da je najbolje o zloupotrebi ljudskih prava govoriti sa pozicija subjekta koji vrši zloupotrebu. Ne samo da se time jasno ističe ko sve može zloupotrebiti ljudska prava, već je to prilika da se se istovremeno ukaže na različitost radnji, objekata, posledica, i dr.

Zloupotreba od strane pojedinaca i grupa

1. *Unutrašnje prilike.* - U svakoj državi mnogo je primera zloupotrebe ljudskih prava koje dolaze od pojedinaca i raznih grupa.

Tako npr. zloupotreba nesumnjivo postoji kada neko koristi slobodu govora ili javnog informisanja da bi raspirivao nacionalnu, versku i sličnu mržnju (“govor mržnje”).

⁷ Više: Krivokapić Boris: “Klasifikacija ljudskih prava”, *op. cit.*

⁸ Ovo razlikovanje ima za cilj da ukaže na to da su u nekim slučajevima pojedinci, odnosno grupe ovlašćeni da od vlasti (države) zahtevaju aktivno ponašanje radi obezbeđenja zajamčenih im prava, dok je u drugim slučajevima u pitanju njihova sloboda od uplitanja vlasti (države), od koje se, shodno tome, traži samo da se ne meša (da ne ometa uživanje odnosne slobode). Istini za volju, iako u prvi mah privlačna, ova podela ne može biti dosledno sprovedena, pošto se većina prava nalazi negde između ovako shvaćenih prava i sloboda.

Zloupotrebiti se može i pravo na korišćenje maternjeg jezika. To će biti slučaj onda kada se pravom na slobodno korišćenje maternjeg jezika manipuliše da bi se izbegla nekakva nepovoljna pravna posledica.⁹

Razume se, mogu se zloupotrebiti i praktično sva druga prava. Zloupotreba ljudskih prava nesumnjivo postoji:

– kada neko na izborima glasa na određeni način zato što je za to primio određenu materijalnu ili drugu korist (mito);

– kada neko sa pozivom na verska ubeđenja odbija da služi vojni rok, a pri tome nije stvarni vernik odnosno religije koja brani nošenje oružja. Uostalom, vojni rok može da se služi i bez ikakvog dodira sa oružjem – u vojnom sanitetu, na vojnoj ekonomiji (poljoprivrednom dobru), u intendantskoj, pravnoj, vatrogasnoj i drugoj službi;

– kada pritvoreno ili zatvoreno lice zloupotrebi pravo na posete, da bi pribavilo zabranjene predmete (oružje, drogu, sredstva za beg i sl.) ili da bi prenelo u spoljni svet neke zabranjene informacije (o tome koga treba likvidirati, ko je policijski doušnik i sl.);

– kada predstavnici manjinske organizacije traže i dobiju novčana i druga sredstva za potrebe odnosno manjinske zajednice, pa ih iskoriste u lične svrhe – otvore kafanu, kupe automobil i sl. (takvih slučajeva je bilo u praksi).

2. *Međunarodna scena.* – Zloupotreba ljudskih prava od strane pojedinaca i grupa može imati i međunarodnu dimenziju. To će, na primer, biti slučaj:

– kada neko zloupotrebi pravo na obraćanje međunarodnim sudovima za ljudska prava i drugim specijalizovanim međunarodnim telima, ali bez stvarnog osnova, samo radi ličnog publiciteta, da bi drugome naneo štetu i sl. Takva situacija postoji kada neko podnese predstavku npr. Evropskom sudu za ljudska prava samo zato da bi privukao pažnju javnosti, da bi naneo štetu odnosnoj državi, da bi ucenio nekoga i sl.;

⁹ Poznato je da su u Srbiji pojedini vozači tražili da im se tok postupka pred sudijom za prekršaje, zbog saobraćajnih prekršaja, prevodi na bosanski, jer, navodno ne razumeju srpski kao jezik. Mada pravo na praćenje postupka na maternjem jeziku niko ne dovodi u pitanje, u ovim slučajevima za tim nije bilo potrebe, jer su reči, termini i jezički izrazi koji se koriste u ovoj vrsti postupka u oba jezika ili potpuno isti ili toliko bliski da se razumeju bez ikakvog napora. Uostalom, jedan sudija je na primedbu odnosnog lica da ne razume jezik postupka, duhovito odgovorio da on (sudija) srećom zna i bosanski, pa će mu rado prevesti sve što je nejasno. U prilog toga da u ovim slučajevima realno nije bilo potrebe za prevodom svedoči prosta činjenica da se pred Haškim tribunalom čitav postupak prevodi na jedinstveni tzv. BHS, kako su u Tribunalu nazvali bosansko-hrvatsko-srpski (nekadašnji srpsko-hrvatski). A reč je, da podsetimo, ne o prekršajnom, već o krivičnom postupku i to pred međunarodnim sudom. Pri tome je jasno da učesnici postupka sa prostora bivše Jugoslavije razumeju sve, mada se njima prevodi na BHS, a ne na njihov, maternji jezik.

– kada neko pokušava da koristi određenu međunarodnopravnu zaštitu iako mu ne pripada, tj. suprotno njenoj svrsi. Primer su brojni slučajevi lažnih azilanata. Tu je na delu pokušaj zloupotrebe instituta azila odn. zaštite izbeglica, od strane ekonomskih emigranata, tj. lica koja nisu ugrožena, već samo žele da odu u zemlje sa višim društvenim standardom;

– kada se zloupotrebljavaju neka zajamčena ljudska prava odn. međunarodnopravna zaštita. Dobar primer je zloupotreba zaštite koju međunarodno humanitarno pravo (ono se dobrim delom svodi na zaštitu ljudskih prava u ratu) obezbeđuje žrtvama rata - ranjenicima, bolesnicima, ratnim zarobljenicima, civilima. Takav slučaj biće npr. onda kada se neko u ratu pretvara da je teško ranjen, pa onda otvori vatru na protivnika koji je došao da ga kao ranjenika zbrine (to je ne samo zloupotreba zaštite ranjenika, već i ratni zločin);

– kada se zloupotrebljava pravo naroda na samoopredeljenje da bi se, protivno pravilima unutrašnjeg i međunarodnog prava, otcepio deo državne teritorije. Najbolji primer je dobro poznati slučaj nezakonitog proglašenja nezavisnosti Kosova 2008. godine.

Zloupotreba od strane država

Na razne načine konkretna ljudska prava, pa čak i sam kocept ljudskih prava mogu zloupotrebiti i države. Realno, sve one to čine - neke češće, neke ređe; neke više, neke manje. Ovde nema ni prostora ni potrebe za bavljenje malim zemljama odn. zemljama u razvoju, mada je sasvim sigurno da se mogu naći primeri zloupotrebe ljudskih prava i sa njihove strane. Sasvim je prirodno da se pre svega ukaže na zloupotrebe iza kojih stoje najveće, najjače države. Stoga ćemo se na nekoliko mesta osvrnuti na primere koji se tiču savremene prakse SAD, čija vlada smatra da je, iz nekog razloga, nedodirljiva, iznad svih pravila, s tim da joj istovremeno pripada pravo da kroji sudbinu drugima.

Nekoliko je razloga zbog kojih je praksa SAD posebno zanimljiva: 1) to je vodeća sila sveta, koja samim tim ima najveće materijalne, tehničke, medijske i druge mogućnosti i sredstva za zloupotrebu ljudskih prava; 2) po logici stvari, zloupotrebe koje čini najmoćniji su najčešće i najteži oblici zloupotreba; 3) postupci vlade SAD često zadiru u sudbine drugih država, ponekad i velikog dela sveta; 4) postupci svetskog lidera su uzor za druge, model kako se treba ponašati.

Izričito pominjanje primera vezanih za praksu SAD je samo u funkciji približavanja problema zloupotrebe ljudskih prava od strane država. Ljudska prava na slične ili druge načine krše praktično sve države sveta. Ova konstatacija ne umanjuje značaj problema, naprotiv. Ona pokazuje koliko je on veliki i opasan.

Opšte uzev, države mogu zloupotrebljavati ljudska prava u okviru svojih granica i u međunarodnim odnosima.

Zloupotreba na unutrašnjem planu. – Nemoguće je, razume se, pomenuti sve vidove ove zloupotrebe. Ovde će biti navedeno samo nekoliko primera.

1. *Neosnovano favorizovanje nekih grupa.* – Zloupotreba ljudskih prava nesumnjivo postoji u svim onim slučajevima u kojima se sa pozivom na navodnu potrebu njihove posebne zaštite, neopravdano favorizuju određene grupe i staleži. Tu je na delu zloupotreba instituta afirmativne akcije (preferencijalnog tretmana) određenih navodno ugruženih grupa.

2. *Ljudska prava kao izgovor za gaženje tih prava.* – Posebno opasan slučaj postoji onda kada se potreba zaštite ljudskih prava koristi kao izgovor da bi se ta ista prava pogazila. Tipičan primer je ograničenje odn. ukidanje ljudskih prava pod maskom borbe za njih. On postoji kada se stvarna ili navodna borba protiv terorizma ili organizovanog kriminala (koji ugrožavaju prava građana na život, na bezbednost, na mir i sl.) iskoriste za to da bi se preuzela potpuna vlast u društvu, uspostavila diktatura, odložili izbori, uvela cenzura, zabranilo okupljanje, zabranilo udruživanje, zabranile određene političke stranke i sl.

3. *Kršenje prava pojedinaca.* – U prethodnom primeru reč je bila o ograničenju odn. suspendovanju ljudskih prava u društvu, na široj osnovi. Međutim, sa pozivom na nužnost zaštite ljudskih prava (naročito, radi sprečavanje terorista i subverzivnih grupa koji bi ih, navodno, ugrozili) ponekad se gaze elementarna ljudska prava konkretnih pojedinaca.

Tako, premda je pravo privatnosti jedno od najvažnijih prava, svedoci smo da su isplivali dokazi (afera Vikiliks) o tome da vlada SAD špijunira, snima, sluša itd. sve i svakog – i svoje državljane, i svoje i strane političare itd. Kršeći razume se, pravo tih lica na privatnost i čitav niz ustavnih, zakonskih i međunarodnopravnih normi. Ali, postoje i znatno teža kršenja ljudskih prava, radi njihove navodne zaštite. Pored ostalog, javnost je relativno nedavno saznala da američka CIA, radi navodne borbe protiv terorista ima širom sveta, pa i u Evropi, tajne zatvore u koje se, bez ikakvog pravnog pokrića i traga o tome, odvođe i u kojima se muče osumnjičeni, među kojima i nevini ljudi.¹⁰ Ovim nesrećnicima se istovremeno krši čitav niz elementarnih ljudskih prava – na slobodu, na slobodu

¹⁰ O tome je istragu vodila i Parlamentarna skupština Evrope (poznati Martijev izveštaj). Više: Fisher Ian: "Reports of Secret U.S. Prisons in Europe Draw Ire and Otherwise Red Faces, *New York Times*, December 1 2005, <http://www.kuwaitifreedom.org/media/pdf/New%20York%20Times%20December%201,%202005.pdf>; Hakimi Monica: "The Council of Europe Addresses CIA Rendition and Detention Program", *American Journal of International Law* 2/2007, 442-452. Navedeni i svi drugi u ovom radu korišćeni radovi sa Interneta poslednji put su konsultovani 28.9.2014. Uostalom, šta reći o zatvoru u Gvantanamo, u kojem još od 2002. u surovim uslovima leže ljudi, poslati tamo bez ikakve sudske presude, bez uvrđene krivice, bez definisane odgovornosti i sankcije? Sa jedinim obrazloženjem da je to neophodnu u sklopu "rata protiv terorizma". Da tako nije smelo da se radi, priznaju sve više i sami Amerikanci. Pored ostalog: *Američki general: Guantanamo je bio*

od mučenja, na pravično suđenje, na odbranu, na žalbu, na humane uslove za vreme lišenja slobode itd. Gledano iz drugog ugla, ovim postupcima krše se ne samo unutrašnji propisi odnosne države, već i čitav niz međunarodnih ugovora kojima je kodifikovana materija ljudskih prava, pa čak i niz pravila iz ove oblasti koja su prerasla u opšte običajno međunarodno pravo.

Poseban problem je što su američki predsednici dali zeleno svetlo da se koriste sve potrebne metode za saznavanje podataka od lica koja su označena kao pretnja nacionalnoj bezbednosti. U praksi to je dovelo do široke primene raznih oblika mučenja. Dakle, mada je mučenje, razume se, zabranjeno¹¹ i mada se i same SAD zalažu za gonjenje i kažnjavanje lica odgovornih za takve postupke (sve dok su to stranci) američke vlasti ne samo da tolerišu, već preko svojih agencija primenjuju mučenje.¹²

Konačno, ne samo da se arbitrarno, bez suda, ljudi lišavaju slobode, muče, maltretiraju, prisluškuju, prate itd., već se, u ime ljudskih prava i sloboda, i - ubijaju! Ranije se uglavnom sumnjalo, a sada je poznato da vlada SAD naređuje likvidaciju pojedinih lica, bez sudski utvrđene krivice i izrečene presude.¹³ U najnovije vreme to se čini putem bespilotnih letilica ("dronova") koji lociraju metu, a

pogreška, Aljazeera, 13.12.2013, <http://balkans.aljazeera.net/vijesti/americki-general-guantanamo-je-bio-pogreska>.

¹¹ Pored ostalog, SAD su članica Konvencije UN protiv mučenja i drugih svirepih, nehumanih ili ponižavajućih postupaka ili kazni (1984).

¹² Nešto više: Ross Brian, Esposito Richard: "CIA's Harsh Interrogation Techniques Describer", *ABC News*, Nov. 18, 2005, http://loh.loswego.k12.or.us/noble/docs/psy_CIA%27s_harsh_interrogation_techniques_described.pdf. Štaviše, ponekad to mučenje očigledno nije uopšte u stvarnoj funkciji dobijanja "životno važnih informacija". Pored ostalog, sredinom 2009. u javnost su isplivali podaci (objavljeni u štampi SAD, a zatim čitavom svetu) da je brutalna metoda davljenja (sipanja ispitniku vode u disajne puteve, čime se postiže isti užasan osećaj kao kod davljenja u vodi) korišćena prema nekim ispitanicima (pripadnicima terorističke organizacije Al Kaida) i po nekoliko desetina puta, a u jednom slučaju čak 183 puta.

¹³ To nije nikakva specijalnost vlade SAD. Tajne službe mnogih zemalja na razne načine likvidiraju protivnike vladajućeg režima, strane političare i aktiviste, teroriste i sl. Sve to sa opravdanjem da se time štite životi građana ili nacionalna bezbednost. Ali, ne samo da je takva praksa protivna svim zakonima – i unutrašnjim i međunarodnim – već ona lako dovodi do toga da stradaju sasvim nevini. Jedan od poznatih primera vezan je za teroristički napad palestinskog "Crnog septembra" na Olimpijskim igrama u Minhenu (1972) u kojem je stradalo 11 izraelskih učesnika. Radi odmazde, ali i (slanja poruke da će se na svaki sličan napad nemilosrdno odgovoriti) izraelska vlada na čelu sa premijerkom Goldom Meir naložila je Mosadu da formira posebne jedinice za pronalazjenje i likvidaciju lica koja su neposredno ili posrednog odgovorna za smrt izraelskih olimpijaca. U ostvarenju te operacije, nazvane "Božji gnev", od 17 lica koja su bila označena kao mete, za oko godinu dana (do sredine 1973) ubijeno je njih 13. Međutim, 1974. izraelski agenti su u Norveškoj greškom ubili sasvim nevino lice, Marokanca koga su pomešali sa vođom terorista.

zatim ispaljuju ubistveni projektil. Koji pri tome, neretko ubija i one koji su se sasvim slučajno tu zatekli (tzv. “kolateralna šteta”);

4. *Zloupotreba normi i instituta namenjenih zaštiti ljudskih prava.* – Mogu se zloupotrebiti ne samo sama ljudska prava odnosno koncept ljudskih prava, već i norme i instituti koji tređa da, pored ostalog, služe zaštiti ljudskih prava. Najbolji primer je kada se u unutrašnjim pravnim porecima norme koje služe borbi protiv kršenja ljudskih prava, obezbeđenju javnog reda i mira i sl. iskoriste za to da bi se neko osudio u “montiranom” procesu, da bi se nekome otela (konfiskovala) imovina, da bi neko iako sasvim zdrtav, bio trajno smešten u psihijatrijsku ustanovu itd. Istorija je puna takvih primera (praksa nekadašnjeg SSSR i drugih socijalističkih država, ali ne samo njih).

Zloupotreba na međunarodnom planu. – Ljudska prava se odavno zloupotrebljavaju i na međunarodnom planu. U tome prednjače SAD koje godinama koriste koncept ljudskih prava da bi na razne načine uticale na političku stvarnost drugih zemalja, pa i čitavog sveta. Međutim, u takvim koracima učestvuju i druge države. Neki od oblika ovih zloupotreba su: zloupotreba prava na samoodbranu, “humanitarni” intervencionizam, upotreba sankcija zbog kršenja ljudskih prava, politika dvostrukih standarda, itd.

1. *Preventivna samoodbrana.* – Jedno od osnovnih prava svake države je pravo na samoodbranu. Pošto je jedna od osnovnih funkcija svake države je da, pored ostalog i od napada spolja, štiti svoje građane, njihove živote, zdravlje, slobodu, imovinu itd., samoodbrana je istovremeno u funkciji zaštite prava domaćih stanovnika. Ali, zakonito pravo na samoodbranu i zaštitu stanovnika može i da se zloupotrebi. Dobar primer je “Strategija SAD u oblasti nacionalne bezbednosti”, poznata kao Bušova doktrina, koju su SAD usvojile posle terorističkih napada 11.9.2001. Njom je, sa pozivom na pravo samoodbrane (radi zaštite građana SAD od velikih terorističkih napada) vlada u Vašingtonu sebi dala za pravo da, kad god proceni da je to opravdano, povede tzv. preventivni rat radi neutralisanja terorista ili tzv. otpadničkih država koje pomažu teroristima, odn. proizvode oružje za masovno uništenje.¹⁴

Gde je tu zloupotreba ljudskih prava? Pa u tome što su, pozivajući se na nužnost borbe protiv terorizma, SAD same sebe ovlastile da bez bilo kakvih ozbiljnih dokaza i pravnog pokrića napadnu bilo koji cilj na planeti, sa jedinim obrazloženjem da se tu kriju teroristi, da je to zemlja koja skriva o obučava teroriste i sl. I zaista, ubrzo zatim SAD sa na ovoj osnovi napale Avganistan (2001)¹⁵

¹⁴ Više o Bušovoj doktrini (konceptu preventivne samoodbrane): Krivokapić Boris: *Aktuelni problemi međunarodnog prava*, Beograd 2011, 620–629.

¹⁵ S tim u vezi, bivši kanadski ambasador u Jugoslaviji, Albaniji i Bugarskoj je s pravom primetio: “Kada je ustanovljeno da su gotovo svi teroristi umešani u napade 11. septembra 2001. god. državljani Saudijske Arabije, Sjedinjene Države su bombardovale – Avganistan.” Odmah zatim on

i Irak (2003). Takav stav je, razume se, neprihvatljiv. Pre svega, savremeno međunarodno pravo, koje je izgrađeno uz aktivno učešće tih istih SAD, ne dozvoljava prvootpočinjanje upotrebe sile. Ono izričito zabranjuje ne samo upotrebu sile, već i pretnju silom! Stoga je sasvim jasno da ne može biti zakonita oružana akcija koja nastoji da se prikaže kao samoodbrana protiv napada koji nije počeo, pa čak nije ni u fazi neposrednog otpočinjanja, već *možda može nekada* da se dogodi. Ova koncepcija, nije prihvatljiva ni iz moralnih i brojnih drugih razloga. Ona omogućava punu slobodu za pribegavanje sili, posebno u obračunu sa svakim ko je vojno slabiji, a nije po volji onome koji se na ovu doktrinu oslanja. Uostalom, ako bi ova politika bila prihvatljiva, na nju bi se mogle pozvati ne samo SAD već i druge velike sile, pa čak i one regionalne, što bi u krajnjoj liniji vodilo potpunom haosu u međunarodnim odnosima.¹⁶ Ukratko, preventivna samoodbrana, kako je ovde izložena, svodi se na pokušaj zloupotrebe ljudskih prava (života i zdravlja stanovnika odnosno države) radi pravdanja agresorskih ciljeva i planova.

2. *“Humanitarni” intervencionizam*. – SAD su među glavnim zagovornicima ideje o pravu tzv. humanitarne intervencije, tj. o tome da se može oružjem intervenirati u drugoj zemlji, zbog navodnog teškog kršenja ljudskih prava.¹⁷ Tako su motivisani oružani napadi na Grenadu (1983), Panamu (1989), Somaliju (1993), Jugoslaviju (1999), Avganistan (2001), Irak (2003), itd.

U pomenutim i sličnim slučajevima ideja ljudskih prava je zloupotrebljena na najgrublji način, radi agresije, koja je – da sve bude zaista apsurdno – značila drastično gaženje tih istih prava. Ne samo da međunarodno pravo ne dozvoljava nikakvu oružanu intervenciju, pa ni iz humanitarnih razloga, već prosto poređenje broja žrtava dešavanja u odnosnim zemljama pre i posle “humanitarne” intervencije, pokazuje da je u većini slučajeva tek nakon strane intervencije došlo do pravog užasa.¹⁸ Nema dileme da su kod praktično svih “humanitarnih” interven-

navodi komentar jednog američkog komičara: “Šta se to dogodilo našim bombarderima? Zar su baš toliko promašili?”. Biset Džejms: “Spoljne i unutrašnje slabosti u ratu protiv terorizma: lekcije iz Kanade”, *Srpska politička misija* 3-4/2005, 35–36.

¹⁶ Mora se primetiti i to da su SAD, zagovarajući svoje pravo preventivne samoodbrane u ratu protiv terorizma, istovremeno zatvarale oči pred mnogim terorističkim organizacijama širom sveta (sve dok nisu ugrožavali interese SAD) a javna je tajna da su neke od njih i pomagale odn. pomažu – finansijski, oružjem, opremom, obukom, itd.

¹⁷ Više: Krivokapić Boris: *Aktuelni problem međunarodnog prava*, op. cit., 571–619.

¹⁸ U, ne samo nezakonitim, već sa stanovišta zaštite ljudskih prava, sasvim nepotrebnim intervencijama bezrazložno je stradalo oko 100 ljudi u Grenadi i oko 230 u Panami. Sukobi srpskih snaga reda i terorističke UČK doveli su do sporadičnih žrtava, u ekstremnim slučajevima (slučaj Račak) i do nekoliko desetina takvih žrtava. Međutim, NATO agresija izazvala je pogibiju oko 3.500 državljana Jugoslavije, od čega oko 2.500 civila. Prema nekim procenama (pored ostalih, “*Human Rights Watch*“-a) za četvrt veka Sadamove vlasti stradalo je oko 250.000 Iraca, a samo za prve 4 godine okupacije broj mrtvih je dostigao između 150.000 i 750.000. Kada je reč o Avganistanu,

cija agrumenti kao što su ljudska solidarnost, briga za napaćene ljude i sl. korišćeni samo u propagandne svrhe. Da je visoka ideja sveopšteg poštovanja ljudskih prava zloupotrebljena za napad na drugu zemlju, sa sasvim drugim ciljevima, kao što su svrgavanje odnosne vlade, okupacija teritorije, obezbeđenje dotoka nafte, itd. Sve to vrlo često uz kršenje osnovnih ljudskih prava stanovnika odnosne zemlje.¹⁹

3. *Pravo na samoopredeljenje*. – Pravo naroda na samoopredeljenje, koje je nesumnjivo jedno od osnovnih načela savremenog međunarodnog prava ujedno je osnova za jedan od najočitijih primera zloupotrebe ljudskih prava. Pored ostalog, zna se da ono pripada *narodima, a ne nacionalnim manjinama*. Ni SAD, ni njihovi najbliži saveznici ne bi nikada pristali da se deo njihove teritorije, naseljen pretežno pripadnicima etničke manjine, otcepi. Pa ipak, u slučaju SR Jugoslavije, upravo to se dogodilo.

Nakon što su izvršile agresiju na SR Jugoslaviju i tako vojno obezbedile željene političke uslove, NATO države na čelu sa SAD su okupirale južnu srpsku pokrajinu i pomogle lokalnim Albancima da preuzmu vlast. Zatim su prekršile Rezoluciju Saveta bezbednosti 1244 (1999), priznale samoproglashenu nezavisnost Kosova, pa čak izvršile snažan pritisak na druge države da priznaju tu tvorevinu kao državu. Sve to suprotno principima međunarodnog prava, sve to sa tvrdnjom da je to opravdano radi zaštite prava etničkih Albanaca. Ovde je, dakle reč o klasičnoj zloupotrebi ljudskih prava.

Koliko je sve motivisano isključivo političkim interesima svedoči prosta činjenica da pravo na otcepljenje nije svojevremeno bilo dozvoljeno Srbima u Hrvatskoj, da se ni do danas ne dozvoljava građanima Republike Srpske da se izjasne da li i dalje želi da bude u sastavu Bosne i Hercegovine.²⁰ Uostalom, u slučaju ot-

umesto da budu zaštićeni, civili su postali uzgredne žrtve američkih bombi i oružanih dejstava – za nepunih 9 meseci, od 7.10.2001 do 31.6.2002. poginulo ih je blizu 3.500. Tačan broj civilnih žrtava u Avganistanu neće se verovatno nikada saznati, ali se procenjuje da je do sada preko 20.000. Pored toga, do 28.9.2014. poginulo je 3.474 pripadnika koalicije stranih snaga u Avganistanu, od čega samo Amerikanaca 2.347 (<http://icasualties.org/oef/>). Svi navedeni podaci odnose na poginule, broj ranjenih i osakaćenih je daleko veći.

¹⁹ Mnoge tzv. humanitarne intervencije” pretvorile su se u prave dugotrajne ratove, sa velikim brojem žrtava i ogromnim razaranja, što je sve veoma pogoršalo, a ne unapredilo život ljudi. Štaviše, u onim slučajevima kada je posle intervencije uspostavljena nova vlast, često nije došlo do poboljšanja stanja ljudskih prava, već naprotiv, do represije prema simpatizerima prethodnog režima (uključujući arbitrerna hapšenja, mučenja i ubistva) ali i do povrede osnovnih ljudskih prava svih stanovnika, pored ostalog, zabranom određenih političkih partija, uvođenjem cenzure, zabrane kretanja i sl.

²⁰ A Srbi su, da podsetimo, u obe nekadašnje jugoslovenske republike (Hrvatskoj i Bosni i Hercegovini) po ustavima tih republika bili konstitutivni narod, za razliku od Albanaca, koji su uvek bili nacionalna manjina.

cepljenja Krima od Ukrajine (2014), koji je donekle sličan kosovskom, ali u kome su opravdanja za secesiju mnogo jača (održan je referendum, istorijski gledano Krim je pripadao Rusiji sve dok ga Nikita Hruščov nije 1954. administrativnim putem dao Ukrajini) SAD i njihovi najbliži saveznici zauzeli su sasvim drugačiju poziciju - osporili pripajanje Krima Rusiji i uveli sankcije Rusiji.

4. *Sankcije zbog navodnog kršenja ljudskih prava.* – Pojedine države, pre svih SAD i njihovi zapadni saveznici, uvode sankcije raznim zemljama, zbog navodnog kršenja ljudskih prava. Takva praksa, koja traje već dugi niz godina,²¹ u novije vreme je sve izraženija. Ali isto tako može se primetiti da se ove sankcije koriste selektivno. One se uvode pojedinim zemljama zbog navodnih povreda ljudskih prava (npr. navodne krađe izbora) ali se ne uvode drugim zemljama u kojima je nesumnjivo dokazano drastično kršenje ljudskih prava (npr. svojevremeno razni diktatorski režimi u Latinskoj Americi i drugim delovima sveta). To znači da se ove sankcije ne uvode onda kada to ozbiljnost kršenja ljudskih prava zahteva, već onda kada politički interesi traže pokriće za planirani pritisak na određenu zemlju. Time se, međutim, ove sankcije iz sredstva za doprinos poboljšanju ljudskih prava u svetu, pretvaraju u jednu vrstu ofanzivnog oružja kome su ljudska prava samo kamuflaža ili u najboljem slučaju pogonsko gorivo. Opasnost o kojoj je reč postaje posebno uočljiva kada se zna da se sve češće određene sankcije uvode na bazi glasina, neproverenih informacija “iz obaveštajnih krugova”, izveštaja medija i sl. Po sebi se razume da je te izveštaje veoma lako isfabrikovati, da je njima još lakše manipulirati,²² a da posledice mogu biti katastrofalne.²³ Primer toga kako se sankcije za kršenje ljudskih prava selektivno primenjuju nudi praksa mnogih država.

²¹ Pored ostalog, poznate su privredne, ekonomske, finansijske sankcije koje su SAD uvele Kubi još 1960, kada je ta država eksproprisala svojina američkih državljana i korporacija. One su 1962. pojačane, do te mere da su prerasle u skoro potpuni embargo (zabranu uvoza i izvoza sa odn. na Kubu skoro svih proizvoda). Ove sankcije ni do danas nisu ukinute. Kao uslov za skidanje sankcija, SAD traže od Kube demokratizaciju, poštovanje ljudskih prava i prestanak vojne saradnje Kube sa drugim državama.

²² Pojedini mediji se rado uključuju u hajku protiv nekog ko je označen kao kršilac ljudskih prava, pa, pumpajući sopstvene tiraže, potenciraju naslove i vesti kojima se, radi veće upečatljivosti, odnosna strana označava kao “imperija zla”, “zemlja smrti” i sl., a njen prvi čovek kao “gospodar rata”, “krvnik”, “kasapin”, “koljač”, itd. Uvek se govori o “Sadamovim” (ili čijem god) režimu, o nečijim trupama, ubicama itd. što sugeriše da su oni koji se protiv ovih “zlikovaca” uvek na strani demokratije i ljudskih prava. Ako je u isti sukob uključena npr. i vlada SAD nikada se ne govori o npr. Obaminim trupama, Obaminom režimu, Obaminim zlikovcima (čak i kada su izvršili dokazane ratne zločine), već su to uvek “snage SAD”, “marinci” i sl. a sama vlada se označava kao “vlada SAD”, “Vašington”, “Bela kuća”, u najgorem slučaju kao “Obamina administracija”.

²³ Najbolji primer je slučaj Iraka. Napad na njega (2003) pravdan je time da Sadam Husein ima oružje za masovno uništenje koje namerava da preko Al Kaide iskoristi za masovni udar na SAD. Kad ni posle 2 godine to oružje nije pronađeno, saznalo se da je CIA od ranije znala da ga Irak

Dovoljno ilustrativan je primer Danske, koja je sa pozivom na (spornu) univerzalnu nadležnost, sudila Srbima iz Bosne i Hercegovine zbog navodnih zločina počinjenih u građanskom ratu u toj zemlji 1992-1995, ali koja je u drugom, zaista nespornom slučaju, odbila da sudi somalijskim piratima koje su zarobile njezne pomorske snage. Najobičnija kalkulacija i politika dvostrukih standarda doveli su do toga da zemlja koja je prethodno kaznila strane državljane zbog nečega što su navodno učinili u drugoj državi, protiv takođe stranih državljana, kasnije odbije da zasnuje svoju nadležnost u slučaju piratstva gde univerzalna jurisdikcija ne samo nesumnjivo postoji, već predstavlja i jednu vrstu obaveze država!²⁴

5. *Dvostruki standardi.*- Do makar posredne zloupotrebe ljudskih prava i plemenite ideje o njima dolazi uvek onda kada neka zemlja proziva druge zbog kršenja ljudskih prava, a pri tome sama radi slične, pa i gore stvari.

I ovde je, primera radi, dovoljno osvrnuti se na praksu SAD – i najveće svet-ske sile, i najvećeg samoproklamovanog borca za ljudska prava.

SAD se stalno zalažu za razvoj i unapređenje ljudskih prava, za njihovo sve potpunije normiranje na međunarodnom planu, za razvoj međunarodnih kontrolnih mehanizama itd. Sve to može se samo pozdraviti. I zaista, nema sumnje da su SAD na razne načine doprinele širenju koncepta ljudskih prava u svetu i usvajanju nekih od najvažnijih međunarodnih sporazuma u ovoj oblasti.

Ipak, kako stoji stvar sa ljudskim pravima u samim SAD? Da li je tu sve idealno? Nažalost, nije. To će potvrditi samo nekoliko primera.

Dovoljno je podsetiti da su SAD među sve manjim brojem savremenih država u kojima nije ukinuta smrtna kazna!²⁵ Štaviše, u pojedinim saveznim drža-

ne poseduje, da je o tome blagovremeno obavestila predsednika, ali da je on ipak naredio napad. Pošto oružje za masovno uništenje nije nađeno, promenjena je retorika, pa je konstatovano da je Sadama svakako trebalo zbaciti da bi napaćeni irački narod konačno mogao da živi u slobodi. Jasno je, međutim, da sve što se od 2003. godine do danas odvija u Iraku ima malo veze sa trijumfom ljudskih prava i stvarne demokratije. Uostalom, dovoljno je podsetiti da je, prema procenama uglednih međunarodnih nevladinih organizacija, od ulaska snaga SAD i njihovih saveznika u Irak 2003. do danas, život izgubilo oko milion Iraca, te da se konačno sređivanje prilika ni ne nazire.

²⁴ Danska je naredila svojim pomorskim snagama koje su 17.9.2008. zarobile 10 somalijskih pirata da ih puste na slobodu. Zašto? Zato što je vlada u Kopenhagenu zaključila da bi piratima moglo da se sudi samo u Danskoj – ako bi im se sudilo u Somaliji ili nekoj od susjednih država, pretila bi im smrtna kazna, a dansko pravo zabranjuje izručenje u države u kojima nije ukinuta smrtna kazna. Istovremeno je primećeno da bi troškovi prebacivanja ovih lica u Dansku i suđenja bili preveliki, a da bi poseban problem predstavljala repatrijacija nakon odslužene zatvorske kazne. Više: Krivokapić Boris: "Međunarodna krivična dela nasilja na moru", u: Nogo Sreto (ur.): *Međunarodna krivična dela*, Dvanaest tematski naučni skup Udruženja za međunarodno krivično pravo, Tara 2013, 212–213.

²⁵ Više od dve trećine država sveta su *de jure* ili makar *de facto* ukinule smrtnu kaznu. *Figures on the Death Penalty*, Amnesty International, <http://www.amnesty.org/en/death-penalty/numbers>.

vama SAD smrtna kazna se sve donedavno izvršavala i nad licima koja su u vreme izvršenja krivičnog dela bila maloletna!²⁶ To je nešto što je prosto nepojmljivo za moderne države i njihove pravne poretke.

Uostalom, jedan od pokazatelja kvaliteta života i stepena uživanja ljudskih prava su i zatvori. Dobro je poznato da SAD imaju ne samo najveći ukupan broj (2,3 miliona) već i najveći procentualni udeo stanovništva u zatvorima (sa ukupno 5% svetskog stanovništva, one imaju čak 25% svetskih robijaša).²⁷ Tu nešto, jednostavno, nije u redu.

SAD se godinama zalažu protiv svake diskriminacije, posebno prema boji kože. Takva politika zaslužuje svu podršku i priznanje. Pa ipak, u samim SAD je rasna diskriminacija konačno je zabranjena tek 1964, a u praksi nije do kraja iskorjenjena ni do danas.²⁸ Dok vlada SAD prebacuje vladama nekih drugih država loš odnos prema homoseksualnim (LGBT) manjinama, u pojedinim saveznim državama SAD homoseksualizam je i dalje – krivično delo!²⁹

Dok SAD prebacuju nekim drugim zemljama zbog prevelike brutalnosti policije, činjenica je da se one same suočavaju sa preteranom upotrebom sile, uključujući i smrtonosnu silu, od strane organa reda.³⁰ Uostalom, dovoljno je pomenuti da je za 28 godina koliko je zloglasni Berlinski zid razdvajao delove tog

²⁶ Od 1976 do 2005. pogubljena su 22 lica koja su u vreme izvršenja dela bila maloletna. Od toga u Teksasu 13, Virdžiniji 3, Oklahomi 2 i u Južnoj Karolini, Floridi, Džordžiji i Misuriju po 1. Vrhovni sud je 2005. zabranio ovu praksu. Death Penalty Information Center, <http://www.deathpenaltyinfo.org/juvenile-offenders-executed-state-1976-2005>.

²⁷ Holland Joshua: *Land of Free? US Has 25 Percent of the World's Prisoners*, <http://billmoyers.com/2013/12/16/land-of-the-free-us-has-25-of-the-worlds-population-and-25-of-its-prisoners/>.

²⁸ Pored ostalog, Pentagon, petougaono sedište Ministarstva odbrane SAD, u Arlingtonu (Virdžinija), u blizini Vašingtona, čija je gradnja završena 1943, izgrađen je sa duplo više toaleta nego što je trebalo, zato što je tada još bio na snazi Zakon o rasnoj segregaciji koji je nalagao da crnci i belci moraju da koriste odvojene toalete. Tek 1964. donet je Zakon o građanskim pravima, koji je stao na put rasnoj diskriminaciji.

²⁹ U 13 saveznih država (Ajdaho, Alabama, Florida, Juta, Južna Karolina, Kansas, Lujzijana, Mičigen, Misisipi, Oklahoma, Severna Karolina, Teksas, Vidžinija) na snazi su zakoni "protiv sodomije". Premda ih je Ustavni sud 2003. proglasio neustavnim, ove države ih nisu povukle (ostali su na snazi). Štaviše, izgleda da policija te propise primenjuje u praksi – u poglednjih nekoliko godina zbog kršenja pomenutih zakona uhapšeno je nekoliko desetina LGBT populacije (istini za volju, brzo su puštani na slobodu, jer tužioci nisu hteli da pokreću krivični postupak). "81 countries where homosexuality is illegal", Updated June 13 2014, <http://76crimes.com/76-countries-where-homosexuality-is-illegal/>.

³⁰ Vidi npr. 21st Century Tyranny: Disturbing Trend of "Accidental" Shootings and Raids on Wrong Adresse, <http://thefreethoughtproject.com/21st-century-tyranny-disturbing-trend-accidental-shootings-raids-wrong-addresses/>. (28.9.2014) i tamo date linkove.

grada, u pokušaju da prebegnu na Zapad život izgubilo 136 lica,³¹ a da je, prema podacima Granične službe SAD, u pokušaju da pređu meksičko-američku granicu samo za poslednje dve godine život izgubilo skoro 1.000 ljudi - 2012. stradala su 477, a u 2013. još 445 lica.³²

Ovaj prikaz spornih rešenja i prakse, mogao bi, razume se, da se nastavi (pored ostalog, pitanje je koliko stvarno odražava volju birača zamršeni elektorski sistem izbora predsednika države). Međutim, mi se ovde ne bavimo odnosom SAD prema ljudskim pravima, već nam samo primeri vezani za tu veliku zemlju služe kao ilustracija raznih oblika zloupotrebe ljudskih prava. Stoga će biti dovoljno da prikaz zaključimo ukazivanjem na samo još dva momenta, oba vezana za međunarodni nivo.

Ponekad se olako previđa važna činjenica da SAD ne samo ne prednjače po broju ratifikovanih konvencija iz materije ljudskih prava, već, naprotiv, zaostaju u tom pogledu za većinom zemalja. SAD ni do danas nisu ratifikovale neke od najvažnijih među njima, one u čijem su članstvu praktično sve države sveta ili makar ogromna većina njih.³³ Najbolji primer je Konvencija UN o pravima deteta (1989) koja bi iz mnogo razloga trebalo da je najmanje sporan ugovor ove vrste. Uostalom, ratifikovale su je sve članice UN osim dve – Somalije i SAD! S druge strane, čak i oni važni međunarodni ugovori koje su SAD ratifikovale, ratifikovani su posle više decenija oklevanja.³⁴ Uostalom, SAD nisu ratifikovale ni najvažniji regionalni sporazum iz ove materije - Američku konvenciju o ljudskim pravi-

³¹ "List of deaths at the Berlin Wall", *Wikipedia*, http://en.wikipedia.org/wiki/List_of_deaths_at_the_Berlin_Wall.

³² United States Border Patrol: Southwest Border Deaths by Fiscal Year, <http://www.cbp.gov/sites/default/files/documents/U.S.%20Border%20Patrol%20Fiscal%20Year%20Statistics%20SWB%20Sector%20Deaths%20FY1998%20-%20FY2013.pdf>.

³³ Tako na univerzalnom planu SAD ni do danas nisu ratifikovale: Međunarodni pakt o ekonomskim i socijalnim pravima (1966), Fakultativni protokol (1966) uz Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, Konvenciju o nezastarevanju ratnih zločina i zločina protiv čovečnosti (1968), Mađunarodnu konvenciju o sprečavanju i kažnjavanju zločina aparthejda (1973), Konvenciju o ukklanjanju svih oblika diskriminacije žena (1979), Međunarodnu konvenciju protiv aparthejda u sportu (1985), Konvenciju UN o pravima deteta (1989), Međunarodnu konvencija za zaštitu prava svih radnika migranata i članova njihovih porodica (1990), itd. Za status ovde i dalje navedenih univerzalnih ugovora iz materije ljudskih prava vidi: United Nations Treaty Collection, *Chapter IV: Human Rights*, <https://treaties.un.org/pages/Treaties.aspx?id=4&subid=A&lang=en>.

³⁴ Primera radi, Međunarodna konvencija o ukklanjanju svih oblika rasne diskriminacije (1966) ratifikovana je tek 1994. (posle 28 godina), Konvencija o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida (1948) tek 1988. (posle 40 godina!), Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (1966) tek 1992. (posle 26 godina), itd.

ma (1969).³⁵ Dakle, ispostavlja se da iako se vatreno zalažu za poštovanje ljudskih prava, SAD nisu voljne da se i same obavežu na međunarodnom planu u tom pravcu.

Drugi karakterističan primer tiče se kažnjavanja za teške povrede ljudskih prava. Poznato je da su SAD presudno uticale na nastanak Haškog tribunala i sličnih tela.³⁶ Zanimljivo je, međutim, da se njihova želja za izvođenje učinilaca teških međunarodnih krivičnih dela tu završava! SAD su se od najistaknutijeg pobornika međunarodnih (*ad hoc*) krivičnih sudova pretvorile u najvećeg protivnika stalnog Međunarodnog krivičnog suda. O tome je uglavnom sve dobro poznato.³⁷

Zloupotreba od strane međunarodnih organizacija

Ponekad (kao npr. kod uvođenja međunarodnih sankcija) ljudska prava i sam koncept ljudskih prava zloupotrebljavaju i međunarodne organizacije. Načelno gledajući, one imaju sopstvenu pravnu ličnost, te je njihova odluka jednostrani akt organizacije, izraz volje organizacije kao posebnog subjekta međunarodnog prava.

Pa ipak, pošto se ovde bavimo suštinskim, a ne formalnim pitanjima, čak i onda kada do nje dođe, zloupotreba ljudskih prava od strane neke međunarodne organizacije je skoro bez izuzetka rezultat pritiska najmoćnijih članica odnosno organizacije. U tom smislu ovde se može ponoviti dobar deo onog što je rečeno za zloupotrebu ljudskih prava od strane država.

³⁵ Nju su ratifikovale 23 američke države, ali ne i SAD. http://www.oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights_sign.htm.

³⁶ Više o međunarodnim krivičnim sudovima: Krivokapić Boris: "Razvoj međunarodnog krivičnog sudstva", *Strani pravni život* 1-2/2007, 39–63; Krivokapić Boris: "Putevi i stranputice međunarodnih krivičnih sudova", u: Lopičić-Jančić Đ. Jelena (prir.): *Od Nirnberga do Haga*, Beograd 2012, 39-58; Krivokapić Boris: "Nešto drugačiji pogled na međunarodne krivične sudove", u: Čirić Jovan (prir.): *Haški tribunal između prava i politike*, Beograd 2013, 6–52.

³⁷ Glavne primedbe vlade SAD su da bi rad Suda mogao da ugrozi nacionalni suverenitet te zemlje, a sa druge strane, strah od politički motivisanih suđenja. Protivljenje se ispoljilo na razne načine: povlačenjem potpisa Statuta Suda (2002. g.), pretnjom da će biti blokiran rad Saveta bezbednosti UN, zaključivanjem bilateralnih sporazuma sa nizom država o neizručenju američkih državljana Sudu, pa čak i donošenjem posebnog zakona (*American Service Members' Protection Act*, 2002) koji, pored ostalog, predviđa zabranu američke vojne pomoći državama koje su ratifikovale Rimski statut (uz moguće izuzetke) i ovlašćuje predsednika SAD da upotrebi vojnu silu da bi se oslobodilo američko vojno osoblje koje drži Sud. Više o svemu vidi: Schabas William A.: "United States Hostility to the International Criminal Court: It's All About Security Council", *European Journal of International Law* 4/2004, 701–720, www.ejil.org/pdfs/15/4/376.pdf, i tamo navedenu obimnu literaturu.

I pored toga, u principu je moguće da do zloupotrebe dođe i iz nekih drugih razloga (npr. lična inicijativa čelnih ljudi organizacije) kao što može doći i do zloupotrebe ljudskih prava službenika međunarodne organizacije.³⁸

ZAKLJUČAK

Sve se može zloupotrebiti pa tako i ljudska prava. Po prirodi stvari, posledice zloupotrebe ljudskih prava su najčešće veoma teške. Štaviše, zahvaljujući političkoj, ekonomskoj, medijskoj i drugoj moći oni koji krše pravo, pa tako i ljudska prava, ponekad su u poziciji da u društvu ili makar delu društva, pa i u delu međunarodne zajednice, stvore privid o tome da su oni u pravu, da se oni bore protiv zločinaca, a u ime trijumfa pravde i dobra.

Toga je uvek bilo i toga će uvek biti. Ne postoji lak način da se ove pojave iskorene. Ipak, kao što je istina da je bolje upaliiti makar samo jednu sveću nego proklinjati pomrčinu, tako isto, treba povremeno podosećati na ovaj problem, ukazivati na razne oblike zloupotrebe ljudskih prava, raditi na tome da se obezbedi što potpunija kontrola nad tim da se ljudska prava uživaju u punom kapacitetu, ali pri tome ne zloupotrebljavaju, itd.

Prvi korak je, svakako, da se otvori priča o svemu tome. To je i bio osnovni cilj ovog rada.

BORIS KRIVOKAPIĆ, Ph.D.,
Professor, Faculty of Law, Public Administration and Security
Megatrend University, Belgrade

ON HUMAN RIGHTS ABUSES

Summary

In our time, human rights have been raised to the level of universal human values, issues of concern to the whole international community. A lot of them are talking, writing, analyzing the practice of some countries, introducing the international sanctions for human rights violations, etc.

³⁸ Ponekad se zaboravlja da i službenici međunarodnih oprganizacija imaju određena ljudska prava i slobode i da im ta prava i slobode mogu biti nezakonito uskraćena ili povređena odlukama i postupcima organizacije odn. njenih organa. Tako npr. moguće je da se u odnosu na službenike međunarodne organizacije vrši rasna ili neka druga diskriminacija, da im se uskraćuju neka prava iz radnog odnosa i sl.

Somehow, usually all forgot about another problem. Anything can be misused. This goes to human rights as well - specific human rights, human rights as legal institutes and the whole concept of human rights.

This article deals with the problem of human rights abuses. It first explains the meaning of the term "human rights" and the the concept of human rights abuse. It gives an overview of the human rights abuses as a social phenomenon and the most common forms in which it occurs. The paper then analyzes human rights abuses coming from individuals and groups, on the one hand and the states on the other.

ZORAN JELIĆ

CENTRALNI PROBLEM INTERPRETACIJE PRAVA – Prilog metodološkoj rekonstrukciji jurističke hermeneutike –

PRISTUP PROBLEMATICI

(1) Problemi tumačenja pisanih poruka veoma su brojni i raznovrsni, a još uvek gotovo potpuno neproučeni. To nedvosmisleno svedoči o sterilnosti hermeneutike ili opšte teorije i prakse interpretacije (razumevanja) tekstova, koja se tokom svoje izuzetno duge istorije, od antike do naših dana, previše bavila ispraznim filozofiranjem i apstraktnim spekulacijama, a premalo izgradnjom pouzdanih metoda od značaja za određivanje tačnog smisla tekstualnih tvorevina.

Štaviše, već u antičko doba došlo je do njenog izopačavanja,¹ jer se interpretativni postupak u celini sveo na posredno opštenje između dva subjekta, autora i tumača, od kojih je *prvi*, predstavljen redovno i isključivo svojim delom, postao automatski apsolutno zavisao od volje, interesa i potreba *drugog* i stepena njegove umešnosti da odabrana značenja koja bi otkrio u autorovoj duhovnoj tvorevini, sa više ili manje uspeha, prilagodi stvarnosti kojoj se ta tvorevina obraća.

Pa ipak, ma koliko stalno optuživana za voluntarizam, subjektivizam, krajnje skromnu vrednost svojih rezultata i ograničenost saznajnih potencijala, hermeneutika je u minulom stoleću, zahvaljujući pre svega istaknutom poslaniku na području društvene misli, *Maksu Veberu (1864-1920)* doživela neočekivan us-

Dr Zoran Jelić, konsultant, Beograd.

¹ Up. Sreten Marić: "O hermeneutici", Službeni glasnik, Beograd, 2012, str. 8-9.

pon u oblasti sociologije (u formi simboličkog interakcionizma, fenomenologije i etnometodologije) i postala izazov za društvene i humanističke nauke uopšte. Ovu transformaciju hermeneutike uverljivo je prikazao i obrazložio poljski sociolog *Zygmunt Bauman* (*Zygmunt Bauman, rođ. 1925*) u svojoj knjizi "Hermeneutics and Social Science", posvećenoj određenom broju najznačajnijih metodoloških pristupa fenomenu razumevanja obrađenih u radovima Karla Marksa, Maksa Vebera, Karla Manhajma, Edmunda Huserla, Talkota Personsa, Martina Hajdegera i dr.²

S druge strane, utemeljena na razumevanju kao profenomenu odnosa među ljudima, a u skladu sa *Ničevim* stavom da "uopšte ne postoje činjenice nego samo interpretacije", hermeneutika je, oslanjajući se sve više na lingvistiku kao egzaktnu disciplinu, svoju većitu pretenziju na univerzalnost u novije vreme udružila sa težnjom da potisne semiotiku sa pijedestala tzv. prve filozofije današnjice i da u potpunosti preuzme njeno mesto i ulogu. Takvo nastojanje hermeneutike da svoje proučavanje orijentisano na prirodne jezike i njihovu realizaciju u pismu – dakle na pisane tekstove, proširi na sve simboličke (znakovne) sisteme, izgleda sasvim opravdano i legitimno ako se ima u vidu fakat da se svaki simiotički sistem prepliće sa nekim prirodnim jezikom i da su svi veštački jezici svodljivi na odgovarajuće prirodne jezike kao na svoju izvornu, autentičnu osnovu. Drugim rečima, simiotika je, zapravo, samo pozitivistički ograničena hermeneutika.³

(2) Premda ni u moderno doba hermeneutika nije lišena mnogih slabosti o kojima je prethodno bilo reči, krupna zasluga za njen vidljiv napredak u minulom stoleću (osim velikom sociologu Maksu Veberu) nesumnjivo pripada italijanskom pravniku Emiliju Betiju (1890-1960).

U svom monumentalnom delu o interpretaciji, prevedenom na podsticaj *Hansa Georga Gadamera* (1900-2002), vodećeg predstavnika moderne hermeneutičke filozofije, na nemački jezik i objavljenom pod naslovom "Opšta teorija tumačenja kao metodika duhovnih nauka", Beti je temeljno analizirao sve forme tumačenja, tako da njegova izuzetno opsežna studija, u neku ruku, predstavlja jednu veoma razučenu i kompleksnu rekapitulaciju rezultata i dostignuća do kojih je došla hermeneutička misao u svom viševjekovnom razvoju.⁴

² Up. Zygmunt Bauman: "Hermeneutics and Social Science" (Approaches to Understanding, Hutchinson of London 1978). U pomenutom delu *Bauman* razmatra razumevanje sa različitih gledišta, tj. kao delo istorije ("Understanding as the work of History"), kao delo razuma ("Understanding as the work of reason"), kao delo života ("Understanding as the work of life") i kao ekspanziju forme života ("Understanding as expansion of the form of life").

³ Up. Časopis "Delo", april-maj 1973, br. 4-5/1973, str. 451.

⁴ Up. E. Betti: "Allgemeine Auslegungslehre als Methodik der Geisteswissenschaften", J.C.B. Mohr (Paul Sicbeck), Tübingen, 1967. Ovde se daje sažet prikaz sadržaja navedenog dela, i to po

Beti naglašava da je hermeneutički proces – proces strogo metodski stečenih znanja, u kojem kontrolisano tumačenje prethodi razumevanju; polazeći od takvog shvatanja, on je pokušao da definiše opštevažeće kanone tumačenja, s ciljem da se onemogući samovolja u postupku interpretacije, ali se u praktičnoj primeni vrlo brzo pokazalo da ti kanoni zbog visokog stepena opštosti i svog, u osnovi, negativnog usmerenja, imaju manje-više ograničen domašaj i skromnu upotrebnu vrednost.

Uprkos tome, *Betiju* pripada nemerljiva zasluga što je teoriju interpretacije ponovo usredsredio na njenu izvornu tematiku rasterećenu od apstraktnog spekulativnog meditiranja u smislu jednog *Hajdegera*, pa ako se hoće i *H.G.Gadamera* koji je iznenada otkrio da pretenzija hermeneutike na univerzalnost ne leži u jeziku, tačnije razgovoru, već u unutrašnjoj reči (*verbum interius-y*), odnosno u neizrecivom, u nemogućnosti da se sve iskaže stvarnim jezikom. Po našem stanovištu, najbolji kritički komentar na ovaj i ovakav *Gadamerov* zaokret može se naći u *Vitgenštajnovoj* knjizi “*Tractatus logico-philosophicus*” koja pokazuje da način postavljanja filozofskih problema, redovno dovodi do sterilnih spekulacija ako nismo u stanju da shvatimo *logiku našeg jezika*, čije je osnovno pravilo da sve ono što se može reći – može se reći jasno, a o čemu se, pak, ne može govoriti, o tome se mora ćutati.

(2) U svom znamenitom delu “*Istina i metoda*” *H.G. Gadamer* ističe da je svim formama hermeneutike zajedničko to što se smisao koji treba razumeti konkretizuje i dovršava tek u tumačenju, pri čemu tekst treba da vezuje tumača, imajući u vidu da je za mogućnost postojanja jurističke hermeneutike (koja za *Gadamera* ima egzemplarno značenje) bitno da zakon sve članove jedne pravne zajednice vezuje na isti način⁵. Gde to nije slučaj, gde, recimo, kao u apsolutizmu, volja apsolutnog vladara stoji iznad zakona, tamo nema hermeneutike, pošto vrhovni gospodar svoje reči može tumačiti i protivno pravilima opšteg tumačenja.⁶

glavama: Epistemološki problem razumevanja kao deo opšteg problema saznanja (glava 1): Proces tumačenja uopšte – hermeneutička teorija saznanja (glava 2): Hermeneutička metodologija (glava 3); Tipovi tumačenja. A) Tumačenje u službi čistog saznanja. 1. Filološko tumačenje. 2. Istorijsko tumačenje (glava 4); 3. Tehničko tumačenje sa istorijskim zadatkom (glava 5); B) Reproductivno tumačenje. 4. Prevođenje (glava 6); Interpretacija sa reproductivnim zadatkom. 5. Dramska interpretacija. 6. Muzička interpretacija (glava 7); V. Normativno tumačenje. 7. Jurističko tumačenje (glava 8); 8. Teološko tumačenje. 9. Psihološko tumačenje sa saznajnim i normativno-praktičnim zadatkom (glava 9); Hermeneutička fenomenologija. Istorijske promene i vaspitni zadatak tumačenja (glava 10).

⁵ Hans Georg Gadamer: “*Istina i metoda*”, IP “*Veselin Masleša*”, Sarajevo 1978, str. 363.

⁶ Op. cit., str. 363.

Modernim rečnikom izraženo, tamo gde ne egzistira poredak vladavine prava i jednakost svih pred zakonom, već tzv. pravo jačeg i gola sila, ne može biti govora ni o kakvoj predvidljivosti ni pravnoj sigurnosti, odnosno izvesnosti.

Saglasno navedenoj premisi, mnoštvo gledišta o prirodi pravnog tumačenja mogu se u najširem smislu reći, svrstati, u dva međusobno direktno suprotstavljena pravca, od kojih se prvi može nazvati *pravnim formalizmom*, a drugi – *pravnim realizmom*.⁷

Pravni formalizam tumačenje isključivo shvata kao čin znanja; to je, po njemu, saznajni postupak analize obaveznih pravila ponašanja čija delotvorna primena zavisi ne samo od poznavanja predmeta regulisanja nego i od principa i pravila silogističke (formalne) logike. Sve posebne i pojedinačne norme, po stavu na staništu pravnog formalizma, mogu se dobiti pomoću intelektualne operacije logičkog zaključivanja od opšteg na posebno, odnosno pojedinačno. Tako je, primera radi, donošenje sudske presude ili upravnog akta, po viđenju ortodoksnog formalizma, u stvari, čin supsumpcije, podvođenja niže konkretne norme pod višu, opštu normu. Shodno tome, značaj logike za pravo je ogroman, budući da ona ulazi u samu suštinu prava i da bez nje pravnik, naprosto, “ne može maći”.⁸

Sasvim suprotan stav zastupa *Kelzen*, koji tvrdi da je norma smisao akta volje, a ne akta mišljenja; norma važi samo ako je stvorena aktom volje, ako je ona smisao takvog akta i u tome leži njena pozitivnost.⁹ Preciznije izraženo, iz opšte norme ne može se logičkim putem izvesti pojedinačna (ili posebna) norma, već ona mora da se propiše odgovarajućim pravnim aktom nadležnog organa. Predstavnicima *pravnog realizma* idu još jedan, i to krupan korak dalje od *Kelzena*; oni su saglasni s *Kelzenom* da je ovlašćeni organ jedini pozvan da utvrdi autentično ili relevantno značenje nekog pravnog teksta, ali istovremeno dopuštaju da to značenje može protivrečiti ne samo učenju doktrine već i da bude nerazumno, pa čak i direktno suprotno načelu savesnosti i poštenja i svemu onom što se pouzdano zna o namerama autora teksta.

Pomenuta shvatanja pravnog realizma koja, u krajnjoj liniji, opravdavaju golo nasilje nad zakonskim i podzakonskim aktima i dozvoljavaju svesno ignorisanje logičkih principa i pravila, nisu, nažalost, lišena oslonca u svekolikoj sud-

⁷ Up. Boško Mijatović, Ilija Vujačić i Tanasije Marinković: “Pojmovnik liberalne demokratije”, Službeni glasnik – CLDS, Beograd, 2008, str. 192–194.

⁸ Up. Rad. D. Lukić: “Metodologija prava”, SANU, 1977, str. 50. Vidi takođe i str. 63–65, op. cit.

⁹ Up. H. Kelsen, *Recht und Logik*, str.1473. Zbornika radova *Kelzena, Merkla i Ferdrosa*, objavljenog pod nazivom: “Die Wiener rechtstheoretische Schule”, Europa Verlag, Wien – Frankfurt – Zürich und Universitätsverlag Anton Pustet, Salzburg – München, 1968. Vidi i “Forum”, Wien, XII. Jahrgang, 1965, Heft 142, str. 421–425 und Heft 143, str. 495–500.

skoj praksi, pa i kad je u pitanju postupanje najviših i najuglednijih sudskih institucija u okviru međunarodne zajednice, odnosno OUN.

Tako su, primera radi, u postupcima pred Međunarodnim sudom pravde u Hagu zastupnici naše države doživeli nekoliko neprijatnih iznenađenja, suočivši se sa stavovima tog suda koji nisu ispunjavali ni najelementarnije zahteve formalne logike.¹⁰

Logička doslednost, uostalom, nikada nije bila jača strana unapred “naštimovanog” sudskog tumačenja, stavljenog u službu gole sile i bezakonja, što nedvosmisleno pokazuju mnogobrojni primeri sudskih farski zabeleženi u opštoj pravnoj istoriji.¹¹

(3) Fenomen koji je u hermeneutici poznat pod nazivom “Zaborav jezika zapadnjačkog sveta” predstavlja, u stvari, figurativni izraz za lišavanje jezika njegove ključne karakteristike koja se ispoljava u dijalogu, razgovoru ili komunikaciji; čak i “zavađena braća” *Habermas i Gadamer* (kako ih naziva *Hans Robert Jaus (1921-1997)*, tvorac znamenite teorije recepcije)¹² tvrde da je komunikacija uslov razumevanja smisla tekstualnih tvorevina. Danas je opšteprihvaćeno da je jezik drugo ime za komunikacije, a pravo po *Hjumu*, zapravo, oblik jezika; jezik je takođe svojevrsna slika sveta, tj. interpretacija objektivne stvarnosti dok je pravno tumačenje, opet, sinonim za analizu jezika zakonodavca (Norberto Bobio). Nadalje, jezik ima svoju vlastitu logiku – hermeneutičku logiku pitanja i odgovora,¹³ pa razume ti neki tekst znači shvatiti pitanje na koje on daje odgovor; dijalektika pitanja i odgovora bitan je sastavni deo sudskih i drugih pravnih postupaka, čijom se efikasnom primenom dolazi do tačnog i potpunog utvrđivanja činjeničnog stanja

¹⁰ Bez želje da se bliže upuštamo u analizu pojedinih procedura u kojima je nedvosmisleno ispoljen proizvoljan odnos prema predočenim dokazima, uz ignorisanje mnogih eksplicitno iznetih relevantnih argumenata i stavova, potkrepljenih, inače, nepobitnim činjenicama i dokazima, ovde je radi ilustracije takvog diskriminatoriskog pristupa, dovoljno navesti fakat da zastupnici naše zemlje nisu bili udostojeni bilo kakvog odgovora na sasvim legitimno a sasvim jednostavno pitanje – naime, kako je uopšte moguće da ista država u isto vreme bude država sa kontinuitetom i država sukcesor? Takav status jedne države, tj. naše zemlje verovatno je jedinstven slučaj u savremenim međunarodnim odnosima i predstavlja kuriozitet u pozitivnom međunarodnom pravu. Ništa manji kuriozitet u praksi pomenutog suda, svakako nije ni njegovo savetodavno mišljenje kojim su privremene institucije samouprave na *Kosovu* volšebno transformisane u grupu koja je sebe definisala kao “demokratski izabrane lidere naroda Kosova,” tj. u jedno očigledno neustavno telo sastavljeno od pripadnika albanske nacionalnosti.

¹¹ Up. *dr Zoran Jelić*, “Moderna koncepcija vladavine prava”, *Dosije studio*, Beograd, 2010, str. 20.

¹² O ovoj teoriji biće govora u daljem tekstu.

¹³ Radi bližeg upoznavanja sa problematikom logike pitanja i odgovora, koja se još nalaže u fazi konstituisanja, vidi *O. Weinberger*, “*Rechtslogik*”, Springer Verlag, Wien-New York, 1970, str. 307–323.

kao osnove za zakonito i pravilno odlučivanje sudova i drugih državnih organa u pravnim stvarima. Na kraju nije na odmet podsetiti se da je celokupna jurisprudencija svodi na tumačenje pravnih poruka.

Polazeći od ovih manje-više opšteusvojenih premisa, smatramo da su sazreli svi neophodni preduslovi da se pristupi temeljnoj metodološkoj rekonstrukciji jurističke hermeneutike, kao centralnom problemu u oblasti tumačenja prava, kako bi se, uz podršku moderne lingvistike, transformisala u naučni metod od ključnog značaja za istraživanje (proučavanje) saznanja, stvaranja i primene prava koji čine tri momenta interpretacije zakonskih akata shvaćene u smislu glavne delatnosti pravničke profesije u procesu pretvaranja postojeće stvarnosti u pravnu realnost.

U tu svrhu u ovom radu ćemo najpre izložiti konstitutivne elemente i funkcije tumačenja prava u fazi produkcije i recepcije pravnih normi, ali ujedno razmotriti i prirodu predmeta i metoda jurističke hermeneutike i najzad se ukratko kritički osvrnuti na pravila interpretacije predviđena u Prednacrtu Građanskog zakonika Republike Srbije.

KONSTITUTIVNI ČINIOCI I FUNKCIJE PROCESA TUMAČENJA PRAVA

(1) U najširem smislu reči, tumačenje prava je jezičko-komunikacioni proces koji se odvija između tvorca pravnih normi i adresata posredstvom zakonskih akata i raznih oblika njihove konkretizacije čije značenje treba tačno utvrditi i primeniti u praksi radi rešavanja određenih (pojedinačnih) slučajeva koji predstavljaju motiv ili povod tumačenja.

Jurist smisao zakona shvata, tvrdi sa razlogom *Gadamer*, polazeći od datog slučaja i radi datog slučaja; zadatak tumačenja je, naime, *konkretizacija zakona u svakom pojedinom slučaju*, a to je zadatak aplikacije, pa se otuda, nekad samo po sebi podrazumevalo da hermeneutika treba da se bavi prilagođavanjem nekog teksta konkretnoj situaciji kojoj se on obraća¹⁴ ili primeni nečeg opšteg na odgovarajuću posebnu odn. pojedinačnu situaciju.

Ova *Gadamerova* zapažanja u svemu potvrđuje i *Kelzen*¹⁵ kada konstatuje da smo isuviše naviknuti da pravo vidimo samo u opštoj apstraktnoj formi u kojoj se ono nalazi na stadijumu zakonodavstva. Pravna nauka je danas identična sa poznavanjem zakona koji je samo jedan stupanj, ni prvi ni poslednji, u procesu stvaranja prava, koji počinje sa ustavom kao izvornom i polaznom normom, kao jednim pravilom za zakonodavstvo i preko zakona kao jednog opšteg pravi-

¹⁴ *H.G. Gadamer*: "Istina i metoda" IP "Veselin Masleša", Sarajevo, 1976, str. 359 u vezi sa 342.

¹⁵ *Up. H. Kelzen*: "O suštini i vrednosti demokratije", Beograd, Službeni glasnik, 2005, str. 33-34.

la za uredbe, presude, upravne akte i pravne poslove (ugovore=ZJ) napreduje sve do tih konkretizacija prava, kao što proizvodnja u privredi napreduje od sirovina preko polufabrikata do gotove robe. Zabluda je, dakle, da se stvaranje prava završava sa zakonodavstvom ili da je, štaviše, u njemu jedino sadržano. Tradicionalno domaće visokoškolsko pravno obrazovanje, međutim, još uvek je uglavnom usmereno na interpretaciju zakona, a veoma malo na istraživanje i analiziranje procesa njihove konkretizacije u svekolikoj sudskoj, upravnoj i poslovnoj (ugovornoj) praksi, što je jedan od glavnih razloga relativne marginalizacije položaja pravne nauke u izgradnji i unapređivanju našeg pozitivnopravnog poretka, u skladu sa pravnim tekovinama EU i njegovog neefikasnog i nedelotvornog funkcionisanja.

(2) Posle *Kantovog* otkrića presudne uloge subjekta u procesu svih vidova saznanja, u duhovnim naukama, a posebno u književnosti i umetnosti, postepeno je sazrevala svest da iza svakog dela, svakog rada, svakog intelektualnog ostvarivanja treba da bude vidljiv njegov tvorac. Tako je npr. u prvoj polovini 19. veka pažnja književne kritike i nauke o književnosti prvenstveno bila usredsređena na autora, zatim je interesovanje prešlo isključivo na tekst da bi u drugoj polovini minulog stoleća došlo do radikalnog zaokreta kada je *Hans Robert Jaus*¹⁶ izgradio tzv. *teoriju recepcije* kao najnoviji oblik hermeneutike u Nemačkoj i eksplicitno proklamovao da se život književnog dela ne može zamisliti bez aktivnog učešća njegovih čitalaca. Istoričnost i komunikacijski karakter književnosti pretpostavljaju jedan dijaloški i procesualni odnos između dela i publike koji se može predočiti i kao odnos saopštenje – primalac ili pitanje – odgovor, tj. problem – rešenje. Ove *Jausove* ideje, mutatis mutandis, direktno su primenljive kako na saznanje tako i stvaranje i ostvarivanje prava kao tri konstitutivne funkcije procesa tumačenja zakonodavstva; štaviše sam termin “recepcija” preuzet je iz opšte pravne istorije gde je na evropskom kontinentu, počev još od glosatora preko renesanse do novijeg doba označavao prihvatanje i primenu rimskog prava koje je u Nemačkoj važno praktično sve do 1900. godine. Pri tome je na ovom mestu bitno istaći da recepcija nije prevashodno individualni čin, tj. odnos adresata prema zakonskom ili drugom pravnom tekstu koji zahteva tumačenje, već presudna uloga danas pripada društvenoj recepciji, institucijama koje posreduju između zako-

¹⁶ Up. *Hans Robert Jaus*: “Estetika recepcije”, Nolit, Beograd, 1978, sa predgovorom (str. 9-27) *Zorana Konstantinovića*. *Jaus* ističe da njegovo učenje podjednako duguje *Habermasu* i *Gadameru* koji su ponovo potvrdili jezički karakter ljudskog iskustva i na taj način komunikaciju kao uslov razumevanja smisla (v. Predgovor, str. 18 op. cit.)

nodavca i adresata radi utvrđivanja tačnog smisla¹⁷ i pravilne primene zakonskih i podzakonskih akata.

Teorija recepcije se, kako u književnosti tako i u pravu, zasniva na dva osnovna činioca – pisanom tekstu i adresatu, pri čemu u tumačenju prava adresat treba da uspostavi dijalog sa tekstom u kojem je otelotvorena volja zakonodavca i da propitivanjem te volje dobije jedan ili više odgovora koji su predmet njegovog interesovanja. Priča se da se još *Platon* žalio na sudbinu pisane reči koja, često, nije bila u stanju da mu pruži odgovor na postavljena pitanja, što je, nažalost slučaj i danas jer se interpretacija i dalje svodi na fingirani, a ne stvarni komunikacioni proces. Ipak, mora se voditi uvek računa da su pravna recepcija i adresat samo završna tačka tog procesa, a zakonodavna produkcija parlamentarnog tela oličena u zakonskim tekstovima, njegova početna tačka, i da se u našem stoleću ponovo ističe zahtev da zakonodavac izađe iz svoje anonimnosti u koju je utonuo još u prvoj polovini 19. veka kada je ukinut institut obraćanja zakonodavcu ustanovljen za vreme francuske revolucije.

(3) Već je slavni škotski ekonomista *Adam Smit* (1723-1790) svojevremeno bio krajnje rezervisan u pogledu uplitanja poslovnih krugova, trgovaca i fabrikanta, u proces stvaranja prava, te je otvoreno upozoravao da njihove zakonske predloge treba uvek saslušati sa velikom predostrožnošću, jer potiču od ljudi “koji su uglavnom zainteresovani da prevare, da čak ugnjetavaju narod i koji su ga u mnogim prilikama i varali i tlačili”. Nažalost, u sadašnjem tranzicionom periodu zakonska rešenja, usled neprimerenog uticaja ne samo ekonomskih već i političkih moćnika, stavljena su direktno u službu ostvarivanja i zaštite njihovih uskih interesa i potreba pa i u funkciju njihovog amnestiranja od bilo kog vida odgovornosti za izvršena društveno opasna dela i druge delikte usmerene na puštošenje privrednih resursa i podsticanje sveopšte korupcije. Uopšte uzev, u savremenim predstavničkim demokratijama, uključujući tu i našu zemlju, u uslovima apsolutne dominacije tržišne privrede i uspostavljanja tržišnog društva, nije neobično što je npr. u američkom kongresu ozakonjeno čak otvoreno lobiranje i što su u parlamentarnom životu mnogih država pritisci raznih interesnih grupa, političkih partija, udruženja poslodavaca, banaka, sindikalnih i drugih organizacija postali dovoljno jaki da iznude zakonska rešenja saglasno njihovim sopstvenim interesima i potrebama, a na štetu šire društvene zajednice.

¹⁷ Ove institucije su brojne i raznovrsne, od kojih ovde valja spomenuti, službena glasila koja objavljuju autentične tekstove propisa, pravosudne institucije, zaštitnika građana, advokaturu, javne beležnike, razne oblike pravne pomoći, određene nevladine organizacije, sredstva javnog obaveštavanja, mnogobrojne stručne publikacije, naučnu literaturu, nastavu prava na visokoškolskim i drugim ustanovama, redovne i povremene naučne i stručne skupove posvećene pravnim temama i sl.

Navedene okolnosti bitno su doprinele aktuelizaciji ideje o neophodnosti neposrednog učešća građana u zakonodavnom procesu u obliku javne rasprave i javnog slušanja, čija se puna institucionalizacija u domaćem pravu očekuje do 2017. godine, u skladu sa pozitivnim iskustvima koja u tom pogledu postoje u parlamentarnoj praksi SR Nemačke i Norveške.¹⁸ Na taj način proces tumačenja bi se, generalno posmatrano, konačno uspostavio kao komunikacioni proces u pravom smislu te reči, jer bi se do stvarne volje zakonodavca dolazilo na osnovu neposrednog kontakta između adresata i parlamenta u obliku rasprave, dijaloga, razgovora a ne na indirektan način primenom na zakonske tekstove logike pitanja i odgovora koja se, štaviše, još uvek nalazi u fazi konstituisanja.

(4) Interpretacija prava kao tročlani komunikacioni proces sa povratnom spregom (feed back), pored subjekata preko kojih se pravo povezuje sa privrednom i društvenom stvarnošću, obuhvata i tekstove zakonskih akata kao nosioce normativnih ili preskriptivnih značenja. U zakonodavnoj delatnosti komunikacioni proces započinje tumačenjem ustavnog teksta radi iznalaženja pravnog osnova za uređivanje određene materije a završava se interpretacijom teksta odgovarajuće zakonske norme i na osnovu toga kreiranjem, putem presude ili drugog akta, individualne ili pojedinačne norme kojom se reguliše neki konkretni slučaj u praksi. Kao apstraktna opštost zakonski tekst svoju papirnatu egzistenciju pretvara u realno postojanje samo preko svojih originalnih manifestacija u vidu posebnih i pojedinačnih (pravnih) slučajeva; stoga *Kelzen* sa razlogom upoređuje zakonske akte sa polufabrikatima, a pojedinačne pravne akte, pre svega sudske odluke, sa gotovim proizvodima.

U vezi s tim valja se u potpunosti saglasiti sa stavom *Benta Flivbjerga*, poznatog kao autora jedne inspirativne knjige o razlozima neuspeha društvenih nauka,¹⁹ da je u istraživanju društvenih pojava neophodno rehabilitovati ulogu metoda slučaja, pošto je danas formalno uopštavanje u naučnoj metodologiji precenjeno, a vrednost dobrog primera potcenjena. Pri tome se istovremeno zanemaruje činjenica da jedna disciplina bez uzornih primera nikada ne može biti delotvorna i da metod slučaja, štaviše, poseduje sopstvenu rigoroznost koja je drugačija, ali ne i manje stroga od kvantitativnih metoda.²⁰

Na ovom mestu može se takođe konstatovati da *tekst i slučaj* ili *model i njegov original* u vidu individualne situacije u stvarnosti, predstavljaju neraskidivu značensku ili smisaonu celinu (apstraktno u konkretnom, opšte u pojedinačnom

¹⁸ Up. *Marijana Pajvančić*: "Javna rasprava", Fondacija Konrad Adenauer, Beograd, 2013, str. 26 i 27 i 161.

¹⁹ Up. *Bent Flivbjerg*: "Šta mogu društvene nauke" JP Službeni glasnik, Beograd, 2012.

²⁰ Up. *B. Flivbjerg*, op. cit., str. 116 i 122.

i konstantno u varijabilnom), odnosno ključne elemente interpretativnog komunikacionog procesa koji ograničavaju slobodu tumačenja i usmeravaju adresate na iznalaženje pravog ili tačnog značenja zakonskih i podzakonskih akata, čime se bitno sužava prostor za ispoljavanje voluntarizma, subjektivizma i drugih sličnih nedostataka u postupku saznanja, stvaranja i primene prava.²¹

(5) Metodološka rekonstrukcija pravne (jurističke) hermeneutike podrazumeva njenu transformaciju iz veštine u egzaktnu disciplinu; odnosno izgradnju naučnog metoda koji u pravu, nažalost, još uvek nije postao realnost. U prethodnom izlaganju naša pažnja bila je usredsređena na opisivanje prirode procesa tumačenja kao predmeta pravne hermeneutike jer od njegovog tačnog određivanja zavisi izgradnja metoda razumevanja tumačenja čiji je cilj razjašnjenje značenja pisanih poruka u vidu zakonskih i podzakonskih akata.

Uobičajeno je gledište da je razumevanje takav oblik saznanja koji pretpostavlja istovetnost subjekta i objekta saznanja, ali se po svemu sudeći dosad potpuno gubila iz vida činjenica da *jurističko razumevanje* predstavlja temeljnu metodu društvenih i duhovnih nauka,²² pa i svakodnevnih istraživanja društvenih pojava. Drugim rečima, razumevanje je, zapravo, sinonim za normativno objašnjenje, čija se suština sastoji u identifikovanju nekog predmeta upućivanjem na norme (pravila, razloge), koje taj predmet konstituišu. Pošto su po stanovištu hrvatskog autora *I. Pađena* moderni društveni sistemi konstituisani prvenstveno pravnim normama, sasvim je logično što empirijske nauke o modernim društvima (sociologija, politikologija, ekonomske nauke) u suštini zavise od pravne interpretacije svojih predmeta.

Ako su, pak norme koje konstituišu neki društveni sistem nedovoljno dostupne, tj. tajne ili neefikasne, sterilne su ne samo pravne nego i empirijske nauke o tom sistemu, iz čega proizlazi zaključak da one, u stvari, parazitiraju na pravu i pravnoj nauci.²³

Ma koliko jedna ovako rigidno izrečena konstatacija može da se podvrgne opravdanoj kritici, ona je ipak, u osnovi, ispravna, imajući u vidu univerzalan karakter fenomena razumevanja i u vezi s tim, egzemplarno značenje pravne hermeneutike.

²¹ Up. *Saša Bovan*: "Slučaj tumačenja kao utemeljenje hermeneutičkog postupka", Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2013, str. 135. Napominjemo da case law (pravo slučajeva) počiva na presedanima, jer se smatra da nijedan pravni termin nema potpuno sigurno značenje dok se on i njegova ograničenja ne provere u praksi, a to je stvar presedana (N.Viner).

²² Up. *Ivan Pađen*: "Pravne pretpostavke znanosti o modernim društvima", "Naše teme", Zagreb, 1988, 32 (7-8), str. 1875-1890.

²³ Up. *I. Pađen*, op. cit., str. 1880.

Nadalje, ako je jezik biće koje se može razumeti, a takođe i svojevrsna interpretacija objektivne stvarnosti, onda treba podržati i stav *N Bobija* da je jurisprudencija, odnosno pravno tumačenje pojmovna (smislaona) analiza jezika zakonodavca koja, po našem stanovištu, zahteva izgradnju odgovarajuće hermeneutičke metodologije čiji bi cilj bio proučavanje značenja pravnih tekstova u okviru kontekstualizovanog jezika.

Navedena metodologija obuhvatila bi tri međusobno uslovljena postupka, i to *operacionalizaciju*²⁴ (pretvaranje propisa u pojmove i njihovo radno definisanje), *standardizaciju* (testiranje stepena upotrebljivosti radnih definicija njihovim korišćenjem u raznim kontekstima i unifikaciju i stabilizaciju njihovih sadržaja i izraza u okviru užih ili širih normativnih celina, kao što su npr. pravne institucije, pravne grane, pravne oblasti i dr.) i *sistematizaciju* (povezivanje standardizovanih pojmovnih značenja u uređenu celinu međuzavisnih delova ili sistem kao najvišu formu izlaganja koja omogućuje nove uvide u strukturu i funkcionisanje ukupnog pravnog poretka i unošenje sredenosti u društvenu okolinu).

Osim toga, metodološka rekonstrukcija jurističke hermeneutike podrazumeva njenu institucionalnu transformaciju iz relativno minornog dela opštet učenja o pravu u samostalni i fundamentalni nastavni predmet u sistemu pravnog obrazovanja i, u vezi s tim, konačno konstituisanje logike pitanja i odgovora, uvođenje “sokratskog” metoda u nastavu prava, izradu udžbenika u obliku zbirke odabranih slučajeva (case-book), kao i niz drugih mera i aktivnosti, ali se zbog ograničenog prostora koji nam stoji na raspolaganju, ovde ne možemo upuštati u njihovo bliže razmatranje.²⁵

Kratak kritički osvrt na pravila tumačenja predviđena u Prednacrta Građanskog zakonika Republike Srbije

(1) Ako je komunikacija uslov shvatanja smisla zakonskih i drugih pravnih tekstova i ako se hermeneutički zadatak najčešće poima kao stupanje u razgovor s tekstom,²⁶ onda valja podržati nastojanje autora Prednacrta Građanskog zakonika da pruže pravila kako za tumačenje odredaba ovog zakonika u celini tako i ugovora, a shodno tome i drugih pravnih poslova.

²⁴ Up. *P.W.Bridgman*, *Logic of Modern Physics*, Mac Millan, 1927 (v. i Beaufort Books, Online excerpt) - (<http://www.marxists.org/reference/subject/philosophy/works/us/brigman.htm>). Čim je neki pojam irelevantan za našu praksu, valja ga, veli *Bridžman*, izbaciti iz upotrebe, jer je bitno šta čovek s njim čini, a ne šta o njemu kaže.

²⁵ U vezi sa pomenutim merama i aktivnostima vidi članak *Obrada Stanojevića*; “Studije prava u Americi”, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1-3/1997, str. 123–128.

²⁶ Up. *H.T. Gadamer*: “Istina i metoda”, IP “Veselin Masleša”, Sarajevo, 1978, str. 403.

U skladu s tim, u opštem delu Prednacrtu u članu 9. stav 1, sadržano je opredeljenje kojim se utvrđivanje pravog (ili tačnog) značenja odredbe zakoni-ka, pre svega, vezuje za njihov smisao i cilj, a zatim i za pravila jezičkog, sistematskog, logičkog i istorijskog tumačenja, dok se u stavu 2. istog člana propisuje da se zakonski izuzeci usko tumače, što danas nesumnjivo predstavlja opšteprihvaće-no, tj. klasično rešenje jurističke hermeneutike koje praktično više niko ne dovo-di u pitanje.

Međutim, kad je reč o stavu 1. navedenog člana, njega bi, po našem viđenju valjalo podržati kritici, i to u dva pravca:

– *prvo*, ključni sadržinski nedostatak ovog stava ogleda se u tome što se nji-me potpuno previđa fundamentalni značaj interpretativne uloge načela savesno-sti i poštenja u imovinskom pravu;

– *drugo*, autori Prednacrtu se, u osnovi, zalažu za ciljno tumačenje, što je sa-svim razumljivo, budući da je ono, kako kaže *Robert Valter*,²⁷ istaknuti sledbenik *Kelzenove* škole, u naše doba veoma moderno, ali i presudno za utvrđivanje tač-nog značenja pravnih poruka. No, u Prednacrtu nema ni reči o tome kako se sa-znaje cilj zakonskog teksta; u svakom slučaju on mora da nedvosmisleno proizla-zi iz pomenutog teksta ili bar iz njegove analitičko-dokumentacione osnove da bi se uzeo u obzir prilikom interpretacije. Međutim, ako cilj proističe samo iz vo-lje tumača, onda ne može imati mesta u jednoj egzaktnoj teoriji, pošto bi to pred-stavljalo tipičan primer kršenja opštepriznatog načela, prema kojem “*sensus non est inferendus sed efferendus*” odnosno značenje koje treba otkriti ne sme se proi-zvoljno, dakle, u neku ruku lukavo unositi u oblik koji sadrži smisao, nego ga, na-protiv, valja izvlačiti iz njega.²⁸

U domaćoj literaturi o tumačenju prava posebno se naglašava da valja vodi-ti računa da cilj izražava subjektivnu volju tvorca norme, a svrha je tumačenja da otkrije objektivni cilj norme i da norme koje eksplicitno određuju cilj moraju se takođe interpretirati kao i sve druge norme, što znači da nisu same po sebi jasne niti se neprikosnovenno uzdižu iznad tumača.

Nadalje, već iz prethodnog izlaganja vidljivo je da predmet tumačenja nisu samo pravne odredbe nego i pravne norme kao značenja akata volje, a ta okolnost se u Prednacrtu, po svemu sudeći, sasvim zanemaruje.

S druge strane, nepobitan je fakat da je jezik najprikladnije sredstvo za izra-žavanje pravog značenja,²⁹ koje može opet da bude samo jedno od jezički mogu-

²⁷ *Robert Valter*: “Teorija prava Hansa Kelzena”, Dosije, Beograd, 1999. god., str. 30.

²⁸ *Emilio Beti*: “Hermeneutika kao opšta metoda duhovnih nauka”, Književna zajednica No-vog Sada, Novi Sad, 1988, str. 64.

²⁹ *Up. dr Rad.D. Lukić* (sa *dr. Budimirom Košutićem*): “Uvod u pravo”, Naučna knjiga, Beo-grad, 1988. god., str. 367-369.

ćih značenja. Jezik je isto tako i predmet i osnovno sredstvo tumačenja, ali i svojevrsna interpretacija objektivne stvarnosti. Ostala četiri oblika tumačenja (logičko, sistematsko, istorijsko i ciljno tumačenje) služe samo ispravljanju jezičkog tumačenja radi iznalaženja pravog ili tačnog značenja pravnih poruka. Najzad, treba imati u vidu i okolnost da su pravo i formalna logika, u krajnjoj liniji, nespojivi, pa se osnovano može postaviti pitanje da li ta logika spada u legitimna sredstva hermeneutičkog postupka, tj. da li se njome interpretiraju norme ili, pak, iskazi o normama, a to su svakako, dve različite stvari, što se pri tumačenju najčešće jednostavno previđa.

(2) Odredbe o tumačenju ugovora (čl. 109-114) predviđene u delu Prednacrta koji se tiče obligacionih odnosa, predstavljaju prošireni tekst postojećeg zakona o istoj materiji (čl. 99–102), pri čemu su čl. 99, 100, 101. i 102. sadašnjeg zakona postali čl. 109, 112, 113. i 114. Prednacrta, što, drugim rečima znači da su preuzete odredbe položile test verifikacije u sudskoj, poslovnoj i drugoj pravnoj praksi i da im ništa ne bi trebalo dodati ni oduzeti.

Pa ipak, autori Prednacrta, odnosno Komisija za izradu Građanskog zakona Vlade Republike Srbije stala je na gledište da bi se stav 2. postojećeg člana 99. ZOO (član 109. Prednacrta) mogao redakcijski poboljšati, pa je u tom smislu predložila dve njegove nove varijante koje bi trebalo povezati sa tekстом člana 110. Prednacrta jer sve te odredbe, zapravo, insistiraju na istraživanju, odnosno utvrđivanju zajedničke namere ugovornih strana ili, pak, značenje upotrebljenih izraza podređuju toj nameri kao elementu od presudnog značaja za ishod tumačenja spornih ugovornih odredaba.

U tom kontekstu mi smo u potpunosti saglasni sa stavom italijanskog pravnog teoretičara *Norberta Bobija* da su pravници u svojim istraživačkim radovima uvek pravili razliku između istraživanja reči i istraživanja namere. Pri tome, pod tumačenjem namere, nastavlja *Bobio*, “treba shvatiti korišćenje svih sredstava koja mogu pomoći utvrđivanju značenja jedne reči ili grupe reči, ali su sva ta sredstva – valja zapamtiti – lingvistička.”³⁰ Naime, pravници su po pomenutom italijanskom teoretičaru, figurativno izraženo, često skloni da “preskoče preko jezika”, što je, po nama, moguće samo u *Danteovoj* “Božanstvenoj komediji”, i to u “Raju” gde se komunicira direktno “iz glave u glavu”.

Na kraju, radi obezbeđivanja jedinstvenog tumačenja *zajedničke namere ugovornih strana* u svekolikoj sudskoj praksi, po našem stanovištu bilo bi i poželjno i korisno da se taj pojam legalno definiše i njegovo značenje svede na praktič-

³⁰ Up. *Norberto Bobio*: “Pravna znanost i analiza jezika”, časopis “Dometi”, Rijeka, str. 16. u vezi sa str. 15. op. cit.

ne operacije,³¹ s tim što bi one trebalo da budu utemeljene na načelu savjesnosti i poštenja kao vrhovnom principu i tradicionalnom interpretativnom sredstvu ugovornog prava.

ZORAN JELIĆ, LL.D.,
Consultant, Belgrade

CENTRAL PROBLEM OF INTERPRETATION OF LAW

Summary

This article, predominantly of methodological nature, discusses after the introductory remarks, the analysis of constitutive elements and main functions in the process of law interpretation from the communication (hermeneutical) view point followed by considerations of the essence of juridical interpretation, such as the analysis of the law maker's language.

The author suggests that the juridical interpretation is practically reduced to normative explanation and constitutes a fundamental method in humanities and spiritual sciences.

Finally, the author briefly refers to the scrutiny of the rules of interpretation stipulated in the Bill of Civil Code of the Republic of Serbia.

³¹ U vezi sa definisanjem pravnih pojmova vidi knjigu "Die juristische Begriffsbildung" von Dr. Rolf Wank, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1985, str. 51-72. U domaćem pravu tipičan primer neuspele definicije predstavlja određivanje upravne stvari kao nesporne situacije (član 5. ZUS-a, "Službeni glasnik RS", br. 111/09), jer je takva situacija suštinski nespojiva sa institucijom upravnog spora.

PRINCIP DOBRE VERE U ROLSOVOJ KONCEPCIJI PRAVDE ZA POJEDINCE

U V O D

U teoriji pravde, kao i u celokupnoj svojoj filozofiji, Džon Rols pridaje izuzetan značaj političkim pravima i osnovnim građanskim slobodama. Rolsovo insistiranje na neprikosnovenosti individualnih političkih sloboda i prava smatramo posledicom uticaja angloameričke tradicije vladavine prava koja je dominirala u pravno-političkoj misli. Za koncepciju vladavine prava koja je začeta u Engleskoj u XVII veku, karakteristična je ideja o pravima koja su preegzistentna u odnosu na državu. Takva prava koja prethode državi, koja su starija i važnija od države su individualna politička prava i slobode. Upravo zbog toga, jedan od osnovnih elemenata vladavine prava jeste ograničenje državne vlasti kako bi područje osnovnih individualnih sloboda i prava ostalo neprikosnoveno. Sa stanovišta odnosa prema kvalitetu političkog poretka, vladavina prava ima demokratsko-konstitucionalni karakter¹. Ovo je razlog zbog koga neki autori vladavinu prava identifikuju sa ustavnom (konstitucionalnom) demokratijom². Vladavina prava uvek ide uz sistem liberalno-demokratske države. Budući da primarnim predmetom svoje koncepcije pravde kao nepristrasnosti Rols smatra osnovnu strukturu društva,

Dr Sanja Đurđić, profesor i rukovodilac studijskog programa Pravo, Fakulteta za pravne i poslovne studije Dr Lazar Vrkatić, Novi Sad.

¹ Matić, M., Podunavac, M.: *Politički sistem*, Beograd, 1995, 229.

² Basta-Posavec, L.: *Politika u granicama prava*, Beograd, 1984.

a koje shvata kao modernu ustavnu demokratiju, uočavamo još jednu dodirnu tačku između tradicionalne angloameričke koncepcije vladavine prava i njegove koncepcije pravde kao nepristrasnosti.

U Rolsovoj koncepciji pravde kao nepristrasnosti, nakon izbora principa pravde za osnovnu strukturu društva, pristupa se izboru principa pravde za pojedince. Iako imaju sekundarni i drugostepeni značaj, tek uzimanjem u obzir principa pravde za pojedince shvatanje pravde kao nepristrasnosti postaje potpuno. Davanje prvenstva izboru principa pravde za osnovnu strukturu društva u skladu je sa Rolsovim shvatanjem pravde kao prve vrline društvenih ustanova, odnosno, sa društvenom prirodom vrline pravde i njenom tesnom povezanošću sa društvenom praksom. Principi pravde za pojedince, kao i principi pravde za osnovnu strukturu društva, predmet su izvorne saglasnosti u prvobitnom položaju. Shvataju se, takođe, kao rezultat hipotetičkog sporazuma. Kao i kod izbora principa pravde za osnovnu strukturu društva, tako se i izbor principa pravde za pojedince vrši sa kratkog spiska tradicionalnih i poznatih principa. Izbor principa pravde za pojedince u Rolsovoj koncepciji pravde znatno je pojednostavljen usled činjenice da su principi pravde za osnovnu strukturu društva već usvojeni. Na taj način, izvedive alternative su odmah redukovane na one koje konstituišu dosledno shvatanje dužnosti i obaveza u kombinaciji sa dva principa pravde za osnovnu strukturu društva³.

Ovo ograničenje ponuđenih alternativa samo na one koje su kompatibilne sa dva principa pravde za osnovnu strukturu društva, od posebnog je značaja za one principe pravde za pojedince koji određuju njihove institucionalne veze. Principima pravde za pojedince određuju se njihove institucionalne veze, sa jedne, i način na koji pojedinci postaju obavezani jedni prema drugima, sa druge strane. Neophodno je birati principe pravde za pojedince koji su usaglašeni sa principima za osnovnu strukturu društva. Izbegavanje kolizije između principa pravde za pojedince i principa za osnovnu strukturu društva od posebnog je značaja u slučaju kada pojedinac zauzima neki institucionalni položaj. Rols preporučuje, kao najjednostavniju, primenu dva principa pravde za osnovnu strukturu društva kao deo shvatanja ispravnosti za pojedince⁴.

PRINCIPI PRAVDE ZA POJEDINCE

Princip moralnih zahteva

Principe pravde za pojedince Rols razvrstava na: zahteve i dopuštenja. Zahtevi obuhvataju obaveze i prirodne dužnosti. U obaveze ubraja princip pravičnosti

³ Rols, Dž.: *Teorija pravde*, Beograd, 1998, 306.

⁴ Isto, 307.

i princip dobre vere. Prirodne dužnosti deli na: pozitivne i negativne. Kao primere pozitivnih prirodnih dužnosti navodi: podržavanje pravde, uzajamnu pomoć, uzajamno poštovanje. Kao negativne prirodne dužnosti određuje: dužnost ne nanošenja štete, dužnost ne povređivanja nevinog i sl. Svrha principa moralnih zahteva (prirodnih dužnosti i obaveza) ogleda se u stabilizovanju društvene saradnje i društvene prakse.

Princip obaveza. – Princip pravičnosti. – U svojoj koncepciji pravde kao nepristrasnosti, princip pravičnosti Rols ubraja u obaveze koje, uz prirodne dužnosti, spadaju u zahteve kao prvu vrstu principa pravde za pojedince. Rolsova je intencija bila da pomoću principa pravičnosti obrazloži sve zahteve koji su obaveze, različite od zahteva koji su prirodne dužnosti. Svi zahtevi koje navodi princip pravičnosti predstavljaju obaveze. Sve obaveze nastaju iz principa pravičnosti, smatra Rols. Obaveze se od ostalih vrsta moralnih zahteva, tačnije, od prirodnih dužnosti, razlikuju po tome što predstavljaju rezultat voljnih postupaka pojedinaca. Sadržina obaveze uvek je određena ustanovom ili društvenom praksom, čija pravila određuju šta se od nekoga zahteva. Obaveze najčešće pripadaju tačno određenim pojedincima, onima koji saraduju u cilju održanja konkretnog uređenja. Stiču se izjavama volje i prećutnim sporazumom. Po mišljenju Rolsa, sve su obaveze obuhvaćene principom pravičnosti⁵.

Vekovima se pravičnosti pridavao veliki značaj kao važnom i neophodnom uslovu ostvarenja društvene pravde. U pravnoj teoriji pravičnost se određuje kao pojam koji je, po srodnosti, najbliži pravdi, “čija je sadržina isto tako neodređena i neizvesna, ako ne i više, s obzirom, da i o njoj još nikada nije data jedna formalna definicija”⁶. U pravnoj nauci i pravnoj praksi, pod pravičnošću se često podrazumeva jedno ustavno ili običajno ovlašćenje sudija ili drugih službenih osoba koje primenjuju pravo, da mogu elastičnije reagovati, odnosno, da mogu primenjivati ili neprimenjivati apstraktno-opšte norme u rešavanju konkretnih pravnih sporova, ako je to potrebno radi što potpunijeg i izdiferenciranog ostvarivanja vladajućih principa pravde u zajednici subjekata koji su njime označeni kao jednaki⁷. Pravičnost se određuje na različite načine. Tako se ona postavlja kao vrednost koja je jednaka pravdi, ponekad kao vrednost koja je nadređena u odnosu na pravdu, a katkad kao vrednost podređena pravdi.

Potrebu za pravičnošću, usled apstraktnosti i opštosti zakonskih normi, uočio je još Platon. U cilju sprečavanja da zakon, usled apstraktnosti, postane tiranin, Platon je rešenje video u pravičnosti koja će otklanjati nedostatke zakona.

⁵ Isto, 114.

⁶ Marković, B.: *Ogled o odnosima između pojma pravde i razvitka pozitivnog i privatnog prava*, Beograd, 1995, 57.

⁷ Visković, N.: *Pojam prava*, Split, 1981, 154.

Aristotel je naglašavao česte kolizije zakonskih normi sa društvenom pravdom. To je objašnjavao činjenicom da zakonske norme usled svoje opštosti nisu u mogućnosti da obuhvate okolnosti konkretnih slučajeva. Budući da je zakon opšta norma, koja predviđa apstraktne slučajeve, on ne može unapred obuhvatiti mnoštvo različitih konkretnih slučajeva do kojih u budućnosti može doći. Pravednost zakona nije dovoljna da se ostvari pravda i u svakom konkretnom slučaju. Naime, svaki konkretni slučaj donekle se razlikuje od apstraktno predviđenog slučaja u zakonu. Zbog toga bi mehanička primena zakona na takav pojedinačni slučaj dovela zapravo do nepravde. Rešenje ovakve kolizije Aristotel je pronašao u pravičnosti koja svojom intervencijom uspostavlja sklad između zakona i pravde. Suština pravičnosti jeste da “ispravlja zakon tamo gde je on zbog svoje uopštenosti nepotpun”⁸. Pravičnost se sastoji u tome da se opšta zakonska norma prilagodi konkretnom slučaju tako da primena zakona na taj slučaj ne donese nepravdu, već pravdu. Aristotel je pravičnost shvatao kao korekciju, dopunu zakona, odnosno, kao poboljšanje zakona, ispravljanje opšte zakonske norme u konkretnom slučaju onako kako bi to učinio i sam zakonodavac da je mogao predvideti taj slučaj. Iako i pravednosti i pravičnosti pripisuje oznaku “dobro”, ipak pravičnost smatra boljom. Ono što pri tom predstavlja teškoću, to je okolnost da pravično stvarno jeste isto što i pravedno, ali ne u smislu pozitivnog (pisanog) zakona, nego kao korekcija pozitivnog prava. Pravično je istovremeno i pravedno, i to bolje nego izvesna vrsta pravednog, ali ne bolje od apsolutno pravednog, već samo bolje od zakonskog prava koje propušta ponešto zbog svoje apstraktnosti. Osnov pravičnosti Aristotel vidi u činjenici da je nemoguće sve regulisati zakonom, jer se, kako kaže, o pojedinačnom nikakav zakon ne donosi. Upravo to stvara potrebu za pravičnošću.

U starom Rimu, prvobitno strogo formalno, rimsko pravo zahvaljujući svojoj evoluciji, sve više prihvata neformalne argumente, posebno pravdu i pravičnost⁹. To je posledica uticaja grčke političke filozofije, prvenstveno stoičke, na duh rimskog prava. Osnovu klasičnog shvatanja prava čini ideja pravde. Prema klasičnom poimanju prava, suština prava je u pravičnosti¹⁰. Prvo poglavlje *Digesta* nosi naslov: *O pravičnosti i pravu*, što izražava suštinu klasične misli. Pravičnost (*aequitas*) je predstavljala vrhovni pojam rimskog prava. Veliki rimski pravnik Ulpijan jurisprudenciju određuje kao saznanje o božanskim i ljudskim stvarima, nauku o pravičnom i nepravičnom (*Iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*). Ovo otuda što je pravo, kako je još Celz protumačio, veština dobrog i pravičnog (*ius est ars boni et aequi*). Navedeno shva-

⁸ Aristotel: *Nikomahova etika*, Beograd, 1970, 139.

⁹ Marković, B.: *O pravednom pravu*, Novi Sad, 1993, 31.

¹⁰ Šarkić, S., Malenica, A.: *Pravne teorije i institucije antike*, tom I, Novi Sad, 1994, 137.

tanje prava dovodi do toga da se njegova primena svodi na donošenje pravičnog rešenja u konkretnom slučaju. Presude koje su se donosile u klasičnom formularnom građanskom postupku sadržale su samo izreku i u odsustvu obrazloženja nisu se pozivale na određenu pravnu normu već su izražavale sudijin osećaj o jednakom i pravičnom tretmanu stranaka¹¹. Time je ideja pravičnosti u Rimu imala ulogu pravnog izvora¹². Po mnogim rimskim pravnicima pravo se, osim iz zakona, običaja, sudske prakse, ugovora, sastoji i iz pravičnosti. Prema klasičnom poimanju, suština prava neraskidivo je vezana i određena etičkim, a ne normativnim sadržajem. Princip pravičnosti (*aequitas*) i princip savesnosti i poštenja, dobre vere (*bona fides*) predstavljaju načela i standarde na kojima počivaju sudski postupci i presude. Tako, sudija ima mogućnost da pozivanjem na *bona fides* tj. obavezu poštenog ponašanja donese presudu kojom se otklanja primena pravne norme koja bi dovela do nepravične presude. *Bona fides* "je imao najplodniju ulogu u razvoju rimskog ugovornog prava, prvenstveno putem *iudicia bonae fidei* formularnog postupka"¹³. Izlaskom iz upotrebe formularnog postupka, smatra se da je koncept *bona fidesa* apsorbiran u širi pojam *aequitas*¹⁴. U toku srednjeg veka i u rano moderno doba *aequitas* je bio suprotstavljen striktnom pravu (*ius strictum*), ali je po pravilu identifikovan sa *bona fides* i postao je fundamentalni princip trgovine¹⁵.

Moralizatorska funkcija pravičnosti došla je do snažnog izražaja u engleskom pravu. Englesko shvatanje pravičnosti zasnivalo se na poverenju, milosrđu, benevolentnosti, zaštiti slabih i sl. Jedna os osnovnih vladarskih prerogativa u Engleskoj bilo je suđenje po milosti i pravičnosti. Budući da su kancelari i ministri pravde u Engleskoj često bili i teolozi, možemo reći da je u osnovi engleske koncepcije pravičnosti počivao jedan moralni i religiozni, hrišćanski princip¹⁶. Zavisnost pravičnosti od savesti raznih ministara omogućava proizvoljnosti i zloupotrebe. Usled toga, značaj pravičnosti se, u Engleskoj, znatno smanjio. Dominiralo je shvatanje da je pravo bez pravičnosti, iako tvrdo i neprijatno, ipak mnogo korisnije za opšte dobro, nego pravičnost bez prava¹⁷.

¹¹ Isto, 138.

¹² Marković, B.: *O pravednom pravu*, 32.

¹³ Sič, M.: Trajne vrednosti rimskog prava, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 43, 3-4/2006, 383-401.

¹⁴ Beck, A.: Zu den Grundprinzipien der Bona Fides im Römischen Vertragsrecht, u: *Aequitas und bona fides - Festschrift Simonius*, Basel, 1955, 24.

¹⁵ Gordley, J.: Good faith in contract law in the medieval *ius commune*, u: Zimmermann, R., Whittaker, S.: *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, 2000, 93-117.

¹⁶ Marković, B.: *O pravednom pravu*, 34.

¹⁷ Isto, 35.

Novovekovno shvatanje pravičnosti bilo je u duhu antičke tradicije. Uglavnom se radilo o preciznijoj ili slobodnijoj reinterpetaciji Aristotelovih ideja ili shvatanja pravičnosti rimskih pravnika. Tako je Hugo Grocijus, sledeći Aristotela, pravičnost odredio kao vrlinu koja se sastoji u popravljanju onoga u čemu je zakon zbog svoje opštosti pogrešio. Tek je Kant naglasio da pravičnost ne predstavlja razlog za zahtevanje etičke dužnosti drugih, odnosno, da pravičnost nije zahtev etičke prirode. Prema Kantu, na osnovu pravičnosti subjekt zahteva svoje pravo, samo što njegovo pravo nije dovoljno određeno, odnosno, nedostaju uslovi potrebni sudiji po kojima bi mogao da odredi meru i način zadovoljenja subjektivog zahteva¹⁸.

U savremenoj pravnoj teoriji još uvek se vodi spor oko uloge koju pravičnost ima u pravu. Mišljenja se kreću od toga da pravičnosti treba vratiti njen status vrhovnog kriterijuma ponašanja, preko stava da pravičnost predstavlja delimičnu primenu ideje pravde, do tvrdnji da su pravičnost i pravda sinonimi. Ovakve okolnosti navode mnoge autore na sličan zaključak: pravičnost predstavlja jednu veoma maglovitu ideju, jedan nejasan pojam, neku vrstu pravnog instinkta.¹⁹

U koncepciji pravde kao nepristrasnosti Džona Rolsa, princip pravičnosti nalaže obavezu pojedinca da u društvenoj kooperaciji izvrši svoj deo onako kako je to definisano pravilima za ustanove, uvek kada je dobrovoljno prihvatio dobiti iz sheme ili je ostvario prednosti mogućnosti koje ona pruža da unapredi sopstvene interese. Ovu obavezu pojedinac ima pod uslovom da je ta ustanova pravedna ili nepristrasna, odnosno, da zadovoljava dva principa pravde kao nepristrasnosti. Rolsova osnovna ideja sastoji se u tome da kada se određen broj lica uključi u kooperativni poduhvat čiji je cilj uzajamna korist prema izvesnim pravilima i na taj način dobrovoljno ograniči svoju slobodu, oni koji su pristali na takva ograničenja imaju pravo na slično pokoravanje onih koji su imali dobiti od njihovog pokoravanja²⁰. Tek ispunjenjem sopstvenog pravičnog dela u kooperativnom poduhvatu pojedinac može imati dobiti iz kooperativnog truda ostalih. Rolsov princip pravičnosti sastoji se iz dva dela. Prvi deo nalaže da društvene ustanove ili prakse u pitanju moraju biti pravedne, makar onoliko koliko je razumno očekivati u datim okolnostima. Drugi deo određuje način sticanja obaveza, karakterišući ga kao neophodan voljni akt. Prvim delom principa pravičnosti definišu se uslovi koji su neophodni da bi voljni akti prerasli u obaveze. Njegova svrha je da osigura da obaveze nastaju samo ukoliko su određeni pozadinski uslovi zadovoljeni. To znači da je, prema principu pravičnosti, moguće vezivanje samo za praved-

¹⁸ Kant, I.: *Metafizika morala*, Novi Sad, 1993, 36.

¹⁹ Marković, B.: *Ogled o odnosima između pojma pravde i razvitka pozitivnog i privatnog prava*, 57.

²⁰ Rols, Dž.: *Teorija pravde*, 313.

ne ustanove. Obaveze mogu nastajati samo u okolnostima postojanja pravednih ustanova. Na osnovu principa pravičnosti nije moguće vezivanje za nepravedne ustanove, odnosno, za ustanove koje prelaze granice nepravde koja se može tolerisati (koje su, za sada, nedefinisane). Nepravedni društveni sistemi tretiraju se kao vrsta iznuđivanja, čak i kao nasilje. Samim tim, nemoguće je imati obavezu prema autokratskim i samovoljnim režimima. Neophodni uslov vezanosti obavezama, prema Rolsu, jeste postojanje pravednih ustanova, odnosno, razložno pravednih, prema datim okolnostima.

Na mogući prigovor da je, usled postojanja principa prirodnih dužnosti, prvenstveno, prirodne dužnosti pravde, princip pravičnosti izlišan, Rols odgovara da se obaveze koje uvek proizilaze iz principa pravičnosti, kao zahtevani dobrovoljni postupci, mogu protumačiti kao postupci pomoću kojih se prirodne dužnosti pojedinaca slobodno proširuju²¹. Princip pravičnosti Rols smatra korisnim za pružanje profinjenijeg objašnjenja razlika između obaveze i prirodne dužnosti. Tako se termin "obaveza" rezerviše za moralne zahteve koji proizilaze iz principa pravičnosti, dok se ostali zahtevi nazivaju "prirodnim dužnostima". Za razliku od prirodnih dužnosti koje pojedinac duguje osobama uopšte, odnosno, svima kao jednakim moralnim licima, obaveze, kao zahteve koji proizilaze iz principa pravičnosti, ima prema tačno određenim pojedincima, onima sa kojima dobrovoljno saraduje u određenom uzajamno korisnom društvenom aranžmanu. Polazeći od toga da pojedinac voljno ulazi u izvesni kooperativni poduhvat u nameri da ostvari neki svoj cilj, interes, korist, povlasticu ili privilegiju, i iz tog razloga dobrovoljno preuzima određene obaveze, Rolsa navodi na zaključak da postoji "drugo značenje *noblesse oblige*: naime, da su oni koji imaju veće privilegije skloniji da prihvate obaveze koje ih još snažnije vežu za pravednu shemu"²². Obaveze su uvek posledica naših dobrovoljnih odluka koje donosimo i izbora koje pravimo.

Princip dobre vere. – U situaciji kada se princip pravičnosti primenjuje na društvenu praksu obećanja, takav poseban slučaj njegove primene Rols određuje kao princip dobre vere. Budući da predmet njegovog interesovanja predstavljaju implikacije principa prirodnih dužnosti i obaveza prvenstveno za teoriju političke dužnosti i obaveze unutar ustavnog sistema, on daje veoma sažet osvrt na primenu principa pravičnosti na društvenu praksu obećanja tj. na princip dobre vere. Naime, za njega je princip dobre vere "samo poseban slučaj principa pravičnosti primenjen na društvenu praksu obećanja"²³. Polazište iz kojeg izvodi argument u prilog ovom stavu je da postojanje ustanova podrazumeva izvesne "obrasce indi-

²¹ Isto, 314.

²² Isto, 117.

²³ Isto, 314.

vidualnog ponašanja u skladu sa javno prihvaćenim pravilima²⁴ i iz okolnosti da je davanje obećanja delatnost koja je uređena javnim sistemom pravila. Ova pravila predstavljaju, kao i uvek u slučaju ustanova, skup konstitutivnih konvencija. Tako bi osnovno pravilo o davanju obećanja koje, prema Rolsu, predstavlja praksu kao celinu približno glasilo “ako neko iskaže reči “obećavam da uradim X” u odgovarajućim okolnostima, treba da uradi X, osim ako ne postoje okolnosti koje ga oslobađaju obaveze”²⁵.

Principi pravde se, po mišljenju Rolsa, primenjuju na praksu davanja obećanja na isti način na koji se primenjuju na druge ustanove. Da bi praksa davanja obećanja bila pravedna neophodno je da obezbeđuje i omogućava jednaku slobodu stranaka i bude racionalno sredstvo stabilizovanja društvene saradnje i kooperativnih sporazuma čija je svrha ostvarenje uzajamne koristi. Na taj način se pravednost društvene prakse davanja obećanja određuje pomoću principa pravde.

Princip dobre vere je, za razliku od pravila o obećanju, moralni princip, posledica principa pravičnosti. Za Rolsa, princip dobre vere predstavlja samo poseban vid primene principa pravičnosti, odnosno, primenu principa pravičnosti na specifičan predmet – društvenu praksu obećanja. Usled toga je obaveza da se ispuni obećanje, takođe, posledica principa pravičnosti²⁶. Princip pravičnosti predstavlja princip koji usvajaju strane u prvobitnom položaju. On nalaže pojedincu obavezu da ispuni svoj pravičan deo uvek kada je dobrovoljno prihvatio dobiti iz pravedne sheme ili ostvario prednosti mogućnosti koje ona nudi da unapredi svoje interese tj. kada je dobrovoljno ograničio svoju slobodu uključivši se u kooperativni poduhvat čiji je cilj uzajamna korist, priznajući mu i pravo na slično pokoravanje onih koji su imali dobiti od njegovog pokoravanja. Primenjeno na društvenu praksu obećanja (pod uslovom da je pravedna) to znači da kada pojedinac dobrovoljno nešto obeća drugome, u nastojanju realizacije uzajamne koristi, on ima obavezu da to obećanje i ispuni.

Dobrovoljno ograničenje slobode stvara obavezu samo ukoliko je ustanova ili društvena praksa bar onoliko pravedna koliko je razumno očekivati u datim okolnostima. Jedino u slučaju postojanja ovakvih pozadinskih uslova može biti govora o obećanju *bona fide*. Obećanje *bona fide* Rols definiše kao “ono koje nastaje u skladu sa pravilom o obećanju kada je praksa koju ono predstavlja pravedna”²⁷. Dakle, princip dobre vere stvara obavezu ispunjenja *bona fide* obećanja, odnosno, obećanja datog u uslovima pravedne društvene prakse. Usled

²⁴ Isto, 306.

²⁵ Isto, 315.

²⁶ Isto, 316.

²⁷ Isto.

toga, princip dobre vere Rols formuliše kao “princip da *bona fide* obećanja treba ispuniti”²⁸.

Obaveza savesnosti i poštenja, držanja sopstvene reči, ispunjenja *bona fide* obećanja, postoji jedino kada je dato dobrovoljno budući da “postoji opšta saglasnost da su iznuđena obećanja ništava *ab initio*”²⁹. Postavlja se pitanje koji bi bio motiv ili razlog davanja obećanja i samim tim dobrovoljnog ograničenja slobode. Nema sumnje da je, za Rolsa, to proširenje i stabilizovanje uzajamno korisnih shema saradnje. Naime, pojedinac obećanje daje i promišljeno sebi samonameće obavezu rukovođen najčešće sopstvenim interesom. To je posebno često kod dvostrano obavezujućih ugovora tj. u ugovornim odnosima u kojima jedna strana treba da izvrši svoju obavezu pre druge. U okolnostima nepoverenja, kada ona nije uverena da će druga strana izvršiti svoju obavezu ili je uverena da je neće izvršiti, i sama će odustati od ispunjenja vlastite obaveze. Time se shema uzajamno korisne saradnje nikada ne pokrene. Često se dešava da ne postoji sredstvo obezbeđenja ugovorne strane koja prva treba pristupiti izvršenju, osim da joj se pruži obećanje druge strane da će ispuniti svoju obavezu. Obećanje je motivisano ostvarenjem sopstvenog interesa budući da je saradnja uzajamno korisna. Rols ukazuje “davanje obećanja je čin koji se izvršava sa javnom namerom da se promišljeno izložimo obavezi čije postojanje u datim okolnostima unapređuje naše ciljeve. Mi hoćemo da obaveza postoji i da se zna da postoji, i želimo da drugi znaju da mi priznajemo ovu obavezu i da imamo nameru da je poštujemo”³⁰. Dakle, motivisani realizacijom vlastitih interesa daju se obećanja i preuzimaju obaveze ispunjenja onoga što je obećano.

Rolsovo polazište je da u dobro uređenom društvu postoji uzajamno poverenje koje se ogleda u znanju, ili barem razložnom uverenju, da drugi imaju osećaj za pravdu i toliko normalnu delotvornu želju da izvrše svoje *bona fide* obaveze. Usled postojanja ovog znanja u dobro uređenom društvu “kada njegovi članovi daju obećanja postoji uzajamno priznanje njihove namere da sebe stave pod obavezu i uzajamno racionalno uverenje da će se ove obaveze poštovati”³¹. Upravo ovo zajedničko znanje, zajedničko shvatanje pravde (uključujući principe pravičnosti i prirodne dužnosti), javna svest o ljudskoj spremnosti da se postupa u skladu sa njim, predstavlja, za Rolsa, ogromnu zajedničku imovinu. Ovako veliki značaj im pridaje zbog toga što stvaraju povoljan društveni ambijent uzajamnog poverenja i pouzdanja koji je neophodan za pokretanje, proširenje i stabilizovanje uzajamno korisnih shema saradnje.

²⁸ Isto.

²⁹ Isto, 313.

³⁰ Isto, 317.

³¹ Isto.

Uprkos velikom značaju ovakve društvene prakse tj. postojanja pravednih pozadinskih uslova, to još uvek nije dovoljno za nastanak moralne obaveze. Naime, prema ugovornom učenju, moralni zahtevi ne proizilaze iz činjenice samog postojanja ustanove. Za objašnjenje obaveza koje proizilaze iz poverenja Rols kao premisu uzima princip pravičnosti. Samim tim i koncepcija pravde kao nepristrasnosti, kao i druge etičke teorije, zastupa stanovište po kome moralni zahtevi, obaveze i prirodne dužnosti, nastaju isključivo na osnovu etičkih principa. Etički principi su, u koncepciji pravde kao nepristrasnosti, shvaćeni kao principi koji bi bili izabrani u prvobitnom položaju. Prema tome, u Rolsovoj koncepciji pravde, obaveze, kao jedna vrsta moralnih zahteva, isključivo nastaju na osnovu principa pravičnosti, kao etičkog principa koji bi bio izabran u prvobitnom položaju. Stoga je i priroda principa dobre vere kao moralnog principa i obaveze ispunjenja *bona fide* obećanja kao moralne obaveze određena okolnošću da su posledica principa pravičnosti koji je rezultat izvorne saglasnosti u prvobitnom položaju.

Princip prirodnih dužnosti. – U Rolsovoj koncepciji pravde kao nepristrasnosti, prirodne dužnosti, uz obaveze, predstavljaju vrstu moralnih zahteva. Postoji mnoštvo prirodnih dužnosti, te ih Rols razvrstava na: pozitivne i negativne. Prirodnu dužnost podržavanja pravde, uzajamne pomoći, uzajamnog poštovanja ubraja u pozitivne prirodne dužnosti, budući da one zahtevaju da se učini nešto dobro drugome. Dužnost da se drugome ne prouzrokuje šteta ili ne nanese povreda, dužnost da se ne prouzrokuje nepotrebna patnja, spadaju u negativne prirodne dužnosti, budući da zahtevaju uzdržavanje od činjenja nečeg lošeg. Razlikovanje pozitivnih i negativnih prirodnih dužnosti od značaja je za pitanje prioriteta. Ovo stoga što, po Rolsu, negativne prirodne dužnosti imaju veću težinu od pozitivnih i, usled toga, prioritet u odnosu na pozitivne prirodne dužnosti.

Bitna karakteristika prirodnih dužnosti, za razliku od obaveza, jeste da one važe nezavisno od volje pojedinca. Prirodne dužnosti nisu nužno povezane sa ustanovama, niti društvenom praksom. Usled toga, njihova pravila ne određuju sadržinu prirodnih dužnosti. Pojedinci, tako, imaju prirodne dužnosti, iako se nisu obavezali na takve postupke. Prirodne dužnosti postoje između pojedinaca, nezavisno od njihovih odnosa u ustanovama. One postoje između svih pojedinaca kao jednakih moralnih lica. Zato se prirodne dužnosti duguju, ne samo tačno određenim pojedincima, već osobama uopšte, naglašava Rols.

U koncepciji pravde kao nepristrasnosti, fundamentalna prirodna dužnost jeste *dužnost pravde*. Ova dužnost zahteva od pojedinca podržavanje i unapređivanje postojećih pravednih ustanova, kao i ponašanje u skladu sa njima. Prema Rolsu, dužnost pravde ima dva dela. Najpre, ova dužnost zahteva poštovanje postojećih pravednih ustanova i izvršavanje sopstvenog dela svakog pojedinca u njima. Drugi deo dužnosti pravde nalaže svakom pojedincu da pomogne u konsti-

tuisanju i unapređenju pravednih uređenja, u slučajevima kada ona ne postoje, barem ukoliko se to može učiniti sa malom cenom za pojedince. Iz ovoga proizilazi da, ukoliko je osnovna struktura društva pravedna, odnosno, onoliko pravedna koliko se razumno može očekivati u datim okolnostima, svaki pojedinac ima prirodnu dužnost da izvrši svoj deo u postojećoj shemi. To znači da je svako obavezan, nezavisno od svojih dobrovoljnih postupaka³². Na taj način, čak i da su principi prirodnih dužnosti izvedeni iz ugovornog gledišta, oni ne pretpostavljaju čin saglasnosti, bilo izričit ili prećutan, niti bilo kakav dobrovoljni postupak kao uslov njihove primene, konstatuje Rols. Za bezuslovnost principa prirodnih dužnosti, on smatra dovoljnim da se pokaže da bi se strane u prvobitnom položaju saglasile sa principima koji određuju prirodne dužnosti³³.

Budući da princip pravičnosti može ustanoviti obavezanost postojećim pravednim ustanovama i uređenjima, obaveze koje iz njega proizilaze podudaraju se sa prirodnom dužnošću pravde. Pojedinac može istovremeno imati kako prirodnu dužnost, tako i obavezu poštovanja ustanove i izvršenja svog dela. Iako postoji više mogućih načina za obavezanost pojedinca političkim ustanovama, ipak je prirodna dužnost na pravednost, po mišljenju Rolsa, u najvećem broju slučajeva, temeljnija. To objašnjava činjenicom da prirodna dužnost na pravednost uopšteno obavezuje građane i ne zahteva dobrovoljni čin za svoju primenu. Budući da se prirodna dužnost pravednosti može definisati kao dužnost podržavanja i unapređivanja uređenja i ustanova koje zadovoljavaju dva principa pravde kao nepristrasnosti, Rols smatra da je princip prirodnih dužnosti saglasan sa kriterijumima za ustanove. Po njegovoj oceni, strane u prvobitnom položaju postupaju najbolje kada prihvataju prirodnu dužnost pravde. O tome kaže: "S obzirom na vrednost javnog i delotvornog osećaja za pravdu, važno je da princip koji određuje dužnosti pojedinaca bude jednostavan i jasan, i da osigurava stabilnost pravednih uređenja"³⁴. Zbog svega navedenog, pretpostavlja da bi se strane u prvobitnom položaju pre saglasile sa prirodnom dužnošću pravde, nego sa principom korisnosti. Ovo je posledica činjenice da je, sa stanovišta teorije pravde, prirodna dužnost pravde temeljna potreba pojedinca.

Uz prirodnu dužnost pravde, postoje i druge prirodne dužnosti. Jedna od njih je i dužnost uzajamnog poštovanja. Ovu dužnost Rols definiše kao dužnost da se osobi iskaže poštovanje koje joj pripada kao moralnom biću, odnosno, kao biću sa osećajem za pravdu i shvatanjem dobra. Uzajamno poštovanje, odnosno, poštovanje drugog kao moralne osobe podrazumeva pokušaj razumevanja njegovih interesa i ciljeva sa njegove tačke gledišta i našu spremnost da mu predložimo razloge koji će mu omogućiti da prihvati ograničenja svog ponašanja. Pri-

³² Isto, 306.

³³ Isto, 116.

³⁴ Isto, 308.

rodna dužnost uzajamnog poštovanja, po Rolsu, podrazumeva i spremnost da se čine mala izražavanja sklonosti i učtivosti. Tako se izražava svest o osećanjima i težnjama drugih ličnosti. Uočava se izvesna neusklađenost prirodne dužnosti uzajamnog poštovanja sa činjenicom uzajamne nezainteresovanosti strana u prvobitnom položaju. Rols to objašnjava na sledeći način: “razlog za prihvatanje ove dužnosti je da, iako strane u prvobitnom položaju nemaju interesa za interese drugih, one znaju da je u društvu njima potrebno da budu ohrabrene poštovanjem od strane njihovih saradnika”³⁵. Na kraju, Rols zaključuje da svaki pojedinac ima dobiti od života u društvu u kojem se ceni dužnost uzajamnog poštovanja.

Značajnom prirodnom dužnošću Rols smatra i dužnost uzajamne pomoći. Još je Kant naglašavao da dužnost uzajamne pomoći, odnosno, njegovom terminologijom izraženo, dužnost dobročinstva treba da bude javni, tačnije, univerzalni zakon. Kant je dobročinstvo definisao kao maksimum po kojoj se uživanje u sreći, odnosno, dobrobiti drugih učini sebi svrhom³⁶. Osnov predlaganja ove dužnosti Kant je našao u činjenici da su moguće situacije u kojima će nam biti potrebna pomoć drugih, pa bi, usled ne prihvatanja principa prirodnih dužnosti, bili lišeni ove pomoći. Opravdanost prirodne dužnosti uzajamne pomoći Rols obrazlaže na sledeći način: “U svakom pojedinačnom slučaju dobitak za osobu kojoj je potrebna pomoć znatno prevazilazi gubitak onih od kojih se zahteva da mu pomognu, i pod pretpostavkom da izgledi da se bude korisnik pomoći nisu mnogo manji od onih da se bude onaj koji mora da pruži pomoć, jasno je da je princip u našem interesu”³⁷. Međutim, ovo, po njemu, nije niti jedini, niti najznačajniji argument za prirodnu dužnost uzajamne pomoći. Naprotiv, dovoljnim osnovom za usvajanje dužnosti uzajamne pomoći on smatra njen “sveprožimajući učinak na kvalitet svakodnevnog života”³⁸. Naime, javno znanje da živimo u društvu u kome se možemo osloniti na druge da će nam pružiti pomoć u teškim okolnostima, odnosno, osećanje poverenja i uverenost u dobre namere drugih ljudi je, samo po sebi, od velike vrednosti. Dakle, upravo u ovom javnom znanju, osećanju poverenja i pouzdanosti ogleda se, po mišljenju Rolsa, primarna vrednost ovog principa.

On je uveren da bi principi prirodnih dužnosti nesumnjivo bili prihvaćeni u prvobitnom položaju. Pri tome je svestan teškoće njihovog detaljnijeg popisa, kao i problema u vezi sa pitanjem prioriteta. Problem prioriteta je veoma složen i javlja se u situaciji kada prirodne dužnosti, međusobno dođu u koliziju, ili u slučaju sukoba prirodne dužnosti i obaveze, ili njene kolizije sa dobrom koje se postiže pomoću naddužnosnog delovanja. Potrebno je uravnotežiti zahteve za pojedince koji su, često, međusobno suprotstavljeni. Međutim, Rols nam ne daje rešenje

³⁵ Isto, 309.

³⁶ Kant, I.: *Metafizika morala*, 254.

³⁷ Rols, Dž.: *Teorija pravde*, 309-310.

³⁸ Isto, 310.

problema prioriteta. On čak nije siguran da li je sistematsko rešenje koje formulirane upotrebljiva i praktična pravila prioriteta za principe pravde za pojedince uopšte moguće. Sve ovo ga navodi na zaključak da je teorija osnovne strukture društva znatno jednostavnija u odnosu na problem pravde za pojedince³⁹.

Dopuštenja

Budući da svoju raspravu ograničava na teoriju društvene pravde, Rols se manje bavi drugom vrstom principa pravde za pojedince - dopuštenjima. Ovo stoga što su dopuštenja oni postupci za koje je pojedincima ostavljena sloboda da ih čine ili ne čine. Takvim postupcima ne narušava se nikakva obaveza, niti prirodna dužnost. Dopuštenja razvrstava na: ravnodušna, odnosno, moralno indiferentna; i naddužnosna dopuštenja. Naddužnosnim postupcima smatra: postupke dobročinstva i milosrđa, heroizma i samožrtvovanja. Iako je dobro činiti takva dela ona se ne zahtevaju, jer nisu nečija dužnost niti obaveza. Pojedinaac koji čini naddužnosni postupak nije se pozvao na izuzeće koje dopuštaju prirodne dužnosti zbog znatnog gubitka ili rizika za onog ko takav postupak čini. Za razliku od Rolsove koncepcije pravde kao nepristrasnosti, klasično utilitarističko gledište je, po njegovom mišljenju, nespojivo sa naddužnostima. Razlog tome je što neki od postupaka koje pravda kao nepristrasnost ubraja u naddužnosti, principom korisnosti mogu da se zahtevaju⁴⁰.

ZAKLJUČAK

Rolsova teorija pravde postaje potpuna tek kada, uz principe pravde za osnovnu strukturu društva, obuhvati i koncepciju pravde za pojedince. Principi pravde za pojedince usklađeni su sa Rolsovim ciljem stvaranja pravednog društva i pravednih društvenih institucija budući da se njihovom izboru pristupa nakon izbora dva principa pravde za osnovnu strukturu društva sa kojima moraju biti kompatibilni. Usled toga, svi principi pravde za pojedince nalažu im obavezu pružanja svog udela, tj. doprinosa, u stvaranju, održavanju i unapređivanju pravednih ustanova, kao i pravednih društvenih poredaka.

U Rolsovoj koncepciji pravde za pojedince veliki značaj ima princip dobre vere. Iako mu je posvetio veoma kratku analizu, možemo konstatovati da je njen obim potpuno nesrazmeran značaju koji princip dobre vere ima u koncepciji pravde za pojedince. Rolsova intencija je bila da pomoću principa pravičnosti obrazloži sve obaveze kao vrstu zahteva. Međutim, on ipak izdvaja poseban slučaj prakse davanja obećanja i princip dobre vere kao specifičnog slučaja primene

³⁹ Isto.

⁴⁰ Isto, 117.

principa pravičnosti. Uprkos tome što ga derivira iz principa pravičnosti, odnosno, što ga smatra posledicom njegove primene na specifičan predmet – društvenu praksu obećanja, princip dobre vere i predmet na koji se primenjuje je jedini koji je izdvojio od bogate društvene prakse na koju se princip pravičnosti odnosi. Time Rols prećutno odstupa od prvobitne namere da sve obaveze obrazloži principom pravičnosti i obavezu ispunjenja *bona fide* obećanja obrazlaže kao obavezu koju nalaže princip dobre vere. To ukazuje na veliki značaj koji princip dobre vere ima za Rolsa. Izvodeći ga iz principa pravičnosti, koji je predmet izvorne saglasnosti u prvobitnom položaju i rezultat hipotetičkog sporazuma, i principu dobre vere priznaje moralni karakter tj. smatra ga moralnim principom. Dakle, u Rolsovoj koncepciji pravde za pojedince, princip dobre vere, uz princip pravičnosti, spada u obaveze kao vrstu principa moralnih zahteva.

SANJA ĐURĐIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty Faculty of Legal
and Business studies Novi Sad

PRINCIPLE OF GOOD FAITH IN RAWLS' CONCEPTION OF JUSTICE FOR INDIVIDUALS

Summary

The principle of good faith is of great importance in Rawls's conception of justice for individuals. Rawls's intention was that by using the principle of fairness explain all obligations as type of requirements. However, he singles out a special case of the practice of giving promises and the principle of good faith as a special case of the principle of fairness applied to the social practice of promising. Although it derives from the principle of fairness, the principle of good faith and the object to which it applies is the only one who was singled out from the rich social practices to which the principle of fairness applies. Thus Rawls implicitly departs from the initial attitude that all obligations arising from the principle of fairness and obligation to fulfill *bona fide* promises he presents as an obligation which required by the principle of good faith. The principle of good faith is the principle that *bona fide* promises are to be kept. Deriving the principle of good faith from the principle of fairness, which is the subject of the original consent in the original position and result of a hypothetical agreement, the principle of good faith Rawls recognizes the moral character and considers it a moral principle.

LJUDSKI KARAKTER U PRAVNOM NAČELU SAVESNOSTI I POŠTENJA

I

Pravo je ljudska ocena radnje i događaja, sa aspekta njihove posledice po odnose iz međusobnosti života, shodno vladavini određenih pogleda na svet datog vremena i prostora, posmatrano sa aspekta sociologije prava, u smislu osnova društvene opravdanosti njegovog nastanka. Polazeći od ove činjenice, posmatrano sa užeg aspekta njegovog delovanja, ono predstavlja normiran oblik uputa na određeno ponašanja ljudi, koji sadrži atribute primene prinude, zasnovano na standardizaciji zajedničkog života, u meri obezbeđenje celine date ljudske grupacije, od značaja za funkcionisanje društvenosti, skopčano sa osiguranjem mirnih odnosa iz neizbežne upućenosti jedni prema drugima. Ono se zasniva na jednoobrazovnosti ponašanja iz međusobnih odnosa ljudi, utemeljeno na regulaciji vladajućih društvenih odnosa, kojim iskazuje svoj osnovni atribut: jednakog postupanja prema svima, u jednakim slučajevima i, nejednako postupanja prema posebnostima, različitih slučajeva.¹

Posmatrano sa aspekta prirode ljudi, pravo ima osobenosti opšteg, sa svim svojstvima univerzalnosti u smislu istovetnosti prirode subjekata na kojima se odnosi, gledano sa aspekta generalnog pristupa prema svima. Razuma se, u određivanju međusobnih odnosa ljudi iz socijabiliteta njihovog života, pravo deluje u

Refki Tač, advokat u Prizrenu.

¹ Ovu konstataciju, koju učimo od Aristotela, predstavlja neporušeni pravni spomenik u svojoj besmrtnoj vrednosti. Vrednosti su večite, koje odolavaju svim vremenima i svakom prostoru, u smislu različitih tretmana njihovog značaja.

okviru drugih društvenih činilaca, koji karakterišu zajednički život. Kada se ono spušta na teren realnog života, u prostornom i vremenskom značaju dejstava na stvarnost, gde se i u kojima se prepliću različiti oblici oblikovanja zajedničkog života; ono dobija svoje teritorijalne osobenosti sa aspekta ograničenja širine uticaja, a u vremenskom dejstvu dobija karakter prolaznosti, na putu postizanja pravde, kao krajneg cilju u ostvarivanju svoje generalne društvene opravdanosti. Na tom beskrajnom putu, pravo, u iznetom smislu, odaje duh osobenosti shvatanja datih prilika društvene svesti, izgrađenih pod određenim istorijskim prilikama, koji su diktirali vladavinu datih društvenih odnosa. Pozitivistička koncepcija prava, u svojoj automnoj izgradnji unutar prirodnog prava racionalnog smera, predstavlja produkt normiranja regulacije zajedničkog života date sredine, u vremenskoj vladavini uticaja na socijalitet ljudi.

U kontekstu iznetog, pravo se može okarakterisati kao civilizacijski okvir regulacije osnovnih međusobnih odnosa ljudi iz njihove prirode života, u izrazu odnosa kulture prema biopravu. Sledstveno tome, pravo se može tretirati i kao društvena kategorija prirodnog stanja života, sa svojstvima posebnosti, u izrazu nacionalnog, u smislu prostorne lokalnosti delovanja, i opšteg, sa svim svojstvima univerzalnosti. Posmatrano sa aspekta prirodnog toka razvoja društvene vrednosti sa univerzalnim karakterom, one se tretiraju kao opšte dobro, primereno za sve ljude sa globalnim premisama, nastala kao produk shvatanja prirodnog bića čoveka, koju deluju van vremena i prostora, u vidu kulture svekolike ljudske civilizacije, koje niko ne može svojatati za sebe. Savesnost i poštenje su nastali sa nastankom čoveka i oni će živeti kao vrednost, sve dok postoji čovečanstvo. Prema tome, ove vrednosti su svojina svih ljudi.

Na kraju krajeva, čovek je antropocentrično biće unutar prirode ovog sveta, a pravo u svom fokusu ima čoveka. Stoga, pravo valja tretirati kao društveno oblikovanje prirodnog života, shvaćeno u izrazu ljudskosti karaktera u delanju, koja se ispoljava kroz savesno ponašanje i poštenog odnosa prema drugima u međusobnim odnosima. Sledstveno tome, sveukupno pravo je u osnovi antropocentrična tvorevina. Pravo, koje se formira po meri mnoštva situacija, odnosi na veliki broj ljudi različitih svojstava te predstavlja spektar društvene generalnosti, koji u kolažu ispoljavanja pozitivnog dejstva na socijalni život, sadrži načelo savesnosti i poštenja, kao vrline u ispoljavanju ljudskog karaktera.²

² Pred kraj 20. veka, u Elbertu (grad u državi Sjedinjenih Američkih Država – Džordžiji), nepoznati ljudi preko poznate firme (Elerton Granite Finishing Copmany), na jednom velikom granitu, (prema informaciji D. Mitrović i M. Trajković “Šta jeste, a šta nije ljudsko dostojanstvo”, *Pravni život*, br. 12/ 2013, str. 428–429, str. 34) uklesali su, između ostalog, reči: “veličajte istinu, lepotu i ljubav, tražeći sklad sa beskonačnoscima.” Ovi ljudi koji su krili svoja imena, nisu hteli da se izjasne za ovaj postupak, ali ovu ideju valja čitati kao ukaz vlastima, koji upravljaju svetskim mnjenjem, da ne bi zaboravili Rimskog pravnika Ulpianusa, osvežujući staru maksimu: “iustitia est honeste vivere, neminem ledere, suum cuique tribuere”.

Kako pravo nije samoj sebi svrha, ono odigrava ulogu usmeravanja ljudi na standardno ponašanje, prilikom njihovog susreta iz potrebe međusobnih odnosa, u ostvarivanju društvenog života. Ratio, ova društvena institucija ne brine o svim pojavama i o svakom događaju, kreirano od čitavog niza lanaca veze zajedništva života, već se bavi sa obezbeđenjem socijalnosti zajedničkog života, reagujući na devijantne pojave, koji imaju za posledicu poremećaj u ljudskosti ponašanja. Sa ovim prirodnim karakterom svog nastanka, ono je odraz dobrog i kada primenjuje prinudu na određeno ponašanja, jer ono (pravo) u sebi ne sadrži osvetu, niti svoje norme angažuje iz neke obesti radi nanošenja nekog zla, već se primenjuje u nameri izgradnje zajedničkog života, dostojno za svakog člana u individualnom smislu i grupnom izrazu posebnosti.

Pravo je čuvar ljudskosti karaktera čoveka. Prema tome, ono se pojavljuje u normiranju ponašanja, u onim odnosima, u kojima se povređuje dignitet i druge ljudske vrednosti, legitimisan sa prirodnim svojstvima čoveka, legalizovan društvenom angažovanošću ljudi, koja se formira u izrazu prihvatanja od većine. Ova legitimna i legalna društvena pojava, u izrazu kodeksa ponašanja ljudi, institucionalizovano od strane organa legislative, uživa opšti autoritet u reagovanju na sve vrste devijacije, po opštoj prihvaćenoj meri određivanja ljudskog karaktera, od osnovnog značaja obezbeđenja zajedništva socijalnog života. Dakle, tamo gde stoji pravna norma, kao prinuda na nedozvoljeno ponašanje, tu postoji i teza o mogućnosti poremećaja zdravih ljudskih opštenja ili najave određenih pojava sa neprihvatljivim posledicama na zdrave društvene odnose. Ova teza se postavlja po meri načela savesnosti i poštenja, bez kojih pravo ne bi moglo da funkcioniše.

II

Različiti modeli društvenog života su nastali kao posledica osobenosti socijalizacije određene ljudske grupacije, koji su igradili svoje civilizacije kulturnosti života. Ako prelistavamo stranice istorije oblikovanja načina života, videćemo osobene razlike na događaje koji okružuju život ljudi iz date sredine, na osnovu kojeg su nastala posebna shvatanja filozofije sveta, primereno vremena i prostora, koji izviru iz različite kulturnosti. Kada se ovi neizbrisivi tragovi prošlosti stavljaju pod lupu strategije izgradnje budućih odnosa socijalnosti, onda se mora imati u vidu "društveni gen"³, kao nezaobilazni most vremena, koja je istakla i onog koja se očekuje. Ova ukazuje na činjenicu potrebe za potragom evolucije razvoja prava, kao pratioca svih istorijskih događaja, posmatrano sa aspekta analize

³ Detaljnije o ovom izrazu vidi članak Bekir Günaya, Pursuit in Central Asia, 'Social Gene' and New Models – Orta Asya' da Arayış, 'Sosyal Gen' ve Yeni Modeler, objavljen u časopisu za Geopopetiku, Ekonomsku politiku i Socio-kulturno istraživanje, zvani "Bilge Strateji – Nauka o strategiji, br. 1/ 2009, tom II, prema kojem, osnovni faktori koji utiču na formiranje tzv. "sosijalnog gena" su: istorija, religija, jezik i geografija, str. 1.

pozitivnog dejstava na promenu nepoželjnih pojava. Istorijski razvoj kulturnosti prava, primereno ljudskom karakteru čoveka, skopčano sa prirodom društvenog opštenja ljudi, praćeno je sa primatom načela savesnosti i poštenja, u izgradnji regulacije međusobnosti odnosa. Ova istorijska konstatacije iz prošlosti, posmatrano u kontekstu budućnosti, proširuje vidike sagledavanja razvoja obećanog prava. Gledano “dvogledom budućnosti,” razvoj načela savesnosti i poštenja mora se staviti pod lupu doslednog poštovanja, naspram nekulture u nepoštovanja navedenih drevnih spomenika prava.

Pravo je neporušeni kulturni spomenik svih poznatih svetskih civilizacije, kao osobita društvena vrednost, čiji tragovi prepoznaju na putu regulacije evolutivnih promena društvenih prilika.⁴ U toj evoluciji, pravo treba da odgovara na promenjeno stanje odnosa ljudi u konkurenciji sa prošlošću, radi ostvarivanja svoje temeljne tendencije – oživotvorenje pravde, kao najveći dar prirodnosti života u društvenoj zajednici. U ostvarivanja krajnjeg cilja, u duhu okretanja prema budućnosti, pravo je zaduženo da poboljša postojeće stanje. U težnji ostvarivanja ovog zadatka, prilikom proučavanja poznatih pravnih vrednosti, valja koristiti Aristotelovu metoda *bios theoretikas* zajedno sa metodom *bios praktikos*, posmatrano kao *monozigotne* blizance, sagledavajući stvarnost u kontekstu vladajućeg društvenog standarda, udubljujući u sve pore njihove sadržine, skopčano sa idejom ponuđene mogućnosti bolje budućnosti. Ovo iz razloga što, ako umnost zakonodavca ne nađe valjanu ideju o promeni neprihvatljivog stanja, a stvarnost ne zadovoljava željene društvene prilike, onda je otvoren treći put, a to je pluralizam interpretacije teorije prava, posmatrano u kontekstu željenog, zasnovano na podlozi društvene stvarnosti, u smislu *mogućnosti* poboljšanja postojećeg.

Ocena stanja pravne regulacije aktuelnih društvenih dešavanja, kako je već izneto, podležu tolerantnoj koegzistenciji međusobnih uticaja, u duhu uzdizanja postojećeg stanja na nivo nove ideje prava. Socijalna dimenzija tolerancije, u spoju stvarnosti društvenih dešavanja sa idejom prava, u cilju poboljšanja postojećeg stanja, zasniva se na slobodi ocene oba dva segmenta, sa svim njihovim posledicama uticaja na individualni i svekoliki ljudski karakter, iz njihove međusobne upućenosti. U protivnom, pravo će stradati u svojoj nemogućnosti delovanja, a društveni odnosi će ostati uskraćeni u regulaciji stvarnosti. Društenost će vulgarizovati sa nepravnom regulacijom odnosa, a pravo će simulovati nepostojeću vrlinu.⁵ U toj nekulturnosti tretmana prava, teško je govoriti o nekoj garanciji obez-

⁴ Prema mladom docentu teorije prava, Neval Okan, pravo je zasnovano na teoriji pravednog upravljanja društvenog poretka kod svih civilizovanih društvenih zajednica, zasnivajući ovu tvrdnju na brojnim mišljenjima poznatih svetskih pravnika, naznačenu u fosnoti knjige “Hukuka Giriş – Uvod u pravo”, 2008.

⁵ Javno ispoljavanja nesavesnosti prema društvenim obavezama, koji bi u normalnim uslovima, po opštoj meri ljudskog karaktera, trebalo da bude prikriivena kao tajna, te izrazito nepoštenje u međusobnim odnosima ljudi, sa sadržinom protivpravne radnje, ukazuje na činjenicu skidanje

beđenja društvenosti života, standardizovano ustaljenim kriterijumima ljudskih prava, dimenzionirano prema prirodi ljudskog karaktera, na koji teži civilizovani deo sveta. Kod tog stanja stvari, pravo neće odigrati uloga obezbeđenja mirnog i dostojnog društvenog života.

Pravo nije statična kategorija, koja registruje događaje iz društvenosti života, niti je suvoparna ideja dobrog koja se zadovoljava poimanjem pravde kome teži, te prema tome: ono (pravo) ne može da prećuti stvarnosti sa kojim se ne slaže, niti da teži ideji perfekcije nezrelih rešenja društvenih prilika, okrenuto na neku beskrajnu budućnost. Pravo ne može dešavanja stvari prepuštati slučaju, uz konstataciju nemogućnosti promena stanja vladajućih odnosa, niti se može zadovoljavati sa pukim proglašavanjem društveno nepoželjnih događaja pravno nedozvoljenim, bez određenih garancija u sprečavanju datih slučajeva. Društvena uloga prava je skopčano sa stvarnim uticajem na sprečavanje devijantnih ponašanja ljudi, kroz primoravanje na određeno ponašanje, primereno prosečnoj ljudskosti karaktera čoveka, prema vremenskom i prostornom shvatanju ustaljenog standarda međusobnih opštenja. Sledstveno tome, pred sivim moćnicima opravdavanja određenih društvenih prilika, koji su neprihvatljivi sa aspekta opšteg ljudskog dobra i generalnog karaktera ljudi, pravo ne može da odloži svoju poverenu ulogu.

Kada se govori o ulozi prava, unutar zbira društvenih aktera, u duhu gore navedene konstatacije, valja reći da se pravu permanentno oduzimaju svojstvo prinude, koji sve više dobija premise lepih izraza, skopčano sa zamrzavanjem dejstava u očekivanju boljih dana, uz stalno odlaganja svojih dejstva na neku budućnost. Zbog toga i s tim u vezi, otvaraju se vrata pritiskivanju ljudskih karaktera iz aktuelnog društvenog života, koji doprinosi proširenju "crnih oblaka" i na one odnose među ljudima, kod kojih je tradicionalno vladala čevkoljublje, čime se sve više gubi smisao socijabilnosti života. Omekšavanje dejstva prava se pokušava nadomestiti sa povećanjem broja i raznovrsnosti zakona, podzakonskih akata i drugih vrsta pravne regulacije, a sve to radi "bacanja pepela u oči" sa namerom da se muti svest ljudi zloupotrebom poverenja na ovu društvenu instituciju (prava). Stalno umnožavanje pravne regulacije, uz gubitak dejstava stvarne reakcije na nedozvoljene ponašanje, otvara put navike nepoštavanju normiranog ponašanja, praćeno sa nepoverenjem rešavanja sporova na civilizovan način.

Poremećaj hijerarhije u stepenovanju vrednosti i stalne povrede balansa odnosa među vrednostima, od značaja za skladan zajednički života, doprinosi slabljenju ljudskog karaktera u društvenim odnosima. Kod tog stanja stvari, začau-

maske postojanja (uslovno rečeno) nepravog prava, naspram ekzistenciji pravog prava. Naime, ako jedna firma, legalno registrovana kod nadležne institucije, kojoj se omogućava da ostvari sva prava iz svoje privredne delatnosti, ne ispunjava svoje društvene obeveze bez ikakve smetnje za obavljanje svoje delatnosti, onda pored "pravog prava" postoji i "pravo" na nepravu, što čini krajnost u dekadenciji vladavine zdravih društvenih odnosa.

renje svesti ljudi u obezbeđenju biološke komocije života,⁶ činjenično postaje glavni uzrok, u lančanom nizu poremećaja valjanosti međusobnih opštenja ljudi, a tržište kapitala se uzdiže u pijedestal oldara, u kome cveta asocijalnost. Ovo, u ostalom, predstavlja logički sled u uzročno-posledičnoj vezi događaja. Naime, kada se ljudi sastaju zbog stvari i povodom stvari, onda se menja karakter ljudi u međosubnim odnosima, posmatrano kroz prizmu društvenosti delanja iz socijalibiliteta života, u suštinskom smislu te reči. Ovo stoga što, ako se kontakt ljudi standardizuje prema materijalnim dobrima, koju karakteriše roba na tržištu, onda oni sastaju zbog stvari, a ne zbog čoveka. Posmatrano u tom kontekstu, oprečni interes ljudi, pozivaju pravo na intervenciju, koji ima za posledicu enormnost regulativnih akata, u nedostatku njihovih stvarnih dejstava na promene nepoželjnih pojava.⁷

Ratio, kada se ne poštuju osnovni standardi prirodnog delanja ljudi, onda nema mesta iluziji poštovanja prava u međuljudskim odnosima. Primeri koji bi potvrdili ovu konstataciju su brojni; od mnoštva prilika koje bi se mogle naredati, po nama se odvaja slučaj, koje bi po svojoj eklantnosti ukazao na činjenicu, koja bi se okarakterisala kao nonsense; koja se inače odnosi na "potrebu" za pravnom zabranom povrede prirodnih resursa. Jer, ako svakom, iole normalnom čoveku znano, da su prirodna bogatstva neponovljivi izvori života, onda ne može se naći mesto logici o potrebi za takvom regulacijom. Teško je naći valjane razloge, a pogotovu društvenu osnovu, za pravno prinuđavanje čoveka da opstane u životu, posmatrano u kontekstu stalnog uništavanja prirodnih dobara, pri zdravom razumu da se bez njih ne može, pogotovu ako se ima u vidu neosporena činjenica da se radi o neponovljivom prirodnom daru posvećenu čoveku. Rukovođen sa ovom činjenicom nesavesnosti, ne može se očekivati od čoveka, koji "seče granu na kojoj sedi", da poštuje pravni put koji bi kočio nepošteno ponašanje u ostvarivanju sopstvenog interesa na uštrb drugih. Vladavine zamene duhovne ljudske vrednosti (koji karakterišu čovekoljuble), za vrednosti materijalnih dobara, ne može se nadomestiti umnožavanjem pravnih akata. Neprimerene povrede prirodnih dobara, koja se inače odvija sa stalnim povećanjem broja multilateralnih, regional-

⁶ Rečenica "budi čovek," koja se u narodnom govoru često koristi u određenim prilikama, predstavlja prirodni izraz personifikacije ljudskosti karaktera ličnosti, kako društvena zajednica očekuju da bude, prema kome čovek dobio svojstvo plemenitog bića, ne aludirajući na njegov kostur, sa svim atributima biološke funkcije.

⁷ Stvarnost sive ekonomije, koja se na engleskom jeziku izražavaju sa mnoštvo rodnih pojmova (hidden economy; shadow economy; grey economy; informal economy; anderground economy i slični) ukazuje na činjenicu javnog ekzistencije neprava, koja uspešno parališe pozitivno-pravnim propisima prinidnog karaktera. Utaja poreza, kao deo mnogih drugih vrsta izbegavanje društvene obaveze, predstavlja realnost savremenog sveta, koja je prisutna, maltene, u svim zemljama, koji se međusobno razlikuju samo u izrazu procenata ovih pojava. O ovoj temi, sa više detalja, vidi: Zoran Isailović, Siva ekonomija i poreski sistem, Pravni život, broj 11/2013, Tom III.

nih i nacionalnih pravnih akata o zaštiti životne sredine, najbolje potvrđuje iznetu konstataciju.⁸

Savremeno društvo pati od nedostatka ljudskosti karaktera, koji izaziva nepoverenje među ljudima, čiji porast utiče na potrebu proširenja pravne regulacije i na one segmente neizbežnosti društvenog života, na koje do sada nije se ukazala potreba.⁹ Materijalizacija života u svesti ljudi, na uštrb druge ljudske vrednosti, kojim se produbljuje jaz između egoizacije individualnih prava i socijalizacije vrednosti društvenog života, bitno povređuje temeljne osnove humanog sveta, na kojima se gradi zajednički život. Žalosna je konstatacija da, aktivnosti ljudi za sticanje materijalne dobiti, sve više postaje glavni, ako ne jedini cilj zadovoljavanja života. Razume se, na ovo treba dodati, da se smisao života time svede na zadovoljavanje biološke strasti, prema kojoj savremeni svet meri standard života. Takmičenje za postizanje većeg standarda, u borbi za gomilanjem materijalnih dobara, dostigla je nesagledive posledice u socijalizaciji društvenosti, kao temeljnom osnovu zajedničkog života. Ova činjenica predstavlja *društveni kancer*, koji razara elementarne ćelije zdravog *socijalnog gena*.

III

Sve veća upućenost ljudi u izrazu prostorne i vremenske komponente, praćeno sa globalizacijom sveta, zasnovano na konkurenciji slobodnog svetskog tržište, iskazano u modernizaciji vladavine svesti za sticanjem materijalnih dobara na uštrb druge ljudske vrednosti humanog karaktera, doprinela je donošenju bezbroj pravnih akata, koji ne mogu da zaustave nezamislivi prodor egoističkog ponašanje ljudi. Ova negativna pozicija prava, u dejstvu promene navedene društvene pojave, slabi autoritet poštovanja normiranih ponašanja, koji produbljuje

⁸ Vidi: Međunarodnu konvenciju za sprečavanje zagađivanja mora uljem (1954); Konvenciju o sprečavanju zagađivanja mora putem izbacivanja otpadaka (1972); Međunarodnu konvenciju o sprečavanju zagađivanja mora sa brodova (1973); Bečku konvenciju o zaštiti ozonskog omotača (1985) i mnogi drugi opšti akti sa generalnim dejstvom i od posebnog interesa za sprečavanje zagađivanje životne sredine.

⁹ Corpus Hipocraticum, nastala u Staroj Grčkoj pre 2500. god. bio je dovoljan osnov za stručno angažovanje i savesno postupanje lekara u izvršenju svoje profesije. Hipokratova etika imala dovoljan odjek na svest u savesnom izvršenju ove humane profesije. Ljudski zahtev za tretmanom humanosti lekarske profesije, u izrazu navedene zakletve, poštovalo se vekovima, te čitav prethodni vekovi nisu imali potrebe za datatnim obavezama, koje bi prinudula ljude ove profesije da stručno i profesionalno se angažuju prema svojim klijentima. Sada, lekarska profesije je oblikovano u vidu materijalne protivvrednosti, etika je postala nedovoljna garancija za poverenje lekara u lečenju bolesnika. Žalosna je istina da bolesnik sve češće postaje predmet zarade mnogih "humanih institucija" za lečenje. Hipokratova zakletva postaje čista forma, zbog kojeg se ukazala potreba sa zakonskom regulacijom obeveze lekara. U tom pravcu, preporučuje se knjiga Prof. dr Miodraga Orlića, "Zakon o zdravstvenoj zaštiti i odgovornosti lekara za prouzrokovanu štetu, Beograd, 2012.

jaz između regulacije odnosa ljudi i njihovog stvarnog ponašanja. Vrapidni pad društvenog morala, sa kojim je suočen savremeni svet, doprinosi nepoštovanju prava, te takva negativna konotacija u lancu uzročno- posledične veze, pri neizbežnosti pravne regulacije odnosa iz socijalibiliteta života, uzaludno se pokušava nadomestiti donošenju novih propisa. Kako to nije stvarni uzrok posledice povećanja devijantnih ponašanja ljudi, nepoštovanja prava otvara put vladavini nepravini pravila. Povreda funkcionisanja prirodnih zakona dotiče opstanak buduće generacije.¹⁰

Ovaj nepoželjni društveni fenomen, sa globalnim posledicama, u iskazu pretnje za celo čovečanstvo, kao plod razvoja tehnologije sa tipologijom zapadnog egoizma, proširuje se na sve segmente prirode, uključujući neorgansko i organsko biće. Bezosećajni ljudski egoizam prema životinskom svetu, koji je već dugo prisutna u svetu, predstavlja veliku pretnju u usklađenju veza ljudi sa prirodom, unutar koji se odvija celokupni ovozemaljski život.¹¹ Nekontrolisani postupak vlasti čoveka nad životinskom svetom, doprinosi gubljenju osećaja prema ljudima, u izrazu njihove prirodne osobenosti. Ljudski um nije da menja zakone prirode, nego da olakša sebi ostvarivanje prirodnog života. Savremeni svet je svedok činjenice u pretnji opstanku bio-gena, kao najveći necivilizovani čin postupka ljudi od istorije nastanka sveta.¹² Ovo i mnoge druge situacije potvrđuju nemoć prava da spreči negativne posledice, posebne one koji prete ostvarivanja prirodno-društvenog života ljudi.

Globalna pretnja u ostvarivanju prirodnog života; koje se proširuje i produbljuje sa razvojem imperjalizacije sveta, u nemogućnosti oživotvorenja brojnih univerzalnih akata; predstavlja najveću pretnju ostvarivanja uloge prava, bez čijeg efikasnog delovanja nema opstanaka. Povređujući vezu među prirodnih činioaca,

¹⁰ Antropogena delatnost, kaže Prof. Dr. Slobodan Perović, u svom radu na temu "Prirodno pravo i dostojanstvo", Pravni život, broj 9/ 2013, str. 69, ostavlja za sobom brojne i teške posledice: pijaća voda sve više postaje deficitarna, a druge vode – **podzemne i površinske uključujući vode jezera, reka, okeana i mora**, dostiže zabrinjavajući stepen zagađenosti. Svetska briga o očuvanju od ovih nedaća iskazano je brojnim međunarodnim konvencijama, deklaracijama, protokolima i drugim aktima sa univerzalnim dejstvom. Bliže o tome, konkludujte navedeni rad uvaženog akademika, objavljeno u tematskom broju navedenog časopisa.

¹¹ Prema nekim podacima, čija cifra se stalno menja u pokazivanju porasta broja, godišnje nestaje preko 3 hiljade vrste životinskog sveta. O uzrocima i razlozima uništenja brojnog životinskog sveta, njihovih vrsta i drugih detalja, konsultovano je I. Akif Kansu, Genel Entomoloji – Opšta entimologija, Ankara, 2000.

¹² Prema prenosu Prof. dr Gordana Vukadinovića; vidite njen rad, pripremljen za XVII Kongres koji je održan u Nemačkom gradu Utrehtu, od 16 do 22.07.2006. god. Pod naslovom "Problemes et tendences dans la reglementation de la biotechnologie" objavljen u Pravnom životu, broj 12/2006, pod naslovom "Humana budućnost i pravo – neki problem bioetike;" nećak Charls Darwina – Fransis Golton, u svom delu "Hereditary Genius" upozorio je svetsko javno mnjenje da, igra sa ljudskim genima imaće za posledice ostvarivanja fašističkog sna u stvaranje arijevske rase.

kao savršenog sklada nerazdvojene celine, čovek ruši svoje ognjište, na kome počiva i u kome opstaje. Poremećaj skladnog međusobnog uticaja naturalnih zakona na svako stvorenje posebno i svih zajedno, prouzrokuje stvaranje neuravnoteže međusobnog uslovljavanja, od značaja za ostvarivanje prirodnog života. Dugo odlaganje dejstva prava u sprečavanju antropogone delatnosti ljudi, koji uništavaju vitalne prirodne resurse, oduzima poverenje društva za pravom, sa nesagledivim posledicama za opstanak čovečanstva.

Ocena pravnih akata u duhu opšteltjudske potrebe, predstavlja nivo kulture ljudske civilizacije. Kultura opstanka i razvoj života predstavljaju najveću univerzalnu vrednost, koji iskazuju multikulturnu toleranciju. U nedostatku civilizacije tolerantnosti, nema bogatstva u mnoštvu vrednosti. Jednobojna ocena vladavine prava, slobode i druge imanentne društvene vrednosti, sa posledicama određivanja uslova o primeni ili neprimeni pravnih normi osobenih pravnih sistema, jednostavno rečeno je neprihvatljiva. Kako u svetu ne postoji jednodimenzionalna pravna kultura, ne može biti ni jednobojna ocena date vrednosti. Ocena vrednosti od strane centra moći, više predstavlja demonstraciju sile nego dobru namera, od opšteg društvenog značaja. Uzdizanje svoje imaginarne vrednosti (čitaj zapadne), pod plaštom vladavine prava, demokratije i slično, atakovano je na povredu vrednosti pravnih kultura drugih, bez kojih nema kulturni razvoj implementacije načela savesnosti i poštenja, od značaja za funkcionisanje ljudskog karaktera u pravnim odnosima ljudi. Jer, odnos ljudi prema vrednostima predstavlja čin civilizacije i nivo opšte kulture, na kome se gradi pravo. Ovo upućuje na zaključak: uzvišenje svoje vrednosti na uštrb drugih, predstavlja nekulturu i čin necivilizovanog postupka. Sledstveno tome, opšteltjudski karakter neće i ne sme da dozvoljava izigravanje svekolikog značaja univerzalnosti prava, kao opšte dobro za čovečanstvo.¹³

Vrednost je ekvivalentna mera, u korelaciji odnosa prema drugim vrednostima opšteg značaja u njihovoj posebnosti. Mnoštvo stvari, u službi različitih potreba ljudi, predstavljaju skup vrednosti posebnih značaja osobitih potreba čoveka, u ispoljavanju svojih prirodnih svojstva i društvenog shvatanja njihovog značaja. Stvari se vrednuju prema prirodi bića čoveka, od osnova za izgradnju odnosa ljudi prema stvari, utemeljeno na pravilima izgradnje opštevrednosti za sve, koji pripadaju svetu univerzuma. Stvari, po svojim prirodnim svojstvima, predstavljaju nepromenljivo stanju u službi čoveka. Kao vrednosti po sebi i za sebe,

¹³ Ulrich Beck (Risikogesellschaft Auf dem Weg in eine andere Moderne – Risk Toplumu – Başka Bir Modernliğe Doğru, Istanbul, 2011, u prevodu na turskom) ističe da nova era modernizacije, zasnovano na centralizaciji znanja, centralizaciji globalne ekonomije, kontrole društvenih kretanja i svetskih sukoba preko određenih centara, predstavlja veliki rizik savremenog sveta. Stoga, novi tipovi rizika zahtevaju preformulaciju karaktera ljudi u kontekstu sve više kosmopolizaciji čoveka, vezano sa neprestanim procesom globalizacije sveta, koju inače vode moćne imperjalističke zemlje.

oni imaju isti karakter prema svima. No, u vezi sa tim, ali i pored toga, ljudi imaju određeni pogled na stvari, koji se izražava u vidu vrednosti, shodno datom značaju oblikovanog načina života. Po sebi vredni i od čoveka vrednujući stvari, urezani su u večiti kamen života kroz celu istoriju razvoja čovečanstvo, koji su neizbrisivi i nepomerljivi.

Prirodu zajedničkog života, kao univerzalnu vrednost svih društvenih formacija, pratili su savesnost, poštenje i slične vrednosti, po kome se određivalo ljudski karakter, na čijem temelju su izgrađena pravila, koji su bili na čelu uspostavljanja međusobnosti socijalnih odnosa. Ova načela ljudskosti života, sa univerzalnim karakterom, bili su ugrađene u pravne sisteme sa nacionalnim nazivom, koji su imali generalni prizvuk, kao opšte dobro univerzalnog značaja, po kome su postali svojina svih pravnih kultura. Dakle, pravo, kao opšteprihvaćena društvena vrednost, koja se konkretizuje kroz legislativno uređenje ponašanja subjekata date grupacije, ceni se po meri zaštite ljudskosti karaktera u međusobnim opštenjima ljudi, shodno dejstvu na život.

Zadatak prava, u ispunjavanju očekivane društvenosti potreba, ne završava se sa slovnom regulacijom odnosa, na papiru, nego oživotvorenjem usmerenja ljudi na željeno ponašanje. Svoju doslednost, pravo ostvaruje kroz život u sprečavanju nesavesnih ponašanja i nepoštenih odnosa čoveka prema drugima, u stvarnom dejstvu uticaja na poboljšanja opštedruštvenog stanja zajedničkog života ljudi. Vraćanje života u savesno i pošteno ponašanja, prevashodni je zadatak prava u praktičnom ispoljavanju svog autoriteta. Zakonska zaštita vrednosti, primerno ljudskom karakteru čoveka, mora se ojačati ulogom praktičnog delovanja na društvenost života, kao krajnjeg cilja postojanja prava, naspram protagonista za proizvodnju propisa, kojim se odlaže stvarna reakcija na antisocijalno ponašanje. Danas, više nego ikad, ljudi imaju potrebu za primenu prava u implementaciji načela savesnosti i poštenja, u svim porama socijalnosti života, koji bi ljudima vratili slast uzvišene duhovne vrednosti, naspram neprimerenoj vladavini želje za grabezom materijalnih dobra, koji ne mare za ljudski karakter.¹⁴

Pred kraj stuba ovog dela članka, valja reći i to: ne sme se pravu dozvoliti da "klekne" pred mnoštvom legalnih i polulegalnih organizacija, koji deluju u vladavini društvenih kretanja, zasnovano na egoizmu, koji se kriju iza mnoštva veštački stvorenih načela, poput ostvarivanja individualnih prava i pod plaštom

¹⁴ Kada je poznati francuski hemičar i biolog, Louis Paster, pronalazio vakcinu (protiv besnila, od osnova za sve druge zarazne bolesti), spravom je rečeno da ovom svetskom naučniku svi duguju zdravlje; Svetska zdravstvena organizacija, u jednom izveštaju o svetskom trendu zdravlja navodi da su antibiotici (prema vladajućem mišljenju, otkriće škotskog bakteriologa Alexander Fleminga) produžili život ljudi za 10 godina; u kontakstu doprinosa nauke ljudskom zdravlju, bez aludiranja na njihov doprinos ekonomskom obogaćivanju farmaceutse industrije, zbog čijih monopola, danas bolesnici ostaju uskraćeni od korišćenja mnogih megamenata, koji im često život znače.

drugih modernih pravnih termina. Uzvik nedostižne vrednosti, zatvorenih u pakatu "ljudskih prava," predstavljaju utopijsku nadu, sa ciljem stvaranja psiha trpljenja, koji opravdavaju "prolazne eksploatatore." Stalno odlaganje u očekivanju konačnog dobra, stvara prostor za proširenje "slobodnog tržišta" i na nedozvoljeni promet kulturnih dobara, te "slobodan transfer sportista," i slično, preko kojih se okreću vrtoglave cifre novca, predstavlja neodrživo stanje društvene neopravdanosti.

IV

U prirodi čoveka, pored mnoštva dobrih svojstava, zajedno sa njima i u njima, nalazi se i "vražji egoizam," koji skreće zdrave ljudske odnose na stranputicu, zbog čega se krnji ugled čoveka u ljudskosti ponašanja, čiji negativni duh utiča u zidanju nepovoljnih međusobnosti odnosa, slabi uzajamno poverenja u socijalnim opštenjima, od uticaja za razvoj ljudskog karaktera u implementaciji pravnog načela savesnosti i poštenja. Danas, najveću branu razvoja navedenog načela predstavlja, savremeni egoizma, kreirana iza zavese individualne slobode čoveka, koja se najviše ispoljava u sferi sticanja nezarađenog, obloženo u vidu razmene kapitala iz ekonomske sfere života, a koja se odvija u vidu *pravnog osnova* za sticanje profita, liberalizovano kroz slobodu upotrebe varke, instrumentalizovano delovanjem slobodnog tržišta, komponovano sa *demokratijom* i drugim veštačkim vrednostima novog svetskog poretka. Razvoj filozofije sebičnosti života; motivisano sa konkurencijom u trku individualnog isticanja, prikazano kao podstrek stvaralaštvu nove vrednosti, koja se plasira kao moto ideje za opšti razvoj; rezultirao je posledicu formiranja svesti za jačanje egoizma, koja se uzdigla na nivo opšteg trenda pogleda na svet. Stvaranjem takvog pogleda na život, izgrađena je podloga za opravdanost delovanja profitera i drugih vrsta eksploatatora.

Smisao života, zasnovano na sebičnosti, čiji strasti se ispoljavaju preko sticanja materijalnog bogatstva, vodi na objektivizaciju i one ljudske vrednosti, koji se ne iskazuju, tačnije rečeno, ne bi trebalo da se odnose na novčanu ekvivalenciju. Ovo stanje stvari, maltene, vodi na činjenici, koja sve ljudske aktivnosti iz međusobnih odnosa vezuje za sticanja materijalne dobiti, te skoro svaka preduzeta radnja se ceni kroz novac. Mnoge tradicionalne ljudske aktivnosti, primereno humanom karakteru, prelaze u tabor radnji koji se nadoknađuju materijalnim protivrednostima.¹⁵

Društvenost života, koji se "mesi" sa individualnim slobodama egoističke sebičnosti, rukovođeno strastima sticanja materijalnog bogatstva, predstavlja

¹⁵ Nedavno sam negde čitao članak jednog nostalgičnog autora na prošlost, pod naslovom "Sometimes I feel like" u kome između ostalog stajao: "Ne volim princip 'pamti – pa vrati', to bi mi ukaljao obraz. Nema lepšeg u životu od pogleda u oči drugog bez griže savesti. Kada bi za neku ljudsku uslugu uslovio sa nečim koji ne dolikuje čoveku (čitaj – novac RT), vlastito srce bi me izdao od srama".

plod skrivene društvene delatnosti u sticanju materijalnih dobiti, čiji razvoj dopire do nedozvoljenih radnji. Stoga, nije čudno što se permanentno razvija delatnost "produžena ruka na tuđe," te sledstveno tome proširuje se zenica oka za grabljivost, praćeno zardavanjem duševnog srca. Zaraza za novim izvorima profita, metastazirano je i na one društvene delatnosti, koji ne pripadaju finansijskoj sferi života, kod koji bi trebalo da važi pravilo nemogućnosti *prisivajanja* tuđeg.

Naime, kulturne stvari su spomenici duhovne vrednosti, koji su određeni prema individualnoj ili grupnoj komponenti imanentnosti, skopćano sa vremenom i prostorom. Sledstveno tome, kao takvi, one se prepoznaju po određenim svojstvima, čija veza sa subjektom kome pripada je nerazdvojiva, te svoje pripadajuće svojstvo ne menjaju i kada menjaju ruke pritežaoaca, jer; po svojim karakterističkim svojstvima osobene stvari, njeni vlasni stvaraoci se prepoznaju, bez obzira gde se data kulturna znamenitost nalazi i ko njima upravlja. Kod tog stanja stvari, kulturni spomenici, po svojim prirodnim svojstvima su neotuđivi, nad kojima se ne stiče svojina, te prema tome, mnogi od tih predmeta imaju tretman stvari van prometa.¹⁶ No, ova prirodna činjenica nije uspela da promeni svest o prisvajanju nesvojinskih kulturnih dobara i da zaustavi grabež sa stvarima tuđe vrednosti.¹⁷

Ratio, kada se bogatstvo ceni prema raspolaganju materijalnim dobrima, dok duhovne vrednosti, u izrazu određene kulture sa karakteristikama date ljudske civilizacije, svede na njeno iskazivanje u simbolima, koje se prikazuje nad stvarima, onda prisvajanje nesvojinske stvari dobijaju određeni smisao, po osnovu izgrađene svesti o odnosu prema spoljnom izrazu date stvari. Neizbrisivi istorijski trag, primereno vremenu i prostoru, skopćano sa stvaralaštvom imenovanih ljudi i naroda; koja se prepoznaju po njihovim civilizacijama, pri činjenici nemogućnosti promene faktologije stvaraoca date kulturne vrednosti, posmatrano u kontekstu neprimerenosti novčanog izraza njihove vrednosti; prisvajanje ovih dobara predstavlja eklaktantan primer povrede načela savesnosti i poštenja u pravnom saobraćaju.

Poremećaj vrednovanja vrednosti, koji mrači ljudski karakter delanja čoveka, ruši temelje socijalnosti života, na kome se zasniva društvena komponenta zajedništva ljudske grupacije. Porast neracionalne svesti za prisvajanjem dobara koji su neprisvojivi, ukazuje na činjenicu porasta povrede pravnog načela savesnosti i poštenja, na koje pravo ne može da odgovara u društvenoj samoći svog delova-

¹⁶ Vidi Konvenciju UNESCO-a o merama sprećavanja i zabrani uvoz-izvoza kulturnih dobara sa premisom nedozvoljenosti prenosa svojine nad ovim stvarima, koja je pod orginalnim naslovom *Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural*, usvojeno 1972, prihvaćena od strane mnogih zemalja.

¹⁷ Mimo navedene Konvencije, i drugih pravnih akata međunarodnog i nacionalnog karaktera, na muzejima mnogih gradova zapadnih zemalja, može se videti istorijski spomenici, skoro svih kultura sveta i svih istorijskih civilizacija, koji nemaju nikakvu vezu sa zemljom koji izlože ove kulturne znamenitosti.

nja. Proširenja pravnih regulacija na one segmente odnosa među ljudima gde bi zdravi razum trebao da bude dovoljan osnov u relaciji uspostavljanja međusobnih veza, potvrđuje izneti razlog o nemoći prava da promeni stanje odnosa vladanja devijantnih ponašanja. Inflacija pravne regulacije, u svom negativnom koneksitetu, doprinosi gubitku poverenja u moć kreacije zdravih ljudskih odnosa. Ovo stoga što, poremećaj duhovne vrednosti, praćeno sa drugim faktorima neljudskog delovanja, čini podlogu za ostvarivanje svih uskih interesa.¹⁸

V

Pre izvesnog vremena, nije se osećala potreba za pravnu intervenciju u sportu. Sport se razvijalo iz sebe i po sebi, te sa pozitivnim dejstvom na fizički i duhovni razvoj ljudi doprineo je i razvoju socijalizacije u društvenosti odnosa među ljudima. Ova zabava i zabavljajuća aktivnost delanja, odvijalo se prirodnim tokom odnosa ljudi, za koju nije bilo nikakva potreba za pravnu reakciju za usmeravanje na određeno ponašanje. Sport je od svog nastajanja imao svoje pravilo igre, primereno svojoj prirodnoj aktivnosti, te vekovima je postojao i razvijao se unutar svog tradicionalnog tretmana, a to je pokazivanje bio-fizičke veštine, na osnovu čega je pridobio gledaoce. Prema tome i po tome, je podržano od širih krugova. Svoju društvenu simpatiju, sport je dobio zbog svog pozitivističkog duha i zdravog uticaja na masu ljudi, daleko od pomisli da će ova simpatija biti zloupotrebljena. Svoju društvenu doprinos je potvrdio savesnim odnosom prema ovoj aktivnosti i poštenjem u ispoljavanju svoje delatnosti

Kako je sistem individualizacije čoveka, u jednom periodu društvenosti života, skrenuo na asocijalizacije ponašanja ljudi, praćeno sa egoističkom sebičnošću, sve njegove aktivnosti su usmerene na sticanje materijalne dobiti, shvaćeno u duhu nove filozofije života, koja je utemeljeno na činjenici: "svaki je samoj sebi dovoljan," čime je otvorena nova stranica zajedničkog života. Razvoj takvog pogleda na svet, materijalizaciju života umešao je i u sport, koji se tradicionalno odvijalo van privredne i ekonomske delatnosti. Neodmereni primat ekonomizacije zajedničkog života na vagi društvene vrednosti, koja uveliko pritiska uzajamnost iz socijalne sfere života, oduzeo je dar ljudskosti u određivanju karaktera čoveka. U tom sklopu dešavanja, kada je reč o sportu, oduzet je duh takmičenja, kao podstrekača prikazivanja bolje igre, na kojoj osnovi je izgrađena ova društvena delatnost. Javno izlaganje sportske aktivnosti na ime novčane naknade, prvo, igru je pretvorio u profesiju, a posle toga u posebnu finansijsku ekonomiju, u koju su upleteni raznovrsni profiteri. U tom lancu degradiranja ove društvene aktivnosti,

¹⁸ Prema jednom istraživanju grupa autora iz Turske (...), posle ilegalne prodaje droge i oružja, krađa kulturnih dobara je najveći finansijski izvor u ostvarivanju materijalne dobiti u globalnom svetu. To ukazuje na pad ljudskog karaktera sa strašnim posledicama u izgradnji društvenog života.

u izrazu materijalne dobiti, podsticao je razvoj sebičnosti, uplićući igru u sukob interesa, pretvarajući takmičenje u borbu koja se graniči sa sukobom, iza koji stoje određene interesne grupe i razne grupacije.¹⁹

Razume se, ako ekonomski zakoni zasnivaju na sticanje profita, te uslovi života se konkurišu na takmičenju "slobodnog" (čitaj monopolnog) tržišta, onda ni sport nije mogao da odoli ovom trendu životnog pogleda na novi svet. Novostvorena svest, u izrazu savremenog života, koji čoveka svodi na golo biološko biće,²⁰ za čiji život su dovoljna materijalna dobra, vodi na puku materijalizaciju, kao dovoljnu potrebu svog smisla opstanka na ovom svetu. Biološki tretman čoveka, pobuđuje nagon potrebe za materijalnim stvarima, koji pritiska savest i poštenje na dnu ljudske potrebe, te sticanja profita, kao nehumani postupak u eksploataciji drugih, postaje pravilo života i gest ekonomskog prava. Vladavina shvatanja ekonomskog razvoja kroz sticanje profita, produžio je ruku i na sport, koji je već postao meta monopola novih profitera, koji su uspeali da stvaraju *sportsku tržišnu ekonomiju*. Delovanjem tržišnog mehanizma na sport u kontekstu slobodnog preduzetništva, otvorio je vrata vladavini sistema privatnog pravnog vlasništva i na ovu ljudsku delatnost. Privatna inicijativa u sportu, postala je kompatibilna sa privatnošću vlasništva u privredi, pored činjenice neprimerenosti ovog oblika društvene delatnosti privrednim zakonima sticanja dobiti. No, pored ove činjenice i mimo svoje prirode, sport je mnogo više manipulirano u sticanju profita, nego što je slušaj sa privatizacijom privrede.²¹

Skretanja sporta na liniji privatizacije, menja njen karakter društvenosti, a to znači da igra gubi sportski duh u zamenu za "igru" u sticanju dobiti. Sport gubi slasti u izrazu duhovne i fizičke sposobnosti ljudi, jer njihovi stvarni akteri dobrim delom postaju zavisni od profiture, te prema tome, sport sve više napušta takmičarski duh, pretvarajući navijače u masu za ostvarivanja političkih i drugih vrsta uskih interesa, kao i u postizanju drugih ciljeva neljudskog karaktera (sti-

¹⁹ Sport, za ljude koji su opredeljeni za sticanje profita i slična asocijalna ponašanja, koji obezbeđuju nezarađenu dobit, predstavlja paravan za prikrivanje ilegalnih radnji. I druge legalne institucije vezanih za sportske aktivnosti, služe za prikrivanje nesavesnih i nepoštenih radnji mnogih aktera.

²⁰ Karlu Marksu su skinute slike sa zidova, ali njegova ideologija, izražena, između ostalog, u poznatoj rečenici: "Svest ljudi ne određuje njihovo biće, već njihovo biće određuje njihovu svest" (dalje o tome vidi "Prilog kritici političke ekonomije" u izdanju BIGZ, Beograd, 1976, koju je preveo Rodoljub Čolaković), vlada i danas, i to mnogo više u zemljama njegovog "protivnika," nego u "novekomponovanim demokratskim državama."

²¹ Van svih ekonomskih kriterijuma, sportski trendovi se odvijaju nezavisno od ekvivalencije vrednosti, posmatrano sa aspekta društvene opravdanosti i svake druge vrste hijerarizacije vrednosti, sa aspekta ljudskog karaktera socijalnosti života. S tim u vezi, teško je objasniti činjenicu potrošnje vrtoglave cifre novca za transfer fudbalera, u vreme vladavine ekonomske krize i velike nezaposlenosti.

canje profita i slično).²² Tugle na izgradnji poremećaja načela savesnosti i poštenja, pred vladavinom uskih interesa, čine građu formiranja grupe ljudi na antagonističkim osnovama, koja se proširuje na masu navijača, pretvarajući gledaoce u potencijalne aktere za izvršenje određenih kriminalnih radnji. Uloga navijača, sa premisom podstrekivača za razvoj sportskog takmičanja, zamenjuje se za masu ljudi koji stvaraju galamu u ostvarivanju pobeđe, nezavisno od plasiranja igre, kao osnovnog cilja sporta. U službi ostvarivanja što veće materijalne dobiti, cilj pobeđe postaje jedini motiv sporta, u koju se mešaju razne tajne ruke, koji se poseže do preduzimanje raznih protivpravnih radnji. Mnoge činjenice su spremne da posvedoče tu nepoželjnu realnost. Naime, javna je tajna da, umesto sportista, veoma često igru karakterišu razni menadžeri, rukovođeni za ostvarivanjem nesportskih ciljeva, u kome se izigravaju gledaoci i navijači. Sve to i mnogo druge nerečene stvari, oduzima sportu osnovni cilj zbog koga nastao i zbog čega treba da opstane.

Sport mora da se oslobodi od huligana, da ne bi gledaoci izgubili svoj prirodni navijački duh. Sport ne sme da bude paravan pranju novca, prikriivanja profitera i maska mnogih drugih nedela, sve do najekstremnih ponašanja pojedinih grupa i grupacije, koji su inače operisani od karaktera, koja bi se moglo nazvati ljudskim. Očuvanje sportskog duha, pre svega i iznad svega, pripada sportistima a ne pravnicima, čije nastojanje se uglavnom može svediti na umnožavanja pravnih akata, bez moći da zaustave pretvaranje sporta u superfinansku instituciju, po kome se odručuju trend igre. Ne može se kriti ruka profitera raznih profila, koji različitim sredstvima ostvaruju nezarađeni dobiti, uključujući i "legalnu" organizaciju igre na sreće, preko kojeg se okreće vrtoglava suma novca. Sve ovo i druge nepristojne stvari vezani za sport, predstavlja delo krize opšte ljudske vrednosti, a naročito krize savesnosti i poštenja. Ako se ima u vidu pojedine sportske grane, poput fudbalskih klubova, koji su se pretvarali u veliku "fabriku novca," onda ulazna vrata društvene devijacije u sport, može se shvatiti kao deo materijalizacije životne vrednosti, skopčano sa neprežanjem u sticanju dobiti.

Istrijski posmatrano, sport je pripadao sportistima i ljubiteljima sporta, kao osobena vrsta aktivnosti i zabave ljudi od opšteg društvenog značaja. U tom svojstvu, ono je i danas neosporni društveno potreban činilac, osobito u ulozi postpe-

²² Nijedna društvena delatnost, u današnjem svetu, ne raspolaže sa većom masom pristalice od fudbala. Polazeći od istraživanja Parsonsa, Shilsa i Mertona, o sociološkoj psihologiji i kulturnoj antropologiji, u kontestu upravljanja sa masom, veliko okupljanja ljudi u spoju fudbala, postaje meta analize za usmerekavanjem ljudi, radi upravljanja sa njime (Konter, 1996); Više o tome, M. Acet, *Futbol Seyircisini Fanatikve Saldırğan Olmaya Yöneten Faktörler – Faktori koji utiču na gledaoce fudbala da postanu fanatici i napadači*, doktorska disertacija, Gazi University, Ankara, 2001; članak pripremljen za 3. Međunarodni skup socijalnih naučnika na Balkanu, održano u Mostaru, od 29.05. do 5.06.2011. od strane koautora: dr M. Özmeden i H. L. Yıldırım, *Futbol Antrenörlerinin Saldırğanlık Olaylarına Bakış Açılıarı – Gledanje fudbalskih trenera na slučajave agresivnosti*, štampan u II tom knjige i objavljen na: www.sbekongre.sakarya.edu.tr.

šivanja socijalizacije ljudi. Na ovu potrebu, ratio, ne može da odgovori privatizacija, niti stalno povećanja broja propisa, koji samo odlažu iznete probleme kroz ulivanje nade. Jer, u nedostatku ljudskosti karaktera, iskazano u savesnosti i poštenju delanje ljudi, kao osobiti vid društvene vrednosti, privatizacija samo može da odmogne njegovoj afirmaciji. Okrenuto potrebi ljudi, sport će ispuniti svoju društvenu opravdanost, ako bude oslobođeno od menadžera tržišta, te svih vrsta profitera i drugih aktera, koji obično nemaju vezu sa ovom delatnošću, uključujući političare i svih drugih vrsta državnih prestavnika, uključujući i druge nepomenuite moćnika vlasti.²³

VI

Pravo je kulturni obrazac društvenog delanja, zasnovano na ljudskom karakteru čoveka. Zdravi međusobni odnosi, u odrazu proklamacije ljudskih prava, skopčano sa karakterom čoveka, utemeljeni su na drevnom načelu *savesnosti* i *poštenja*, koji stoje kao neporušeni spomenik, koji su odolili svim zemljotresima vremena te i danas žive u pismenom obliku, kod svih civilizovanih pravnih sistema. Ovo konstatacija predstavlja jednu stranu medalje, koja izražava neizbežnost ideju prava, potvrđena kroz istoriju razvoja čovečanstva, te kao bezsmrtna vrednost, ne može se izbaciti iz prevne regulacije. No, pored velike pravne tradicije navedog načela, na drugoj strani medalje valja napisati činjenicu, da je svet u kome živimo, izbacio iz srca ljudi ovu društvenu vrednost. Kako je primena ovih pravnih načela u rukama ljudi koji žive današnjicu, onda valja reći da ove pravne vrednosti ne žive svoju stvarnost. Ova strana medalje predstavlja crnu rupu, u kome se gube iznete svetle ideje.

Ako se vraćamo na istoriju izgradnje pravnih propisa, setićemo se činjenice koji potvrđuju da, svi savremeni pravni sistemi, koji su se razvijali po uzoru evropske pravne kulture, u svojim propisima ponašanja ljudi iz pravnog saobraćaja, upućuju na poštovanje načela savesnosti i poštenja, kao kompatibilni uput određivanja suštine norme u izrazu stvarne sadržine date regulative. Zajednički život, u ispunjavanju prirodности društvenog delanja, izgrađena na ljudskim vred-

²³ Činjenice da na čelu sportskih klubova nalaze politički prvaci i/ili bogataši, koji najčešće nemaju nikakve veze sa sportom, ukazuje da sport sve više postaje sredstvo u rukama nesportista, napuštajući svoj cilj opšteg društvenog dobra, oblikovano u ljudskosti karaktera. Sport, prema prirodi svoje delatnosti, niukom slučaju ne bi radalo huligane, jer to je nespojivo sa ovom društvenom aktivnošću. Sportska takmičenja, kao izraz veštine u igri, po pravilu pobuđuje ljudske motive zabave i druženja, a ne sukobe. Mnogi sukobi *navodno* vezani za sport, kao što su uvrede, tuče, do zastrašujuće ponašanje uligana i sličnih grupa i grupacije, ne može se prepisivati ovoj društvenoj delatnosti. Ispoljavanje razne vrste agresije u suštini predstavlja krizu društvenih morala, koji stalno traži novi prostor izvođenja svojih nedela. Nepravilnosti "kupovine" nazvano tranferom trenera, igrača i druge sportske ličnosti, te mnoštvo nepravilnosti sa političkom pozadinom, predstavljaju aktivnosti nepoštenih i nesavesnih ljudi, nezavisno od prirodnog duha sporta, na koje vezuju svoja nedozvoljena ponašanja.

nostima, u svojoj korpi sadrži načelo savesnost i poštenje, koji daju smisao značaja usmerenja na određenon ponašanje. Uzdizanja savesnosti i poštenja u pijadestal pravnih načela, bazirano je na neizbežno potrebu ljudskog karaktera iz upućenosti ljudi na socijalni život. Sledstveno tome, ugradnja savesnosti i poštenja u pozitivno propise, predstavlja čin odrazivanja društvenosti karaktera prava, u njegovom prirodnom izrazu.

Poštovanje principa savesnosti i poštenja, predstavlja izvorište i ishodište vladavini prava. Međutim, ovo pravno načelo, kao osobita vrednost društvenog života, ne garantuje vladavinu prava samo predviđenjem u propisima i kada se ova ideja osnažuje u salonima parlamenata, sa snagom zakona, bez svog realnog pečata u stvarnom životu.²⁴ Pred olujom krize morala i druge društvene protivurečnosti, pravo može samo da poveća brojnost propisa u ulozi vatrogasca, sa malim uspehom da ugasi požar neljudskog ponašanja.

Ukazujući na nemoć pisanog prava u promeni nepoželjnog stanja, pred nama se javlja potreba za dosletnim poštovanjam načela savesnosti i poštenja, na osnovu čega se određuje društveni značaj svih drugih pravnih normi i neodložna dogradnja karakter u međusobnim odnosima ljudi. Poštovanje ove pravne vrednosti, koje je pravna kultura uzdigla na nivo načela, kao neporušena brana u protoku svih međusobnih odnosa ljudi, a povodom prometu roba i usluge napose, usporiće inflaciju pravnih propisa, a posebno uplitanje prava u društvene odnose, koji su tradicionalno odvijale bez potrebe za pravnom intervencijom. Dosledna primena načela iz naslova ovog rada, koji su ugrađeni u zakonima sistemskog karaktera (poput Zakon o obligacionim odnosima), doprineće smanjenju donošenja propisa, koji se donesu radi sprečavanja novih protivpravnih radnji.

Ratio, pravo je odraz zaštite značajne vrednosti, primereno društvenoj potrebi, po meri obezbeđenja mirnog zajedničkog života ljudi. Prema tome, život normiranog uputa tesno je povazano sa delatnostima dnevnog ponašanja, vezano sa opštim shvatanjem vrednosti u međusobnim opštenjima ljudi iz stvarnog života. Vezano za ovu konstataciju, treba imati u vidu činjenicu koji nam servira stvarnost, da nesavesnost i nepoštenje kao opšta društvena pojava odnosi se i na ljude koji su pozvani da primeni prava. Zloupotrebajući svoj autoritet, primenivaći prava, svojim odlukama prinudnog karaktera, čine veći zlo nego što bi moglo očekivati od normalnog odnosa među ljudima. Ako se pravo tretira kao kroz život u primeni, onda osnov povrede predmetnog načela koja se obrađuje, pred-

²⁴ Prema Ivanu Čukaloviću (Komentar čl. --- Ustava Kosova, objavljen od strane GIZ – Nemačka) vladavinu prava, prema standardima Evropske zajednice (EZ), ne obezbeđuje Evropska konvencija o ljudskim pravima i osnovnim slobodama, ono je samo pravna garancija od osnova za njenu implementaciju, kroz praktičnu primenu od strane Strazburgskog suda za ljudska prava, koji svojim odlukama pojmovno određuje život normi date Konvencije, te interpretacijom normi u kontekstu događaja koje okupira ljudske vrednosti, određuje pravac ponašanja članice države u ispunjavanju obaveze ostvarivanja ljudski prava.

stavljaju sudske i odluke drugih organa. Naslov teme "Pravo i načelo savjesnosti i poštenja" umesto *pravno načelo savjesnosti i poštenje* veoma je pravilno određeno, imajući u vidu dimenziju prekida veze (označeno u vezniku "i") prava sa drevnim načelom: *savjesnosti i poštenja*, sa kojim je implementacija prava suočena u savremenom svetu.

REFKI TAČ
Lawyer, Prizren

HUMAN CHARACTER IN THE LEGAL PRINCIPLE OF CONSCIENCES AND HONESTY

Symmary

The right is the guardian of the humanity of the charcter of the man. This legal and legitimate social phenomenon in the expression of code of behavior of people, institutionalized by government legislation, enjoys the general authority in reacting to all types of deviations by a general accepted measure of determination of human nature, is the basic importance of security for communion of social life are created as a consequence of characteristics of socialization of certain human group, which has built their civilization of cultural life. In all legal civilizations, the social role of law is related to the actual impact on the prevention of deviant behavior of people through compulsion on certain behaviors, adequate to the average human character of the man, according to temporal and spatial understanding of customary standars of mutual intercourse. Pointing to the inability of the written law in change of undesired states, in front of us there is a need for consistent respect of princple of consciences and honesty, bassed on which it determines the social importance of all other legal norms. But, one the should know also that if there is no respect for the basic standards of natural act of people, and then there is no place for illusion of respect for the rights in the human relations of the common life. Materialization of life in the minds of people to the disadvantage of other human values, with which is deepens the gap between selfishness of individual rights and socialization of values of social life,essentially violating the fundamental basics of the human world on which the cohabitation is built. The task of law, in fulfilling the expected sociability of needs, does not end with the letters regulation of relations on paper, but with the realization of orientation of people on to the desired behavior. The return to the principle of consciences and honesty in the regulation of the relations between people, representing the light point of imlementation of human rights, on which basis is affirmed the national right of each country.

SLAVOLJUB J. VUKIĆEVIĆ,
SOFIJA VUKIĆEVIĆ

ZNAČAJ PARISKIH PRINCIPA ZA FORMIRANJE NACIONALNIH INSTITUCIJA ZA ZAŠTITU LJUDSKIH PRAVA I SLOBODA

U V O D

Posmatrano istorijski zaštita ljudskih prava i sloboda prolazila je kroz nekoliko faza koje su bile različite po svom karakteru i sadržaju. U tom smislu reljefno se izdvajaju tri faze i to: institucionalizacija, konstitucionalizacija i internacionalizacija ove vrste zaštite. Svaka od njih ima svoja specifična obeležja, ali sumarno izražavaju kontinuitet u ostvarivanju funkcije zaštite ljudskih prava i sloboda, kao osnovne pretpostavke čovekovog trajanja, u konkretnim društvima (državama), odnosno u civilizacijskom prostoru i vremenu.

U ovom radu učinjen je pokušaj da se skrene pažnja na nacionalne institucije za zaštitu ljudskih prava koje, kako će biti objašnjeno, nisu jednoobrazne. Posebno će biti ukazano na principe koji su u osnovi ideje institucionalizacije zaštite ljudskih prava i sloboda.

Naša razmatranja su usmerena i na objašnjenje osnovnih međunarodnih principa sadržanih u odgovarajućim aktima, koji se odnose na formiranje ove vrste institucija.

Dr Slavoljub J. Vukićević, profesor i dekan Pravnog fakulteta Univerziteta Sinergija, Bijeljina.
Mr Sofija Vukićević, asistent Univerziteta Singidunum, Beograd.

Na planu zaštite ljudskih prava i sloboda rano je uočena potreba za stvaranjem nacionalnih institucija za zaštitu ljudskih prava. Osnovni cilj nastanka ovih institucija bila je potreba da se međunarodni standardi ljudskih prava efikasno implementiraju u nacionalne pravne sisteme, odnosno da se na nacionalnom nivou oforme nezavisna tela koje bi obezbeđivalo efikasnu zaštitu ljudskih prava i sloboda. Iako je sama ideja o stvaranju ovog oblika zaštite ljudskih prava i sloboda nastala u okviru Organizacije Ujedinjenih nacija, odmah po njenom osnivanju, do prvih konkretnih rezultata došlo je tek pedeset godina kasnije. Naime, početkom 90-tih godina, u okviru OUN I usvojeni su principi koji su se odnosili na organizaciju i delatnost nacionalnih institucija za zaštitu ljudskih prava, poznati pod nazivom Pariski principi¹.

Sadržaj Pariskih principa i njihov odraz na formiranje nacionalnih institucija za zaštitu ljudskih prava detaljnije su obrađeni u radu. Posebno su obrazloženi ciljevi i ideje koje su u osnovi donošenja i primene Pariskih principa.

Saglasno ovim principima nacionalna tela su prevashodno trebala da primene međunarodne standarde iz ove oblasti i da deluju nezavisno u ostvarivanju zaštite ljudskih prava i sloboda. Jedan aspekt rada bavi se pitanjima operacionalizacije ideje dobre vere da će nacionalne institucije biti nezavisne i samostalno štiti ljudska prava, što je osnovna ideja donošenja Pariskih principa. Takođe, rad je jednim delom posvećen vrstama i strukturi nacionalnih institucija za zaštitu ljudskih prava, te njihovim funkcijama, saglasno odgovarajućim normama u konkretnim pravnim sistemima.

Ključne reči: Pariski principi, ljudska prava i slobode, nacionalne institucije za ljudska prava i slobode, institucionalizacija zaštite ljudskih prava i sloboda.

Opšta napomena povodom donošenja Pariskih principa

Sistemsko bavljenje pitanjima institucionalizacije ostvarivanja i zaštite ljudskih prava i sloboda na nacionalnom nivou započelo je već 1946. godine u okviru Ekonomskog i socijalnog saveta UN. Države članice Ujedinjenih nacija su bile pozvane da razmotre mogućnost formiranja odgovarajućih institucija-lokalnih komiteta za zaštitu ljudskih prava, što je trebalo da predstavlja prvi korak na planu nacionalne institucionalizacije ovih aktivnosti. Međutim, značajnijih aktivnosti na ovom planu nije bilo sve do 70-tih godina, odnosno do 1978. godine kada

¹ Principi su usvojeni na Prvoj međunarodnoj radionici posvećenoj nacionalnim institucijama za promociju i zaštitu ljudskih prava održanoj u Parizu (od 7. do 9. Oktobra 1991. Godine) koji su "potvrđeni" od strane Komisije za ljudska prava, odnosno Generalne skupštine UN, videti bliže Comm. Res 1992/54 od 3.marta 1992. god, (E/CN.4/RES/1992 /54) kao I GA Res. 48/134 od 20. decembra 1993 (A/RES/48/134).

je u okviru Komisije za ljudska prava UN održan seminar u okviru koga su usvojene smernice o strukturi, organizaciji i načinu delovanja nacionalnih institucija za zaštitu ljudskih prava i sloboda².

U ovo smislu, prvi značajan korak u uspostavljanju opšteg pravnog okvira bilo je donošenje Pariskih principa kao međunarodnih standarda koji propisuju precizne uslove za osnivanje i funkcionisanje nacionalnih institucija za zaštitu ljudskih prava. Reč je o skupu standarda koje je neophodno ostvariti, da bi nacionalne institucije adekvatno obavljale zaštitu ljudskih prava i bile korespondentne sa odgovarajućim međunarodnim institucijama.

*Pariski principi-osnovni akt UN na planu nacionalne institucionalizacije
zaštite ljudskih prava*

Polazeći od osnovnih ideja proklamovanih u Univerzalnoj deklaraciji o pravima čoveka “priznavanje... neotuđivih ljudskih prava svih članova ljudske porodice temelj (je) slobode, pravde i mira u svetu”³. U tom smislu “sve države članice obavezale (su se) da u saradnji sa Ujedinjenim nacijama obazbeđe opšte poštovanje i primenu ljudskih prava i osnovnih sloboda”⁴. Polazeći od ovih univerzalnih ideja Pariski princip sadrže više kriterijuma opšteg karaktera koji se primenjuju u fazi izgradnje nacionalnih institucija u ovoj oblasti. Zajednički imenitelj principa sadržanih u ovom dokumentu izražava se kroz dve fundamentalne aktivnosti nacionalnih institucija. Naime, Pariski principi, posebno apostrofiraju aktivnosti nacionalnih institucija u: (1) zaštiti ljudskih prava (prijem žalbi, postupanje po žalbama, rešavanje spornih slučajeva, medijacija i posmatračke aktivnosti), i (2) promociji ljudskih prava (edukacija, rad na terenu, promocija u medijima, publikacije, savetovanje i pomoć vladama država)⁵

Pariski principi utvrđuju okvir delovanja nacionalnih institucija za zaštitu ljudskih prava, kao i sadržaj njihovog rada. Njima se, pre svega, utvrđuju mandat i nadležnost ovih institucija. Naglašava se da je potrebno u okviru nacionalnih pravnih sistema definisati što šire nadležnosti nacionalnih institucija za zaštitu ljudskih prava. Ovako definisane nadležnosti najpotpunije se ostvaruju kroz ustavno i zakonsko definisanje aktivnosti ovih institucija, uz napomenu da nije

² U periodu od skoro 30 godina donete su samo dve rezolucije Ekonomskog i socijalnog komiteta kojima se države “podsećane” na mogućnost osnivanja ovih institucija. Videti bliže ECOSOC Res. 772 B (XXX) od 25. jula 1960. g. i ECOSOC Res. 888 F (XXXIV) od 24. jula 1962. g.

³ Univerzalna deklaracija o pravima čoveka UN

⁴ Op. cit.

⁵ UN doc. A/RES/48/134 od 20. Decembra 1993.

neophodno obezbediti kumulaciju ustavnog i zakonskog regulisanja.⁶ Dovoljan je i samo zakonski okvir da bi delatnost nacionalne institucije ispunila kriterijume utvrđene Pariskim principima. Ipak, treba naglasiti da se ustavnim određenjem sadržaja rada ovih institucija obezbeđuju snažnije pravne pretpostavke za uspešnost njihovog rada. Posebno je značajno da akti izvršne vlasti nisu podobni za osnivanje ovih institucija, jer direktno ugrožavaju njihovu samostalnost i omogućuju nedozvoljen uticaj na njihovo delovanje i rad. Jer, kako je objašnjeno, osnovna pretpostavka uspešnosti rada ovih institucija jeste, upravo to, da su samostalne i nezavisne u svom radu.⁷ Zbog toga, treba istaći da je u cilju ostvarivanja samostalnosti i transparentnosti rada nacionalnih institucija za zaštitu ljudskih prava, neophodno da se njihovo osnivanje, kako je napred istaknuto, zasniva na aktima zakonodavne vlasti, i to pre svega na ustavu kao najvišem pravnom aktu u konkretnom pravnom sistemu.

Kada je u reč o vrsti nadležnosti nacionalnih institucija za zaštitu ljudskih prava, njihova aktivnost se može odnositi samo na zaštitu određenih prava, odnosno prava i sloboda određenih društvenih grupa. Ovakva vrsta ograničenja nadležnosti nacionalnih institucija često se sreće u praksi i nije u suprotnosti sa odredbama Pariskih principa.

Nacionalne institucije za zaštitu ljudskih prava mogu imati uticaj i na rad parlamenta. Ovaj uticaj se ostvaruje kroz davanje komentara na predloge zakona u cilju ispunjavanja određenih standarda u pogledu zaštite ljudskih prava i sloboda. Takođe, ove institucije mogu u izvesnom smislu ostvarivati kontrolnu funkciju i u odnosu na rad sudova, uz puno poštovanje njihove nezavisnosti. Naime, vršeći uvid u sudsku praksu, ove institucije su ovlašćene da daju preporuke u cilju efikasnije zaštite ljudskih prava.

Empirijski podaci iz uporednopravne analize pokazuju da nacionalne institucije za zaštitu ljudskih prava nemaju nadležnost (mandat) u oblastima koje se odnose na rad vojnih organa, bezbednosnih službi i međunarodne odnose, što nije u suprotnosti sa odredbama Pariskih principa.⁸ Dakle, ove oblasti nisu, na ovaj način, institucionalno "pokrivene" u smislu zaštite ljudskih prava i sloboda. Poseban aspekt u radu nacionalnih institucija za zaštita ljudskih prava i sloboda

⁶ Oko trećine nacionalnih institucija za zaštitu ljudskih prava zasnovano je na ustavu, oko trećine na zakonu, dok je okvirno, oko 15% nacionalnih institucija za zaštitu ljudskih prava zasnovano i na ustavu i na zakonu, OHCHR, "Survey of national human rights institutions" videti bliže <http://www.nhri.net/2009/Questionnaire>.

⁷ Međunarodni komitet za nacionalne institucije za zaštitu ljudskih prava, mišljenje Potkomiteta za akreditaciju, (<http://nhri.ohchr.org/EN/AboutUs/ICCAccreditation>).

⁸ Polazeći od univerzalnosti zaštite ljudskih prava i sloboda ova ograničenja predstavljaju izuzetak i sasvim izvesno nije u duhu Pariskih principa. Jer, zaštita ljudskih prava u civilizacijskom smislu treba da je neograničena, na koji način se ostvaruje njen puni smisao.

predstavljaju rokovi u kojima se može tražiti zaštiti ljudskih prava. Predmet rada nacionalnih institucija su povrede i ugrožavanja ljudskih prava i sloboda koje su se dogodila nakon osnivanja ovih institucija. Ova vrsta vremenskog ograničenja je uvedena zbog njihovog efikasnijeg rada.⁹

Pariskim principima precizno je utvrđen i obim nadležnosti nacionalnih institucija za zaštitu ljudskih prava. Među njima posebno su značajne sledeće¹⁰:

(1) upućivanje vladi ili parlamentu i ostalim nadležnim državnim institucijama, kako po sopstvenoj inicijativi, tako i na zahtev navedenih institucija, mišljenja, predloga, preporuka koje se odnose na različite aspekte zaštite ljudskih prava;

(2) učešće u procesu harmonizacije nacionalnih propisa sa međunarodnim instrumentima kojima su regulisana ljudska prava;

(3) učešće u procesu ratifikacije i implementacije međunarodnih pravnih akata kojima su regulisana ljudska prava;

(4) učešće u postupku podnošenja izveštaja UN kao i regionalnim institucijama za zaštitu ljudskih prava o stanju ljudskih prava na nacionalnom nivou, kroz davanje nezavisnih mišljenja;

(5) saradnja sa međunarodnim i regionalnim institucijama za zaštitu ljudskih prava, kao i ostalim institucijama koje se na nacionalnom nivou bave zaštitom ljudskih prava;

(6) učešće u programima i istraživanjima koja se odnose na pitanje ljudskih prava;

(7) podizanje opšte svesti o značaju ljudskih prava kao i borba protiv svih oblika diskriminacije.

Važno je da u svom radu, nacionalne institucije, prilikom vršenja navedenih aktivnosti moraju imati punu nezavisnost. Takođe, posebno je naglašena mogućnost nacionalnih institucija da deluju i po sopstvenoj inicijativi, a ne samo u slučaju obraćanja nadležnih državnih institucija i pojedinaca. Ovo najviše dolazi do izražaja kod ovlašćenja koje se odnosi na podnošenje izveštaja državnim organima o bilo kom pitanju koje se odnosi na ljudska prava, kada su nacionalne institucije u mogućnosti da navedene akte podnose i po sopstvenoj inicijativi, odnosno da iste publikuju i učine dostupnim javnosti, i to bez ograničenja i prethodne saglasnosti nadležnih državnih organa. Navedene aktivnosti koje su precizirane Pariskim principima ne predstavljaju konačan spisak ovlašćenja koja čine mandat nacionalnih institucija za zaštitu ljudskih prava, već minimum koji bi treba-

⁹ Izuzetak u odnosu na zabranu retroaktivnosti mora da bude jasno predviđen statutom same institucije.

¹⁰ UN doc A/RES/48/134, od 20. Decembra 1993.

lo ostvariti, tj. početnu bazu koja bi nacionalnim propisima trebala da bude dopunjena i proširena.

Polazeći od duha Pariskih principa ne bi ih trebalo tumačiti kao potpuno obavezujuće, u smislu da nacionalna institucija za zaštitu ljudskih prava istovremeno ispunjava sve aktivnosti koje su njima predviđene. Primarni cilj Pariskih principa, kako je objašnjeno, jeste zaštita nezavisnosti i autonomije ovih institucija. Ovaj cilj se ostvaruje kroz zabranu da se nacionalnim, ustavnim ili zakonskim aktima, na bilo koji način ograničava delovanje navedenih institucija u oblastima za koje su nadležne. Takođe, Pariski principi utvrđuju kao jednu od obaveza nacionalnih institucija saradnju sa drugim organizacijama za zaštitu ljudskih prava, kako nacionalnim, tako i međunarodnim. Posebno se insistira i u savremenim uslovima aktuelizuje saradnja sa UN¹¹, a sve u cilju efikasnije zaštite ljudskih prava i sloboda.

Kada je reč o sastavu i organizaciji rada nacionalnih institucija za zaštitu ljudskih prava i sloboda, Pariskim principima je određeno da sam postupak izbora mora garantovati zastupljenost svih društvenih grupacija involviranih u promociju i zaštitu ljudskih prava, a posebno: predstavnika nevladinih organizacija, kvalifikovanih eksperata, predstavnika parlamenta, kao i vlade.¹² Takođe, nedozvoljeno je postojanje bilo kog oblika diskriminacije, a posebno polne diskriminacije¹³, prilikom izbora članova nacionalnih institucija za zaštitu ljudskih prava.

Primarni ciljevi nacionalnih institucija za zaštitu i promociju ljudskih prava su napred navedeni, a uslov za to su nezavisnost i samostalnost u radu ovih institucija.

Autonomija i nezavisnost u odnosu na državne organe je osnovni preduslov za njihovo uspešno delovanje. Bilo kakav uticaj države i njenih organa na rad navedenih institucija je nedozvoljen i onemogućava efikasno sprovođenje aktivnosti koje spadaju u mandat ovih institucija. Kako nacionalne institucije spadaju u organe koje osniva i finansira država, moraju se ispuniti određene pretpostavke za njihov efikasan rad, a koje se pre svega odnose na legislativnu, operativnu i finansijsku autonomiju.

Legislativna autonomija odnosi se na akt kojim se institucija osniva i podrazumeva da se njegovim odredbama mora omogućiti nezavisnost rada institucije, i to na način što se obezbeđuje njeno samostalno delovanje, pre svega u pogledu donošenja odluka.

¹¹ Videti bliže UN doc A/RES/48/134 od 20 decembra 1993.

¹² UN doc A/RES/48/134, od 20. Decembra 1993.

¹³ Videti bliže, mišljenje Potkomiteta za akreditaciju (<http://nhri.ohchr.org/EN/AboutUs/ICCAccreditation>).

Operativna autonomija ima dvojako značenje, i podrazumeva kako nezavisnost u pogledu utvrđivanja i sprovođenja internih pravila, tako i slobodu donošenja svih akata bez prethodnog odobrenja od strane državnih organa.

Kada je reč o finansijskoj autonomiji, Pariskim principima se posebno utvrđuje obaveza države da obezbedi odgovarajuću infrastrukturu i nadoknade za rad službenika, kako bi bila ostvarena potpuna samostalnost u radu i onemogućena bilo kakva finansijska diskriminacija koja bi ugrozila rad institucije.¹⁴ Načini finansiranja se razlikuju, a poželjno je da budu regulisani i posebnim zakonom. Takođe, nacionalne institucije za zaštitu ljudskih prava mogu imati i sopstveni budžet, koji, u zavisnosti od nacionalnih propisa, može biti pod kontrolom parlamenta, odnosno vlade, tj. resornog ministra. U oba slučaja, finansiranje rada institucije ne sme biti podložno bilo kakvoj vrsti arbitrarnosti i zavisiti od sadržaja akata i mišljenja koji se donose u okviru institucije.

Nezavisnost rada nacionalnih institucija za zaštitu ljudskih prava se obezbeđuje i kroz adekvatan postupak izbora njihovih članova. Ovaj postupak treba da bude transparentan i preciziran ustavnim ili zakonskim propisima i da obezbeđuje izbor članova koji pored profesionalnih kvalifikacija imaju i odgovarajuće profesionalno iskustvo (i afirmisanost) u oblasti zaštite ljudskih prava. Posebno je značajno pitanje trajanje mandata ovako izabranih članova institucija. Naime, dužina trajanja mandata članova institucije trebalo bi da obezbedi stalnost rada institucije. Praktična iskustva pokazuju da bi optimum trajanja njihovog mandata trebalo da bude duži od trajanja mandata vlade, kako bi se izbegao uticaj izvršne vlasti na njihov rad.

*Pariski principi i Međunarodni koordinacioni komitet
– aspekt akreditacije*

Rad nacionalnih institucija za zaštitu ljudskih prava koje deluju u skladu sa Pariskim principima na međunarodnom nivou kontroliše i koordinira Međunarodni koordinacioni komitet¹⁵. Osnovne aktivnosti Međunarodnog koordinacionog komiteta realizuju se, pre svega, kroz: (1) interakciju i saradnju nacionalnih institucija sa sistemom UN (2) saradnju i koordinaciju rada nacionalnih institucija u okviru regionalnih koordinacionih komiteta, (3) organizaciju konferencija (4) komunikaciju između članova nacionalnih institucija.

U okviru ovog Komiteta odvija se i proces akreditacije nacionalnih institucija za zaštitu ljudskih prava, koji predstavlja proveru njihovog rada na planu zašti-

¹⁴ Un doc A/RES/48/134 od 20. decembra 1993.

¹⁵ Međunarodni koordinacioni komitet za nacionalne institucije za zaštitu ljudskih prava (ICC) osnovan je 1993. godine.

te ljudskih prava, odnosno usaglašenosti sa odredbama Pariskih principa¹⁶. U zavisnosti u kojoj meri nacionalna institucija ispunjava uslove postavljene Pariskim principima, tokom procesa akreditacije može biti svrstana u jednu od tri kategorije:

(1) A-član sa pravom glasa: potpuna usaglašenost sa Pariskim principima, čime nacionalna institucija dobija mogućnost da učestvuje u radu međunarodnih i regionalnih organizacija nacionalnih institucija, kao i mogućnost da učestvuje u radu Saveta za ljudska prava UN.

(2) B-član posmatrač: nepotpuna usaglašenost sa Pariskim principima, nacionalna institucija u radu međunarodnih i regionalnih organizacija može učestvovati samo u svojstvu posmatrača, bez prava glasa, a ograničeno je i učešće u radu Saveta za ljudska prava UN.

(3) nečlan: potpuna neusaglašenost sa Pariskim principima, država članica može učestvovati u radu Međunarodnog koordinacionog komiteta, ali samo na poziv predsedavajućeg Biroa¹⁷ ovog tela¹⁸.

Dakle, prema izloženom, vidi se da akreditacija ima izuzetan značaj za nacionalnu instituciju kako na međunarodnom nivou, tako i u okviru države u kojoj funkcioniše. Jer, nacionalna institucija, ukoliko je akreditovana, dobija mogućnost da učestvuje kako u radu samog Međunarodnog komiteta za ljudska prava, tako i u radu organa UN za zaštitu ljudskih prava¹⁹, na koji način aktivno učestvuje u stvaranju i primeni kako regionalnih, tako i međunarodnih mehanizama zaštite ljudskih prava.

Takođe, ukoliko nacionalna institucija nije akreditovana, to ukazuje na različite nedostatke u radu institucije, u rasponu od nepostojanja nezavisnosti i samostalnosti do neefikasnosti u radu, odnosno propusta u zaštiti ljudskih prava i

¹⁶ Kada institucija podnosi zahtev za članstvo u Međunarodnom koordinacionom komitetu, istovremeno se i donosi odluka o akreditaciji. Pored neophodne dokumentacije, institucija treba da podnese dokaze o svom efektivnom funkcionisanju, a početna akreditacija je moguća tek nakon delovanja nacionalne institucije u periodu od 1 godine ili duže, videti bliže: "National Human Rights Institutions: History, Principles, Roles and Responsibilities", UN, 2010.

¹⁷ Biro je izvršno telo, nadležno za donošenje odluke o akreditaciji. Biro čini 16 članova (po četiri člana iz svake regionalne grupe-Afrika, Amerika, Azija i Evropa).

¹⁸ Institucija koja nije dobila A status može ponovo da aplicira, bez vremenskih ograničenja, a u ponovnom procesu posebna pažnja se usmerava na one oblasti koje su bile označene kao problematične tokom inicijalne akreditacije. Ostale institucije podložne su postupku reakreditacije svakih 5 godina, kako bi se osigurao postojeći nivo saglasnosti sa Pariskim Principima, odnosno unapredio isti. Videti bliže: "National Human Rights Institutions: History, Principles, Roles and Responsibilities", UN, 2010, str. 44 i 45.

¹⁹ Do Juna 2010. god., 67 Nacionalnih organizacija za zaštitu ljudskih prava je akreditovano u okviru Međunarodnog koordinacionog komiteta, videti bliže: "National Human Rights Institutions: History, Principles, Roles and Responsibilities", UN, 2010, str. 44.

sloboda. Zbog toga konkretne nacionalne institucije bivaju sankcionisane isključivanjem iz međunarodnog sistema zaštite.²⁰

Modeli nacionalnih institucija za zaštitu ljudskih prava

Nacionalne institucije za zaštitu ljudskih prava razlikuju se, kako u pogledu obima i vrste ovlašćenja koja imaju, tako i u pogledu naziva i strukture. Naime, Pariskim principima utvrđen je samo minimum ovlašćenja koje bi nacionalna institucija trebalo da ima, a državama je ostavljena mogućnost da same izaberu najbolji model u okviru koga će se sprovoditi aktivnosti utvrđene Pariskim principima.²¹

Važno je istaći da ne postoji jedinstveni i opšteprihvaćen naziv za nacionalne institucije za zaštitu ljudskih prava, te da se, u zavisnosti, od regiona, pravne tradicije i prakse pojavljuju različiti nazivi, od kojih su najrasprostranjeniji: (1) Zaštitnik građanskih prava, (2) Komesar, (3) Komisija za ljudska prava, (4) Institut ili centar za ljudska prava, (5) Ombudsman, (6) Parlamentarni ombudsman ili komesar za ljudska prava, (7) Javni pravobranilac, (8) Parlamentarni zaštitnik.²²

Modeli nacionalnih institucija za zaštitu ljudskih prava, koji postoje u savremenim državama, mogu se svrstati u pet grupa, zavisno od nadležnosti koje su im utvrđene u okviru konkretnih pravnih sistema. U teoriji je kristalisan stav da je reč o: (1) konsultativnim komisijama, (2) komisijama sa sudskim nadležnostima, (3) komisijama sa sudskim nadležnostima i nadležnostima ombudsmana, (4) nacionalnim centrima za ljudska prava i (5) ombudsmanima za ljudska prava.²³

²⁰ U postupku akreditacije, prijava se podnosi Sekretarijatu OHCHR, koji priprema izveštaje za Potkomitet za akreditaciju. U okviru Potkomiteta se pregledaju i analiziraju prijave i upućuje preporuke Birou Međunarodnog koordinacionom komitetu. Članovi Potkomiteta su po jedna nacionalna institucija iz četiri regionalne grupe: Afrika, Amerika, Azija i Evropa, čiji članovi se biraju na period od 3 godine sa mogućnošću reizbora. Rad Biroa i Potkomiteta podržava i Kancelarija visokog predstavnika za ljudska prava UN, odnosno Sekcija za nacionalne institucije i regionalne mehanizme, videti bliže www.nhri.net.

²¹ Rezolucijom Komisije UN o ljudskim pravima 2002/83 utvrđeno je da je u nadležnosti svake države da izabere odgovarajući pravni okvir za formiranje nacionalne institucije, koji će na najbolji način obezbediti da ljudska prava budu na adekvatan način zaštićena i promovisana, a u skladu sa međunarodnim standardima ljudskih prava.

²² Najveći broj institucija postoji pod nazivom Komisija za ljudska prava, a sledeća najbrojnija kategorija jesu institucije koje postoje pod nazivom Ombudsman. Takođe, naziv zavisi od regiona, kao i pravne tradicije određene države.

²³ Videti bliže: Kjaerum M., "National Human Rights Institutions Implementing Human Rights", Danish Centre for Human Rights, 2003, str. 8 i 9

Bliže analizirajući karakteristike svake od pomenutih grupa dolazi se do zaključka da konsultativne komisije (prva grupa)²⁴ karakteriše učešće predstavnika različitih društvenih grupa (predstavnicima nevladinih organizacija, religioznih grupa, akademске zajednice i dr.) koji imaju aktivnu ulogu u njihovom radu. Ove komisije nemaju nadležnost da rešavaju pojedinačne pritužbe koje se odnose na ugrožavanje ljudskih prava. Druga grupa nacionalnih institucija za zaštitu ljudskih prava (komisije sa sudskim nadležnostima) karakteristične su za države common law sistema I za razliku od institucija koje pripadaju prethodnoj grupi, mogu da postupaju po individualnim žalbama u pogledu kršenja ljudskih prava. Takođe, u nekim državama (treća grupa) postoje komisije koje u svojim ovlašćenjima inkorporišu i sudsku i ombudsmansku nadležnost²⁵. Model razvijen u državama severne Evrope (četvrta grupa) su centri za ljudska prava, čija delatnost ovih tela je više usmerena na naučnoistraživački rad i nemaju nadležnost za postupanje po žalbama pojedinaca.²⁶ Konačno, model koji je karakterističan za istočnu I centralnu Evropu (peta grupa) jeste institucija ombudsmana, kome su nacionalnim propisima utvrđena tako široka ovlašćenja u zaštiti ljudskih prava i sloboda, da su u skladu sa Pariskim principima prepoznati kao nacionalne institucije za zaštitu ljudskih prava i sloboda.²⁷

Zaštitnik građana u srpskom pravu i primena Pariskih principa

Posle ponovnog uspostavljanja nezavisnosti²⁸ u Republici Srbiji se pristupilo, pored ostalog, definisanju i izgradnji institucija koje imaju zadatak da štite prava građana i kontrolišu rad organa državne uprave, kao i drugih organa uprave i organizacija, preduzeća i ustanova sa javnim ovlašćenjima²⁹. Izvesna tradici-

²⁴ Francuska komisija za ljudska prava, osnovana 1948. g. je najstarija nacionalna institucija za ljudska prava nacionalna institucija spada u ovu grupu.

²⁵ Ovaj model postoji i Meksiku, Mongoliji, Gani.

²⁶ Najstarija institucija ovog tipa je Danski centar za ljudska prava iz 1987. god, a slične institucije postoje i u Norveškoj i Nemačkoj.

²⁷ Institucije ove grupe su karakteristične za države Latinske Amerike, kao i istočne i centralne Evrope. Iako je jedan od najzastupljenih oblika nacionalnih institucija za zaštitu ljudskih prava ombudsman, potrebno je naglasiti da se klasični ombudsman, bez mandata da štiti ljudska prava u smislu Pariskih principa, ne može se smatrati nacionalnom institucijom za zaštitu ljudskih prava, čak i ako ima određene nadležnosti u pogledu ove vrste zaštite. U slučaju postojanja klasičnog ombudsmana i nacionalne institucije za zaštitu ljudskih prava neophodno je precizno definisati i razdvojiti njihove nadležnosti, a potom uspostaviti njihovu međusobnu saradnju, kako na nacionalnom, tako i na regionalnom, odnosno međunarodnom nivou.

²⁸ Ustav RS, Službeni glasnik RS, br. 98/06.

²⁹ Zakon o zaštitniku građana, Sužbeni glasnik RS, br. 72/05 i 54/07.

ja u ovoj oblasti je postojala i u ex Jugoslaviji, u okviru čijeg političkog sistema je delovao društveni pravobranilac samoupravljanja, koji je jednim segmentom vršio i zaštitu prava građana.³⁰ Veoma je značajno da nacionalna institucija za zaštitu ljudskih prava i sloboda (Zaštitnik građana) ima rang ustavne kategorije u Republici Srbiji³¹. Na ovaj način je u pravnom sistemu, a takođe i u praksi obezbeđena autoritativnost institucije u ovoj veoma značajnoj oblasti društvenog života. Ustavno definisanje Zaštitnika građana i njegove nadležnosti, kako je napred objašnjeno u tekstu, predstavlja optimalan način primene Pariskih principa.³²

Analizirajući odredbe Zakona o zaštitniku građana Republike Srbije³³, može se zaključiti da je primarna nadležnost ove institucije (1) zaštita prava građana, (2) kontrola zakonitosti rada uprave.

Kada je reč o zaštiti prava građana, Zakon utvrđuje široka ovlašćenja, u obimu od: kontrole poštovanja ljudskih prava, preko utvrđivanja učinjenih povreda aktima i radnjama organa uprave, do iniciranja pokretanja disciplinskog postupka prema učiniocima povreda. U okviru zaštite prava građana, ovaj organ ima pravo legislativne inicijative. Zaštitnik građana može da inicira donošenje novih propisa, odnosno izmenu postojećih, ukoliko propisi ne štite prava građana ili to čine na neadekvatan način.

Takođe, Zaštitnik građana ima mogućnosot da inicira pokretanje disciplinskog postupka prema odgovornom licu u organu uprave, ili predloži njegovu smenu, ako je njegovim radnjama učinjena konkretna povreda prava građana. Treba naglasiti da Zakon posebnu pažnju posvećuje zaštiti pojedinih osetljivih kategorija građana (npr. lica lišenih slobode) koja su zbog svog društvenog položaja često izložena povredama prava. Zaštitnik građana vrši „pojačan“ nadzor nad poštovanjem prava ovih lica, odnosno obezbeđuje da se u potpunosti sprovede standardi utvrđeni nacionalnim i međunarodnim aktima.

Kontrola zakonitosti rada uprave odnosi se, pre svega, na kontrolu celishodnosti upravnih akata, odnosno poštovanje pravila o dobroj upravi. Na sadašnjem stepenu organizacije državne uprave u Republici Srbiji očigledno je da ima potrebe i prostora za intervenciju Zaštitnika građana, što se vidi i iz odgovarajućih izveštaja³⁴. Jer, pojam dobre uprave podrazumeva pre svega, nepristrasan, efika-

³⁰ Zakon o društvenom pravobranioocu samoupravljanja SR Srbije, Služben glasnik SRS, br. 42/75 i dalje.

³¹ Ustav RS, čl. 138, Službeni glasnik RS, br. 98/06.

³² Pariski principi- videti bliže Un doc A/RES/48/134 od 20. decembra 1993.

³³ Zakona o zaštitniku građana, čl. 17, Službeni glasnik RS br. 72/05 i 54/07.

³⁴ Videti bliže Godišnji izveštaj Zaštitnika građana RS za 2010, 2011, 2012, 2013. g.

san i blagovremen rad državnih organa, uz puno poštovanje prava građana što je, još uvek, cilj koji tek treba da se ostvari u Republici Srbiji³⁵.

Zaštitnik građana inicira postupak kontrole na dva načina: po pritužbi građana ili po sopstvenoj inicijativi.³⁶ Takođe, pored prava na pokretanja postupka, zaštitnik građana može i da pružanjem dobrih usluga, posredovanjem između organa uprave i građana kojima su povređena prava, kao i davanjem mišljenja i saveta unapređuje rad organa uprave, odnosno doprinosi efikasnijoj zaštiti ljudskih prava i sloboda³⁷.

Na osnovu prezentiranih podataka, vidi se da su zakonske odredbe kojima se normira rad institucije Zaštitnika građana u Republici Srbiji usklađene sa odredbama Pariskih principa. Ova usklađenost omogućila je instituciji Zaštitnika građana da u postupku međunarodne evaluacije dobije A status³⁸ na međunarodnom nivou, što je svrstava među institucije koje imaju zakonske pretpostavke za potpunu zaštitu ljudskih prava.

SLAVOLJUB J. VUKIĆEVIĆ, LL.D.,
Dean, Faculty of Law, Sinergija University, Bijeljina
SOFIJA VUKIĆEVIĆ, LL.M.,
Assistant, Singidunum University, Belgrade

THE PARIS PRINCIPLES FOR THE CREATION THE UNITED INSTITUTIONS

Summary

This paper is dedicated to national human rights institutions (NHRI) as well as the universal principles that serve as the normative framework for NHRI. Special attention is paid to the Paris Principles, which set out the minimum standards for the roles of NHRI, adopted within the United Nations, as the global worldwide organization. The Paris Principles are international standards which present necessary requirements that national human rights institution has to fulfil in order to be considered credible within the United Nations system. The authors also analyse the role and importance of the Protector of Citizens in the Republic of Serbia, which acquired the status of national human rights institution (A status) and corresponds to the relevant international institutions.

³⁵ Pravo na dobru upravu, kao jedno od osnovnih građanskih prava definisano je i Poveljom o osnovnim pravima EU, videti bliže: čl. 41 Povelje o osnovnim pravima EU.

³⁶ Videti bliže Zakona o zaštitniku građana RS, čl.24.

³⁷ Videti bliže, Zakona o zaštitniku građana RS, čl.24

³⁸ Institucija Zaštitnik građana je A status dobila 2010.god

MARKO S. TRAJKOVIĆ,
KOSTA D. MITROVIĆ

GLOBALNO UPRAVLJANJE I OPŠTE DOBRO

U V O D

Povod da napišemo ovaj rad predstavlja sve važnija tema svetske države ili barem jedne svetske vlade korporativnog ustrojstva, koja “*a priori* nije niti dobra niti loša”¹

S druge strane, aktuelizovanje ove teme iznova potvrđuje ulaganje velikih napora svetske partokratske elite² da se uspostavi jedna superdržava svetskih razmera, ali tako da se ljudski rod unizi do uništenja. Ostvarenju tog cilja veoma pogoduje pomirenost sekularizovanih nacionalnih država sa činjenicom da one zapravo žive od “pretpostavki koje same ne mogu osigurati”.³ Za onaj deo čovečanstva koji je privržen svetinji lične slobode, jer bez nje čovek predstavlja samo biološki sazdano ljudsko biće, reč je o velikom ogrešenju ideologa i stručnjaka-

Dr Marko S. Trajković, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu.

Ms Kosta D. Mitrović, doktorand 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 Enciklika *Ljubav u istini*, pape Benedikta XVI, Beograd, 2010, 74.

² Vid. A. Lobačevski, *Politička ponerologija. Naučna studija o prirodi zla prilagođenog za političke svrhe*, Beograd 2011.

³ E. W. Böckenförde, *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1976, 60. Navedeno prema: A. Stres, *Sloboda i pravednost*, kršćanska sadašnjost, Zagreb, 2001, 134.

graditelja takve svetske države u nastajanju. Zbog toga je važno da “dovedemo do stvaranja takvog kulturnog usmerenja koje će znati da vrednuje i ličnost i kolektiv, i biti otvoreno za transcendentni kvalitet procesa ujedinjenja cele Zemlje”.⁴ Važno je uočiti da je na delu obnavljanje novog Nimrodovog poduhvata, koji možda nikome neće doneti spokoj i boljitak, te je zato neophodno “rekonstruisati *filozofiju zla* ne samo u njenoj evropskoj dimenziji nego i šire”,⁵ jer je sasvim sigurno da se zlo pojavljuje samo u odnosu prema dobru, a naročito prema opštem dobru.

Verovatno bi najbolje bilo kada bi svetska država bila isključivo informatička, jer takva već danas postoji u rudimentarnom obliku. Jedino takva svetska država mogla bi da se odbrani od nasrtaja svetskih patokrata koji hoće potpuno drugačiju svetsku državu. Ne treba da čudi što pakokrate danas u informatičkoj zajednici vide veliku opasnost i način da se ospori njihova težnja ka uspostavljanju apsolutne fizičke vlasti nad svime što postoji, budući da monopol nad činjenicama i znanjem uvek može da se pretvori u monopol nad ljudskim dušama i telima. Čovečanstvo bi uz pomoć svetske informatičke zajednice trebalo da ospori i osujeti takve zamisli ljubitelja univerzalnog tiranskog poretka koji svoju vlast zamisljaju u božanskim, a ne zemaljskim razmerama.

Sasvim je moguće da je nastanak svetske države kao jedne vrhunske superkorporacije nužan, ali ne i poželjan cilj.⁶ Ali, ako je takav nastanak nužan, treba li istrajavati u njegovim nepravilnostima?⁷ Već to je dovoljan razlog da se postavi pitanje kakva svetska država treba da bude, naročito da li ona treba da bude smrtni neprijatelj čovečanstva. Može se zapitati i sledeće: kako je uopšte moglo da dođe do toga da fantazme o svetskoj državi po prvi put postanu povod za osnovano razmišljanje o jednoj realnoj pojavi u najavi i nastajanju, naročito zbog toga što su svi prethodni pokušaji propali u ratovima koji su osakatili čovečanstvo. Da li je ljudski rod nešto naučio od svih tih “eksplozija zla”?⁸

Budući da sve počinje od ideja, možda razlog treba potražiti upravo u preovlađujućim idejama koje su omogućile da se tokom celog XX veka država i pravo postojano relativiziraju i rasplinjavaju u nauci i praksi. Uoporedo sa tim, odvijalo se pritajeno, a sada sve češće neskriveno nametanje čovečanstvu globalističke ideje svetske države kao nečeg zakonomernog i neizbežnog. Nadahnuti takvim namerama, protagonisti globalnog upravljanja iz senke (*Shadow Government*) su po

⁴ Ibidem.

⁵ Jovan Pavle Drugi, *Sećanje i identitet*, CLIO, Beograd, 2008, 13.

⁶ “Ni ocem ne zovite nikoga na zemlji...”. Vid. J. Ratzinger-Bendikt XVI, *Kršćansko bratstvo*, Kršćanska sadašnjost, Zagreb, 2008, 60.

⁷ Vid. Enciklika *Ljubav u istini*, pape Benedikta XVI, 73–76.

⁸ Vid. Jovan Pavle Drugi, *Sećanje i identitet*, 21–24.

ko zna koji put zloupotrebili nauku i neke njene poslenike (tzv. “unajmljena akademska piskarala”),⁹ koja treba stručno da objasne kako jedna “svetska kompanija”, “svetska vlada” ili “super država” (izrazi koji se obično koriste za označavanje iste pojave) predstavljaju nešto nužno i prirodno, a ne neprirodno i izopačeno. Da li se i ovog puta sloboda prodaje za sigurnost i jednakost? Možda oni koji to čine ne zaslužuju ni slobodu, ni sigurnost, ni jednakost, a možda je najbolji izraz za sve ovo “bestijalnost”.¹⁰

TEORIJSKA PRAVNA PODLOGA GLOBALIZACIJE

Zbog značaja ideja koje makar posredno podržavaju sadašnje globalističke procese u svetu, treba pomenuti nekoliko karakterističnih pokreta i teorija, koji pokazuju gde njihovi autori i zagovornici greše, a zatim i do čega njihovi zaključci dovode.¹¹ Ove teorije postaju na svojevrsan način ideološka podloga globalizacije, dok su njihovi rezultati izraženi u normiranju stvarnosti suprotni zahtevu da je zakon “uredba razuma koju je nadležna vlast izdala na opšte dobro”.¹² Reč je o nekoliko tzv. “multidisciplinarnih teorija”, a pre svega, o pokretu Kritika pravnih studija, feminističkoj jurisprudenciji, novoj Školi ekonomske analize prava, novim konstitucionalističkim, multikulturalističkim i komunitarističkim teorijama, kao i brojnim varijantama socijalnog pravnog pluralizma. Sve pomenute teorije usmerene su na tri glavne teme: pravo, pravdu i državu. Imaju za cilj da dokažu kako društvo treba prvo dekonstrukcijom, a zatim rekonstrukcijom, verovatno po receptu Žaka Deride, dovesti do krajnjeg stanja svetske države, i sve to u duhu Hegelovog učenja o tezi, antitezi i sintezi (tzv. “završnom akordu”).¹³ Ali, na globalizaciju se može gledati i sasvim suprotno, sa aspekta “solidarne humanizacije”,¹⁴ koja ima za cilj da usmerava dinamiku ljudskog roda kroz “međusobne odnose, zajedništvo i deljenje”.¹⁵ Ovo drugo iznova aktuelizuje ideju opšteg dobra.

Kada je reč o prvoj temi, *pravu*, treba skrenuti pažnju na nekoliko novina koje pomenute teorije donose, kao i na zamerke koje im se mogu staviti. Na pri-

⁹ Ch. R. Mills, *The Power Elite*, New York 1960, 284–285.

¹⁰ K. Michalski, *Między heroizmem a bestialstwem*, 1949. Nav. prema: Jovan Pavle Drugi, *Sećanje i identitet*, 22.

¹¹ Vid. G. Vukadinović–D. Mitrović, “Contemporary Multidisciplinary Legal Theories and the World State”, *24th IVR World Congress: Global Harmony and Rule of Law*, Beijing 2009, 1–27.

¹² Jovan Pavle Drugi, *Sećanje i identitet*, 130.

¹³ *Ibid.*, 131.

¹⁴ Enciklika *Ljubav u istini*, pape Benedikta XVI, 75.

¹⁵ *Ibid.*, 76.

mer, neke nove konstitucionalističke teorije se zalažu za konstitucionalizaciju secesionističke klauzule u liberalno-demokratskim državama. Prihvatanje takve novine i njeno eventualno unošenje u ustave zahtevalo bi stvaranje potpuno novih pojmova države i državnog uređenja, i to u tolikoj meri da bi se umesno moglo postaviti pitanje da li se uopšte radi o državi. Karakteristična su učenja Roberta Aleksija i Karlosa Santjaga Nina.

Takođe, u prikazanim teorijama sadržaj *pravne države* sve više “razblažuje” njenim vezivanjem za najšire postojanje i poštovanje ljudskih sloboda i prava u multikulturalističkom ili komunitarističkom smislu (Čarls Tejlor, Džozef Raz, Majk Sendel, Majkl Volzer i drugi), ili se pravna država sve otvorenije osporava i smatra izlišnom budući da odavno više ne može da odgovori novim tehnološkim, informatičkim, pravnim i drugim društvenim izazovima.¹⁶ To iznova osvežava razmatranje mogućnosti uvođenja vanrednog stanja koje bi u jednom kriznom trenutku moglo da preraste u redovno stanje velikog broja država ili moguće redovno stanje svetske superdržave. Najzad, prepoznatljivo obeležje ovih teorija predstavlja zamena i relativizovanje poznatih tradicionalnih pravnih postavki.

Karakterističan primer predstavlja učenje Ričarda Posnera, lišeno etike i etičnosti,¹⁷ preterivanje u feminističkim učenjima (može li uopšte da postoji feministička teorija države i prava?)¹⁸ ili preterivanje pojedinih multikulturalističkih učenja o pravu tzv. “askriptivnih društvenih grupa” na sklapanje ugovora sa državom, što bi kao krajnju posledicu uključivalo i pravo na federalno ustrojstvo (teritorijalno-političku autonomiju) po polnoj ili seksualnoj pripadnosti članova takvih grupa (što je uvredljivo barem za nacionalne manjine ili verske konfesije kao tradicionalne baštinike tog prava). Sklapanjem takvog hipotetičkog kolektivnog sporazuma dodatno bi se partikularizovala državna i društvena organizacija, što bi lako moglo da se pretvori u sredstvo za razaranje sadašnjih ili budućih država.

Najpoznatiji predstavnici su pomenuti Čarls Tejlor, a zatim Vil Kimlika, Kristina Korzgard, Jan Braunli, Otfrid Hefe, Kristijan Tomušat, Džerald Dvor-

¹⁶ Vid. *Pravna država – poreklo i budućnost jedne ideje*, zbornik radova, Beograd 1991.

¹⁷ Vid. R. A. Posner, *Problematics of Theory of Moral and Law*, Harvard University Press 2002; *Law, Pragmatism and Democracy*, London, 2003.

¹⁸ Vid. C. Mackenzie, *Toward a Feminist Theory of the State*, Harvard University Press 1989; J. Christman, “Feminism, Autonomy and Self-Transformation”, *Etics*, 99/1995. u *Feminism and Autonomy*, 1995; M. Friedman, *Feminism, Autonomy and Emotion: Essay on the Work of Virginia Held*, 1998; M. Fricker and J. Hornsby, “Feminism in Ethics: Conceptions of Autonomy”, u: *The Cambridge Companion to Feminism in Philosophy*, Cambridge University Press 2000.

kin¹⁹ ili Džozef Raz.²⁰ Uprkos tome, “multikulturalni liberalizam” danas doživljava očigledan neuspeh čak i u svojoj postojbini.²¹

Kada je reč o drugoj temi, *pravdi*, koja se takođe često razmatra u učenjima različitih multidisciplinarnih teorija, treba istaći da su savremena pravna filozofija i teorija pokazale veliko interesovanje za razmatranje starih i stvaranje novih, *modernih ugovornih teorija* (Robert Nozik, Otfrid Hefe, Lon Fuller i drugi). Najpoznatija je *ugovorna teorija* Džona Rolsa.²² Po njemu, sklapanje nekog novog ugovora među ljudima može da se postigne samo njihovim “pogađanjem” i “konsenzusom”, pod uslovom da se uvažavaju “tri odvojene norme” kojima se regulišu *institucije pravednog društva*: norme “najveće moguće jednake slobode”, norme “pravične jednakosti prilika” i norme “davanja prvenstva najsiromašnijima (*načelo razlike*)”. Rols smatra da na taj način “pravda postaje prva vrlina društvenih institucija” pravednog društva.²³ Rolsovo shvatanje pravde je izazvalo opravdane kritike. Na primer, Majkl Volzer, prvo nastavljač a zatim kritičar Rolsovih (i Dvorkinovih) ideja, polazi od društvenog pluralizma kao osnovnog područja socijalne pravde, ali osporava Rolsove tvrdnje isticanjem da pojedinci nisu samo izolovani primarni subjekti kako sugeriše Rols i tvrdi da shvatanje pravde zavisi od istorije i kulture svakog društva.²⁴ Zanimljivo je i učenje Rudolfa Štamlera, u kome se izlaže ideja prirodnog prava promenljivog sadržaja, čime je prirodno-pravni poredak “istorizovan” i određen kao formalno nepromenljiva i univerzalna ideja o zajednici slobodnih ljudi, ali sa sadržajima (ili pravnim idealima) koji se razlikuju u različitim epohama ljudskog društva.

Kada je reč o trećoj temi, *državi*, lako je zapaziti da je u multidisciplinarnim teorijama naročito izražena kritika suverenosti i zalaganje za uspostavljanje svetske države ili barem jedne svetske vlade, o čemu će posebno biti reči posle dela o suverenosti.

Do promene u pogledu shvatanja suverenosti kao apsolutnog svojstva državne vlasti došlo je tek u XIX veku (na primer, u nemačkoj pravnoj teoriji, u kojoj je suverenost shvatana i određivana kao “nadležnost o nadležnosti” /*Kompetenz-Kompetenz*/), a zatim i zahvaljujući sve većoj afirmaciji modernog učenja o

¹⁹ Vid. G. Dworkin, *The Theory and Practice of Autonomy*, Cambridge University Press, New York 1988.

²⁰ Vid. J. Raz, *Etika u javnom domenu. Pogledi iz moralnosti prava i politike*, Beograd – Podgorica 2005.

²¹ G. Vukadinović–D. Mitrović, “Contemporary Multidisciplinary Legal Theories and the World State”, 17.

²² Vid. Dž. Rols, *Teorija pravde*, Beograd–Podgorica, 2008.

²³ J. Kiš, u: Dž. Rols, *Teorija pravde, Predgovor*, 21.

²⁴ M. Volcer, *Područje pravde*, Beograd 2000, 16–19 i dalje.

narodnoj suverenosti i pravnoj državi. Takođe, krajem XX veka je postavljeno pitanje suverenosti u složenoj državi. Na to pitanje je tako odgovoreno da se i danas suverenom smatra savezna država, a ne njene države-članice.

Od prve polovine XX veka, suverenost je otvoreno počela da se osporava ili relativizira kao odlučujuće svojstvo države (Leon Digi, Žorž Gurvič, Edgar Moren i drugi). Pa i danas mnogi pisci smatraju da suverenost treba odbaciti zato što ne odgovara novoj društvenoj realnosti zbog sve veće međuzavisnosti država, počev od trgovačkih i finansijskih odnosa do uspostavljanja sistema kolektivne sigurnosti (vojnih saveza) i stvaranja mehanizama tzv. "svetske međunarodne zajednice" (npr., Lige naroda ili Ujedinjenih nacija) ili zato što je kroz istoriju pokazala veliku štetnost kao uzrok mnogih ratova. Karakterističan je noviji primer Nila Mekormika koji zaključuje da je Evropa ušla u područje "postsuvereniteta". Ista činjenica nagnala je druge pisce da ispituju mogućnosti za preoblikovanje pojma suverenosti kako bi on odgovorio novim izazovima (umesto njegovog odbacivanja ili ukidanja u nauci). Tako je nastala *teorija ustavnog pluralizma*, po kojoj odnosi između država treba da bude *heterarhijski*, a ne hijerarhijski, jer savremene okolnosti traže napuštanje jedinstvenog i apsolutnog suvereniteta u korist dijaloga i prilagođavanja između ustavnih vlasti različitih država (Nil Voker).

Drugi pisci, kao Dejvid Held zaključuju kako države neće oslabiti zbog gubitka svog spoljašnjeg suvereniteta, pošto uvek postoje poslovi koji su u isključivoj nadležnosti države.²⁵ To znači da nikome, pa ni međunarodnoj zajednici, neće biti dozvoljeno uplitanje u ta čisto unutrašnja državna pitanja.²⁶ Takvu tvrdnju pobija sadašnja praksa Evropske unije koja potvrđuje formalnu nadređenost zajedničkih (komunitarnih) propisa nad nacionalnim propisima država članica.

GLOBALIZAM I STVARANJE SVETSKE SUPERDRŽAVE

Dok je suverenost predstavljala postojan predmet osporavanja tokom celog XX veka, suprotno se događalo sa *superdržavom* (*Super-state*), svetskom državom (*World State*) ili barem jednom svetskom vladom u najavi (*One World Government*), koja je tokom celog tog istog veka predstavljala predmet nadahnutog kazivanja i rada na njenom što skorijem uspostavljanju. To kazivanje i danas podržavaju razna globalistička shvatanja, a rad brojni globalistički procesi koji se prikazuju kao neizbežni i gotovo prirodno zakonitni.²⁷ Već to jasno pokazuje

²⁵ D. Held, "Changing Contours of Political Community", *Global Democracy*, London 2006, 26.

²⁶ V. C. de Visscher, *Théories et réalités en droit international public*, Paris 1960, 281 i dalje.

²⁷ Treba podsetiti da su se izrazi "globalizam", "globalizacija" ili "mondijalizam", uz druge slične izraze, iznebuha pojavili tokom poslednje dve decenije XX veka u akademskim raspravama kako bi se označilo sve snažnije dejstvo sjedinjujućih činilaca u savremenom svetu. Ubrzo zatim,

da mnogi stručnjaci i laici u jačanju globalističkih težnji vide put ka uspostavljanju jedne superdržave na svetskom nivou za koju se treba zalagati svim raspoloživim sredstvima. Mnogi drugi, pak, u globalizaciji prepoznaju ozbiljnu ili najveću pretnju demokratiji u savremenim liberalnim društvima.²⁸

Kada je reč o svetskoj državi, treba reći da ideja superdržave ili svetske vlade postojano traje od antičkih kosmopolitskih početaka, od kiničke i stoičke škole do danas (Vergilije, Marko Aurelije itd.).²⁹ Osamnaest vekova kasnije, Bertrand Rasel se zalaže za istu ideju, ali uspostavljanje svetske države objašnjava praktičnim razlozima, nalazeći u njoj “glavni lek protiv ratova” i “primarni svetski interes vezan za opstanak ljudske vrste”.³⁰ Očigledno, dok su antička i srednjovekovna shvatanja svetsku državu određivala kao univerzalnu monarhiju po uzoru na Rimsku imperiju, dotle savremena shvatanja svetsku državu određuju kao modernu republikansku državu sa federalnim državnim uređenjem, tj. kao svetsku federaciju država sa univerzalnim vladarom kao nekom vrstom helenističke verzije “oduhovljenog zakona”.³¹ Ali, prisećajući se barem dvehiljadugodišnje državno-pravne tradicije, a naročito obrasca Rimske imperije, možemo se zapitati: ako jednom nastane mali svetski Levijatan, neće li on da poraste i razvije se do razmera koje prevazilaze sumorna prizivanja Džordža Orvela u njegovom čuvenom romanu “1984”.³²

oni su postali sastavni deo rečnika brojnih doktrina i ideoloških stavova. Različiti stavovi oko globalizacije kao društvenog procesa doveli su do daljih podela na tzv. “skeptike” koji poriču postojanje globalizacije kao društvenog procesa, “globaliste” koji u globalizaciji vide poželjnu promenu koja dovodi do širenja ideologije neoliberalizma i tržišne ekonomije, “superglobaliste” koji globalizaciju smatraju objektivno planetarnim procesom, “antiglobaliste” koji se usredsređuju samo na nepoželjne posledice procesa globalizacije i “transformacioniste” koji globalizaciju proučavaju sveobuhvatno i izbalansirano. Vid. D. Ronald, *National Diversity and Global Capitalism*, Ithaca, 1996; N. Čomski, *Profit iznad ljudi: neoliberalizam i globalni poredak*, Novi Sad 1999; C. Boggs, *The End of Politics*, New York 1999; *Globalno upravljanje svetom*, zbornik radova, Beograd 2012.

²⁸ D. Mitrović, *Uvod u pravo*, Beograd 2014, 33 i dalje. Vid. D. Simić, *Poredak sveta*, Beograd 1999; G. Dabović, *Globalizacija prava: usklađivanje prava u savremenom svetu*, Beograd 2007.

²⁹ A. Gajić, *Ideja svetske države – pravni, politički i filozofsko-pravni aspekt*, Beograd 2012, 60.

³⁰ B. Russell, *The Prospect for Industrial Civilisation*, London 1923, 16. Нав. према: А. Гајић, 98. Vid. D. M. Mitrović, *Teorija države i prava*, Beograd 2010, 79–83.

³¹ G. Poggi, “Cosmopolitanism and Sovereignty”, *Political Restructuring in Europe: Ethical Perspectives*, London 1994, 89 i dalje.

³² Da takve sumnje nisu bez osnova pokazuje primer obeležavanja pedesetogodišnjice od osnivanja Ujedinjenih nacija 1995. godine, kada je usvojen predlog posebne Komisije UN za globalno upravljanje sa naslovom *Naše globalno upravljanje* koji predstavlja neposredan povod za reviziju Povelje UN u tom pravcu. To ne treba da čudi, jer se Ujedinjene nacije (UN), Međunarodni monetarni fond (IMF) i Svetska trgovinska organizacija (NjTO) smatraju stubovima Novog svetsk-

Ideja svetske superdržave, očigledno, predstavlja posebnu varijantu moderne ideje države, samo razvijenu do krajnjih granica u teritorijalnom, personalnom i vlastodržačkom smislu.

Kada se zamisli, može se primetiti, pre svega, da svetska superdržava ne bi imala svoje spoljašnje državne granice. Ona bi obuhvatala sve stanovnike planete, koji bi bili podvrgnuti njenoj vlasti i time obavezni da poštuju svetski pravni poredak. Svi njeni građani imali bi svetsko državljanstvo, a u slučaju njenog federalnog ustrojstva, i kvazidržavljanstvo federalnih članica, tj. dvojno državljanstvo. Time bi prestala potreba za sadašnjim razlikovanjem državljana od stranaca i apatrida, ali ne i potreba za određivanjem uslova za sticanje i prestanak državljanstva, uključujući tu i moguću pojavu globalnih apatrida. U takvoj svetskoj državi ustanove azila, ekstradicije itd., postale bi izlišne, ako ne i nemoguće. U zemaljskim razmerama, svetska država bila bi apsolutno faktički i pravno neograničena kao neka vrsta Hobsovog “smrtnog boga” ili, kao kod Hegela, barem “nešto zemaljski božanstveno”. Ona bi bez ikakvih pravnih ograničenja mogla da donosi univerzalno obavezne propise, dok pravno nikome ne bi odgovarala, postajući tako “pravni bog” u najčistijem smislu (*dominus et deus*). I njeno pravo postalo bi nalik na nešto “manje savršeno božansko pravo” (*lex divine*).³³

Federalizovana svetska država bila bi spremna, kako se najavljuje i obećava, da bude odvojena od *civilnog društva* koje bi “svojim izvandržavnim položajem, postojanjem slobodnog javnog mnjenja i drugih vaninstitucionalnih oblika povezivanja, predstavljalo ne samo autonomnu oblast društvenog života van domašaja državne vlasti, već i suštinsku branu od sveobuhvatnosti takve suverene države i totalitarnih tendencija koje bi mogle u njoj da se vremenom pojave”. Takvu idealizovanu sliku propoveda Roberto Magabeira Unger, koji je u svojoj knjizi *Znanje i politika* prvo razvio jednu zaokruženu “teoriju o ličnosti”, a zatim i da izgradi i jednu “pozitivnu teoriju” koja bi uticala na promenu postojećeg društva. U njoj Unger formuliše “ideal zajednice sa *organskim grupama* koje će prevazići sistem dominacije. Upravljanje aktivnostima ovih grupa i sprečavanje nametanja jedne drugima vršiće *država* koja bi trebalo da bude na svetskom nivou”.³⁴ Naravno, takva svetska država bila bi iznad tih organskih grupa i njihovih partikularnih interesa, nepokolebljivo sledeći samo svoj interes. Ali svemu tome ne treba verovati, budući da savremena tehnologija ukida i primisao o nekakvoj ljudskoj privatnosti. Sa takvom tehnologijom, civilno društvo može postojati samo po formi, da-

og poretka (NWO) koji treba da bude promišljena kombinacija “superkapitalizma i komunizma pod jednom kapom” (izjava Larija P. Mekdonalda, člana američkog Kongresa 1976. godine).

³³ D. M. Mitrović, 80 i dalje.

³⁴ R. M. Unger, *Znanje i politika*, Zagreb 1989, 324.

kle, prividno. Neki pisci, netačno ističu kako bi time savremena autonomija dobila novi zamah. Ali, i ovog puta istina je drugačija. Najveće promene osetiće se u oblastima rada, sindikalnog organizovanja koje će biti ukinuto ili svedeno na puku formu, ukidanju kategorija stalnog radnog odnosa u korist isključivog zaključivanja ugovora o delu itd., što će dovesti do najveće moguće eksploatacije već osiromašene većine ljudi i njihovog stvarnog dovođenja u robovski radni odnos.³⁵

Pored sadašnjeg primera Evropske i Afričke unije (osnovane 2002. godine), postojanje istih globalističkih namera potvrđuje 2005. godine potpisani ali američkom narodu neobjavljeni i u američkom Kongresu neratifikovani sporazum, koji nije trgovačke prirode kako bi moglo da se pomisli, o osnivanju Severnoameričke unije (*Security and Prosperity Partnership of North America*). Njime su se članice-potpisnice (SAD, Kanada, Meksiko) obavezale na odricanje od svog državnog suvereniteta. To znači da bi najstariji Ustav SAD iz 1787. godine u doglednoj budućnosti postao izlišan, kao i mnogo mlađi ustavi Kanade i Meksika. Takođe, u planu je stvaranje i drugih sličnih nadnacionalnih tvorevina, na primer, Azijsko-Pacifičke unije (koja je predložena 2003. godine). Sve one bi u jednom trenutku, zajednički, trebalo da se sjedine pod jednom svetskom vladom.³⁶

ZAPOVESTI GLOBALNOG UPRAVLJANJA I NJEGOVO OPŠTE DOBRO

Može se zapitati kako je uopšte moglo da se dogodi da ostvarivanje jednog takvog čudovišnog projekta postane moguće? Možda se odgovor na to pitanje nalazi u sledećem: "takav razvoj nije omogućila ni crkva, ni politika, a ni vlast savremenih država, pa čak ni savremenih globalnih korporacija, već *tehnologija* u najširem smislu te reči. Zbog toga više nije razložno pitati se da li do svetske države, koja se tehnološki nameće, ma kada jednom nastala, već do kakve svetske države: da li do države u kojoj će vladati *potrebe*, jer tehnologija to već sada omogućava, ili do države u kojoj će vladati *profit*, kako je sada, jer to sadašnje monopolističko iskorišćavanje i raspodela dobara omogućavaju".³⁷ I sve to na veliko zadovoljstvo 10% svetske patokratske elite i veliko nezadovoljstvo budućih 90% bednika i robova koji su nekad činili čovečanstvo. Izgleda da je "Dugo vladalo uverenje da su neki narodi morali da ostanu na stadijumu razvoja njima predoređenom i da se

³⁵ Da takav razvoj nije izmišljen potvrđuje izjava Džejmsa Varburga (člana Veća za spoljne odnose /CFR/) pred Senatskim odborom za spoljne poslove: "Imaćemo svetsku vladu, sviđalo se to vama ili ne, osvajanjem ili pristankom".

³⁶ D. M. Mitrović, 82.

³⁷ Ibid., 83.

zadovolje čovekoljubljem razvijenih zemalja”.³⁸ Takvo društvo, koje se ne ostvaruje kroz realizaciju opšteg dobra, ne može “da ostane u službi ljudskog bića”³⁹ i ne može da opstane.

Takva eugenikom nadahnutu tvrdnja, podržana već sada ogromnom globalnom društvenom nejednakošću, trebalo bi, kada bi to uopšte bilo moguće, da natera tvorce projekta globalnog upravljanja i svetske države da barem pocrvene od srama, jer je obaveza ljudskog roda “univerzalna solidarnost”.⁴⁰ Očigledno, cena slobode je neprestana budnost građana. Ali, građani kao da spavaju dubokim snom, što dovodi do njene zloupotrebe.⁴¹

Godine 2000. 1% najbogatijih posedovalo je 40% svetskog bogatstva, a njih 10% neverovatnih 85% svetskog bogatstva, što jasno govori o razlici između “nekolice prebogatih i bezbroj siromašnih ljudi” te je potrebno postarati se da se raspodela tih dobara sprovede u skladu sa principima opšteg dobra. Svi treba da imaju pravo da uživaju uslove društvenog života u kome “dobra moraju da budu svima dostupna prema jednakim kriterijumima, pod vođstvom pravde i ljubavi”.⁴² Ovo bi mogla da bude nova vizija ekonomije koja počiva na moralnim vrednostima, opštem dobru i dostojanstvu čoveka, vizije u kojoj “napredak jednih neće biti prepreka razvoju drugih, niti izgovor za njihovo potčinjavanje”.⁴³ Ali, sasvim je očigledno da je danas situacija potpuno drugačija i da je apsolutno narušen princip opšteg dobra koji potiče od “dostojanstva, jedinstva i ravnopravnosti svih ljudi”.⁴⁴ Svakog dana je sve više rđavih vesti za slobodu građana i kvalitet njihovog života.

Očigledno je da su svetski moćnici izabrali drugi, pritajen i sebičan put za uspostavljanje svoje patokratske vlasti na svetskom nivou, što je sasvim suprotno ideji da opšte dobro pripada “svakom subjektu socijalnog tela” i da je ono nedeljivo. A samo kada je nedeljivo, ono može da se uveća i sačuva.⁴⁵

Očigledno, odgovornost za očuvanje opšteg dobra mora da se u isto vreme nalazi u rukama pojedinca i države. Naročito država mora da garantuje ono što danas ne garantuje, a to je dostojanstven život čoveka. Taj život je danas zasnovan na izopačenim učenjima eugenike i transhumanizma, bolje je reći *dehumanizma*,

³⁸ Enciklika *Ljubav u istini*, pape Benedikta XVI, 75.

³⁹ Papsko veće za pravdu i mir, *Osnove socijalnog učenja katoličke crkve*, Beograd, 2006, 86.

⁴⁰ *Ibid.*, 77.

⁴¹ Jovan Pavle Drugi, *Sećanje i identitet*, 39.

⁴² Papsko veće za pravdu i mir, *Osnove socijalnog učenja katoličke crkve*, 87 i 89.

⁴³ *Ibid.*, 91.

⁴⁴ *Ibid.*, 86.

⁴⁵ Papsko veće za pravdu i mir, *Osnove socijalnog učenja katoličke crkve*, 86.

što je sasvim suprotno zahtevima opšteg dobra koji su usmereni ka svestranom unapređenju ličnosti.

Zahvaljujući internetu, danas svako ko hoće lično može da se uveri šta sve, na primer, zabranjuje i šta sve nameće *Codex alimentarius*, ili šta je napisano na spomeniku u Elbertonu. Naime, u junu 1979. godine nepoznata osoba (ili osobe) pod pseudonimom R. C. Christian, angažovala je firmu Elberton Granite Finishing Company da u okrugu Elbert, (Džordžija, SAD), podigne veliki granitni monolit na kome je uklesana poruka sa deset uputstava čovečanstvu (pravilnije: zapovesti !/), na osam živih jezika (raspoređenih u smeru kazaljke na satu: engleski, španski, svahili, hindu, hebrejski, arapski, kineski i ruski) i četiri mrtva jezika (vavilonski, starogrčki, sanskrit i egipatski hijeroglifi). Spomenik je visok gotovo 6 metara, od toga štrči 5 i po metara iznad zemlje. Sačinjen je od šest granitnih blokova-monolita koji zajedno teže više od 110 tona. Jedan blok stoji u centru, a četiri su raspoređena oko njega. Centralni kamen je naslonjen preko pet astronomski ugrađenih i orijentisanih blokova-monolita.

Dodatna kamena ploča, postavljena na zemlji nedaleko od strukture spomenika na zapadu, sadrži podatke o povesti i svrsi spomenika. 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 nepristranim sudovima; 6) neka sve nacije vladaju unutar sebe i rešavaju spoljne razmirice na svetskom sudu; 7) izbegavajte uskogrude 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. Ostavite prostora prirodi i prirodnom.

Možemo se zapitati da li je spomenik u Džordžiji unapred podignut svima nama živima koji ne pripadamo današnjoj svetskoj eliti, niti smo predviđeni za preživljavanje u mogućem globalnom holokaustu. Kao da je potpuno zaboravljeno da "Širenje blagostanja u svetu ne treba, dakle, kočiti nekakvim sebičnim planovima, protekcionističkim ili uslovljenim posebnim interesima".⁴⁶

ZAKLJUČAK

Povod da napišemo ovaj kratak rad predstavlja sve češće razmatranje socijalnih, političkih, pravnih i drugih promena do kojih bi trebalo da dovede jedna

⁴⁶ Enciklika *Ljubav u istini*, pape Banedikta XVI, 75.

svetska superdržava zamišljena kao superkorporacija, odnosno jedna svetska vlada, na čijem se uspostavljanju odavno radi. Već to predstavlja zgodan povod da se osvrne na karakteristična uporišta autora koji u nastanku jednog takvog bauka, koji treba da proguta čovečanstvo kao svoj plen, nalaze pre njegove dobre nego očigledne rđave strane. Već je to dovoljan razlog da se skrene pažnja na pritažene opasnosti od univerzalnih posledica do kojih može da dovede ostvarivanje jednog takvog poduhvata.

Naime, tema svetske države, sučeljene sa pojmom opšteg dobra, već je po sebi dovoljno uznemirujuća. Tema svetske države je i tužna, jer predstavlja svedočanstvo o velikim naporima svetske elite da ljudski rod unize do uništenja. To je tužna tema i zbog toga što tvorci svetske države nisu krenuli od "logike srca" ili "antropološke i etičke duše koja iz dubine napinje globalizaciju prema ciljevima solidarne humanizacije"⁴⁷ kao osnove za izgradnju celine. Na primer, prema R. Bigoviću, "globalizacija je imanentna samoj prirodi Pravoslavne Crkve. Hrišćanski Bog, Sveta Trojca nije plemensko i nacionalno božanstvo već Bog ,globalne ljubavi i brige za ceo svet, za sve što je stvoreno. Sva Hristova dela u istoriji imaju univerzalno i globalno značenje, svečovečanski i sveskosmički značaj".⁴⁸

Kada se upoređi sa glavnim ciljem tog poduhvata, razmišljanje o tehnika-
ma za uspostavljanje svetske države može se smatrati manje važnim. I ne samo to. Za onaj deo čovečanstva koji je privržen svetinji lične slobode, jer bez nje čovek predstavlja tek biološki sazdano ljudsko biće, reč je o velikom ogrešenju o ljudski rod ideologa i stručnjaka-graditelja svetske superdržave. Važno je shvatiti da je reč o novom Nimrodovom poduhvatu, koji nikome ne može da donese spokoj. Najbolje bi bilo kada bi svetska država bila isključivo informatička. U stvari, jedino informatička svetska država (koja se u jednom širem smislu može smatrati odrazom ljudskog shvatanja opšteg dobra), može da odoleva nasrtajima svetskih patokrata duže od svih drugih ljudskih tvorevina. Nije ni čudo što patokrate danas u informatičkoj zajednici vide veliku opasnost i način da se ospori njihova težnja ka apsolutnoj fizičkoj vlasti nad svime što postoji, a koju, ni manje ni više, zamišljaju u božanskim a ne u zemaljskim razmerama.

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ Vid. R. Bigović *Evropa iz ugla "Druge Evrope"*, predgovor srpskom izdanju *Evropa – njeni temelji danas i sutra*, J. Racinger- Benedikt XVI, Novoli, Beograd, 2010, 4–5.

MARKO TRAJKOVIĆ, Ph.D.,
Associate Professor, Faculty of Law, Niš
KOSTA D. MITROVIĆ, Ms,
Ph.D. Candidate, Faculty of Law, Niš

GLOBAL GOVERNMENT AND COMMON GOOD

Summary

The theme of the world state is already today quite annoying, and becomes increasingly thus annoying when confronted with the theme of the common good. The theme of the world state is also a sad theme as it is the testimony of the great efforts exerted by the world elite to lower the human kind and to destroy it. When compared with the main goal of that undertaking, thinking about the techniques relating to the establishment of the world state can be considered less important. And further than that. For that portion of the mankind that is dedicated to the sanctity of the individual freedom, as short of it man is but a biologically produced human being, it has to do with great sinful acting upon the human kind by the ideologists and experts-constructors of the world state. It is important to understand that it has to do with the new Nimrod's undertaking, which can bring no peace to anybody. It would be for the best if the world state were to be an exclusively informatics one. In effect, only the informatics world state (which in a broader sense can be considered the reflection of the human understanding of the common good) can stand the attacks of the world patocrats longer than any other human creation. For this reason, it is not surprising that today patocrats see in informatics community great danger to their power, which they think of in divine rather than in earthly proportions.

VLADIMIR BANGIEVSKI

NA RUBU PRAVA I NEPRAVA

– Protivrečno vršenje prava kao vrsta zloupotrebe prava –

Opšti pristup i suština ove vrste zloupotrebe prava

Takozvana zloupotreba prava, je koraćanje na samom rubu između prava i neprava, ustvari između vršenja vlastitog prava i vršenja neprava. Kao svojevrstan pravni fenomen, zloupotreba prava se javlja u najrazličitim pojavnim formama (vrstama). Od svih pojava formi (vrsta)¹ zloupotreba prava, jedan deo su i zakonski, izričito regulisane, u zakonodavstvima zemalja, uporedno-pravno posmatrano i iste egzistiraju u postojećim zakonskim propisima nacionalnih zakonodavstva!

Interesantna forma (vrsta) zloupotrebe prava je protivrečno vršenje prava. Ova forma zloupotrebe prava je dosada malo obrađivana u pravnoj literaturi, za razliku od drugih formi, i zato smatram da je dobro staviti malo akcenta i na nju kao jednu od formi zloupotrebe prava!²

Mr Vladimir Bangievski, advokat u Skoplju, Republika Makedonija. Ovaj naučni rad je izmenjen i dopunjen deo magisterske teze autora "Zloupotreba prava" odbranjene na Pravnom fakultetu u Beogradu.

¹ I to kao: šikanozno vršenje prava, beskorisno vršenje prava, nesrazmerno vršenje prava, protivciljno vršenje prava, neprimerno vršenje prava, protivrečno vršenje prava, nemoralno vršenje prava i kao nepravilno vršenje prava.

² Nesporno je da pravni poredak ima potrebu da pravno zaštiti određeni stepen poverenja u međusebnim odnosima između fizičkih i pravnih lica, da zaštiti mogućnost da se stekne poverenje u izgledu, doslednosti stvari kakve ih druga strana izaziva svojim ponašanjem. Ova vrsta zlou-

Kod protivrečnog vršenja prava, titular prava, koji vrši pravo u datoj, konkretnoj situaciji, postupka drugačije od onoga kako je postupao prethodno i na taj način sebe izlaže opasnosti, njegovo aktuelno ponašanje, koje odstupa od prethodnog, pod određenim uslovima, da bude okvalifikovano kao zloupotreba prava! Važno je napomenuti da kod ove vrste zloupotrebe prava nije ključna vremenska dimenzija, već je ključan fenomen kontradiktornosti u ponašanju titulara.

Ponašanje titulara prava je relevantno i onda kada ono ne protivreči nekom njegovom prethodnom postupku, već nekom njegovom istovremenom, simultanom postupku! Za disparantnost, nespojivost, nepomirljivost ponašanja titulara prava, nije važna razlika dali su ponašanja titulara prava simultana ili su dijahrona, već je važno škodi li drugome protivrečnost među njima, jer ako ta protivrečnost postoji, ona je podjednako sposobna biti izvor štete drugome, bez obzira dali je to protivrečnost između simultanih ili dijahronih ponašanja titulara! To znači da se nekonzistentnost, nekoherentnost ili disparantnost u ponašanju ne svode na nekonzekventnost³.

Obadva disparantna načina ponašanja, i ranije i aktuelno, su dopušteni ukoliko se uzmu odvojeno, posebno jedan od drugog. Ali, ovde je problematično to što su usledila obadva načina ponašanja, t.j. što je titular prava promenio način ponašanja, odnosno, to što se ponaša istovremeno na različite načine! Da se titular ponašao samo na jedan od tih načina, uopšte ne bi bilo reči za primenu ustanove zabrane zloupotrebe! U tom slučaju bi se eventualno mogla primeniti neka druga ustanova.

Kontradiktornost između ponašanja titulara prava, drugog stavlja u situaciju da ne bude "načisto" u pogledu toga koji je stav titulara, u odnosu na njegovo subjektivno pravo, a to je dovoljno za neprihvatljivost takvog ponašanja⁴.

Podgrupe ove vrste zloupotrebe prava

U okviru dominantne grupe slučaja zloupotrebe prava – kada zloupotreba prava predstavlja kontradiktorno ponašanje titulara, koje je štetno za drugoga radi izigranog poverenja druge strane, razlikuju se dve podgrupe slučaja u pogle-

potrebe prava, sadržajno konstituiše upravo nedoslednost ponašanja, i to na način što, vremenski aspekt načina vršenja prava igra ulogu faktora.

³ Na primer, nije relevantna razlika dali će tuženi prigovoriti pred arbitražnim sudom, da je nadležan redovan sud, tvrdeći da je arbitražni ugovor nepunovažan, da bi kasnije, pred redovnim sudom, prigovarao da je nadležan arbitražni sud, pozivajući se tamo na arbitražni ugovor, ili će to uraditi u postupcima koji teku paralelno!

⁴ I najveći broj slučaja zloupotrebe prava sa kontradiktornim ponašanjem titularovog prava, u uporednoj praksi, odnose se upravo na takve slučaje, gde je naknadnim ponašanjem titulara, koji protivreči njegovom ranijem ponašanju, izigrano poverenje koje je već stvoreno na osnovu ranijeg ponašanja titulara prava.

du na to u čemu se sastoji ranije ponašanje: Dali u nevršenju zaista postojećeg prava ili u vršenju prividno postojećeg prava!?

Prva grupa su slučajevi kada i prethodno, izvorno ponašanje, i kasnije izmjenjeno ponašanje odgovaraju sadržaju subjektivnog prava, tim što ranije ponašanje znači nevršenje prava, dok kasnije ponašanje znači pribegavanju vršenju prava! Nedoslednost (nekonsekventnost, nekonzistentnost, nekoherentnost, disparantnost) se ovde sastoji u tome što imalac prava se prvo ponašao kao da nema određeno subjektivno pravo, ili kao da ne želi da ga vrši, i pored toga što ga ima, a zatim, nasuprot tome, je pribegao vršenju toga prava⁵. Ukratko rečeno, reč je o situaciji kada je aktuelno vršenje prava nespojivo sa ranijim nevršenjem toga prava, nego je u kontradikciji sa njime!

Druga grupa su slučajevi kada prethodno ponašanje titulara ne znači ni vršenje, ni nevršenje prava, da bi kasnije ponašanje, drugačijeg od tog ranijeg ponašanja, značilo vršenje prava. Imeno, prethodno se osoba ponašala kao da ima to pravo, a nije ga imala, tako da se njeno ponašanje ni ne može shvatiti kao nevršenje prava, zato što pravo nije ni postojalo. U ovu grupu, aktuelno ponašanje znači vršenje određenog prava koje je u suprotnosti sa ranijem, samo prividnom vršenju prava kojeg nije bilo. Ustvari, ovde se nedoslednost sastoji u tome što sadašnje vršenje prava nije spojivo sa ranijim faktičkim dejstvima, već je sa njima u kontradikciji⁶.

Kada je reč o slučajevima gde je ranije vršenje određenog prava u kontradikciji sa prethodnim prividnim vršenjem prava, sa strane titulara, koje ne znači nevršenje aktuelnog vršenja prava, jer to pravo ranije nije ni postojalo, može da se radi o najrazličitijim oblicima ranijeg ponašanja titulara, koje ne predstavlja nevršenje konkretnog aktuelno vršenog prava. Pošto ovde nije reč o nevršenju prava, ne postavlja se ni pitanje o opravdanosti nevršenja, ali se može postaviti pitanje o opravdanosti, t.j. dopuštenosti tih faktičkih dejstva⁷! Međutim, da bi se radilo o ovoj vrsti zloupotrebe prava, nije uslov da je prethodno titularevo ponašanje ne-

⁵ Na primer, kada određeni vlasnik zemljišta, znajući da je druga osoba neovlašćeno započela sa gradnjom na njegovom zemljištu, ne reaguje i ne traži stopiranje gradnje, pa tek kada gradnja uđe u podmakloj fazi, traži zabranu za dalje radove i uspostavljanje prethodnog stanja, sa rušenjem dotada izgrađene građevine.

⁶ Na primer, kada neko preuzme pravni posao sa otuđivanjem prava, u vreme dok nije bio titular toga prava, a sada kada je titular toga prava, poziva se na to da pribavljač nije ni stekao to pravo, imajući u vidu da je pravni posao sklopljen sa njim, još dok nije bio ovlašćen da raspolaže sa njim!

⁷ Na primer, kada je osoba sklopila ugovor o otuđivanju stvari i izvršila predaju stvari, iako nije bio vlasnik stvari, a kasnije kada je postao vlasnik, prigovara da je stvar steknuta od nevlasnika, on se poziva na ranije neopravdano dejstvo. Ili, kada na primer, kupac izjavi drugoj strani da raskida ugovor, na koje ima pravo, ali produži da koristi stvar, na koje nema pravo, a tek kasnije potraži od prodavca da primi stvar nazad i od njega potraži vraćanje kupoprodajne cene!

dopušteno, neopravdano. Ono može biti dopušteno, a njegova dopuštenost ipak nije prepreka kvalifikovanju naknadnog vršenja prava kao zloupotreba⁸!

Inače, u pravnom poredku ne postoji nešto kao dužnost o postojanom istom ponašanju. To važi, bez obzira dali se radi o ponašanju pri vršenju prava ili nevršenju prava! Titular prava uopšte nije dužan da vrši pravo, ali takođe nije dužan ni prema sebi ni prema drugima, ako već vrši pravo, da postupa uvek jednako i na isti način, kontinuirano, uniformno.

Principijelno, titular se oko toga ne bi smeo izložiti nepovoljnim posledicama, radi svog odnosa prema vlastitom pravu, i radi promena u ponašanju pri njegovom vršenju! Ali, pravni poredak, u slučaju zloupotrebe prava sa protivrečnim ponašanjem, izlaže titulara nepovoljnim posledicama, zato što sa njegovim ponašanjem, neopravdano šteti drugome, odnosno, nepovoljna posledica po titularu ne nastaje samo ponašanjem titulara, već upravo zbog ponašanja titulara! Titular prava je taj koji bi mogao, sa svojim drugačijim ponašanjem, da spreči nanošenje štete drugoj strani, dok druga strana nikako ne bi mogla da utiče na to oštećenje. Štetu izaziva titular prava, svojim ponašanjem, koje nije jedino moguće ponašanje već je pitanje izbora. Zbog toga, da bi pravni poredak razrešio situaciju, t.j. na čiji teret da razreši, opredeljuje se da teret trpljenja štete nepovoljne posledice stavi njemu (titularu prava), a ne drugoj strani. To su posledice njegovog ponašanja koje bi mogle da se izostave i on sam treba snositi posledice svojeg ponašanja!

Venire contra factum proprium nikada ne znači da je titular obavezan da vrši svoje pravo, ali ni to da je dužan da ga vrši čim ga stekne, i pored toga što je u pravnoj literaturi imalo i takvih ideja o pravnoj dužnosti pravovremenog vršenja prava! Prihvatanjem ove vrste zloupotrebe prava, pravni poredak ne pretvara sva subjektivna prava u takozvana prava-obaveze, kao što je roditeljsko pravo, pravo zastupnika i sl., prava koja titular mora da vrši! Ova ustanova bi se pre mogla smestiti u kategoriju “nepravih obaveza”, obaveza u vlastitom interesu. Titular nije dužan da ih vrši, niti bi mogao biti prinuđen na to, pravnim putem, ali ako ih ne izvrši, izlaže se nekoj, po njemu nepovoljnoj, pravnoj posledici, kao što je gubljenje prava. I pored toga što ne postoji obaveza da se ne ponaša kontradiktorno, niti druga strana ima pravo da traži da se on tako ne ponaša, niti bi mogla sudskim putem da ga prinudi na to, ipak bi radi svog ponašanja titular mogao biti izložen nepovoljnim posledicama. On bi trebao da se drugačije ponaša, ne radi toga što je

⁸ Na primer, potencijalni ostavioc je nepunovažno raspolagao sa budućom ostavinskom masom. Onaj na čijoj šteti je preuzeto raspolaganje, ustvari, nema nikakvo pravo pre smrti ostavioca, pa čak i ne može da ga vrši, ali, ako zna celo vreme o nedopuštenosti pravnog dela, pa čak i ne najavi vršenje prava, to njegovo ponašanje, koje ne predstavlja vršenje prava, je neopravdano jer pravo nije ni imao!

dužan da se ponaša tako, ili zato što bi druga strana bila ovlašćena da to od njega traži, već radi toga da u suprotnom ne bi trpeo nepovoljne posledice⁹.

Uslovi da bi se jedno ponašanje moglo smatrati protivrečnim.

Ako smo već konstatovali da ova vrsta zloupotrebe prava predstavlja kontradiktorno ponašanje titulara pri vršenju prava, koje je u suprotnosti sa tuđim osnovanim i manifestovanim uverenjem i štetno za tuđi interes, onda je za ovu vrstu zloupotrebe prava potrebno da se ispune određeni uslovi, da bi se titularevo ponašanje moglo proglasiti za zloupotrebu prava. Ti uslovi su sledeći:

1. *Da se titular neopravdano ponašao kao da nije imao pravo ili da se ponašao kao da ne želi da ga vrši.* Kada se radi o slučajevima protivrečnosti između aktuelnog vršenja prava i kasnijeg nevršenja prava, elementarno je, prvenstveno nevršeno pravo, a potom vršeno pravo, zaista postoji i da pripada upravo odgovarajućem subjektu, koji se ponašao kao da nema to pravo, odnosno kao da nije zainteresovan da ga vrši. Kada je reč o nevršenju prava, ovde se mogu razlikovati dve vrste nevršenja vlastitog prava i to: *aktivno nevršenje prava* i *pasivno nevršenje prava*.

Aktivno ponašanje titulara kao da nema pravo ili kao da nije zainteresovan da ga vrši, najčešće se sastoji u tome da titular govori o sebi da nema to pravo, da pred drugima stavlja do znanja da nije nosioc prava¹⁰. Ali aktivno delovanje nevršenja prava se ne mora sastojati u deklaraciji da nema tog prava, već se može sastojati i u faktičkom delovanju¹¹. Aktivno nevršenje je moguće kod svakog subjektivnog prava, bez obzira na to kakva je vrsta prava!

Pasivno ponašanje titulara, kao da nema pravo ili kao da je nezainteresovan da ga vrši, takođe je moguće kod svakog prava, bez obzira na njegovu vrstu, ali pasivno ponašanje ima promenljivi i ne uvek isti sadržaj koji zavisi od vrste prava¹².

⁹ U takvom, drugačijem ponašanju titulara je sadržana jedna t.z. "neprava obaveza titulara" – obaveza koja postoji u njegovom vlasitom interesu i koja nije posledica pravne naredbe kako da so ponaša titular, i čije se izvršavanje nemože iznuditi prinudnim putem, za razliku od "pravih obaveza" kao obaveze koje postoje u tuđem interesu, i koji potiču iz pravne naredbe titularu kako da se ponaša, i koje se mogu otužiti i ostvariti prinudnim putem (na primer. Nadoknada štete kada se nije pažljivo ponašao!).

¹⁰ Takve njegove najčešće izjave su na primer: nema vlasništva nad određenom pokretnom ili nepokretnom imovinom, da je neko drugi vlasnik određene stvari, da nema prava nadoknade na učinjenu štetu, da nije vlasnik stveri koje je neko drugi oštetio...

¹¹ Kao na primer, kada zakupodavac duže vreme prima od zakupca manje nego što mu ovaj duguje, a posle toga, znatno kasnije traži isplatu u celosti.

¹² Nevršenje *prava vlasti*, u vidu pasivnog ponašanja, znači nepreuzimanje onih delovanja sa kojima se direktno, na objekat prava, sprovodi titulareva volja, nevršenje *preobražajnih prava* znači da se ne izjavi volja da bi došlo do promene pravne situacije, nevršenje *prava učešća* znači da

Kada je reč o određenim zahtevima, pasivno nevršenje ovih zahteva, koje služe redovnom vršenju prava, počinje sa dospelošću tih prava¹³ i sastoji se u tome da titular u nijednom slučaju nije tražio podmirivanje svojih interesa, a pasivno nevršenje onih zahteva koje služe za zaštitu povređenog ili ugroženog prava i interesa, započinju iz dospelosti¹⁴ i sastoji se u tome da titular na nikakav način prethodno nije reagovao povodom ugrožavanja ili povrede svog prava.

Niti u slučaju aktivnog nevršenja prava, niti u slučaju pasivnog nevršenja prava, titular se ne ponaša kao neko koji je imaoc nekog subjektivnog prava, odnosno kao titular koji ima nameru da vrši pravo. Njegovo ponašanje je takvo, kako se ne očekuje od nekoga koji je imaoc prava.

Kao vršenje vlastitog prava trebalo bi da se podrazumeva preduzimanje delovanja sa kojima se izvršava njegov sadržaj, tako i najava da će se konkretno pravo kasnije vršiti, bez razlike dali je ta najava izričita, ili je putem faktičkih delovanja. Bitno je dali je titularevo ponašanje takvo da iz njegovog ponašanja drugi može izvesti zaključak da titular ima konkretno pravo i da pretenduje da ga vrši sada ili kasnije! Ta pretenzija ne bi smela biti apstraktna, bez povezanosti sa konkretnim drugim licem¹⁵.

Protivrečno vršenje prava se može smatrati za zloupotrebu prava samo ukoliko je aktivno ili pasivno nevršenje prava pitanje izbora, odnosno, samo ako je titular imao objektivnu, realnu mogućnost da se ponaša drugačije. Zato, govoreći načelno, postojanje raznih prepreka pri vršenju prava, sprečava titulara da bude izložen primeni ustanove zloupotrebe prava, iako bi možda njegovo ponašanje izazvalo kod drugoga privid nepostojanja prava ili odricanje od vršenja prava sa strane titulara prava.

Razlozi koji isključuju ovu vrstu vršenja prava su raznovrsni, neki su objektivne prirode, a neki subjektivne. Neki razlozi su u stanju da opravdaju prethodno ponašanje titulara, identični su onima koji dovode do zastoja rokova o zastarelosti ili održavanja¹⁶. Ali njihovo dejstvo je ograničeno na vreme njihovog trajanja,

se ne participuje u nekom procesu, nevršenje *prava potražnje* znači da se ne traži određeno delovanje određenih lica.

¹³ Na primer, zahtev za predaju kupljene stvari, za isplatu zakupnine itd.

¹⁴ Na primer, zahtev za uklanjanje prepreke koja ometa službenost, zahtev o nadoknadi štete, ili zahtev o neosnovanom bogaćenju, recimo kada zakupac dože plaća iznos koji nadmašuje visinu ugovorene zakupnine.

¹⁵ Recimo, samo postojanje natpisa sa upozorenjem da je zabranjena gradnja na imanju, ne znači još vršenje prava, kao ni takvo razглаšavanje u susedstvu, kao ni isticanje pred drugima da se brine o svojim pravima!

¹⁶ Nesavladive prepreke za vršenje svog prava sudskim putem radi nefunkcionisanja sudstva, elementarne nepogode, ratovi, maloletnost, odnosno nemanje zakonskog zastupnika, srodni odnos i dr.

tako da se po prestanku tih okolnosti može pratiti dejstvo *venire contra factum proprium!*

Određeni razlozi su identični sa onima koji pravne poslove čine rušljivim¹⁷, i tada, i kada su ispunjeni drugi elementi, nema uslova da se njegovo ponašanje okvalifikuje kao zloupotreba prava, ali i ovde posle prestanka tih okolnosti, može doći do gubljenja prava.

Neki drugi razlozi sprečavaju gubljenje prava i kvalifikaciju da se radi o zloupotrebi prava¹⁸ jer tada se ne može staviti titularu teret nevršenja prava, jer ne treba na njemu da se stavi rizik neizvesnosti dali mu sleđuje pravna zaštita ili ne. Titulareva loša finansiska situacija, koja ga onemogućuje da snosi troškove oko sudske zaštite prava, izazvano neznanje o pravu sa strane drugoga, opravdano neznanje titulara da ima pravo (neopravdano neznanje je uslov za ovu vrstu zloupotrebe prava, ali nije uslov da titular pozitivno zna da ima pravo) su razlozi koji isključuju primenu instituta zloupotrebe prava.

U pravnoj literaturi i sudskoj praksi ne postoji saglasnost oko toga kako znanje ili neznanje titulara, da ima pravo, odnosno, znanje ili neznanje pravnih činjenica koji stvaraju pravo¹⁹, treba da utiče na primenu ovog instituta. Može li se on primeniti na titulara koji zna da nema pravo, pa ga zapostavio, ili i na titulara čije neznanje je kvalifikovano, ili je svejedno dali titular zna i kakvo je neznanje, jer za ovu vrstu zloupotrebe prava, ni jedno ni drugo nije uslov²⁰?

Iako nije neophodno, opravdano neznanje u nekim okolnostima se uvažava, mada nije izvesno, u smislu unapred taksativno određene liste, pod kojim se to okolnostima odlaže gubljenje prava, odnosno produžava vreme da do njega dođe, tako da u nekim slučajima nema gubljenja prava pre sticanja znanja, odnosno pre mogućnosti da se stekne znanje o postojanju prava²¹!

¹⁷ Na primer, ako se titular uzdržao od vršenja prava radi pretnje, prinude ili prevare druge strane.

¹⁸ To bi bile recimo pravno neizvesne situacije, nerazjaščena situacija u pogledu postojanja prava itd.

¹⁹ Na primer, da je neko započeo gradnju na zemljištu, da je za pravni posao propisana forma, itd.

²⁰ Nemačka sudska praksa, na primer, je prvo uslovljavala kvalifikaciju o tome da je reč o zloupotrebi prava, time što titular treba da zna da ima pravo, pa ga onda zapostavlja, a ako nezna, to neznanje da se može pripisati njegovoj nepažnji, nemaru. Neopravdano neznanje da se ima pravo se izjednačava sa znanjem o pravu, tako da su znanje i neopravdano neznanje neophodni za *venire contra factum proprium!* Kasnije je nemačka praksa odstupila od tog rekvizita kao neophodan, pa tako u slučaju da titular opravdano nije znao da nema pravo, to ne sprečava gubljenje prava, ali ga otežava u smislu da su tada potrebne izrazitije druge okolnosti ili u smislu da tada gubljenje prava nastupa kasnije.

²¹ Kao takve okolnosti se uglavnom uzimaju u obzir vrste odnosa između titulara i druge strane, pa se smatra da ako je reč o dogovorenom odnosu između njih, da je titular morao znati za

Sve u svemu, neznanje ne sprečava uvek gubljenje prava, ali može da utiče na dužinu vremena potrebnog za gubitak prava. Spor koji postoji u pravnoj literaturi oko važnosti znanja/neznanja, zadržao se i dalje u literaturi, tako da je ostalo nejedinstvo u pogledu oko toga dali i kako će ovaj elemenat uticati na primenu ustanove, ali uglavnom je stanovište da znanje titulara nije neophodan uslov. Svi razlozi moraju biti uvaženi: jer svi predstavljaju nesavladive prepreke za vršenje prava. Ako oni postoje, ne može se prigovoriti titularu što ranije nije vršio pravo. Bilo bi nepravedno da se ne uvažavaju i radi toga je neprihvatljiv suprotan stav koji insistira da su svi subjektivni elementi nevažni na strani titulara.

Pošto je u svim tim slučajima nevršenje prava opravdano, sada se može precizirati da je za postojanje ove vrste zloupotrebe prava potrebno, u suštini, da postoji protivrečnost između aktuelnog vršenja prava i ranijeg neopravdanog nevršenja prava. Relevantno nevršenje, nevršenje koje se uvažava, započinje, prema tome, najranije od momenta kada je prvi put postojala mogućnost vršenja prava, a kasnije kada je nastala prepreka za dalje vršenje prava, nevršenje postaje relevantno čak posle prestanka te prepreke. Sve dok postoje takvi razlozi koji predstavljaju nesavladivu prepreku za vršenje prava, a nemogu se pripisati u krivicu titularu, ne bi se mogao naći bilo kakav osnov da titular bude izložen nepovoljnoj posledici. Tek kada otpadnu ti razlozi, tek onda nastaje situacija relevantne protivrečnosti između nevršenja i kasnijeg vršenja prava.

Treba se napomenuti da se primena pravila ove vrste zloupotrebe prava ne zasniva na ideji titulareve krivice, na tome da bi moglo da se pripíše titulareva krivica tom ranijem ponašanju - titular da je želeo da kod drugoga izazove poverenje da ne želi da vrši pravo ili da ga ni nema, ili dali je morao da zna za takav učinak svog držanja. Ako je želeo da izazove poverenje, privid, utoliko je lakše izreći pravnu posledicu, ali takvo htenje nije potrebno.

2. *Ostale okolnosti da jačaju privid da titular nema pravo ili da ne želi da ga vrši.* Između okolnosti koji prate prethodno titularevo ponašanje (nezavisno dali je aktivno ili pasivno nevršenje prava, ili faktičko ponašanje koje ne predstavlja nevršenje prava jer pravo još uvek ne postoji) a stvaraju, jačaju ili učvršćuju utisak kod drugoga da titular nema pravo ili neće da ga vrši, posebno mesto ima vreme, vremensko protezanje, trajanje takvog titularevog ponašanja. Što je duže trajalo prethodno titularevo ponašanje,²² to je, po pravilu jednostavnije da se njegovo kasnije pribegavanje prema vršenju prava okvalifikuje kao njegova zloupotreba.

svoja prava, a kod vandogovornog odnosa, kod prava koja je titular stekao time što je povredio njegovu pravo, da se to nemože uzeti u obzir. Ili je važno koliko je vremena prošlo od časa kada je titular stekao pravo do časa kada je saznao ili je mogao da sazna za pravo, i nije prošlo više od časa kada je za zahtev saznao ili mogao da sazna, do časa kada je vršio zahtev.

²² Na primer, što je duže i češće ponavljao da nije titular, što duže se uopšte nije brinuo o svom pravu.

Nevršenje prava nije moguće pre sticanja prava: kao što i nemože da se vrši nešto čega se nema, tako se i ponašanje osobe nemože okvalifikovati kao nevršenje nečega čega se nema. Nevršenje, kao i vršenje, najranije može započeti od časa sticanja prava. Ipak, nekada se može uzeti u obzir i ponašanje pre momenta sticanja prava, odnosno biće relevantno i trajanje ponašanja pre sticanja prava. To će biti onda kada još ne postoji subjektivno pravo, ali postoji već pravna nada, ustvari pravno očekivanje, pravno stanje, kada su se stekle neke, ali ne sve pravne činjenice od činjeničnog skupa za sticanje prava²³.

Vremenska dimenzija vršenja prava razlikuje se kod različitih vrsta prava u zavisnosti od njihove prirode. Neka prava se vrše u trenutku (kako na pr. davanje otkaza), dok vršenje drugih prava traje, u vidu ponavljanja u pravilnih ili nepravilnih intervala (kao na pr. upotrebe stvari od strane vlasnika). Ali, za razliku od vršenja prava, nevršenje svih prava može trajati, kao i ona prava koja se vrše sa trajanjem u određenom periodu, tako i ona prava koja se vrše trenutno.

Početak relevantnog nevršenja prava i početak samog nevršenja, ne moraju se preklapati. Kod nekih vrsta prava, vršenju prava uvek prethodi neki, bez razlike koliko i da je mali, period, u kome se pravo još uvek ne vrši. Ni sam momenat sticanja, ni taj period nevršenja prava, uračunat u samoj prirodi prava, ne predstavljaju momenat relevantnog nevršenja. Relevantno nevršenje počinje tek kada je titular imao razloga, povoda, da vrši pravo! Ako nije imao razloga za vršenje prava, nema ni razloga da snosi nepovoljne posledice od nevršenja prava!

Svi pokušaji, o dužini trajanja privida, da se postave, makar i približna pravila su ostali bez uspeha. Određena pravila u literaturi su u opciji, ali raznovrsnost u praksi im ne daje nikakvu šansu da bi se oni etablirali.

Više ima izgleda, u pogledu dužine potrebnog trajanja privida, da se orijentujemo prema vrsti subjektivnog prava. Konkretno rečeno: opravdano je da preobražajna prava prestaju u kratakom roku nevršenjem izazvanog privida. Imalac toga prava ima nadređenu poziciju u odnosu na drugu stranu, imajući u vidu da od njegove volje u potpunosti zavisi pravni sadržaj i sudbina njihovog međusebnog odnosa. Radi tog odnosa, podređenost zaslužuje zaštitu potrebe druge strane, što brže da bude "načisto" sa tim dali će titular vršiti svoje preobražajno pravo ili neće! Ali, ni u pogledu dužine nevršenja prava ove vrste, nemože se ustanoviti pravilo koje je otporno da svakava odstupanja. Vrste prava utiču na dužinu po-

²³ Na primer, određena osoba zna za određeni nedostatak pravnog dela još pre nego je nastupio uslov ili rok kojim bi pravno delo započelo da proizvodi pravno dejstvo, ali ne obraća pažnju na to i čak će se pozvati na nedostatak, kao što je to slučaj pomenutim primerom sa potencijalnim ostaviocem, koji je nepunovažno raspolagao ostavinskom masom. Osoba koja šteti tom raspolaganju, ako je znao o njemu celo vreme, tek posle smrti ostavioca, celih 22 godina kasnije, poziva se na ništavnost pravnog dela. Sud je odbio zaštitu radi toga što titular, iako pre ostaviočeve smrti još uvek nije imao pravo, nego je imao mogućnost da rezerviše buduće vršenje prava, a to uopšte nije učinio, i pored tako dugog perioda.

trebnog vremena utoliko, ukoliko razlika i inače razlika u dužinama roka prati razliku u vrsti prava. U tom smislu i potrebno vreme za trajanje privida će biti kraće za preobražajna prava, nego za druga, kao što su i redovno, rokovi o prestanku tih prava kraći od rokova koji su predviđeni za druge vrste prava. Ali, ni u odnosu na rokove za određenu vrstu se ne može odrediti, čak ni u tom smislu, približno pravilo koje bi govorilo o tome da potrebno vreme iznosi, na primer, najmanje ili najviše jednu trećinu inače predviđenog roka²⁴.

Kao okolnost, koja kao prateća jača privid nepostojanja prava, odnosno privid da se pravo neće vršiti, može se izdvojiti slučaj povrede prava titulara. U slučaju povrede prava, titular stiče pravozaštitni zahtev, i imajući u vidu da je njegovo pravo izloženo povredi, prema redovnom toku stvari se može očekivati da će on reagovati na to radi zaštite svog povređenog prava. Ako reakcija izostane, u takvoj situaciji, koja provocira reagovanje u vidu vršenja prava, jača se privid da nema titularovog prava, odnosno da ga neće vršiti.

3. Drugi je osnovano verovao u privid i to poverenje je manifestovao ili materijalizovao. Nevršenje prava nikada samo po sebi ne dovodi do zloupotrebe, koliko i da traje. Protok vremena u koje titular ne vrši svoje pravo je konstitutivan za neke druge pravne ustanove, kao na primer: za zastarelost ili prekluziju, ali nije dovoljan za *venire contra factum proprium!*. Naprotiv, ova vrsta zloupotrebe prava, osim trajanja nevršenja, zahteva i druge uslove. Upravo, po tim daljim uslovima se razlikuje ova vrsta zloupotrebe prava od zastarelosti i prekluzije, kod kojih je ključno samo i jedinstveno nevršenje prava u određenom periodu.

Uparedno-pravno gledano, može se sresti i rešenje o tome da je reč o zloupotrebi prava i ako u slučaju dugotrajnog nevršenja prava se pribegne neoborivoj pretpostavci, presumpciji, da titular nema interesa, ustvari da se otkazao svojeg prava ili da se drugi zaista oslonio na to da pravo ne postoji. Ali ovakav stav je neprihvatljiv²⁵! Cilj propisivanja ove vrste zloupotrebe prava je zaštita poverenja

²⁴ Dužina potrebnog vremena će značajno više zavisiti od intenziteta poverenja, nego od vrste prava! Kao pravilo (da ga nazovemo "pravilo proporcionalnosti") jedino možemo postaviti sledeće: koliko je privid intenzivniji da pravo ne postoji ili da neće biti vršeno, utoliko je potrebno kraće vreme, a čim je privid slabiji, onda je potrebno duže vreme. Time se proporcionalno vodi računa i o svemu što je zakonodavca navelo da pravi razliku u dužini rokova o raznim vrstama prava ili raznim situacijama u vezi istog prava: važnost prava, vrsta učesnika i.t.d. Pravilo proporcionalnosti vodi računa o tome da predviđeni rok redovno daje sigurnost titularu, da pre njegovog isteka neće biti izložen gubljenju prava i da *venire contra factum proprium* upravo zbog toga odstupa.

²⁵ U delu nemačke prakse, uočava se naklonost stavu, da se kao zloupotreba prava kvalifikuje samo pribegavanje vršenju prava, koje je usledilo posle posebno dugog trajanja prethodnog nevršenja prava, ne tražeći i druge elemente. Time se vrši objektivizacija ove subjektivno koncipirane vrste zloupotrebe, u smislu da se eliminiše potrebni subjektivni element – poverenje druge strane. Polazi se od toga da je nemoguća sigurnost u utvrđivanju bilo kojeg subjektivnog elementa i radi nemogućnosti neposrednog zapažanja unutrašnjih činjenica, može se govoriti samo o većem ili manjem stepenu verovatnosti zaključivanja od nekih spoljašnjih činjenica o tome da postoji poverenje.

druge strane, i titular se lišava prava, upravo zato, da bi se zaštitilo poverenje druge strane. Ako se na osnovi samog trajanja nevršenja prava zaključi o postojanju poverenja druge strane, onda se ne radi ništa drugo osim što se uvodi presumpcija o poverenju, čija je osnova u dužini nevršenja! I pored postojanja dužine nevršenja, može nedostajati poverenje na drugoj strani! U tom slučaju, zaključivanje da se radi o zloupotrebi prava samo na osnovi samog trajanja nevršenja, rezultira da se titular lišava prava i pored toga što ne postoji ono što je cilj lišavanja prava – poverenje na drugoj strani! Time se promašuje, ni više ni manje, sam cilj ustanove! Osim toga, ako bi se takvo dejstvo pridalo već samom trajanju nevršenja prava, to bi dovelo do gubljenja i tih prava za koje je zakonodavac predvideo da i pored određenog trajanja nevršenja, ne prestaju, već samo postaju nesavršeni – prirodni, neostvarljivi sudskim putem, suprotno volji tuženog. Dakle, ista pravna činjenica, isto ponašanje titulara – nevršenjem prava, vodilo bi do težih posledica za titulara, od one koju je za tu pravnu činjenicu predvideo sam zakonodavac. Kada je reč o pravima koja mogu prestati sa prekluzijom, razlog o prihvatanju da oni prestanu samim trajanjem nevršenja bi značilo, i kod onako po pravilu kratkih rokova kao što se prekluzivni, dalje skraćenje i onog vremena koje je zakonodavac predvideo kao primereno, a pošto za ovu vrstu zloupotrebe prava rokovi nisu predviđeni unapred u fiksiranom trajanju, značilo bi i dodatnu pravnu nesigurnost.

Štetno otstupanje titulara, od ranijeg ponašanja-pribegavanje vršenju prava posle prethodnog nevršenja, se nemože tolerisati samo ako se drugi opravdano oslonio na dosadašnje ponašanje titulara prava i mogao je osnovano očekivati doslednost u ponašanju, u neprekidanju ranijeg načina ponašanja! Drugim rečima, ako je savestan, ako je opravdana njegova zabluda (pogrešno shvatanje), znači ako nije znao, niti je mogao znati stvarno stanje stvari, da pravo postoji ili da će ga titular kasnije vršiti. Ako bi drugi znao da titularu prava nije poznato da ima to pravo, on nema nikakve osnove da se osloni na to da u budućnosti titular neće vršiti svoje pravo. To podjednako važi, bez obzira na to dali je titular sam, opravdano ili neopravdano bio u neznanju u pogledu imanja prava. I ako nije znao, a mogao je znati, ponovo nema razloga da se rizik od propuštenog znanja stavi na teret titulara prava.

Da će se i u budućnosti produžiti isto ponašanje titulara, drugi mogu smatrati osnovano, posebno tada kada se takvo dotadašnje ponašanje titulara protezalo kroz duži period, ili makar i u kraće vreme, ali se ponavljalo u veliki broj slučajeva, ili, ako bez obzira na učestalost dosadašnjeg ponašanja, ono nikada nije izostalo kada je god postojala mogućnost i povod za to. Trajnost i dugotrajnost, kontinuiranost i frekventnost prethodnog ponašanja, mogu pridoneti zgušnjava-

Inače, i kod drugih pravnih ustanova je rasprostranjena sklonost, putem presumpcije ili fikcije, da se zameni ta subjektivna potreba, pa nije čudno što se pojavila i u vezi sa utvrđivanjem poverenja druge strane u sklopu *venire contra factum proprium*.

nju, očvršćavanju utiska, stvaranju poverenja privida da nema pravo ili da ga neće se vršiti. Ali, nekonzistentno, protivrečno ponašanje može predstavljati zloupotrebu i kada se radi o jednokratnom, samo jednom prethodnom izvršenom dejstvu titulara. Nekonzistentnost, nekonzistentnost, nekoherentnost ponašanja je pravno bitno i tada kada titular prava na štetu drugoga postupi suprotno svom prethodnom ponašanju, a nešto drugo, a ne vremenska dimenzija, je dovela do toga da se učvrsti pogrešna pretstava do nivoa poverenja. Sve u svemu, samo se s obzirom na okolnosti slučaja može odrediti dali je drugi, na osnovu prethodnog ponašanja titulara, imao dovoljno osnove da stekne poverenje da titular i kasnije neće vršiti svoje pravo²⁶.

Radi se dakle o nekoj vrsti zakasnelog vršenja prava, zakasnelog ponašanja za koje titular prava gubi legitimaciju radi suprotnosti tog dopunskog ponašanja titulara, utisku koji je stvorio kod drugoga svojim prethodnim ponašanjem, i pored toga što ima pravnu normu, mada nikakav rok unapred nije numerički određen. U sukobu između potrebe da se zaštititi titulareva sloboda nekonzistentnog ponašanja i potrebe da se zaštititi opravdano poverenje kod drugoga, pobeđuje ovo poslednje i to radi toga što je titular taj koji svojim ponašanjem izazvao situaciju, dok drugi tome ničim nije doprineo. Radi toga je titular svojim ponašanjem vezan i bez i protiv svoje volje.

Neizvesno je, dali je dovoljno samo poverenje kod druge strane, i pored toga što je ono opravdano, ili je potrebno da iz tog poverenja proizađe i neko dejstvo, znači to poverenje na taj način, i preko njega, da se materijalizovalo, izrazilo? Poverenje se može materijalizovati u vidu aktivnog dejstva druge strane, ali i pasivno²⁷.

Inače, u mnogim domenima je tipično da se titular i druga strana ponašaju pasivno, ne preuzimajući ništa. Ali ima i domena²⁸ gde je tipično upravo suprotno: druga strana da je aktivna, da preuzima pozitivna dejstva²⁹.

²⁶ U tome je i suština ove ideje: promena načina ponašanja, postupanje suprotno ranijem ponašanju je nedopušteno kada promena načina ponašanja usledi i pored toga što onaj kome ta promena šteti, je opravdano smeo, osnovano da poveruje u kontinuitet dotadašnjeg načina ponašanja, i time se rukovodio u vlastitom ponašanju.

²⁷ Aktivna materijalizacija poverenja se može odnositi, recimo u tome što je druga strana preuzela određeno raspolaganje sa stvarima, izvršila činidbu, produžila sa ulaganjem. Na primer, gradnja kuće, proizvodstvo robe koristeći tuđi žig, tuđa oznaka proizvodnje i sl. Pasivna materijalizacija poverenja se ispunjuje na primer time što će druga strana propustiti da izvrši raspolaganje, da izjavi volju, da preuzme dejstvo. Na primer, nije istakla prigovor o zastarelosti ili nije podigla tužbu u roku određenim zakonom i.t.d.

²⁸ Takav domen je na primer područje prava na žig!

²⁹ Recimo da se služi sa žigom koji stvara opasnost od zamene tuđim žigom, da se služi bespravno tuđim žigom..

4. Titular da promeni način ponašanja i kao rezultat toga da našteti drugome koji je imao poverenje u prividu. Novo, promenjeno ponašanje se uvek sastoji u pribegavanju vršenju prava sa strane titulara, i međusebno se razlikuje samo u zavisnosti od vrste prava, čijem se vršenju pribegava³⁰. Sa tim pribegavanjem vršenju “zapuštenog” prava, u suštini i počinje ceo problem ocene, dali ima mesta o kvalifikaciji slučaja kao slučaj *venire contra factum proprium*!

Sa važnošću uopšte se može reći: nije kvalitet, ni sadašnjeg ni prethodnog ponašanja, ono koje odlučuje o postojanju ove vrste zloupotrebe prava, već odnos koji postoji između tih ponašanja. Uzeti samo po sebi, mogu biti dopušteni i aktuelno ponašanje (vršenje prava) i kasnije ponašanje (kao da nema pravo, odnosno kao da neće vršiti).

Problematično je upravo to što su usledila oba, t.j. što je titular promenio način ponašanja! Izvor nedopuštenosti je u protivrečnosti između tih ponašanja, a ne u ponašanjima, uzeti sami po sebi. Ako se titular ponašao samo na jedan način od tih načina, uopšte ne bi bilo reči za primenu ustanove takozvane zabrane zloupotrebe prava. Eventualno, kao što je već rečeno, mogla bi biti primenjena neka druga ustanova. Jedino je potrebno da je novo ponašanje titulara takvo, da je uopšte podesno da razori privid o nepostojanju prava, odnosno, privid kontinuiteta – da se način ponašanja neće promeniti. Ako je za to nepodesno, onda nema nikakve osnove da se uzme da takvo njegovo ponašanje pripada sferi rizika zabrane o zloupotrebi prava.

Nedoslednost titulara prava prestaje biti samo njegova lična stvar i postaje pravno relevantna tek ako otpočinjanje sa drugačijem ponašanjem nepovoljno reperkuiše na drugoga, škodeći mu! Bez te nepovoljne posledice, nedoslednost spada u sferi autonomija volje titulara prava, i ne izlaže ga nikakvim nepovoljnim pravnim posledicama, čak i tada kada je praćena kao posledicom opravdanim poverenjem druge strane. Do štete dolazi zato što druga strana na osnovu privida, koji je stvorio titular svojim ponašanjem, stekla poverenje da titular nema pravo, odnosno, da ga neće vršiti i koja je postupila u suglasnosti sa tim poverenjem, koja je svoje poverenje materijalizovala, preuzela dejstva u suglasnosti sa tim poverenjem, radeći to što u suprotnosti ne bi radila. Štećenje se može manifestovati u vidu štete, gubljenje imovinske vrednosti ili u izostanku očekivanog povećanja. Ali, i druge nepovoljnosti, koje proizlaze za drugu stranu, a ne mogu se izraziti kao šteta i u jednoj njenoj vrsti, dovoljne su za ovu vrstu zloupotrebe³¹.

³⁰ Na jedan način se pribegava ka vršenju prava na vlast, na drugi način pravu potražnje, na treći način vršenju prava učešća, itd..

³¹ I potencijalna šteta ili potencijalno uznemiravanje se mogu uzeti u obzir, ako bi se omogućilo da titular vrši svoje pravo. Na primer: finansijske zagube u slučaju rušenja zgrade, uništavanje proizvedene robe sa bespravnim korišćenje žiga, u razlici između veće zakupnine koju je zasada zakupac jedino mogao da dogovori i niža koju bi zakupac mogao dogovoriti blagovremeno vršeći svoje pravo, u propuštenoj i sada neostvarenoj šansi da osniva radni odnos na drugom mestu, u

5. *Postojanje uzročnih veza između ponašanja titulara i poverenja druge strane.*
Za ispunjenje ovog uslova, potrebne su nekoliko uzročnih veza između odnosa titulara prava i poverenja koja je stekla druga strana, i to:

1. Nevršenje prava sa strane titulara prava treba da je razlog za stečeno poverenje druge strane;
2. Da postoji veza između poverenja druge strane i materijalizacije tog poverenja, odnosno ako nije bilo poverenja ne bi bilo ni njegovog poverenja;
3. Da postoji kauzalitet između ponašanja titulara i štećenja druge strane, gde se štećenje javlja kao posledica promenjenog titularevog ponašanja.

Namera – uslov za kvalifikaciju jednog ponašanja kao protivrečno?

Namera titulara je sasvim nevažna za jedno ponašanje, koje je štetno za drugoga radi promene načina ponašanja titulara prava, da se smatra zloupotrebom prava, a nije potrebna niti svest o nekonzistentnosti, kontradiktornosti u ponašanju sa strane titulara prava³². Primena pravila ove vrste zloupotrebe se ne zasnivaju na ideji o titularevoj krivici. Dovoljno je titular da se ponaša nekonzistentno, kontradiktorno i pored toga što je imao mogućnost da se drugačije ponaša, i takva promena da šteti drugome koji je već stvorio određeno poverenje u vezi sa titularevim pravom, odnosno da titular nema pravo ili da ga neće vršiti.

VLADIMIR BANGIEVSKI, LL.M.,
Attorney, Skopje, Republic of Macedonia.

ON THE EGDE OF LAW AND LAWLESSNESS

Summary

In this kind of abuse of law, the abuse of law constitutes inconsistency in behavior, and the time aspect of the method of executing the law plays an important factor.

Specifically, when it comes to non-executing of the law, the executor of the law, who is performing the execution in a given specific situation, acts differently than what he or she acted before, thus exposing himself or herself to danger with the current behavior.

That can be qualified as abuse of law! It is important to note that in this kind of abuse of law the time frame is not crucial. Rather, it's the behavior of the executor of the law.

vrednosti činjenja koju titular prima, i pored toga što je prethodno izjavio da raskida ugovor, a koje plasmane druga strana ne bi mogla da ostvari na drugom mestu, u troškovima za još jedno radno mesto koje bi moralo da se otvori za titulara, jer po prestanku njegovoh radnog odnosa, na njegovom mestu se zaposlio drugi.

³² Na primer: titular je zaboravio na svoje ranije ponašanje prema vlastitom pravu.

KO SUDI – SUD ILI SUDIJA

U V O D

Tema iz naslova ovog priloga potstaknuta je jednim svojevrsim novinarskim člankom u dnevnom listu “Politika” koji se bavio konkretnim slučajem u kojem se sudijski kolegijum suda nije složio sa odlukom veća u jednoj pravnoj stvari tužioca za naknadu štete po osnovu neisplaćenog ličnog dohotka, pa je “navodno” drugo veće donelo istu odluku ali uzimajući stav većine u sudu u kojem su odluke donete¹.

No, bez obzira što pomenuti članak laički posmatra procesne i stvarnopravne elemente u procesu donošenja odluke, iza postavljenog pitanja nižu se, i u vezi sa njima, ona druga pitanja usko međusobno povezana koja prethodno utiču na onu konačnu sudijsku (odluku) koja je saopštena ili pismeno otpravljena učesnicima spora. Razumljivo je pri tome da, u identičnom sporu ne mogu postojati dve identične a kamoli različite odluke istog ili čak nekog drugog veća u istom sudu ili drugom sudu na području iste suverene države jer bi, u okviru istog pravnog porotka takva teorijska mogućnost bila razrešena na nivou nadležne najveće pravne institucije. Stoga bi se ovde zadržali samo na onim procesnim elementima o koji-

Dr Mirko Bartulović, član Udruženja pravnika Srbije.

¹ Radi se o zabuni koja dolazi iz činjenice da se u običnom govoru ne razlikuje sud kao ustanova i sudsko veće odnosno sudija pojedinac kao presuditelj – donosioc odluke. Nije nevažno pri tome napomenuti na koji način sudsko veće odnosno porota stiče uverenje o relevantnim činjenicama.

ma je napred bilo reči pa time odklonili one dileme koje naslovno pitanje direktno ili indirektno obuhvata a ponekad su često meta javnosti ali mogu biti u manjoj ili većoj meri diskutabilna i među stručnim osobama. Paušalan odgovor na pitanje u naslovu bio bi da sud (kao opšti naziv) odluku donosi kao pojedinac ili u veću, ne bi bio dovoljan za razumevanje šire problematike ovog pitanja, suštine uverenja i znanja kod primene prava na konkretan slučaj².

ZAVISNOST ILI NEZAVISNOST SUDIJE I NJENE GRANICE

Da li je sud odnosno sudija u svom osnovnom poslu ograničen i čime? Nezavisan i od koga? Kako? Često su postavljana pitanja i pri tome različiti odgovori. Koji su to osnovni elementi u procesu donošenja odluke i da li je uopšte sudija odnosno veće potpuno slobodno da donese bilo kakvu odluku koju smatra ispravnom ili je iluzija o potpunoj nezavisnosti samo zakonska ili moralna floskula i ko bi bio taj koji ga može ili hoće naterati da radi odnosno odlučuje drugačije nego što sam misli?

Stručno na sve to odgovoriti znači znati suštinu, osnove društvenog uređenja, njegovog opredeljenja pravno zabeleženog u osnovnom aktu države – njenom ustavu. Pri tome, saznanja koja su neophodna za utvrđivanje onih relevantnih činjenica koje zakon dakle smatra neophodnim za kvalifikaciju dela odnosno neophodnih ulsova za ostvarivanje povređenih prava, sud odnosno ljudi koji sude, moraju biti slobodni od oih uticaja koji bi ih, ako naravno postoje, deformisali u njihovom uverenju, na njemu stečenom saznanju o istinitosti činjenica na kojima se zasniva primena materijalnog prava u konkretnom slučaju.

Drugim rečima, sloboda odlučivanja zasnovana na saznanju, uverenju o postojanju odlučnih činjenica za primenu prava mora biti zaštićena društvenim merama. Odatle i ona istina koja se pojavljuje kao moto ovog dela našeg razmišljanja, ali se ona u kontekstu primene ograničava na racionalnu granicu onog standarda koji bi definisali logikom običnog čoveka. Šta to znači je tema kojoj treba posvetiti posebnu pažnju i objašnjenje. Ovde pri tome ne uzimamo u obzir retke izuzetke primenom zakonske teorije primene dokaza.

Svakom je poznato da ljudsko mišljenje – uverenje može biti pogrešno. Kaže se da je ljudski grešiti. Prema tome, sasvim je prirodno da se to može desiti i ljudima koji sude. Sudije sude u okruženju koje je njihova svakodnevna životna sredina i nemogu se od nje izolovati. Ta sredina je uostalom i nužna za razumevanje društvene stvarnosti, realnosti u kojoj se primenjuje pozitivno pravo. Nema

² Uverenje – mišljenje koje se zasniva na verovanju da je nešto istinito, pravilno, pravedno. Uverenje mora biti uverljivo. Viši sud o ispravnosti konkretnog uverenja u prvostepenoj odluci ga prihvata u okviru razumno prihvatljive argumentacije.

sumnje da je uticaj sredine prisutan kako za sticanje uverenja o relevantnim činjenicama tako i za na njima zasnovanom primenom prava. Ipak, ovaj i ovakav uticaj ne smatramo bitnim u ovim našim razmišljanjima o slobodi sticanja uverenja već se ograničavamo na onom ljudskom faktoru olicenog u delatnosti vlasti kao faktora eventualne deformacije sudijskog uverenja. Sankcionisane su one namerne, one koje bi imale negativan efekat na onog koji sudi. Drugim rečima, da što je više moguće, otklonimo uticajnost izvršne vlasti i održimo u optimalnim okvirima onu usvojenu podelu koju znamo još od Monteskeja na zakonodavnu, izvršnu i sudsku. Moglo bi se reći da se prosečno uverenje koje bi bilo relevantno nalazi u onom formiranom mišljenju većine građana kojima bi se prezentirale činjenice na osnovu kojih se uverenje stiče. Razume se da se mehanizam foriranja takvog uverenja ne može sprovesti već se ono kao standard može podrediti kroz izabrane predstavnike, sudije i sudije porotnike. Iz ovog i ovako formulisanog standarda proizilazi nemogućnost, odnosno nedopuštenost da se sudija u suđenju koristi vlastitim specijalnim znanjima tj. onim koji prevazilaze navedeni standard saznanja i uverenja koja zahtevaju posebnu stručnost (veštaci). Sa druge strane kada je reč o uverenju, moramo imati u vidu mogućnost postojanja različitih mišljenja povodom iste stvari jer njegovo formiranje u svesti različitih ljudi može a često i nije isto. Prirodno je da formiranje mišljenja kao faktora čovekove svesti zavisi od mnogo činilaca kao što su npr. stepen obrazovanja, znanja, čulnih percepcija, predrasuda, ubeđenja i slično, pa se postavlja i pitanje standarda u koliko se uopšte može o racionalnosti standarda govoriti. Ko prihvatljivom u postupku suđenja? Da li se, u praktičnom smislu možemo u suđenju kod sticanja uverenja osloniti na onog kod jednog ili više sudija kod istog presuđivanja. Pri tome je važna i ustanova, dvo ili trostepenost kao pravila čime bi se taj virtuelni prosek smatrao zadovoljavajućim³.

Ovo merilo prosečnosti podložno je ispitivanju drugostepenog sudskog organa na inicijativu jedne ili obe strane u prvostepenom postupku poznatoj po onoj formulaciji “pogrešnog ili nepotpunog činjeničnog stanja”, dakle završnice onog uverenja o postojanju relevantnih činjenica. Drugostepeni sud (sem ako bi u izričitim slučajevima odredio raspravu pred svojim većem) ne služi se vlastitim uverenjem već u postupku preispitivanja nižestepene presude ispituje razloge (obrazloženje) kojim je niži sud došao do uverenja o relevantnim činjenicama. Drugim rečima žalbeni sud prihvata ili ne prihvata logičan sled dokaznog postupka izvedenog na procesno ispravan način kod nižeg suda i nakon toga, ra-

³ Poznat je u navedenom smislu porotni sistem suđenja iz anglosaksonskog prava po kojem uverenje o bitnim činjenicama za presuđivanje ne stiče profesionalni sudija već to čini porota od 12 običnih ljudi.

zumljivo, ispituje ispravnost primene materijalnog prava. Ovo je posledica prednosti koja se daje raspravnom sudu i načela neposrednosti provođenja dokaza.

ZAKONSKO NAČELO PROVOĐENJA I UTVRĐIVANJA RELEVANTNIH ČINJENICA

Način utvrđivanja relevantnih činjenica propisani su propisanim pravilima i raspravni sud ih mora poštovati. Dakle, proces sticanja uverenja od strane sudije mora se vršiti na način kako to određuju zakonska pravila. Bitno je pritom ovde naglasiti da je u učešću (sem u nekim određenim slučajevima) raspravni sud obavezan izvoditi u kontradiktornom postupku u kojem učestvuju i stranke kao i članovi sudijskog veća. To omogućava da se u svakom dokazu vodi rasprava kako bi, na osnovu svega toga, sudije mogle steći odgovarajuće uverenje. Ovo je posebno značajno za dokaze provedene ispitivanjem svedoka kao dokaznom sredstvu koji i sam, svojim svojstvima, može da bude podložan deformacijama voljne ili nevoljne prirode. Voljna se odražava u laži a nevoljna u nesavršenosti vlastitih čula. Procena takvih odstupanja od istine leži na članovima raspravnog suda. Radi se dakle o aktivnom angažovanju stranaka i sudskog veća.

Ono što bi u postupku dokazivanja kada je reč o svedocima kao dokaznom sredstvu, primenjuje se i kad se radi o veštacima. Potrebno je naime njihova razjašnjenja svesti na onaj stepen saznanja kod običnog čoveka jer samo takva razjašnjenja mogu biti prihvaćena kao uverljiva⁴. Da li zakonski i metodološki princip sa načelom slobodne ocene dokaza u napred navedenom smislu (izuzimajući naravno one zakonom predviđene slučajeve kada se istina pretpostavlja) ima svoje razlike u parničnom i krivičnom postupku, naročito u ovom poslednjem kao značajnom delu pravnog poretka na kojoj je javnost i naravno država posebno osetljiva i ponekad podeljena u pogledu ispravnosti donesenih odluka nadležnog suda? Svakako se jedinstven pristup utvrđivanja istine ne može u postupcima načelno odvajati. Potreba za dostupnost istine trebalo bi da bude podjednaka uprkos tome što se ponekad u građanskim sporovima ponekad polazi od zakonske pretpostavke o slobodi raspolaganja vlastite imovine sem izričite zabrane. Po pravilu dakle, nesporne relevantne činjenice među strankama u građanskom postupku se u posebnim slučajevima smatraju nespornim. U krivičnim stvarima nema iznimaka sem naravno onih koji se smatraju opšte poznatim, jedino bi, po našem mišljenju, trebalo izbegavati da se sudijama nametne ona pasivnost koja bi ih ograničavala u procesu stvaranja vlastitog uverenja ili, u manjoj ili u većoj meri

⁴ U anglosaksonskom pravu se zadovoljavajući iskaz pa i onaj kada ga u cilju razjašnjenja daje veštak, naziva, odnosno definiše kao uverenje koje je utvrđeno bez razumne sumnje, reklo bi se kod nas ono koje je razumno prihvatljivo ili zasnovano na "zdravom razumu".

odgovarajućoj aktivnosti prepuštala tužilačkoj ili okrivljenoj strani. Sloboda izgradnje i stvaranja vlastitog uverenja morala bi biti neprikosnovena – kao što je to u misli Rige od Fere usađeno u motu našeg izlaganja.

Time međutim nismo završili sa odgovorom na pitanje šta je sa uverenjem koje sledi nakon utvrđivanja činjenica, tj. onoj fazi postupka kada se radi o primeni zakona radi donošenja konačne odluke.

PRIMENA ZAKONA NA UVERENJEM ZASNOVANOM ČINJENIČNOM STANJU

Ono što smo govorili o uslovnoj nezavisnosti suda pre sticanja uverenja o postojanju relevantnih činjenica za primenu zakonske odredbe na sporni slučaj, ne može se u celosti primeniti na finalni deo postupka koji se odnosi na donošenje odluke. U prvom redu sud je u ovoj fazi vezan okvirom koji mu određuje zakon svojim tekstom⁵. U tom smislu može se reći da primena prava u ovom finalnom stadijumu odlučivanja nije ono uverenje o kojem smo govorili kada su u pitanju činjenice, već znanje i odgovarajuća primena pravne norme. Razume se da ponekad o tome da li je za konkretan slučaj sudija dao pravilno tumačenje onog što je “zakonodavac hteo da kaže” može postojati dilema, ali je to faza saznanja a ne onog uverenja koji se stvara u svesti sudije u postupku utvrđivanja činjenica. Razumljivo je da u ovoj fazi primene prava u našem mešovitom porotnom sistemu, najveću odgovornost imaju profesionalne sudije, ali se u logičnost primene zakonskih propisa ni kod običnog čoveka porotnika, ne može zameniti sa jednakim pravom odlučivanja. U tom kontekstu, razumljivo je i logično da višestepeni sud, u kojem veće nije sastavljeno od porotnika, ima svoj nesumnjivi značaj koji se ne proteže samo na konkretni slučaj, već služi ujednačavanju pravne prakse. Ovom prilikom tu važnost ističemo zbog značaja ukidanja nižestepene presude ili ponovnog suđenja kod istog suda jer je isti dužan da kod donošenja svoje odluke prihvati pravni stav višeg suda. Naravno viši sud može, u slučaju da prihvata činjenično stanje sam doneti presudu na osnovu drugačijeg shvatanja o

⁵ Na područjima primene anglosaksonskog prava sud je vezan za prethodno stvorenu sudsku praksu u istim slučajevima (precedentima). Načelo za iste slučajeve iste odluke moguće je promeniti samo izričito zakonskom odredbom ili opravdanom primenom činjeničnog stanja odnosno u međuvremenu nastalim društveno ekonomskim promenama koje evidentno moraju postojati u meri koja te promene stava suda opravdavaju. Ovom prilikom se podsećam na knjigu “Norma i ekonomska efikasnost” Svetozara Stiva Pejovića, jednog od najuticajnijih ekonomista u SAD, a “naše gore list” (Diplomirao 1955g. na Pravnom fakultetu u Beogradu), koji dokazuje prednost “neformalnih prava”(precedente) nad onim “formalnim” prisutnim u “kontinentalnom” (Evropskim pravnim normama u vidu zakona) – Izdavač na Srpskom jeziku CID – Podgorica (prevod sa engleskog Đ. Krstić).

primeni prava. On to redovno i čini jer bi u slučaju ispravnog obrazloženja o uverenju zasnovanih činjenica i ispravne primene postupka bilo izlišno vraćati predmet nižem sudu.

NEKA ZAVRŠNA RAZMIŠLJANJA

Da li smo u prethodnim izlaganjima na razumljiv način uspeli da odgovorimo na ono pitanje iz našeg naslova? Ono je po našem mišljenju nastalo iz naše svakodnevne jezičke nepreciznosti u nazivu koji obuhvata dva neidentična pojma. I to: suda kao ustanove koja je nadležna da organizuje suđenja koja obavljaju sudije pojedinci ili veće sudija. Prema tome uvek sudi sudija pojedinac ili sudije u veću a ne sud kao ustanova u kojem se na ovaj način odvija pojedinačno suđenje. Sud u kolokvijalnom govoru nazivamo čak i zgradu u kojem se nalazi sud kao institucija što naravno nema odgovarajućeg smisla.

Međutim, po pitanju one druge, završne faze suđenja u kojoj se na osnovu utvrđenog, relevantnog činjeničnog stanja donosi odluka primenom materijalne norme, sud je dužan primeniti odredbe koje se ne mogu shvatiti drugačije nego u kontekstu zakonskog teksta. Ali u primeni, moguće su neke nedoumice koje mogu izazvati različito tumačenje i time različite pravne stavove. Zaključili smo da u ovakvim slučajevima primene prava se ne radi o uverenju prihvatanja istine već o znanju da se na odgovarajući način primeni pravni propis. U tu svrhu se uobičajeno u okviru većih prvostepenih a obavezno drugostepenih odnosno najvećeg suda formiraju tzv. odeljenja sudske prakse na kojima se razmatraju ova i slična pitanja u cilju jedinstvene primene prava. U takvim slučajevima moguće je da se odluka sudija odnosno veća ne podudara sa većinom mišljenja sudija u istom sudu u kojima se odluka donosi. Važno je pitanje šta u takvom slučaju raditi? Da li se proklamovana nezavisnost suda (veća) proteže i na institut primene prava ili možda čak na uverenje o relevantnim činjenicama?

Videli smo napred onu fazu u kojoj veće stiče uverenje o važnim činjenicama za primenu prava i to na neposredan način na javnoj raspravi⁶. Ova javnost i neposrednosti su važni činioci u procesu saznanja i sticanja uverenja. Nikakav drugi sud ne može negirati takvo uverenje već samo logičnost njegovog formiranja na osnovu povezivanja sa svim provedenim dokazima zajedno, odnosno onim koji nisu, a trebali su, provedeni ciljem ili su naknadno u žalbi kao novi navedeni. Dakle, viši sudovi može se opravdano reći ne stiču svoje uverenje na način na

⁶ Jedinu garanciju da će se načelo materijalne istine i slobodne ocene dokaza postići svoju svrhu predstavlja i načelo neposrednosti koje nalaže da ocena bude data pod neposrednim utiskom rezultata dokazivanja. Uz neposrednost ide i usmenost koja omogućava upotpunjavanje tog rezultata i pretresanje njegove vrednosti pa samim tim doprinosi i njegovoj tačnoj oceni (Poznić – Građansko procesno pravo, Beograd 1982).

koji to čini raspravni sud (sem naravno ako u iznimnim slučajevima ne povede sam javnu raspravu), već sam ceni logičnost zaključka o prihvatnju spornih činjenica, ali naravno i ispravnost na osnovu njih primene prava. U svakom slučaju, raspravni sud bi bio kod ukidanja njegove odluke zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja bio u novoj odluci bio dužan primeniti pravno shvatanje višeg.

Ostalo je pitanje da li raspravni sudija treba ili je obavezan prihvatiti pravni stav svojih kolega iz istog suda, bilo da je izrečen na institucionalizovan ili ne-institucionalizovan način što je izgleda i suština pitanja javnosti? Moramo ovde međutim razlikovati da li je odluka navedenog veća bila objavljena ili je otpremljena strankama učesnicama. Ako je to učinjeno, nikakva izmena objavljene ili otpremljene odluke ne može biti izmenjena u skladu sa shvatanjem primene prava od strane sudijskog kolegijuma istog suda. To, razume se, može učiniti viši sud na inicijativu stranke. Prihvatanje ili ne pravnog stava u neobjavljenoj odluci je moguće, ali nije obavezno. Ponavljamo, sudija može prihvatiti ili ne mišljenje kolegijuma o ispravnosti zauzetog pravnog stava u odluci koja nije objavljena. U ovakvom slučaju prihvatanja izmene pravnog stava nije potrebno otvoriti javnu raspravu ali je neophodno, u ovom slučaju ponovo glasati u veću i prihvatiti saglasnost ostalih sudija⁷.

Kao što je to gore napomenuto, niži sud je dužan primeniti pravni stav onog višestepenog odnosno institucionalno najvišeg jer se na taj način ujednačava pravni stav u primeni određene pravne norme. Moglo bi se reći da u ovakvom slučaju važi princip precedenta.

Da bi javnost (pa čak i pojedinci) u različitim formama mogli da učestvuju u izražavanju svog uverenja, obično u značajnim krivičnim predmetima ali i u građanskim slučajevima koji se smatraju značajnim za tekuću problematiku u budućim slučajevima (npr. radnim sporovima, privrednim i slično), pitanje je slobode izražavanja i njenog domašaja. U načelu ne bi se to moglo smatrati onim uticajem na koji se misli pod nedopuštenim pre njegove odluke tj. pre njenog donošenja. Možda veći značaj na ovu slobodu može posredno da utiče pojedinačna izjava ljudi koji imaju značajnu funkciju u drugim delovima nosioca vlasti, pa bi, po našem mišljenju ovu vrstu pritiska i uticaja trebalo smatrati nedopuštenim kao naravno onu koja bi bila stav institucije vlasti.

Da li je osećanje koje prethodi uverenju sredine u kojoj sud deluje deformišu I uverenje sudija u konkretnom slučaju, bilo u delu koji se odnosi na relevantne činjenice, ili na konačni stav u primeni prava je faktičko pitanje osećaja dužnosti prema značajnoj društvenoj važnosti funkcije i potrebe za postojanost

⁷ Ovako je rađeno u odeljenju kolegijuma građanskih veća suda u kojem je svojevremeno radio i Autor ovog priloga.

vlastite savesti pri njenom obavljanju. Uznemirena javnost kao ponekad i pravni činilac, obično i krivičnim stvarima, mogu biti faktor pri odlučivanju, ali u odgovarajućoj meri u sklopu logike celokupne problematike spora. Pitanje je ipak na kritičnom trenutku donošenja odluke da li će se ona doneti u skladu sa uverenjem koje je sudija stekao na osnovu neposredno provedenih dokaza i njihove ocene ili pod institucionalnim pritiskom organa vlasti – što bi bilo protivustavno. Pritisak o kojem je reč je prema tome relativan pojam koji je najvišim pravnim aktom države određena relevantna i pravna granica, odprilike kao i ona koja definiše slobodu, prava i običaje građana društvene zajednice u kojoj se sudi.

Ukratko, sudija (veće) je formalno, institucionalno, slobodno u odlučivanju u meri u kojoj to omogućava ona proklamovana i faktička sloboda u primeni i poštovanju zakona i obavezi da se provodi pravosudna funkcija u okviru proklamovane podele vlasti. Ta sloboda u naznačenom smislu je vaninstitucionalno ograničena razumnom primenom logike činjenica i okolnosti na način svojstven običnom čoveku sredine u kojoj se odluke donose.

MIRKO BARTULOVIĆ, LL.D.

Member of Jurists' Association of Serbia, Belgrade

WHO TRIED – THE COURT OR JUDGE

Summary

This is a select account of the procedure before any decision of the court and the necessity for the judge to be free of the influence by anybody in this decision except by the facts what has been presented before him in order to made his freely convinced that they are true. Convince is true when the arguments are without reasonable suspect. It is however impossible to be isolated of the opinions of the press or individuals, but they must be considered irrelevant.

The real and importance of the influence are by the state institutions which are not permitted accounting our Constitution. However the legal opinion of the superior court must be accepted. In the same way, the primary court is obliged to respect the opinion, that his explanations are not satisfactory.

*VLADAN PETROV,
DARKO SIMOVIĆ,
DRAGUTIN AVRAMOVIĆ*

USTAV SRBIJE OD 1888. – DELO MONARHOVE I/ILI NARODNE SUVERENOSTI

U V O D

O Ustavu Kraljevine Srbije, tzv. Radikalskom ustavu, iz 1888. godine se od trenutka njegovog donošenja govori glorifikujućim tonom. Sa nesmanjenim zanosom ovaj akt se predstavlja kao najdemokratskiji i najznamenitiji akt u istoriji srpskog konstitucionalizma. Ne samo da se ističe onovremena modernost njegove sadržine, već se i način njegovog donošenja sagledava kao uzorni model. Naime, nacrt Ustava od 1888. godine pripremao je Veliki ustavni odbor (u daljem tekstu: Ustavni odbor) koga su činili predstavnici svih stranaka, uz predsedavanje kralja Milana. O svim elementima ustavne materije raspravljano je u Ustavnom odboru,

Dr Vladan Petrov, profesor Pravnog fakulteta, Univerzitet u Beogradu.

Dr Darko Simović, profesor Kriminalističko-policijske akademije, Beograd.

Dr Dragutin Avramović, docent Pravnog fakulteta, Univerzitet u Novom Sadu. Ovaj rad je rezultat realizovanja naučnoistraživačkog projekta koje finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije (br. 179045), a realizuje Kriminalističko-policijska akademija u Beogradu (2011–2014). 125 godina od donošenja Ustava od 1888. godine obeleženo je Naučnim skupom u organizaciji Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu i Kriminalističko-policijske akademije 23. decembra 2013. godine. Na njemu su učestvovali i koautori ovog članka sa svojim priložima, a tom prilikom je uočeno da postoji prostor za dodatno zajedničko istraživanje (naročito odnosa narodne suverenosti i monarhove prerogative), iz koga je proizašao ovaj tekst.

a osnovna ideja je bila, kako je kralj govorio, “da se kompromisnim ustavom dođe jednom i u Srbiji do željenog unutrašnjeg mira”¹. Takav predlog ustavnog teksta naknadno je usvojila Velika narodna skupština.

Ipak, posmatrajući sve ono što je neposredno prethodilo donošenju Ustava od 1888. godine, jasno je da je kralj Milan u tom procesu imao ključnu ulogu. Samo raspisivanje izbora za Veliku skupštinu, koja je trebalo da usvoji novi ustav, objavljeno je proklamacijom, a ne ukazom. “Po njenom patetičnom stilu, čestim usklikima, i mnogim ponavljanjima, videlo se da ju je pisao sam kralj Milan”². Bilo je očekivano da će sam kralj rukovoditi čitavim procesom i da će njegova volja biti presudna u donošenju novog ustava. Zadržavajući za sebe funkciju predsednika Ustavnog odbora, Kralj Milan je pokazao da će novodoneti ustav biti “dvostrani ugovor između kralja i naroda”³. I zaista, kralj Milan je bio izrazito aktivan u svim raspravama na Ustavnom odboru.

Da je rad Ustavnog odbora doživljavao kao kreiranje svojevrsnog ugovora između krune i narodnih predstavnika vidljivo je iz sledećih kraljevih reči: “Ništa me tako sretnim ne čini kao nadažda, da će našim zajedničkim i iskrenim naporima za rukom ispasti da novim, dvostranim ugovorom između Krune i naroda, podignemo našu milu Srbiju u red istinito ustavnih, naprednih i sretnih država”⁴.

U literaturi je ipak zauzet stav da je Ustav od 1888. godine značio potpunu pobjedu radikala u borbi protivu vladaočevog samovlašća.⁵ No, da li je zaista bilo baš tako? Čini se da se o ovom ustavu pre može govoriti kao o aktu zajedničkog delovanja monarhove i narodne suverenosti, što se pokušava pokazati u ovom tekstu.

Geršićevo i Milovanovićevo shvatanje pojma suverenosti

Budući da su Giga Geršić i Milovan Milovanović neposredno učestvovali u radu Ustavnog odbora, a da su istovremeno bili i poslenici državopravne nauke, zanimljivo i poučno može biti sagledavanje njihovih teorijskih radova u svetlosti načina i postupka donošenja Ustava iz 1888. godine.

Giga Geršić je kroz obimnu kritičku studiju koja je objavljivana u tri broja *Letopisa Matice srpske* tokom 1884. godine, pokušavao da dokaže da se načelo narodne suverenosti može spojiti sa ustavnom monarhijom, a da se ona ne pretvo-

¹ V. Đorđević, “Gornji dom Srbije”, *Otadžbina*, knj. 26, Beograd 1890, 287.

² S. Jovanović, *Vlada Milana Obrenovića, Sabrana dela*, knj. 5, Beograd 1990, 345.

³ V. Đorđević, “Gornji dom Srbije”, *Otadžbina*, knj. 26, Beograd 1890, 131.

⁴ *Ibid.*, 131.

⁵ S. Jovanović, “Nikola Pašić”, *Iz istorije i književnosti I*, u *Sabrana dela* knj. 11, BIGZ, Beograd, 1991, 146.

ri u drugi državni oblik. Štaviše, Geršić je zastupao stanovište da se “ustavna parlamentarna monarhija novijeg doba ne može osnivati na drugome načelu, do na tome”.⁶

Na samom početku studije Geršić se trudi da opravda pretresanje ovog delikatnog pitanja. Pored nastojanja da teorijski raščisti jedno sporno pitanje (o pojmu i prirodi ustavne monarhije), on ističe da ima i jedan praktični razlog zbog koga se upustio u izradu ove studije. Naime, Geršić razlog vidi u tome “što kraljevina Srbija po svima znacima stoji danas na pragu unutarnjega ustavnoga preobražaja, koji će svakako u nedalekome vremenu morati da se izvrši, ako unutarnje ustavno razviće Srbije bude išlo svojim normalnim putem. Pa kad srpska kraljevina stoji na tako važnoj obrtnoj tački, onda je svakojako srpska publicistika naročito pozvana i dužna, da potanje pretrese i raspravi razna pitanja, koja ulaze u tu oblast i koja će pri tome preobražaju da iziđu na dnevni red”.⁷ Rasvetljavanjem i razmatranjem spornih pitanja ustavne teorije, kako Geršić tvrdi, i taj preobražaj će lakše i pravilnije da se izvrši. On je svestan da se zadiranje u pitanje prirode ustavne monarhije, ma koliko ono bilo naučno i objektivno, neće svakome dopasti i da može biti krivo shvaćeno i protumačeno (podložno “traženju nekakvih skrivenih ‘zadnjih’ misli”). Geršićeva namera nije bila da preispituje monarhovu ličnost koja zbog neodgovornosti i nepovredivosti ne može biti predmet “publicističkog pretresanja”. Već na početku studije Geršić se ograđuje od “napada” na ličnost srpskog kralja: “Jedna je stvar ne uvlačiti monarhovu ličnost u diskusiju, ne pretresati njegova ustavom obeležena i garantovana prava i prerogative u pojedinoj državi; a druga je stvar objašnjavati i raspravljati pitanje o ustavnoj monarhiji u opšte, o njenoj istorijskoj pojavi i o njenome odnošaju prema izvesnim političkim načelima, koja su u novijem državnome životu na sredu iznesena, koja imaju takođe svoje veliko i zamašno značenje i koja se ne mogu prosto prevideti i ignorisati”.⁸ Geršić smatra da je to čak korisno za monarhiju, jer je pitanje prirode ustavne monarhije mučno i teško, što neki tadašnji “naši publicistički diletanti i poletarci” ne shvataju, već ga rešavaju brzo i lako i objavljuju svetu bez ikakvog dokaza da se načelo narodne suverenosti ne slaže sa monarhijom.

U svom radu Geršić polazi od pretpostavke da je apsolutna, neograničena monarhija za tadašnje evropske države neodrživa, jer ne odgovara tadašnjem stupnju političkog razvitka, pravnom ubeđenju i probuđenoj samosvesti naroda. Zbog toga se u studiji Geršić posvećuje samo ograničenim (ustavnim) monarhi-

⁶ G. Geršić, “Ustavna monarhija i načelo narodne suverenosti”, *Letopis Matice srpske*, 140 (4)/1884, 44.

⁷ G. Geršić, “Ustavna monarhija i načelo narodne suverenosti”, *Letopis Matice srpske*, 137 (1)/1884, 1-2.

⁸ *Ibid.*, 3.

jama. On ističe da ustavna monarhija može počivati na dva osnovna načela: božanskom pravu ili načelu narodne suverenosti. Božansko pravo kao osnov ustavne monarhije Geršić smatra anahronim i “bogoslovskom izmišljotinom”, pa drži da je besmisleno upuštati se u njegovo naučno pobijanje. Kako ističe, čak i biblijska izreka da je vlast od Boga nije nikakav dokaz kraljeve suverenosti, jer nigde ne kaže “da Bog tu vlast ne daje i ne oduzima preko naroda, da nije dakle i tu `glas naroda glas sina božija` ...”.⁹ Polazeći od Rusoove ideje narodne suverenosti, ali ne prihvatajući je u potpunosti, Geršić pokušava da utemelji ustavnu monarhiju na tom načelu. Geršić skreće pažnju na preteranosti u Rusoovoj teoriji. Ruso zagovara apsolutizam celine, koji je isto tako opasan za slobodu i demokratiju kao i apsolutizam jednog čoveka, jer “svako jednostrano načelo, kad se dotera do krajnosti i do vrška, izazivlje reakciju i upadanje u drugu protivnu krajnost”.¹⁰ Međutim, Geršić je imao razumevanja za Rusoovu teoriju, s obzirom na vreme i istorijske okolnosti u kojima je nastala: “Rusovljeva nauka po tome ne beše ništa drugo do uzvik bola od strane pogaženog, iscedenog i istrošenog naroda; kad je kraljevski apsolutizam ozgo u lance okovao i razorio državu, onda Rusovljeva teorija beše pokušaj naroda, da ozdo iz sebe tu državu obnovi i preustroji”.¹¹

Mada Geršić polazi od načela narodne suverenosti kao od političke dogme i neosporne političke osnove u svakom ustavnom demokratskom ustavnom uređenju (bilo ono u obliku ustavne monarhije ili republike),¹² on se ipak posvećuje kritici pisaca koji su drugačijeg shvatanja. Geršić se ne posvećuje toliko kritici teorija u kojima postoji doslednost, koje ne pokušavaju da pomire nepomirljivo, već su jasno opredeljene da ustavnu monarhiju zasnuju ili na načelu narodne suverenosti (Holcendorfova, Molova, Kolerova) ili na monarhijskom principu (Mertnihova i Gencova). Njegova kritika je prvenstveno usmerena na pisce koji zauzimaju srednji, treći put između dva ekstrema: ideje božanskog prava i načela narodne suverenosti, ne priznajući u potpunosti ni jedno ni drugo. Kako ističe, oni ne veruju u božansko pravo, “ali se s druge strane ipak trzaju od one druge još jedine logične mogućnosti, begaju od `krajnosti`, te smišljaju i traže neku sredinu, koju najzad opet ne mogu da nađu”.¹³

Centralni deo Geršićeve studije je posvećen kritici nemačke teorije koja pokušava da ostane na “zlatnoj sredini”. Na prvom mestu Geršić kritikuje Heldovu

⁹ *Ibid.*, 15.

¹⁰ *Ibid.*, 16.

¹¹ *Ibid.*, 17.

¹² Isto kao što je načelo božanskog prava dogma i osnova u apsolutističkim monarhijama, *ibid.*, 18.

¹³ *Ibid.*, 19-20.

“organsku državnu ideju”, koja je zasnovana na pretpostavci da je uspostavljanje narodne suverenosti nad ustavnim monarhom uspostavljanje faktičke prevlasti nad pravnom organizacijom, što može ugroziti pravno organizovanu državu. Heldov strah od narodne suverenosti Geršić ismeva i poredi ga sa dečijim strahom od elementarnih nepogoda. Geršić ističe da je takav strah neosnovan, jer: “Narodna suverenost po pravilnome shvatanju nikako ne može biti neka prosto faktička, neorganizovana elementarna sila, nego ona na protiv potpuno ulazi kao sastavni, ako hoćete `organski` deo u pravnu organizaciju države, ona se uvek mora zamisliti kao pravno i ustavno organizovana i regulisana državna moć, koja se vrši u izvesnome, ustavno obeleženome i organizovanome obliku, jer narod sam u ustavu određuje način vršenja svoje suverenske vlasti, on sam sebe ustavom vezuje i on nikada ne može biti `neprijatelj pravno organizovanoj državi`, jer to bi značilo, da je neprijatelj samome sebi i svome vlastitome delu”.¹⁴ Heldovo delo je, kako tvrdi Geršić, puno protivrečnosti i fraza kojima se zamagljuje problem nosioca suverenosti. On se ne opredeljuje za nosioca suverenosti, već samo savetuje da monarh i narod treba da žive u miru (da postoji jednodušnost, “idilična saglasnost” i “harmonija”), a ne rešava situaciju kada se narod i monarh sukobe. U stvari, on izlaz iz te situacije vidi, ali isključivo u sili i u pravu jačeg.¹⁵ Geršić se sa cinizmom pita “Zar sme ma koja ustavna teorija uzimati u račun i pustu silu kao neki faktor u državnome životu, zar cela naučenost, duboka studija i sve oštromlje teoretičara ne ume ništa drugo da smisli ni da pronade, nego sasvim spokojno uvršćuje silu kao način rešavanja ustavnoga sukoba u ustavnoj državi?”.¹⁶

Ukazujući na žalosne teorijske zaključke i rezultate ovakvih teorija, koje na kraju priznaju da sloboda ili nesloboda naroda zavisi od ličnosti monarha, Geršić zaključuje da ustavnost traži garanciju u čvrstim ustanovama, “a ne u takvim sretnim ili nesretnim slučajevima, u ličnostima”.¹⁷ Takav “pogrešan” stav nemačke ustavne teorije Geršić smatra rezultatom njenog nacionalnog karaktera i težnje da se pomire nasleđene tradicije nemačkog nacionalnog života (iz feudalnog i apsolutističkog doba) sa logičkim zahtevima prave ustavnosti. To oni čine, kako ističe, na taj način što staru monarhiju malo preobuku u modernije ustavne forme, malo je prošaraju i dekorišu izvesnim popularnim ustanovama koje odgovaraju naprednijim zahtevima vremena. “I taj monarhijski elemenat u Nemačkoj predstavlja još tako veliku, istorijski nasleđenu moć, da i samim zastupnicima držav-

¹⁴ *Ibid.*, 27.

¹⁵ U narednim brojevima *Letopisa Matice srpske* sličnu vrstu kritike Geršić upućuje i nemačkim piscima Blunčiju i Ešeru ukazujući na nelogičnosti i protivrečnosti u njihovoj teoriji, zbog čega ona neće biti posebno razmatrana u ovom radu.

¹⁶ *Ibid.*, 31.

¹⁷ *Ibid.*, 33.

ne teorije uliva neki respekt, sa kojim se meša ona već pomenuta romantička crta, koju su nemački teoričari iz nacionalne tradicije usisali i nasledili i po kojoj oni još ne smeju da diraju u taj istorijski nimbus, koji okružuje starodavne vladalačke kuće i njihovu suverensku vlast, boje se da ne razore tu romantiku, tu poeziju, te velike povesničke uspomene, što su sa tom nerazdelnom moćnom monarhijskom vlašću skopčane”.¹⁸ Geršić smatra da nemački pisci nemaju pravo da nacionalnu nemačku državnu ideju (sa kojom nemački narod može biti zadovoljan)¹⁹ proglaše opštim imenom organske državne ideje i opštom ustavnom teorijom, te da tvrde kako se načelo narodne suverenosti ne može nikako složiti sa monarhijom.

Zbog toga je Geršić utemeljenje svojih teorijskih stavova tražio i našao u francuskoj teoriji (Konstana, Labulea, Paradola i Galoa). On zaključuje da se vladalačko pravo u ustavnoj monarhiji ne može zasnivati na drugom nečemu, “do na ustavu, a ustav je osnovni zakon, kojim narod određuje osnove i temelje svojoj državnoj organizaciji, on se očividno osniva na narodnoj volji, a po tome se i svaki pojedini deo toga ustava osniva na toj volji, a kako je vladalačko pravo deo ustava, onda se bez sumnje i ono osniva na toj istoj narodnoj volji”.²⁰ Načelo narodne suverenosti je za Geršića jedino, osnovno načelo na kome ustavna monarhija mora počivati. On to dokazuje na sledeći način: “gdegod je na jevropskome kopnu uvedena i organizovana čista i prava ustavna monarhija, tu je načelo narodne suverenosti *odlučno i otvoreno priznato* (podvukli autori) kao njena pravna osnova i time je praktički u konkretnim primerima osvedočeno, da nema nikakve načelne suprotnosti između monarhije i narodne suverenosti”.²¹ Geršić je svestan i priznaje da je u mnogim ustavnim monarhijama monarhijska vlast najpretežnija moć u državi, kao i da u određenim prelaznim trenucima državnog života, može biti korisno da energična ličnost obrazovanog vladaoca prikupi “sve uzde i konce državnog rukovođenja” i da postane aktivni pokretač preobražaja. Međutim, Geršić takve situacije ocenjuje kao izuzetke koji ne mogu da opovrgnu tezu da ustavna monarhija u punom smislu postoji samo tamo gde je načelo narodne suverenosti priznato kao njena osnova.

Kao sekretaru Ustavnog odbora, Milovanu Milovanoviću je zapala čast da rediguje ustavni tekst. Iako se od Gige Geršića, već tada uglednog pravnog teoretičara, očekivalo da bude glavni ekspert Ustavnog odbora, ali, budući prevashod-

¹⁸ G. Geršić, “Ustavna monarhija i načelo narodne suverenosti”, *Letopis Matice srpske*, 138 (2)/1884, 60.

¹⁹ Mada Geršić drži da ona predstavlja “polovnu i sakatu ustavnost”.

²⁰ *Ibid.*, 42.

²¹ G. Geršić, “Ustavna monarhija i načelo narodne suverenosti”, *Letopis Matice srpske*, 140 (4)/1884, 42.

no teoretičar nevičan zakonodavnoj tehnici, ta uloga pripala je Milovanoviću.²² Kada je reč o Milovanovićevom poimanju suverenosti, na tom polju je najvidljivije koliko je zapravo on, u odnosu na Geršića, bio tek na početku svoje univerzitet-ske karijere. Nesporno je, Milovanovića su odlikovali lep i jasan izraz, ali njegova izlaganja ostavljaju utisak elementarnosti i nedostatka dubine u teorijskom promišljanju.

Prema Milovanovićevom viđenju, pri sprovođenju svake ustavne reforme treba imati u vidu da “država nije nikakav organizam koji se može konstruisati po čudi kakvog političkog organizatora”, već je društvenu zajednicu neophodno zasnovati na normativnom poretku koji odgovara stupnju razvoja njenih članova.²³ Jer, pisao je Milovanović, radikalna ustavna reforma ne može radikalno da preobrazi državni život Srbijin, budući da ustav ne stvara; on samo organizuje, konstituše već postojeće odnose snaga u društvu.²⁴ “Najbolji ustav za svaku državu jeste onaj ustav koji najbolje raspoređuje njezine društveno političke snage tako, da svaka od njih što više i što korisnije radi na postignuću opšteg državnog cilja.”²⁵

U svojim razmišljanjima o ustavnoj reformi, Milovanović je izneo i svoj pogled na sadržinu ustavne materije. “Pitanja koja se mogu smatrati kao suština ustavnosti, kao duša ustavnog života jesu ova: da se organizuju razne političke vlasti koje će u ime naroda vršiti narodni suverenitet, da se svakoj od tih vlasti odredi njezin delokrug i da se regulišu njihovi međusobni odnosi, najzad da se odrede izvesna bitna politička prava i slobode svim članovima državnim koje nijedna od političkih vlasti ne sme povrediti”²⁶

Prethodno pitanje koje, prema Milovanoviću, mora biti razrešeno pre koncipiranja ustavnih rešenja je pitanje prirode suverene vlasti i određenje kome ona pripada.²⁷ Pri tome, pojam suverenosti je najtešnje povezan sa samim pojmom države. Sa stanovišta međunarodnog prava, suverenost se izjednačava sa nezavisnošću jedne države prema drugim državama, i ona podrazumeva “pravo svake države da se organizuje u svojoj unutrašnjosti kako za dobro nađe, i da po svojoj volji, i po svojim interesima reguliše svoje pravne odnose sa drugim država, ne vređajući samo pri tom njihova suverena prava”²⁸. No, sa gledišta državnog ili ustavnog prava, “suverenitet je u suštini svojoj isto što i državni autoritet, što

²² S. Jovanović, “Milovan Milovanović”, *Sabrana dela*, knj. 11, Beograd 1990, 212.

²³ M. Milovanović, *Državno pravo i druge ustavnopravne studije*, Beograd 1997, 216.

²⁴ *Ibid.*, 219.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ *Ibid.*, 221.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*

i pravo državino da komanduje svima svojim članovima i da vrši isključivo svoju vlast na zemljištu koje joj pripada”²⁹.

Za Milovanovića nije bilo sumnje da suverena vlast u svakoj državi pripada narodu i ne može pripadati nikom drugom do njemu. “To pravo ne može prisvojiti niti jedan čovek, niti kakva klasa društvena (...) Narod je uvek suveren, a ma kakva bila organizacija državna, onaj koji upravlja državnim poslovima, biće jedino vršilac suverene vlasti, predstavnik suvereniteta narodnog”³⁰. Ipak, iako suverena vlast uvek pripada narodu i može samo njemu pripadati, sav narod, po pravilu, nema neposrednog udela u vršenju celokupne suverene vlasti. U ovom aspektu je Milovanović napravio paralelu sa privatnim pravom, upoređujući pravo na suverenu vlast i udela u vršenju te suverene vlasti sa pravom svojine i slobodnog rukovanja tim pravom. U tom smislu, “narod ostaje suveren, iako organizovane političke vlasti vrše mesto njega suverena prava, isto kao što i vlastodavac ne gubi svoje pravo svojine ili svoje poverilačko pravo tim što je poverio svojim zastupnicima vršenje tih svojih prava”³¹.

Udeo naroda u vršenju svojih suverenih prava zavisi od primene demokratskog načela. Razumljivo je, u čistoj, neposrednoj demokratiji, predstavnik suvereniteta je sam suveren narod koji neposredno daje izraza svojoj volji. Udaljavanjem od čiste demokratije, pojavljuju se razlike između samog prava suvereniteta i između predstavnika suverene vlasti. S obzirom na to da je neposredna demokratija bila nemoguća i u onovremenim uslovima, Milovanović govori da je u praksi nužna predstavnička vladavina u kojima je narod “prinuden da poveri njihovo vršenje raznim političkim vlastima”³². Sve političke vlasti u državi imaju svoj izvor u narodnom suverenitetu. U ustavnoj monarhiji postoje dva vršio-ca suverene narodne vlasti: vladar i narodno predstavništvo.³³ Međutim, mandat narodnog predstavništva je periodičan, dok je vladaru i njegovom potomstvu poveren jednom za svagda mandat da upravljaju zemljom, pod uslovom da se pridržavaju pravila propisanih ustavom, jer “ma koliko da su široka prava poverena takvim mandatom, i vladar, isto tako kao i svaki drugi predstavnik suverene vlasti, vrši svoja prava samo na osnovu pristanka narodnog”³⁴.

Nakon ovih reči, čini se da je Milovanović, bar za jedan korak, bio ispred društveno-političkih prilika toga doba. Jer, postupak donošenja ustava, ali i sama

²⁹ *Ibid.*, 222.

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ibid.*, 223.

³² *Ibid.*, 224.

³³ *Ibid.*, 229.

³⁴ *Ibid.*, 225.

njegova priroda, su svedočili da je suverenost naroda bila unekoliko okrnjena u onovremenoj Srbiji, o čemu će tek biti reči.

Ustav od 1888. – delo radikalnog kralja ili kraljevih radikala

Mada se Ustav od 1888. godine smatra najznačajnijim i najboljim ustavom u istoriji srpske ustavnosti, mnoge činjenice koje su pratile rad Ustavnog odbora svedoče o tome da ovaj ustav ne odlikuje besprekornost demokratske procedure njegovog donošenja. Rad Ustavnog odbora je, na kraljevo insistiranje ostao tajan. Bio je to prepreden način da se pred Velikom narodnom skupštinom izađe prividno složno i uz ucenu da se ustav mora prihvatiti “od korice do korice”, odnosno uz ultimatum tipa uzmi ili ostavi. Sam kralj je ponovio da je za njega usvajanje ustava u obliku koji je dogovoren postalo pitanje časti, kao i da od te svoje namere neće ni za dlaku popustiti.³⁵ Obraćajući se završnim izlaganjem članovima Ustavnog odbora, kralj Milan je svoje reči vešto zaogrnuo upozorenjem, koje nije bilo ništa drugo do prikrivena pretnja: “Dakle, znajte, da Velika Narodna Skupština ili će primiti ovaj Ustav ovakav kakav je od korice do korice, ili ga neće primiti, u kom slučaju Ja prestajem biti vaš predsednik, nego ću onda kao Kralj ove zemlje, kao Srbin činiti svoju dužnost prema zemlji i, budite uvereni da sam Ja sasvim na čisto šta ću onda činiti”³⁶. Uostalom, kralj je sasvim otvoreno prozvao partijske vođe da u njihovim rukama leži odgovornost za usvajanje Ustava, jer “dužnost (je) đeneralštaba pojedinih stranaka, da se u Narodnoj skupštini koriste svojim utecajem, da naredi, da i njihovi članovi prime ovaj nacrt, koji su i kako su ga oni sami sporazumno izradili, i za koji su oni preda Mnom, Kraljem, dali svoj glas. Nu nađu li se u Narodnoj skupštini ljudi, koji neće da prime ovaj nacrt, onda nema mesta nikakvom pravdanju i uvijanju, onda je to nesumnjiv znak: da đeneralštabovi nisu hteli da to zapovede”³⁷.

Značaj uloge Kralja Milana u postupku donošenja ustava, najbolje opisuje način na koji je usvojen odeljak ustavnog teksta posvećen monarhu. Naime, na predlog Riste Popovića, u znak zahvalnosti prema Njegovom Veličanstvu Kralju, deo posvećen pravima monarha prihvaćen je aklamacijom. Ove reči proprćene su jednodušnim usklikima: “Živeo Kralj!”³⁸. Bilo je tu i drugih izliva snishodljivosti. Pera Todorović je iznosio otvorene hvalospeve Kralju Milanu, jer samo je njegova dobra volja omogućila donošenje novog ustava.³⁹ Samo donekle uzdržaniji

³⁵ V. Đorđević, “Gornji dom Srbije”, *Otadžbina*, knj. 30, Beograd 1892, 558.

³⁶ V. Đorđević, “Gornji dom Srbije”, *Otadžbina*, knj. 31, Beograd 1892, 89.

³⁷ *Ibid.*, 92.

³⁸ V. Đorđević, “Gornji dom Srbije”, *Otadžbina*, knj. 30, 557.

³⁹ V. Đorđević, “Gornji dom Srbije”, *Otadžbina*, knj. 28, Beograd 1891, 438.

zvučao je Geršić koji je takođe priznao “da se tek voljom Kraljevom došlo do davno željene i tražene promene Ustava”⁴⁰. Dakle, gotovo svi članovi Ustavnog odbora su držali do činjenice da je samo zahvaljujući kralju Srbija na putu da dobi je novi ustav.

Da bi se na pravi način razumeo odnos između kralja i radikala, neophodno je imati u vidu društveno-političke okolnosti toga doba. Naime, nakon nepromišljeno vođenog rata sa Bugarima i poraza na Slivnici 1885. godine, kao i burnog razvoda od kraljice Natalije, kralj Milan je već rešio da abdicira, ali je svom potomku nastojao da obezbedi mirnu budućnost.⁴¹ S druge strane, nakon debakla Timočke bune 1883. godine, radikali su bili izrazito oslabljeni i unekoliko kooperativniji za postizanje kompromisnih rešenja. Debakl Timočke bune “imao je za posledicu i oprostaj stranke sa dotadašnjim radikalnim političkim programom. Vodeći krugovi stranke, koji se sve više odvajaju od članstva, uverili su se da radikalizam nije put za približavanje vlasti, nego da ih sve više udaljuje od vlasti, koja je njihov glavni cilj”⁴². Kako je to Geršić opravdao: “U državnom životu koliko je važno nešto što se smatra za načelno, toliko je isto važno i ono što se smatra za celishodno”⁴³.

Najdrastičniji dokaz otupelosti oštrice radikala je njihova nespремnost da istraju u nastojanju da se ustavom proklamuje načelo narodne suverenosti, tj. da svaka vlast u državi potiče iz naroda. Podsetimo se da je prvi član radikalskog ustavnog nacrtu iz 1883. godine glasilo: “Srpski je narod suveren u Kraljevini Srbiji. Iz naroda potiče svaka vlast. Narod je izvor i utoka vlasti u državi”. Na primedbe da ovakvo određenje nosioca suverenosti vodi ka ukidanju monarhije, odgovarao je Giga Geršić, koji se pozivao na član 25 Belgijskog ustava koji je predviđao istovetnu proklamaciju i koji je odgovarao da ne bi trebalo da bude sumnje “da su Engleska i Belgija monarhije, i to ustavne monarhije, koje najbolje uspevaju”⁴⁴.

Sastanak Ustavnog odbora koji je održan 27. novembra 1888. godine, započeo je razmatranjem člana 31 budućeg ustava koji se odnosio na državne vlasti i glasilo: “Sve državne vlasti vrše se po odredbama ovoga ustava. Ustav se ne može obustaviti ni u celini ni u pojedinim delovima”⁴⁵. Među nekolicinom predstavnika različitih stranaka koji su se povodom ovog člana ustava javili za reč, iz-

⁴⁰ *Ibid.*, 439.

⁴¹ Lj. Krkljuš, *Pravna istorija srpskog naroda*, Novi Sad 2002, 299.

⁴² S. Stojičić, “Ustav od 1888. godine”, M. Jovičić (ur.), *Ustavi kneževine i kraljevine Srbije 1835-1903*, Beograd 1988, 117.

⁴³ V. Đorđević, “Gornji dom Srbije”, *Otađzbina*, knj. 30, 573.

⁴⁴ M. Pavlović, *Pravna evropeizacija Srbije*, Kragujevac 2008, 259.

⁴⁵ V. Đorđević, “Gornji dom Srbije”, *Otađzbina*, knj. 27, 1891, 488.

dvaja se prvo, smelo obraćanje Dimitrija Katića. On je kao prvi govornik istakao da želi da se “ovde, u ovom članu, izreče načelo narodnog suverenstva, tj. da svaka vlast u državi potiče iz naroda”.⁴⁶ Neko je za ministarskim stolom progundao “izvor i utoka vlasti”.⁴⁷ Nakon ostalih govornika, koji su se razilazili u mišljenjima prevashodno oko same formulacije, redakcije ovog člana Ustava, ali ne i suštinskog pitanja, uvođenja načela narodne suverenosti, Kralj je stavio na glasanje član 31, onako kako je bio predložen. Ovaj član Ustava je bio izglasan u nepromenjenom obliku.

Nakon toga, Kralj je smatrao da je potrebno da uzme reč i da se obrati Dimitriju Katiću, koji je, kako kaže, dok je iznosio svoj predlog o suverenitetu naroda, zaboravio samo nekoliko sitnica. “Zaboravio je da mi ovde ne gradimo ustav za nekakvu republiku, nego za ustavnu monarhiju, u kojoj može biti samo jedan suveren, a to je monarh. Zaboravio je da je ovde reč o Srbiji, a ne o kakvoj zemlji u kojoj je pobedonosna revolucija diktirala pobeđenome vladaocu ustav. Po suverenitetu naroda, g. Katić verovatno ne bi nikada doživeo da sudeluje pri građenju ovako slobodoumnog ustava za Srbiju, a što je doživeo ne samo da pravi takav ustav, nego i da iznosi predloge, tako pune političke mudrosti i obrazovane uljudnosti, kao što je ovaj predlog, to ima da blagodari samo ovoj okolnosti, što Ja, koji sam ne samo po volji narodnoj, nego i po milosti Božjoj, Kralj i Gospodar ove zemlje, *tako hoću*, što sam se po Svojoj dragoj volji, a iz ljubavi prema Mojoj otadžbini odlučio, da joj poklonim bolji i slobodoumniji ustav, onako isto, kao što je veliki osnivač nove srpske države i njene narodne dinastije, Knjaz Miloš poklonio zemlji ustav od 1835, onako isto, kao što je Treći Obrenović, iz svoje sopstvene pobude, dodao svojoj vladarskoj tituli reči ‘i po volji narodnoj’.”⁴⁸

Nakon navedenog izlaganja kralja Milana na Ustavnom odboru, Dimitrije Katić je ponovo jedini zamolio za reč. Međutim, Kralj je autoritativno presecao svaku dalju diskusiju rezolutnim uzvikom: “Ni reči!”. Potom se prešlo na dalje razmatranje odredaba predloga ustava.⁴⁹ Zbog toga, iako kralj Milan u tom odboru nije samo predsedavao, već je i uzimao završnu reč i postavljao pitanje o kome će se glasati, nije moguće u potpunosti prihvatiti zapazanje Slobodana Jovanovića da kralj Milan nije hteo da preseca stvari svojim kraljevskim autoritetom, već da je želeo da pobedi svojim razlozima i retorikom.⁵⁰

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ *Ibid.*, 489.

⁴⁹ V. Đorđević, “Gornji dom Srbije”, *Otadžbina*, knj. 27, 1891, 489.

⁵⁰ S. Jovanović, “Milovan Milovanović”, 212.

Mada je bio prisutan na toj sednici Ustavnog odbora, Giga Geršić se ni u jednom trenutku dok se raspravljalo o narodnoj suverenosti nije javio za reč. Nije nam dao uverljive dokaze svoje teorije narodne suverenosti, niti je praktično pokazao da je narod taj koji prelama u slučaju sukoba s kraljem. Upravo se Giga Geršić našao na srednjem putu koji je toliko kritikovao. Kao da se, poput nemačkih pisaca koje je kritikovao, prepustio slučaju i osobinama ličnosti vladara, bez zalaganja za utemeljenje čvrstih ustanova na kojima se mora zasnivati ustavna monarhija. Ovaj sukob između kralja i naroda se upravo završio na osnovu prava jačeg, a to je bio kralj. Kao što su nemački pisci koje je Geršić žestoko kritikovao vezivali ustavnu monarhiju za nacionalni nemački model pod uticajem istorijskih i društvenih okolnosti, isto je tako i Geršić pristao na srpski srednji model, koji se, čini se, u praksi nije mnogo razlikovao od nemačkog modela toga doba. On nije imao smelosti da se založi za priznanje načela narodne suverenosti koje, kako je isticao, mora biti osnova prave ustavne monarhije.

Ustav od 1888. godine spada u kategoriju ustavnih paktova i kralj je neprestano podvlačio da za donošenje ovog ustava treba zahvaliti njegovoj dobroj volji i slobodoumnosti. Očigledno, njemu je jedino bilo stalo da umiri političke strasti, uspostavi kompromis između političkih stranaka i obezbedi miran politički život svojoj dinastiji. Zbog takvog cilja Kralj je bio spreman na sve. On nije prezao ni od otvorenih pretnji, koje je uputio Ranku Tajiću i Dimitriju Katiću koji su odbili da potpišu predlog ustavnog teksta dogovoren na Ustavnom odboru. Tada je Kralj zapretio radikalima da će primeniti mere koje je vlada Nikole Hristića već primenila.⁵¹ Kako je ostalo zabeleženo, "njegovo praskanje bilo je strahovito; sve je zanemelo od čuda"⁵². O čemu je zapravo bilo reči?

Za vreme rada Ustavnog odbora, kralj je preduzimao značajne vojne mere. Beogradski garnizon koji je brojao 3.000 ljudi, uvećan je za još 1.200 vojnika, 7-8 potpukovnika je vanredno unapređeno u pukovnike, a Narodno pozorište, gde je Velika skupština trebalo da se okupi, telegrafski je povezana sa dvorom i sa kasarnama. Ostaje dilema da li se radikalima zaista pripremala Vartolomejska noć u režiji Kralja Milana.⁵³ U svakom slučaju, ostalo je zabeleženo da je pri usvajanju ustava Kralj raspolagao i drugim argumentima, koji su izgleda bili daleko delotvorniji od samih reči.

Uostalom, istorijske činjenice ukazuju na to da je kralj Milan bio neiskren u svojim nastojanjima da Srbiji podari slobodouman ustav. Naslednik njegovog

⁵¹ V. Jovanović, "Ustav od 'korica do korica' (neki manje poznati detalji oko Ustava iz 1888.)", *Zbornik matice srpske za istoriju*, 56/1997, 197.

⁵² R. Milošević, *Timočka buna*, Beograd 1923, 291.

⁵³ V. Jovanović, 197-198.

prestola, kralj Aleksandar, je u razgovorima sa predstavnicima Liberalne stranke od kojih je očekivao mišljenje o Ustavu iz 1901. godine, pročitao jedan stav iz memoranduma kralja Milana, napisanom na francuskom jeziku, u kome on objašnjava da je dao Ustav da bi kompromitovao i samu slobodu.⁵⁴ Takođe, Stojan Novaković je tvrdio da mu je jedan od najodanijih prijatelja kralja Milana, na dan usvajanja ovog ustava, rekao: "Svi su vikali i tražili što slobodumniji ustav; zato sam ga i dao hoteći da dovedem to pitanje do apsurdnosti i da tako dokažem da za Srbiju još nije takav ustav"⁵⁵. Prema tome, Ustav je bio samo sredstvo da se pridobije lojalnost radikala kruni.⁵⁶

Sve u svemu, čini se da odgovor na pitanje da li je Ustav od 1888. godine zaista predstavljao punu pobjedu radikala u nastojanju da se ograniči vladar ipak nije jednoznačan, kako se to često navodi u literaturi. Postupak donošenja Ustava, ali i sama njegova priroda, pokazuju da je suverenost naroda bila unekoliko okrnjena u onovremenoj Srbiji. U srpskoj ustavnoj politici se u tim trenucima preplitala narodna suverenost sa kraljevom prerogativom, a srpska pravna nauka toga doba bila je spremna da podrži jednu takvu hibridnu `srednju` koncepciju, sa kojom na čisto teorijskom planu nije do kraja bila saglasna. Tako je u Ustavu od 1888. godine obezbeđeno, barem na normativnom nivou, zajedničko delovanje monarhove i narodne suverenosti, pri čemu je u samom procesu donošenja Ustava radikalni kralj u suštini, pogotovo politički, ipak odneo prevagu nad radikalima koji su u međuvremenu doživeli preobražaj i od narodnih postali kraljevi radikali.

⁵⁴ Navedeno prema: J. Prodanović, *Ustavni razvitak i ustavne borbe u Srbiji*, knj. 4-6, Beograd 1936, 282.

⁵⁵ *Ibid.*, 283.

⁵⁶ V. Jovanović, 200.

VLADAN PETROV, Ph.D.,

Associate Professor, Faculty of Law, University of Belgrade

DARKO SIMOVIĆ, Ph.D.,

Associate Professor, Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade

DRAGUTIN AVRAMOVIĆ, Ph.D.,

Assistant Professor, Faculty of Law, University of Novi Sad

1888 CONSTITUTION OF SERBIA – THE ACT OF KING'S SOVEREIGNTY AND/OR POPULAR SOVEREIGNTY?

Summary

It is common to talk about the 1888 Constitution of the Kingdom of Serbia as the brightest spot of Serbian constitutionality, in regard to its content, and also in regard to the procedure of its enactment. Giga Geršić and Milovan Milovanović, two distinguished legal theoreticians, participated in constitution-making process. In their papers they strongly advocated the idea of popular sovereignty. Still, considering all circumstances which followed the Constitution enactment, it seems that these two theoreticians, in practice, were ready to leave their main idea. The idea of popular sovereignty did not become the integral part of the 1888 Constitution, in spite of the fact that these two influential theoreticians were involved in its creation. However, this Constitution is considered today to be the result of both, sovereignty of people and king's will.

MILE DMIČIĆ

O BOSANSKOHERCEGOVAČKOJ “NEDOVRŠENOJ DRŽAVI”, “PODIJELJENOM DRUŠTVU” I “NARODIMA BEZ USTAVNOG PATRIOTIZMA”

U V O D

Nakon skoro dvije decenije, Bosnu i Hercegovinu, kao državu sui generis, u osnovi, karakteriše svojevrсна trijada: prvo, u državnompravnom smislu ona je savezna država, drugo, sve govori u prilog konfederalnog odnosa saveza država, i treće, ona funkcioniše kao specifičan vojni, civilni i politički međunarodni protektorat, pod zaštitom i vrhovnim nadzorom međunarodne zajednice “koji još uvijek traje i bitno utiče na konstituisanje i ostvarivanje političke vlasti u svakoj od ovih državnompravnih jedinica”.¹

Stiče se utisak da sa propašću projekta stvaranja ranije “demokratske jugoslovenske...”, analogno u pitanje se dovodi i ostvarivanje projekta “dejtonske BiH”, pa se stiče utisak da ona opstaje samo zahvaljujući međunarodnom protektoratu. Naravno da sa “...tri nacionalno podijeljene i suprotstavljene 'kulture sjećanja', Bosanci i Hercegovci nisu mogli da izgrade jedinstvenu političku kulturu na kojoj bi bila nadgrađena zajednička država.”² I sa stanovišta normativne i empirijske teorije, “...dok je autentičnom međunarodnom pristupu data prednost u odnosu na pristup pojedinačnim državama ili sistemima...”³ očigledno je da se suprotsta-

Dr Mile Dmičić, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjoj Luci.

¹ A. Fira, *Ustavno pravo Bosne i Hercegovine*, N. Sad, 2002. 59.

² N. Kecmanović, *Nemoguća država*, “Glas Srpske”, Banja Luka, 2007, 8.

³ E. Hejvid, *Politika*, “Klio”, Beograd, 2004, 6.

vljena gledišta ne odnose samo na BiH, već i na njeno neposredno okruženje, kao i na mnogo širi, globalni nivo.⁴

Stanje i uloga “međunarodne zajednice” sve više se odražavaju na održivost i stabilnost ustavnog, pravnog i političkog poretka Bosne i Hercegovine, koje se “...odlikuje ekonomskom, kulturnom, nacionalnom i drugom složenosti i različitosti.”⁵ Zbog stalnog dovođenja u pitanje samog njenog postojanja, Bosna i Hercegovina se nalazi u političkoj, ekonomskoj i socijalnoj krizi, jer, umjesto da se rješavaju njeni krupni problemi - preovlađuju tzv. “prethodna pitanja” - ideološki i politički obračuni, potežu se razni argumenti - od istorijskog naslijeđa do nacionalnih, konfensionih i ideoloških pitanja. Time se i prošlost i sadašnjost tumače u kontekstu trenutnih interesa političkih lidera, elita, nacionalnih i religijskih grupa, pa skoro da i “nema čak ni pokušaja da se verbalne bitke o bosanskohercegovačkoj zbilji povežu sa nekim višim i dugoročnijim ciljevima. Sve se svodi na pokušaje da se trenutnim političkim ciljevima, nerijetko prijetnjama i uslovljanjima, pokuša dati dublji smisao”. Stoga se kontinuirano javlja pitanje: “mora li bosanskohercegovačko društvo biti podijeljeno...”, zašto njegova integracija teče sporije od integracije države i izgradnje njenog institucionalnog sistema. Pored ostalih, posebno se ističu dva razloga za to: prvi, integracija društva je po svojoj prirodi sporija od integracije države, jer je za to ne postoji politička volja domaćih ni stranih političkih subjekata, koji još uvijek odlučujuće utiču na ustavnopravni okvir i izgradnju institucionalnog sistema i drugi, sa integracijom društva je drugačije, jer ona ne podrazumijeva samo političku volju, već i ispunjenje mnogih drugih uslova: uspostavljanje ekonomskih i kulturnih veza, osjećaj pripadnosti zajednici, određenu političku kulturu, međunacionalnu i vjersku toleranciju, spremnost političkih elita na saradnju i kompromis, saglasnost o organizaciji, strukturi i funkcionisanju državne vlasti. Stoga su, istovremeno “...za opstanak bosanskohercegovačkog društva i države podjednako opasne obje krajnosti – unitaristička (u blažoj formi regionalistička) i separatistička (u blažoj formi konfederalistička).”⁶

Bitno je istaći i to da nakon “tragičnih sukoba u regionu”, tokom cijelog postdejtonskog perioda “... ne samo da su ostale iste političke stranke, sa nepromijenjenim ideologijama, nego su ostali i mnogi ratni lideri, koji su parlamentarno i stranačko djelovanje doživljavaju samo kao nastavak rata drugim sredstvima.

⁴ M. Kasapović, *Bosna i Hercegovina: Deset godina nakon Dejtona*, “Status”, Magazin za političku kulturu i društvena pitanja, Mostar, br. 8/2006, 70.

⁵ S. Perović, *Ostvarivanje ljudskih prava u Republici Srpskoj prema međunarodnim standardima*, referat na naučnom skupu “Republika Srpska – deset godina Dejtonskog mirovnog sporazuma”, ANURS, Banja Luka, 2005, 149. D. Bataveljić, *Od Evropskog ustava ka Evropskom federalizmu*, Zbornik radova Ustav lex superior, Udruženje za ustavno pravo Srbije, Beograd, 2004, 43.

⁶ G. Marković, “Mora li Bosna i Hercegovina biti tamni vilajet”, “Novi plamen”, broj 13, Zagreb, Godina V, 18.

Ne postoji konsenzus vladajućih političkih, odnosno parlamentarnih stranaka,⁷ već, uglavnom, moć nad procesima ima tzv. međunarodna zajednica, njene organizacije i asocijacije. Objektivno, dejtonska Bosna i Hercegovina se pojavljuje kao jedina država u regionu, a i jedna od rijetkih u Evropi, za koju se govori da ne može postojati. Stoga se, opravdano ukazuje na potrebu uspostavljanja konsenzusa predstavnika vladajućih, odnosno parlamentarnih stranaka i njihovih lidera i "...kanala komunikacije između vlasti i onih kojima se vlada" (E. Hejvud).

Istovremeno, i dalje se loše stanje i odnosi, najčešće opravdavaju globalnom krizom i nesređenim unutrašnjim prilikama. Zato postoji utisak da je u prvim poslijedejtonskim godinama bilo više optimizma, i da, kako vrijeme odmiče, optimizma je sve manje. Stoga se i postavlja pitanje da li su u Bosni i Hercegovini kvalitativne promjene moguće, kakve i kada.

O BOSNI I HERCEGOVINI I NJENIM ENTITETIMA I DISTRIKTU

Bosna i Hercegovina, zasnivajući se na principu ravnopravnosti dvaju entiteta i triju konstitutivnih naroda, sa specifičnim i složenim državnim i društvenim uređenjem po mnogo čemu, ispoljava se u nizu federalno-konfederalnih elemenata, u prvom redu, postojanju dviju teritorijalnih i političkih organizovanih jedinica i deset teritorijalno, pravno, politički i kulturno samostalnih kantona, sa Brčko distriktom koji *de iure* ne predstavlja treći entitet, ali je *de facto* organizovan kao novi entitet. Federacija Bosne i Hercegovine, takođe, ima složen oblik državnog uređenja, odnosno sastoji se od deset kantona. Ona je uređena po Vašingtonskom sporazumu donesenom prije Dejtonskog mirovnog sporazuma. Nadalje, neracionalnost organizacije i nefunkcionalnost vlasti u Bosni i Hercegovini ogleda se u asimetričnosti i postojanju velikog broja, posebno, izvršnih i upravnih organa, u prvom redu, u Federaciji BiH. Pri tome, nekritički se pristupa Vašingtonskom sporazumu, kojim su zaustavljeni sukobi između bošnjačkog i hrvatskog naroda, ali i stvoren konfederalni savez sa jednom susjednom državom, kao i svojevrsni oblik koalicije pomenutih dvaju naroda protiv trećeg, srpskog naroda.

Osnovno pitanje je to da li Bosna i Hercegovina i dalje mora "...biti tamni vilajet", "podijeljeno društvo", "nedovršena" odnosno "nemoguća država" ili "država apsurda", u kojoj postoji ..."gubitak državnog suvereniteta, uz naglašenu pretpostavku nadležnosti entiteta i umanjen obim nadležnosti države, sa naglašenom ulogom političkih snaga odnosno grupa ili političkih lidera u procesu funkcionisanja ustavnog i pravnog sistema kao i u eventualnim ustavnim promjenama."⁸

⁷ Nepostojanje konsenzusa "nadomještao" Visoki predstavnik međunarodne zajednice, koji je donio više stotina odluka i na osnovu njih proglasio najvažnije reformske zakona pa i ustavne promjene.

⁸ Vid.: Mišljenje o ustavnoj situaciji u BiH i ovlaštenjima visokog predstavnika, Venecijanska komisija, 11. mart 2005. i Izvještaj Evropske komisije o napretku Bosne i Hercegovine u 2011. godini, od 12.10.2011. godine. Postoje i mišljenja o tome da ograničene odgovornosti koje je državi

Neophodno je u svim analizama, polaziti od osnovnih obilježja države i društva – multinacionalnosti i multikonfesionalnosti, istorije, kulture i tradicije, entitetske zastupljenosti i načina glasanja i odlučivanja, sastava institucija i mehanizama zaštite entitetskog i vitalnog nacionalnog interesa konstitutivnih naroda, što je navedeno i u preambuli i osnovnim odredbama Ustava Bosne i Hercegovine. Ovi principi su ustavnopravno obavezujući, na njima se zasnivaju institucionalna organizacija, struktura i funkcionisanje ukupnog društva i države Bosne i Hercegovine i njenih državotvornih dijelova. Zato je, zasigurno, opstanak i bezbijedan život bosanskohercegovačkih naroda i njihovih političko-teritorijalnih zajednica jedino mogući na osnovu dejtonskog mirovnog dokumenta,⁹ tim prije što se Bosna i Hercegovina kao država još uvijek konstituiše. Zato je, u prvom redu, potrebno postići saglasnosti o uzrocima, karakteru i posljedicama tragičnih sukoba, utvrditi istinu i postići jedinstveno stanovište o konačnom modelu države i društva Bosne i Hercegovine.

Kao međunarodni ugovor javnopravnog karaktera, i na Dejtonski mirovni sporazum u cjelini se odnosi stara i opšteprihvaćena pravna maksima “pacta sunt servanda”¹⁰, prema kojoj se svi moraju držati i provoditi je, a ne mijenjati. Promjene dejtonskih rješenja aktima visokog predstavnika, ustavnih sudova, odlukama parlamenata, ustavnim promjenama, činjene su, i dalje se čine. U posljednje vrijeme i predstavnici hrvatskog naroda, uz pomoć međunarodne zajednice, traže promjene dejtonskih rješenja, jer su protiv dvoentitetskog uređenja, naglašavajući da su marginalizovani kao konstitutivni narod, naročito u Federaciji BiH, i da je potrebno obrazovati i treći entitet.¹¹ Takođe, i zahtjevi za brojnim reformama, koji se postavljaju kao uslov za evropske institucije, u stvari utiču na prenos nadležnosti sa entiteta na zajedničke organe i institucije BiH, što na neustavan način mijenja Dejtonski mirovni sporazum na štetu entiteta i ustavnog uređenja zemlje.¹² Pri tome, neophodno je imati u vidu i to da, prema mišljenju nekih autora,

dao Ustav Bosne i Hercegovine nisu bile dovoljne da se obezbijedi funkcionisanje moderne države. Korišćenje nekih opštih odredaba u Ustavu i njihovo široko tumačenje doprinijelo je da se značajno prošire ovlaštenja na državnom nivou, posebno putem prenosanadležnostientiteta na nivo Bosne i Hercegovine.

⁹ G. Mijanović, *Podjela nadležnosti između institucija Bosne i Hercegovine i entiteta*, uvodno izlaganje, Okrugli sto u Banjoj Luci, 25.11.1999, 78.

¹⁰ Vid. B. Krivokapić, *Leksikon međunarodnog prava*, Radnička štampa i Institut za uporedno pravo, Beograd, 1998, 329. “Pacta sunt servanda (lat: ugovori se moraju poštovati) predstavlja jedno od najstarijih običajnih pravila i jedno od osnovnih načela međunarodnog ugovornog prava čija je funkcija da obezbijedi dosljedno poštovanje i izvršenje međunarodnih ugovora u dobroj vjeri.”

¹¹ Vid. A. Fila, *Enciklopedija ustavnog prava bivših jugoslovenskih zemalja*. Tom IV, Ustavno pravo BiH, SANU – Agencija “Mir” Novi Sad 2002, 48.

¹² Postoje brojna, veoma različita mišljenja o dejtonskoj Bosni i Hercegovini: ne postoji zajednički politički identitet; vidljiv je etnički, kulturni, nacionalni i ideološki antagonizam; nameće se stalna dilema da li hoće i do kada će ova država opstati.

"sasvim je sigurno da je pravna valjanost Opšteg okvirnog sporazuma za mir zajedno sa Aneksom 4 pravno problematična".¹³

Nerijetko se zaboravlja to da sve strane ugovornice i međunarodna zajednica imaju obavezu da poštuju mirovni sporazum, kao trajno i sveobuhvatno rješenje ratnih sukoba i državnog uređenja Bosne i Hercegovine. A nakon toga, u kontinuitetu, proces tranzicije, demokratizacije i traženja odgovarajućeg ustavnopravnog modela BiH moguće je posmatrati u kontekstu ocjene stanja u svijetu kraj prethodnog i na početku ovog vijeka koji karakteriše "...preferisanje sasvim prirodno arena sile kao i mjere ekonomskog rata i pritisaka...".¹⁴ Tome, nasuprot Opštem okvirnom sporazumu (Aneksu H), doprinose – posebno visoki predstavnik za Bosnu i Hercegovinu, koji je nerijetko "izlazio" iz svog ovlašćenja iako su mu onia davala mogućnost samo "...da nadgleda sprovođenje mirovnog rješenja, održava tijesne kontakte sa stranama ugovornicama i koordiniše aktivnosti civilnih organizacija i agencija u Bosni i Hercegovini, poštujući pri tome njihovu autonomiju u okviru njihovog djelokruga."¹⁵ U vezi sa Dejtonskim mirovnim sporazumom kao aktom niže hijerarhije od Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, a s obzirom na to da je ovaj mirovni sporazum *lex specialis* i "...koji ne sme biti u suprotnostisa *lex generalis*, ali kada njega više nema, onda nema druge nego se vraćati na akte više hijerarhije i najviše hijerarhije, a to su konvencije Ujedinjenih nacija. Prema tome, da zaključimo ...mi se moramo boriti pravnim argumentima i svim pravnim sredstvima za očuvanje tog temelja ova-kve konstitucije države."¹⁶

Osnovna obilježja Ustava i ustavnopravnog i političkog sistema i poretka

1. Poslije skoro dvije decenije od stvaranja i funkcionisanja dejtonske Bosne i Hercegovine, Ustav¹⁷ i ustavno uređenje Bosne i Hercegovine i njenih entiteta,¹⁸

¹³ E. Šarčević, *Ustav iz nužde*, Sarajevo, 2010, 421.

¹⁴ Vid.: N. Čomski, *Kontrolisana demokratija*, CID Podgorica 1999, 432.

¹⁵ R. Kuzmanović, "Vrijeme starateljstva i tutorstva, prošlost", *Argumenti*, Banja Luka 2009, 13.

¹⁶ S. Perović, Riječ na Savjetovanju "Oktobarski pravnički dani", *Pravna riječ*, časopis za pravnu teoriju i praksu, Banja Luka 30/2011, 25.

¹⁷ Prečišćeni tekst Ustava Republike Srpske ("Službeni glasnik Republike Srpske", broj: 21/92) sadrži osnovni tekst Ustava i Amandmane I–XXV, a potom prečišćeni tekst u knjizi: *Ustav Republike Srpske*, sedmo izdanje, "Grafomark", Banja Luka, 2007.

¹⁸ M. Jovičić, *Razmatranje o "najboljem" ustavu*, Beograd, 1984, 441–442 i 444. Ovaj autor, pored ostalog, ističe: "Prilikom svakog raspravljanja o najboljem ustavu, neophodno je razlikovati raspravljanje o "kvalitetima samog ustava kao dokumenta, pravnog akta kojim se postavljaju osnovi državnog i društvenog uređenja, na jednoj strani, i o rješenjima koja ustav sadrži, na drugoj strani. Ova dva pristupa mogu dovesti do sasvim različitih rezultata, jer je poznato da ustavi urađeni primjenom dobre ustavnopravne tehnike, koji se odlikuju lijepom formom, koji se, sa zanatske tačke gledišta, mogu ocijeniti kao uspjele tvorevine, ne moraju istovremeno sadržati i dobra rješenja,

u ustavnopravnoj teoriji i praksi, pobuđuju istraživačku radoznalost i predmet su naučnih i stručnih analiza. Ustav¹⁹ je okvir za njeno uređenje i funkcionisanje. On je “u stvari multilateralni međunarodni ugovor”,²⁰ koji sadrži mnogo novoga i do sada nepoznatog u našim uporednim, ustavnim i političkim sistemima. Po načinu njegovog donošenja on je *defacto* “podareni” ustav, jer se o njemu nisu izjašnjavali ni parlamenti države i entiteta niti građani referendumom. Njime je proklamovano asimetrično uređenje. Za našu stvarnost, realan i dobar ustav je “kada on odgovara stvarnom stanju, realnim odnosima sila koje u zemlji postoje, jer samo ovakvi ustavi mogu biti istinski, ostvarivi – oni žive u praksi,”²¹ da obezbjeđuju političku, ekonomsku, socijalnu i kulturnu integraciju, osnovu državnog i društvenog uređenja, stabilizaciju, racionalizaciju i zaštitu.²² Svako pristupanje promjeni ustava moralo bi biti”...poduhvat kojim se oni koji vladaju, kao i sami građani, preporučuju sopstvenom odanošću suštinskim vrijednostima u datom društvu, svojom zrelošću, znanjem, umijećem i razumijevanjem.”²³ Međutim, brojni autori ističu da je Bosna i Hercegovina “...cilj međunarodne zajednice, ali ne i kao država vlastitih naroda niti država koju su oni stvarali.”²⁴

S obzirom na to, neophodan je konsenzus o tome da Ustav mora da sadrži najvažnije pravne i političke norme države i društva, odnosno državnog i političkog sistema , jer “svaki ustav je jedan konkretan akt, koji služi konkretnom poretku i konkretnom društvu.”²⁵ Istovremeno, “...pod ustavom podrazumijevamo javni akt ili dokument koji predstavlja osnovni i najviši zakon u jednoj zemlji i koji rješava osnovne društveno-političke odnose te zemlje, naročito pitanje formiranja, funkcionisanja i ovlašćenja političke vlasti, postavljajući istovremeno i grani-

prilagođena potrebama društva, kao što je moguća i obrnuta situacija... Razumije se, pitanja vezana za formu ustava ne mogu se u potpunosti odvojiti od sadržinskih rješenja ustava, jersu u velikoj mjeri njima uslovljena. Ustavne odredbe, kao okviru koji se smješta određena sadržina, moraju biti u funkciji opšte koncepcije državnog i društvenog uređenja koje se ustavom određuje...”

¹⁹ Ustav Bosne i Hercegovine, V. Popović, V. Lukić: *Dokumenti Dejton–Pariz*, Banja Luka, 1997, 72–73.

²⁰ M. Popović, *Pravna priroda Republike Srpske*, Naučni skup: Izgradnja i funkcionisanje pravnog sistema Republike Srpske, Banja Luka 1977, 54.

²¹ R. Kuzmanović: *Ustavno pravo*, Banja Luka 2002, 65.

²² E. Šarčević, *Dejtonski ustav: Karakteristike i karakteristični problemi*, fondacija”Konrad Adenauer”, Sarajevo 2009, 61.

²³ D. Johnstone, *Nato and the New World Order*, London 2000, 14.

²⁴ R. M. Hajden, *Skice za podjeljenu kuću – Ustavna logika jugoslovenskih sukoba*, Beograd, 2003, 159.

²⁵ R. Lukić, *Pojam ustava. Ustav kao najviši pravni akt*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, XIV 1980, str. 17. R. Lukić smatra da “u ustav u formalnom smislu kao najviši pravni akt treba da uđe ustav u materijalnom smislu, tj. one norme koje ustavotvorac... smatra toliko važnim da želi da im obezbijedi veću pravnu snagu, veću postojanost nego ostalom dijelu pravnih normi.”

ce akcije i vlasti u odnosu na društvo, a naročito na izvjesnu sferu koja garantuje integritet ličnosti čovjeka i elementarna ljudska i politička prava koja su ujedno i sredstva ograničenja vlasti.²⁶ Ali, u našim uslovima ni ustav nije "akt sa statusom vrhovnog zakona (lex superior), koji svojom suštinom znači vrhovno određenje cjeline pravnog i državnog uređenja, onoga što je odlučujuće za biće društva koje se tim uređenjem konstituisalo."²⁷ On, konačno, ne "...predstavlja sastavni i u pravom smislu najelitniji dio političke i pravne stvarnosti zemlje."²⁸ Ovvremeno, on je u bosanskohercegovačkoj stvarnosti "isto onoliko realan koliko su realni država i pravo."²⁹

2. Umjesto opredjeljivanja za jedan od poznatih oblika državnog uređenja, Ustav utvrđuje da se Bosna i Hercegovina sastoji iz dva konstitutivna, ustavotvorna entiteta: Federacije Bosne i Hercegovine i Republike Srpske, koji imaju samostalnost i sve državne funkcije i nadležnosti osim ovih koje su Ustavom Bosne i Hercegovine izričito prenesene na njene institucije, kao što se to čini u složenim državama (član III tačka 3a). "Uvidom u podjelju nadležnosti se može zaključiti da su neki poslovi u isključivoj nadležnosti države, drugi u isključivoj nadležnosti entiteta, a treći u njihovoj zajedničkoj nadležnosti... Budući da je jedan entitet uređen unitarno a drugi federalno, Bosna i Hercegovina je asimetrična federacija."³⁰ U raspodjeli nadležnosti zastupljen je model koji više znači kompromis između težnje za očuvanje cjelovitosti Bosne i Hercegovine i potpune samostalnosti entiteta, koji imaju sve državne funkcije i nadležnosti osim onih koje su Ustavom Bosne i Hercegovine izričito prenesene na njene institucije, kao što se to čini u složenim državama (član III tačka 3a), po čemu je Bosna i Hercegovina složena država sui generis koja se nalazi i pod specifičnim međunarodnim protektoratom.³¹

Sistem podjele nadležnosti između državnih subjekata u složenim državnim zajednicama predstavlja ključno, najsloženije i najdelikatnije pitanje organizacije i funkcionisanja tih zajednica. U višenacionalnim zajednicama taj sistem može pospešiti, ali i komplikovati, međunacionalne odnose i rješavanje nacionalnog pitanja, čime problem dobija značajnu političku dimenziju.³² Nadalje, to ukazuje

²⁶ Isto, 19.

²⁷ P. Nikolić, *Ustavno pravo*, Beograd, 1993, 273–277, vidi šire: M. Jovičić, *Ustav SR Jugoslavije – akt koji srpska pravna nauka ne prihvata*, Pravni život, Beograd 7–8/92; M. Jovičić, *O ustavu – Teorijsko-komparativna studija*, Beograd, 1977.

²⁸ Isto, 223.

²⁹ H. Kelsen, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatslehrer, Verhandlungen der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer zu Wien am 23. und 24. April 1928. Heft 5., Berlin und Leipzig 1929. S. 36.

³⁰ G. Marković, *Bosanskohercegovački federalizam*, Beograd–Sarajevo, 2012, 452.

³¹ Vidi: *Predlog Amandmana na Ustav Bosne i Hercegovine*, Sarajevo, 25. mart 2006. "Nezavisne novine", Banja Luka, 7. april 2006.

³² Vidi: M. Jovičić, *Veliki ustavni sistemi*, Beograd, 1984.

na specifičnost nadležnosti institucija Bosne i Hercegovine, a ne Ustavom utvrđene funkcije (prava i dužnosti) Bosne i Hercegovine.³³ Tako je prenošenje nadležnosti sa entiteta na nivo Bosne i Hercegovine (osnivanje ministarstava, brojnih agencija, direkcija, kancelarija, zavoda, instituta i službi) postalo stalna pojava koju uglavnom podržava i vrlo često sprovodi međunarodna zajednica (nametanjem ustavnih promjena, zakona, odluka). Dakle, takozvane "...tihe i neregularne promjene su bile konstantne i one su više promijenile ustavni model državnog i društvenog uređenja Bosne i Hercegovine nego redovne i legalne ustavne promjene."³⁴

Dodatne nadležnosti smatraju se problematičnim i osjetljivim pitanjem koje su u praksi kamen spoticanja zato što mijenjanje usvojene podjele nadležnosti može ozbiljno poremetiti Ustavom utvrđenu ravnotežu između državnih subjekata – entiteta u Bosni i Hercegovini i posebno stimulisati tendencije centralizacije i unitarizacije. Navedeno ukazuje na to da su ustavni odnosi između Bosne i Hercegovine i entiteta "...vrlo složeno, delikatno i suptilno pitanje, koje ne podnosi *ad hoc* tumačenja, improvizacije i simplifikacije..."³⁵

Ustav uređuje osnovnu organizaciju vlasti samo na nivou Bosne i Hercegovine kao cjeline (član IV do VII). Dakle, organizacija vlasti u entitetima, kako na nivou entiteta, tako i u lokalnim jedinicama, nije obuhvaćena Ustavom Bosne i Hercegovine. To se bitno razlikuje od odnosa u većini savremenih složenih država. Međutim, potrebna je institucionalna dogradnja državne strukture u mjeri kojom se Parlamentarnoj skupštini, Predsjedništvu kao kolektivnom šefu države i Savjetu ministara stvaraju uslovi da efikasno ostvaruju svoje Ustavom i zakonom uspostavljene nadležnosti.

Pri tome, Parlamentarna skupština, kao predstavničko tijelo i nosilac ustavotvorne i zakonodavne vlasti, sa svojim dvodomnim sastavom, načinom njenog izbora, odlučivanja i rada, kao i položajem i ovlašćenjima vijeća, ukazuje na to da je riječ o organu vlasti složene države. Prihvatljivo je postojanje dvodomnog sistema, povećanje broja članova oba parlamentarna vijeća, sa mogućim uvodnjem načela o njihovom neposrednom izboru, izboru članova iz reda "Ostalih", kao i poboljšanje načina i efikasnosti odlučivanja.

U trodiobi državne vlasti Ustavni sud Bosne i Hercegovine zauzima posebno mjesto i čini svojevrstu "četvrtu vlast ili međuvlast". Potrebno je naglasiti "...da se donošenjem Ustava Bosne i Hercegovine i ustanovljenjem Ustavnog suda Bosne i Hercegovine ne mijenjaju niti ograničavaju nadležnosti ustavnih suda-

³³ G. Mijanović, *Podjela nadležnosti između institucija Bosne i Hercegovine*, Zbornik sa naučnog skupa "Podjela nadležnosti između institucija Bosne i Hercegovine i entiteta", ANURS, Banja Luka – Srpsko Sarajevo, 2000, 11–27.

³⁴ R. Kuzmanović, *Ustavne promjene između stvarnog i normativnog*, u knjizi *Eseji o ustavnosti i zakonitosti*, Banja Luka, 2004, 376.

³⁵ G. Mijanović, *Sistem zaštite ustavnosti i zakonitosti u Republici Srpskoj*, Zbornik sa naučnog skupa, "Izgradnja i funkcionisanje pravnog sistema Republike Srpske", Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci, Banja Luka, 1997, 33.

va entiteta.”³⁶ Međutim, stoji činjenica nepostojanja (ustavnog) zakona o Ustavnom sudu Bosne i Hercegovine i Vijeća za zaštitu nacionalnih interesa, koji imaju ustavni sudovi entiteta. Najveće odstupanje od klasične ustavne koncepcije evropskih ustavnih sudova predstavlja nadležnost “Ustavnog suda Bosne i Hercegovine da ima apelacionu jurisdikciju po pitanjima iz Ustava koja proizlaze iz presuda bilo kog suda u Bosni i Hercegovini”,³⁷ kao i to da trojicu sudija i dalje imenuje predsjednik Evropskog suda za ljudska prava.

Ustavom Bosne i Hercegovine nije uspostavljena treća poluga vlasti – sudski odnosno pravosudni organi. Stoga osnivanje Suda i Tužilaštva, koji su nametnuti odlukom (zakonom) visokog predstavnika, nema ustavnopravni osnov. U okviru strukturisanog dijaloga organa Bosne i Hercegovine i entiteta sa organima Evropske unije, prvenstveno, moguće je restruktuisanje pravosudnog sistema na nivou Bosne i Hercegovine (Sud, Tužilaštvo, Visoki sudski i tužilački savjet i dr.), ali ne i formiranje državnog vrhovnog suda. Neophodno je, nadalje, da se ostvaruju simetrična rješenja i ujednačena praksa u oba entiteta kada se odlučuje o vitalnom nacionalnom interesu, putem ustanovljenog Vijeća odnosno Savjeta za zaštitu vitalnih interesa ustavnih sudova entiteta, koji imaju isti broj sudija i istog nacionalnog sastava, kao i uspostavljanje odgovarajućeg tijela Ustavnog suda Bosne i Hercegovine. Centralna banka je ustanovljena kao jedina vlast za emitovanje novca i monetarnu politiku u Bosni i Hercegovini (član VII).

Ustav Bosne i Hercegovine ne poklanja veću pažnju državnoj upravi, tretirajući je samo u okviru izvršne vlasti, i to na nivou institucija Bosne i Hercegovine. Nadalje, Ustav Bosne i Hercegovine utvrdio je osnovne elemente ekonomskih odnosa i sistema i osnove za uspostavljanje stabilnog, liberalnog i bezbjednog privrednog okruženja u Bosni i Hercegovini. Međutim, velike teškoće su i u tome što se u procesu globalizacije, tranzicije i stvaranja novog svjetskog poretka, čija je sadržina dominantno na političkom planu, javlja mnoštvo sukoba i kontroverzi u društvenim i privrednim reformama, koje vidno usporavaju ukupne reformske tokove i osiromašuju građane u Bosni i Hercegovini.³⁸

U Bosni i Hercegovini postoji nesklad između prava utvrđenih obavezujućim međunarodnim i regionalnim instrumentima i domaćim ustavnim i zakonskim aktima i nivoa organizacije, funkcionisanja i efikasnosti sistema kojim se ona primjenjuju, poštuju i štite u praksi. Stoga ukupni sistem zaštite prava, prav-

³⁶ G. Mijanović, *Sistem zaštite ustavnosti i zakonitosti u Republici Srpskoj*, Zbornik sa naučnog skupa “Izgradnja i funkcionisanje pravnog sistema Republike Srpske”, Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci, 1997, 31–32.

³⁷ Ustavno ovlaštenje da tri člana Ustavnog suda Bosne i Hercegovine bira predsjednik Evropskog suda za ljudska prava, direktan je izraz naročite uloge međunarodne zajednice u čitavom ustavnom sistemu Bosne i Hercegovine. Po svom karakteru ono svjedoči o ograničenju suverenosti ove državne zajednice. Parlamentarna skupština zakonom treba da propiše drugačiji izbor onih troje sudija koje za sada bira predsjednik Evropskog suda za ljudska prava.

³⁸ Vidi: J. Dušanić, *Tranzicija – velika šansa ili opasna zamka*, Beograd, 2001.

de i kulture prava, “mora u svakom konkretnom slučaju odgovoriti smislu, duhu i razumu, odnosno genusnom izvoru proklamovanih i opšteusvojenih pravila i standarda međunarodnog prava, sa svim atributima civilizacijskih standarda i tekovina i demokratske kulture, oslobođenih svih vidova agresije ili bilo kakvih metapравnih pritisaka i uticaja”.³⁹ Pri tome, stalno se mora imati u vidu da je Bosna i Hercegovina ustavom predviđena kao demokratska država, ali da, u stvarnosti “čudna je to neka demokracija u kojoj neizabrani predstavnik stranih sila može da ignoriše izabrane predstavnike naroda te zemlje”.⁴⁰ To je značajno zbog “oprobane pouke iz prošlosti”.⁴¹

(Ne)mogućnosti mijenjanja ustavnopravnih rješenja u Bosni i Hercegovini

1. U pogledu (ne)mogućnosti mijenjanja ustavnopravnih rješenja u Bosni i Hercegovini, neophodno je imati u vidu da je Ustav Bosne i Hercegovine “...ustpostavio složenu institucionalnu strukturu, koja je i dalje neučinkovita i različito se tumači. Komplikovan proces donošenja odluka doprinosi kašnjenju u provedbi strukturalnih reformi i smanjene sposobnosti zemlje da ostvari napredak u procesu pristupanja Evropskoj uniji. Nekoliko vjerodostojnih koraka preduzeto je u cilju poboljšanja procesa usvajanja ključnog zakonodavstva važnog za evropske integracije i usklađivanja zakonodavstva između državnog nivoa vlasti i entiteta.”⁴²

Svi aspekti izgradnje i funkcionisanja ustavnog i pravnog sistema i poretka podrazumijevaju njihovu konzistentnost i koherentnost koji državni i društveni poredak čini stabilnim, a građane zaštićenim u ostvarivanju svojih prava i sloboda.⁴³ Pri tome je neophodno imati u vidu da “pravo ne nastaje najednom, već se ono stvara sistematski, postepeno i neprekidno.”⁴⁴ I u bosanskohercegovačkim uslovima, “država i društvo se ne grade čestim mijenjanjem Ustava, već

³⁹ Vidi: D. Gomien: *Kratak vodič kroz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima*, Prometej, Beograd, 1994; K. Duzinas, *Ljudska prava i imperija – Politička filozofija kozmopolitizma*, Beograd, 2009. i dr.

⁴⁰ R. M. Hajden: *Skice za podjeljenu kuću – Ustavna logika jugoslovenskih sukoba*, Beograd, 2003, 161; M. Ignjatijev: *Ljudska prava kao politika i idolopoklonstvo*, “Službeni glasnik”, Beograd, 2006, 54; Deklaracija Kopaoničke škole prirodnog prava, Kopaonik, 2002, 34–36; D. Kavran, *Pravna država i reforma javne uprave*, “Pravni život”, Beograd, br. 9/96, 607–633.

⁴¹ M. Ekmečić, Predgovor u knjizi: *Srpski pisci i naučnici o Bosni i Hercegovini*, priredio Z. Antičić, “Službeni list SRJ”, Beograd, 1995, 9.

⁴² Izvještaj Evrpske komisije o napretku Bosne i Hercegovine u 2011. godini, Brisel, 12.10.2011, 6.

⁴³ M. Jovičić, *Zakon i zakonitosti*, Beograd, 1997, 267–269.

⁴⁴ R. Kuzmanović, *Eseji o ustavnosti i zakonitosti*, Banja Luka, 2004, 358. Polazna osnova za razvoj i reformu prava mora dati odgovor na pitanja: 1) šta imamo – kakav nam je pravni sistem i poredak, 2) šta hoćemo – savremeni evropski pravni poredak ili nešto drugo, 3) šta možemo – ne smijemo biti megalomani i nerealni, moramo procijeniti svoje intelektualne i materijalne snage, i 4) šta moramo – šta se zahtijeva od nas da bismo ušli u evropski sistem i postali njegov dio (R. Kuzmanović).

njegovom primjenom i aktivnim radom institucija".⁴⁵ Takođe, i pored brojnih nedostataka, postoji ustavnopravni okvir potreban za uspješnu organizaciju, strukturu i funkcionisanje svih bitnih grana državne vlasti. Pritom ne bi trebalo zanemarivati i to da održivost, funkcionalnost i djelotvornost složene organizacije države i društva, u prvom redu, zahtijevaju da se obezbijede dva uslova: 1) usaglašena politika na svim nivoima i u svim oblastima i iskrena i puna politička volja da se to provodi, i 2) preuzimanje odgovornosti od strane domaćih organa za sudbinu i razvoj Bosne i Hercegovine od visokog predstavnika ili njegovu ubranu transformaciju, odnosno zamjenu za predstavnika - partnera za pomoć od strane Evropske unije.⁴⁶

Za mijenjanje ustavnopravnog modela Bosne i Hercegovine, neophodno je, uz prethodno utvrđene ciljeve, sadržaj i obim eventualnih promjena, imati puni konsenzus dvaju njena entiteta i triju konstitutivnih naroda, uz uvažavanje ustavom utvrđenog postupka. To podrazumijeva očuvanje ustavnog statusa, teritorijalnog integriteta, saglasnost i puno povjerenje konstitutivnih naroda i ostalih o zajedničkoj istini koja je prethodila dejtonskim rješenjima u Bosni i Hercegovini. Ustav Bosne i Hercegovine može se mijenjati isključivo u Parlamentarnoj skupštini BiH i mora proći demokratsku proceduru i provjeru, jer je odavno rečeno da "nema ustava ako ga ne prihvati narod". I dosadašnje značajnije inicijative za eventualne ustavne promjene, kako one sa domaćim, tako i one sa međunarodnim predznakom, ukazuju na to da političke stranke sa parlamentarnom većinom, kao i njihove elite i lideri, u osnovi, u odnosu na njih imaju različite pristupe ustavnim promjenama. Zato je potrebno imati u vidu to da je ova država "...prikovana za dno evroatlantskih procesa, na nekoj vrsti nulte situacije koja začas može kliznuti u minus – nestabilnost regionalnih dimenzija".

Indirektne ustavne i ostale reforme, koje su "...vršene u nekoliko navrata u poslijedejtonskom periodu, uticale su na oblik državnog uređenja Bosne i Hercegovine, po dva osnova – proširene su nadležnosti institucija Bosne i Hercegovine kako kvantitativno tako i kvalitativno, čime su zadovoljeni federalni standardi, a stvorene su i nove brojne institucije, posebno prema sveprisutnim snažnim tendencijama agencifikacije državnih funkcija posebno organa državne uprave, čime je institucionalni sistem BiH, uglavnom, na samo zaokružen u skladu sa federalnim i, značajnim dijelom, konfederalnim principima,⁴⁷ već je značajno izvan institucionalne javne i odgovorne kontrole i nadzora. Posebno su neprihvatljivi zahtjevi za uspostavljanje centralizovanog institucionalnog sistema i unitarnog državnog uređenja u Bosni i Hercegovini, da se tzv. evropskim poslovima, odnosno administrativnim aktivnostima vezanim za proces evropskih integracija, mogu isključivo baviti zajedničke institucije Bosne i Hercegovine. Naprotiv, ovi

⁴⁵ R. Kuzmanović, *Eseji o ustavnosti i državnosti*, Banja Luka, 2004, 381.

⁴⁶ Vid.: R. D. Vukadinović, *Pravo Evropske unije*, Banja Luka – Kragujevac, 2006.

⁴⁷ G. Marković, *Bosanskohercegovački federalizam*, Beograd--Sarajevo, 2012, 456.

poslovi treba da su raspoređeni i na niže nivoe vlasti, primarno na entitetski nivo. To je opravdano tim više što ustavne promjene nisu uslov evropskih integracija. Konačno, gospodari ovog procesa moraju biti samo domaći organi i institucije Bosne i Hercegovine i entiteta. Od stranih činilaca može se tražiti i očekivati jedino stručna, odnosno tehnička pomoć i materijalna podrška i pomoć.

Navešćemo nekoliko inicijativa za ustavne promjene:

1) *Aprilski paket amandmana na Ustav Bosne i Hercegovine*. U Parlamentarnoj skupštini Bosne i Hercegovine, tokom aprila 2006. godine, došlo je do konfrontacije unutar vladajućih stranaka o predloženim promjenama Ustava tzv. "aprilskom paketu amandmana na Ustav BiH". Ishod rasprave i glasanja je bio takav da predloženi amandmani nisu mogli dobiti dvotrećinsku većinu.⁴⁸ Političke stranke koje su odbile da glasaju za "aprilski paket" branile su svoje stanovište kritikom da promjene Ustava BiH ne ukidaju entitetsko glasanje, koje se, po njihovom mišljenju, u procesu odlučivanja najčešće upotrebljava za blokadu u odlučivanju prilikom donošenja najvažnijih zakona u Parlamentarnoj skupštini Bosne i Hercegovine.

2) *Butmirski razgovori*. Nekoliko godina kasnije, tokom "butmirskih razgovora" o promjeni Ustava Bosne i Hercegovine, od oktobra do decembra 2009. godine, do kraja ispoljile političke pozicije vladajućih stranaka, kao i razlike među njima.

3) *Inicijativa njemačke kancelarke*. Vlada Njemačke (posebno njena kancelarka Angela Merkel) pokrenula je inicijativu da se putem razgovora sa liderima vodećih parlamentarnih stranaka pokušaju naći rješenja za suštinska pitanja u Bosni i Hercegovini (formiranje funkcionalne vlasti, vođenje osnovnih reformskih procesa, posebno na putu prema evropskim integracijama).⁴⁹

S obzirom na to da je Ustav Bosne i Hercegovine svojevrsan međunarodni ugovor, postavlja se pitanje kako ga mogu mijenjati subjekti koji nisu njegovi do-

⁴⁸ Napominjemo da je član X tačka 1. Ustava Bosne i Hercegovine detaljnije utvrdio postupak njegove promjene, predviđajući da "ovaj ustav može biti mijenjan i dopunjavan odlukom Parlamentarne skupštine, koja uključuje dvotrećinsku većinu prisutnih i koji su glasali u Predstavničkom domu". Ovakvo normativno uređenje promjene Ustava u ustavnopravnoj teoriji izazvalo je različita tumačenja i otvorilo brojna pitanja: da li u postupku promjene učestvuje samo Predstavnički dom ili i Dom naroda; ako u postupku učestvuje i Dom naroda, kako se i kojom procedurom i parlamentarnom većinom odlučuje o amandmanima; da li je moguća potpuna promjena Ustava; ko može pokrenuti postupak promjene i po kojem postupku se on odvija.

⁴⁹ Kancelarka Njemačke A. Merkel je nakon razgovora sa specijalnom predstavnicom EU za zajedničku spoljnu politiku i bezbjednost Catherine Ashton, državnim sekretarom SAD-a Hillary Clinton, ruskim predsjednikom Dmitrijem Medvedevim te pojedinim liderima iz regije zadužila savjetnika za spoljnu bezbjednosnu politiku Christoph-a Heusgen-a da ispita koji je najbolji i najsigurniji način aktivnijega njemačkog angažmana u Bosni i Hercegovini kako bi se spriječilo da ona ode u još veću krizu, odnosno u potpunu paralizu sistema, što bi na koncu iziskivalo ponovni i pojačani angažman EU i međunarodne zajednice.

nosio, odnosno potpisnici. To pokazuje da su mjesto i uloga zajedničkih institucija Bosne i Hercegovine i stepen njihove samostalnosti u direktnoj zavisnosti od volje, akata i postupaka međunarodne zajednice.⁵⁰ Pri tome, neprihvatljive su “olako date ocjene da je prijem Bosne Hercegovine u Savjet Evrope, istovremeno, i njena obaveza” da transformiše svoju unutrašnju državotvornu strukturu i postojanje i status entiteta dovede u pitanje.

Istovremeno, kada se bude ukazala potreba da Bosna i Hercegovina izvrši prilagođavanje svog ustava radi stvaranja pravnog osnova za pristupanje Evropskoj uniji⁵¹, biće potrebno da se u njega ugradi odredba koja će urediti odnos između entitetskog nivoa vlasti i zajedničkih institucija Bosne i Hercegovine u obavljanju evropskih poslova, a da se pri tome ispoštuje načelo supsidijarnosti i omogućiti entitetima da zaštite svoje interese. Ustavne promjene koje jedna država sprovodi da bi pripremila svoj pravni sistem za stupanje u članstvo u Evropskoj uniji,⁵² prema komparativnom iskustvu,⁵³ trebalo bi da obuhvate sljedeća pitanja: prvo, mora se uvesti odredba kojom se obezbjeđuje ustavnopravni osnov za članstvo u Evropskoj uniji, kao i pitanje prenosa određenog dijela državnog suvereniteta na institucije Evropske unije; drugo, potrebno je urediti odnos između komunitarnog i nacionalnog prava, tj. pravni status izvora primarnog i sekundarnog prava Evropske unije u unutrašnjem pravnom poretku. Sve više, pojedini autori ukazuju na to da bi ustavnim promjenama⁵⁴ trebalo urediti i funkcionisanje institucija države - članice u odnosu na evropski institucionalni okvir i precizirati ustavnosudski djelokrug u uslovima članstva,⁵⁵ zatim, navesti da su evropske integracije osnovni cilj zemlje; utvrditi principe njene implementacije. Pri tome, predviđa se to da ustavne promjene ne mogu da utiču na oblik državnog uređenja i vladavine, njima se ni od jedne zemlje ne zahtijeva unitarizacija, niti centralizacija. Naprotiv, poželjno je da se država pridržava principa decentralizacije, uz pored ostalog isticanje modela regionalne države. To, pogotovo treba

⁵⁰ Ustav Bosne i Hercegovine (član III, tačka 2a), b), c) i d); zatim tačka 3a) i b); tačka 4 i tačka 5); ENTITET–francuski entite–biće, od lat. ens–biće, a u međunarodnom pravu ovaj izraz se koristi pravoshodno za označava onih tvorevina, odnosno organizacija koje nisu države ali im se u pored toga priznaje određeni međunarodnopravni subjektivitet. (B. Krivokatić, *Leksikon međunarodnog prava*, Beograd, 1998, 115).

⁵¹ Bosna i Hercegovina je 16. juna 2008. godine u Luksemburgu potpisala Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju sa Evropskom unijom.

⁵² Član 203. Ugovora o osnivanju Evropske zajednice utvrđuje: “Savjet je sastavljen od predstavnika svake države članice na ministarskom nivou, koji je ovlašten da obaveže vladu te državne članice.”

⁵³ M. Blagojević, *Evropske integracije i Republika Srpska*, u “Značenja”, Doboj, broj 62, god. 2008, 53–55.

⁵⁴ M. Herdegen, *Evropsko pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2003, 76.

⁵⁵ S. Rodin, “Pridruživanje Hrvatske Evropskoj uniji: preobrazba pravnog sustava”, 229. http://www.pravnadatoteka.hr/pdf/aktualno/hrv/20030528/rodin_cro.pdf

imati u vidu je da se u Bosni i Hercegovini “ne može ni slučajno ustavnim promjenama postojećeg uređenja oživjeti ideja unitarne Bosne i Hercegovine sa dominacijom jedne (bili koje) nacije”.⁵⁶ Eventualne ustavne promjene mogle bi samo “...poslužiti uklanjanju slabosti u Ustavu koje je praksa pokazala, a Ustav bi dobio na legitimitetu”.⁵⁷

Status entiteta – državotvornih dijelova u Bosni i Hercegovini, njihov položaj i “...lojalnost zajedničkoj državi zasniva se na poštovanju dejtonskih rješenja i očuvanja njenog političkog, nacionalnog, etničkog, kulturnog i svakog drugog oblika opstanka, identiteta i subjektiviteta.”⁵⁸ Nasuprot tome, entiteti imaju sva potrebna ustavna, politička i demokratska sredstva i mehanizme zaštite svog ustavnog položaja, jer su oni dvije ravnopravne i jedinstvene teritorijalno-političke jedinice najvišeg ustavnopravnog nivoa u sastavu Bosne i Hercegovine. Pri tome, najviši akt države je svojevrсни, međunarodni, verifikovani ugovor između Republike Srpske i Federacije Bosne i Hercegovine.⁵⁹

Potrebno je istaći i to da i postojeći Ustav pruža dovoljno mogućnosti da Bosna i Hercegovina bude funkcionalna, demokratska i moderna država i da kao takva može da uđe u evropske integracije.⁶⁰ Pritom, posebno naglašavamo da “Republika Srpska nije *corpus senaratumu* Bosni i Hercegovini već politička jedinica, odnosno federalna jedinica u okviru Bosne i Hercegovine”.⁶¹ Razumljivo je da je u postkonfliktnoj situaciji postojalo, i još postoji, nedovoljno povjerenja, iskrenosti i spremnosti na politički i kulturni dijalog, toleranciju i pomirenje između etničkih grupa i njihovih vođa, jer “sva prošlost, bez sumnje, nije na našoj strani, pa treba prisvojiti zaista samo onaj deo koji nam s pravom pripada.”⁶² Međutim, prisutni su zahtjevi i snage u smislu da se omogući da vlast djeluje samo po principu većine, zanemarujući mogućnost diskriminacije, netolerancije i majorizacije većine nad manjinom.⁶³ Prisutno je pitanje uspostavljanja ravnote-

⁵⁶ R. Kuzmanović, *Novi eseji o ustavnosti i državnosti*, Banja Luka, 2010, 85.

⁵⁷ M. Jovičić, *Referendum u svetu i kod nas*, Strani pravni život 39 (1963) Beograd, 5.

⁵⁸ M. Kasapović, *Bosna i Hercegovina: Deset godina nakon Dejtona*, “Status”, magazin za političku kulturu i društvena pitanja, Mostar, br. 8/2006, 70.

⁵⁹ R. Kuzmanović, *Državnopravne reforme i Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju*, Pravna riječ, br. 27/2011, Banja Luka, 11.

⁶⁰ O. Vučić, *Promene i trajanje ustava*, Beograd, 2005.

⁶¹ P. Kunić, *Deformacija Dejtonskog sporazuma ka unitarnoj Bosni i Hercegovini*, Zbornik radova sa naučnog skupa “Republika Srpska – deset godina Dejtonskog mirovnog sporazuma”, ANURS, Banja Luka, 2005, 153.

⁶² M. Ekmečić, Predgovor u knjizi: *Srpski pisci i naučnici o Bosni i Hercegovini*, priredio Z. Antić, “Službeni list SRJ”, Beograd, 1995, 9.

⁶³ Politički odnosi i sistemi višenacionalnih, odnosno višeetničkih država, a isto tako i načela i ustanove federalizma tamo gdje je on u ovakvim državama uveden, jedna su od najsloženijih tema u savremenoj političkoj nauci.

že između građanskog i nacionalnog, zaštita interesa dvaju entiteta i svih konstitutivnih naroda, s jedne strane, i potreba da se obezbijedi odgovorna, djelotvorna i efikasna vlast na svim nivoima, s druge strane.⁶⁴

2. Prvenstveno, neophodna je podređenost i države i svih organa javne vlasti Ustavu i zakonima,⁶⁵ što je uslov demokratskih procesa, vladavine prava i obezbjeđivanja postojanja i djelovanja civilnog društva.⁶⁶ Ne može se izbjeći činjenica da se društvo nalazi u tranziciji i da je opterećeno nizom poslijeratnih teškoća. Stoga, ustavna i pravna rješenja i njihovo ostvarivanje, u skladu sa međunarodnim standardima i vrijednostima, nailaze i na veoma ozbiljne poteškoće. Oni se mogu otklanjati samo uz punu političku, privrednu i socijalnu stabilnost.⁶⁷ Ali, istovremeno, nepovoljna i sa nepredvidivim posljedicama, politička, ekonomska i socijalna kretanja, kao i sukobljeni unutrašnji interesi i međunarodni patronat, dovode u pitanje optimalno ostvarivanje demokratije i poštivanje ljudskih prava i sloboda garantovanih Ustavom Bosne i Hercegovine, pratećim međunarodnim aktima i ustavima entiteta, upravo u smislu da se pred sve nas postavilo jače "... nego ikad saznanje da zavisimo jedni od drugih".⁶⁸

Međutim, nasuprot tome, umjesto demokratizacije društva, izvorne i istinske demokratije – sve vidnije postoji partiokratija, režim političkih partija, vaninstitucionalno djelovanje i odlučivanje. Međutim, pojedini autori ističu da "... nema doživljaja povijesti, zajedničke religije ili jedinstvene kulture koje bi mogle biti njegovo izvorište, kao u nacionalnim državama. Nema ni velikih događaja u povijesti koji bi povezivali pripadnike različitih etničkih ili kulturnih zajednica i bili izvorište zajedničkog političkog identiteta, kao u nekim multikulturnim državama..."⁶⁹ Zato ni ulazak u evroatlantske integracije⁷⁰ ne može i ne smije biti

⁶⁴ R. Kuzmanović, "Savremene ustavne promjene kao način kodifikacije i konstitucionalizacije vlasti i društva", u knjizi *Ustav lex superior*, Beograd, 2004, 270.

⁶⁵ M. Ignjatijef: *Ljudska prava kao politika i idolopoklonstvo*, Službeni glasnik, Beograd, 2006, 31.

⁶⁶ Cilj zakona nije da ukine ili ograniči, već da očuva i uveća slobodu... tamo gdje nema zakona nema ni slobode (Džon Lok).

⁶⁷ Vidi šire: R. Tomaš u Zborniku *Bosna i Hercegovina – 2014. Gdje želimo stići?*, Fondacija "Fridrih Ebert", Sarajevo, 2009, 67–68. i 71–72. Ovaj autor u svom radu, pored ostalog, navodi: "... Bosna i Hercegovina je dezorijentisana zemlja: niko nema ozbiljnu viziju u narednih par godina, a kamoli decenija. Međutim, bez dugoročnije vizije nema razvoja..."

⁶⁸ Dž. E. Stiglic, *Protivurječnosti globalizacije*, Beograd, 2004, 290.

⁶⁹ M. Kasapović, *Bosna i Hercegovina – podijeljeno društvo i nestabilna država*, "Politička kultura", Zagreb, 2005, 199; Đ. Vuković i A. Vranješ, *Nacionalni i politički identitet u kontekstu medijske odgovornosti*, "Politea", Naučni časopis FPN, Banja Luka, 2011, 131–132.

⁷⁰ Na osnovu Vašingtonskog sporazuma istovremeno je početkom 1994. godine donesen Ustav Federacije Bosne i Hercegovine i time utemeljena Federacija Bosne i Hercegovine i projektovana konfederacija Federacije BiH i Republike Hrvatske.

povod da se vrše ustavne promjene i traže rješenja suprotna dejtonskoj konstrukciji. Time bi se narušio unutrašnji balans, kolektivna prava i ravnopravnost konstitutivnih naroda. Uz reforme koje se provode i koje će se provoditi, ustavna reforma treba da, prije svega, obezbijedi značajno poboljšanje uslova života stanovništva, napredak u svim oblastima života i ispunjavanje uslova za pridruživanje bogatim i demokratskim državama i narodima.

3. Ustavnim promjenama nemoguće je uspostavljanje “unitarne i centralizovane države, kao i nova i aktuelna kodifikacija i konstitucionalizacija vlasti i društva”. Pri tome, iz vida se ne smije izgubiti to da “...država i društvo se ne grade čestim mijenjanjem ustava, već njegovom primjenom i aktivnim radom institucija”.⁷¹

Ubuduće, moraju se zaštititi interesi dvaju entiteta i triju konstitutivnih naroda, s jedne strane, i obezbijediti odgovorna, djelotvorna i efikasna vlast na svim nivoima, s druge strane.⁷²

Kao složenoj državi, odnosno državnoj zajednici koja se zasniva na ustavnom načelu da će ona biti “demokratska, pravna država i sa slobodnim demokratskim izborima”, u Bosni i Hercegovini teško je i zamisliti stabilan razvoj demokratskih odnosa i institucija bez ostvarivanja konstitutivnosti i pune ravnopravnosti dvaju entiteta i triju njenih naroda na cijeloj teritoriji. Time će, konačno, legitimna konstitutivnost naroda i legitimnost vlasti počivati na “saglasnosti onih kojima se vlada, odnosno da i država i njen sistem izdignu poštovanje čovjeka i njegovog dostojanstva do opšteprihvaćenih načela”.

Pri tome, potrebno je istaći da “...u demokraciji nositelji vlasti se biraju, oni su odgovorni narodu, oni se na vlasti mijenjaju... a potrebno je da postoje političke stranke spremne da organizirano pristupe izborima i na miroljubivu kritiku aktuelne vlasti... da postoji mjera povjerenja i konsenzusa o temeljnim vrijednostima... izvan ustavnog poretka ne smije se naći niti jedna značajna socijalna, etnička ili politička grupa (M. Keaitn, 1995).”⁷³ Od prvorazrednog značaja je postojanje i ostvarivanje prava na autonomnost ljudi i naroda, pravo na narodnosni identitet, nacionalnu, kulturnu i istorijsku baštinu.⁷⁴

Potrebno je imati u vidu i to da skoro svi narodi vrše nacionalnu homogenizaciju i udruživanje i da je nacionalno pitanje odavno primarno demokratsko pi-

⁷¹ R. Kuzmanović, *Eseji o ustavnosti i državnosti*, Banja Luka 2004, 381.

⁷² R. Kuzmanović, “Savremene ustavne promjene kao način kodifikacije i konstitucionalizacije vlasti i društva”, u knjizi *Ustav lex superior*, Beograd, 2004, 270.

⁷³ A. Bačić, *Ustavno pravo*, Pravni fakultet u Splitu, 1997, 5.

⁷⁴ V. Čerčil, govoreći u Cirihu 1943. godine o budućnosti evropskih država i naroda, pored ostalog, istakao je: “Prije ili kasnije cijela Evropa će se morati ujediniti i sve glavne branše evropske porodice će jednog dana postati partneri. Moramo postići najveći nivo integracije Evrope koji je moguć, a da pri tome ne uništimo njene individualne karakteristike i tradiciju njenih mnogih drevnih naroda.”

tanje. Zato, osnovna nit koja može da povezuje konstitutivne narode, građane i ostale u Bosni i Hercegovini jeste istinit, iskren i opšteprihvaćen odgovor na istorijski, nacionalni, religijski i kulturni identitet i mogućnosti uspostavljanja i održavanja multinacionalne, multikulturalne i multireligijske zajednice državotvornih kolektiviteta, konstitutivnih naroda, građana i ostalih.

ZAKLJUČAK

Demokratski procesi, tranzicija i evropske integracija, pored preuzimanja komunitarnih tekovina, podrazumijevaju usvajanje standarda i kriterijuma, kao i političku, ekonomsku i socijalnu stabilizaciju i uspostavljanje regionalne saradnje da bi se uklonile posljedice tragičnih sukoba u regionu. Najviši opšti pravni akt je nastao kao akt međunarodnog prava. On je, nesumnjivo, oktroisani ustav, kojeg nije donio nijedan domaći politički subjekt, redovana ili ustavotvorna skupština ili građani neposrednim izjašnjavanjem.

Ustavne promjene, u poslijedejtonskom periodu, vršene prenosom nadležnosti sa entiteta odlukama visokog predstavnika, zakonima i drugim aktima parlamenata, Ustavnog suda, ili na drugi način, značajno su promijenile oblik državnog uređenja Bosne i Hercegovine, jer su njima proširene njene nadležnosti, a istovremeno je izmijenjen ustavnopravni položaj entiteta jer su izgubili dio svojih nadležnosti.

Odgovarajuće ustavne promjene moguće su tek onda kada država kandidat završi pristupne pregovore i zaključi Ugovor o pristupanju, uvođenjem ustavnog osnova za pristupanje Evropskoj uniji, jer je za nju sam čin pristupanja, a posebno vrijeme kada bi se to moglo dogoditi, neodređen i neizvjestan.

Prenos nadležnosti na institucije Evropske unije i definisanje odnosa nacionalnog i komunitarnog prava, za što će biti potrebne da ustavne promjene obuhvate i ugradnju onih odredaba u ustavnu materiju koje će urediti odnos između različitih nivoa vlasti u vezi sa evropskim poslovima i omogućiti odgovarajuću zastupljenost entiteta i zaštitu njihovih interesa. Ni postojeće državno uređenje Bosne i Hercegovine kao složene države ne predstavlja nikakvu prepreku pristupanju Evropskoj uniji i da ustavno uređenje zasnovano na Dejtonskom mirovnom sporazumu, saglasno principu *pacta sunt servanda*, mora biti očuvano.

MILE DMIČIĆ, LL.D..

Professor, Faculty of Law, University of Banja Luka

ABOUT OF B&H UNIFINISHED STATE AND THE PEOPLE
WITHOUT CONSTITUTIONAL PATRIOTISM

Summary

The primary aim of this paper is to contribute to a range of interpretations of the question of (non)realisation of constitutional reforms in the context of transition, democratisation and European integrations. These processes include, *inter alia*, adopting standards and criteria, political, economic and social stabilisation and establishing regional cooperation in order to remove the effects of tragic conflicts in the region. BiH Constitution as the highest legal document of the state is the creation of international law. It was imposed rather than promulgated by a domestic political body, regular Assembly session or by referendum of BiH citizens. Constitutional changes in the post-Dayton period, in view of transfer of authorities from the entity to national level through decisions of the High Representative, statutes and other Parliamentary documents, Constitutional court decisions, etc., have significantly transformed the government of Bosnia and Herzegovina, expanding its authorities at the expense of transforming the constitutional position of the entities. Certain constitutional changes shall be possible only when the candidate state completes admission discussions and concludes the Admission Agreement, thus introducing constitutional grounds for joining the European Union.

The paper shall reveal that the existing government of Bosnia and Herzegovina as a complex state, does not represent an impediment to joining the European Union and that the constitutional government based on the Dayton Peace Accords, bound by *pacta sunt servanda* principle, must be preserved.

RENATA TRENESKA-DESKOSKA

IS THE ORGANIZATION OF POWER IN THE REPUBLIC OF MACEDONIA SEMI-PRESIDENTIAL

*Mixed system of organization of power
– theoretical and comparative considerations*

During designing institutions, creators of the constitutions in Central and Eastern Europe were inspired by the ideas and solutions from Western European democracies and mostly of French semi-presidential system and German parliamentary system.

In this constitutional engineering, de Gaulle's semi-presidential system, as most copied model by constitution-framers in post-communist countries, can be considered as the leading "export" product of France.¹ According to Valerie Bunce, twenty-two of twenty-seven post-communist countries in Eastern Europe have introduced a mixed parliamentary-presidential system.² Among the 139 co-

Renata Treneska-Deskoska, Ph.D., professor Faculty of Law "Iustinianus Primus", Skopje.

¹ The French leded constitutional battles more than two centuries and went through so many changes of the system, so as one old joke says, they expected to find current constitution only in the shops with periodical literature. See: John T.S. Keeler and Martin A. Schain, "Institutions, Political Poker and Regime Evolution in France" in Kurt von Mettenheim (ed.), "Presidential Institutions and Democratic Politics – Comparing Regional and National Contexts", The Johns Hopkins University Press, 1997, p. 84.

² Valerie Bunce, "Presidents and the Transition in Eastern Europe", in Kurt von Mettenheim (ed.), "Presidential Institutions and Democratic Politics- Comparing Regional and National Contexts", The Johns Hopkins University Press, 1997, str. 167. Evaluating the creation of the constitution-

ountries that are considered “free” or “partly free” by Freedom House 39 (28%) can be classified as countries with semi-presidential system, starting from most formal features of this system: a head of state who is elected on direct elections and a government that should enjoy the confidence of parliament.

These two features are starting to define the mixed systems. In theory present dilemma is not just about the definition of a mixed system, but also about its existence, about its name (mixed, hybrid, semi-presidential, parliamentary-presidential system), and then over which countries have such a system of organization of power.

Some authors think that a mixed system accommodates two stages: presidential and parliamentary, which replace each other and these authors write about more subspecies of this system, with which the content of the concept of the semi-presidential system comes under the question.

Others authors think that the semi-presidential system is a particular institutional model that not only differs from the presidential and parliamentary system on certain formal criteria, but has its own internal logic. This logic leads to conclusion that in certain stages, semi-presidential system gravitates towards presidential or parliamentary system, but its identification with these systems is wrong.³

In the most definitions, basic, but formal elements of the semi-presidential system is the direct democratic legitimacy of the head of state who is elected by direct election and the existence of a government that is accountable to Parliament. Starting from these initial postulates some authors consider semi-presidential system as one in which executive power is divided between the president and prime minister, and the head of state has significant powers. So, according to these authors, the actual powers of the head of state are taken into account for the classification of the systems in this group.

Another group of authors in defining semi-formal system combine formal constitutional solutions with real powers. For example Maurice Duverger believes that a system is semi-presidential if constitution, which establishes it, combines three elements: (1) the President of the Republic is elected by direct vote; (2)

al texts in the countries in transition as very complex issue, Valerie Bunce writes that models were borrowed from the West, but were essentially changed; constitutions sometimes are incomplete and very often contradictory; the choices were made on the basis of ad hoc thoughts; and constitutions were again revised in very important parts. See: Valerie Bunce, “Presidents and the Transition in Eastern Europe”, in Kurt von Mettenheim (ed.), “Presidential Institutions and Democratic Politics-Comparing Regional and National Contexts”, The Johns Hopkins University Press, 1997, p. 165.

³ Vyktintas Pugačiauskas, “Semi-presidential institutional models and democratic stability: comparative analysis of Lithuania and Poland”, www.politicalresearch.com, str. 3.

he has significant powers; (3) against him, there is the prime minister and ministers who have executive competencies and perform the function while they are supported by the Parliament.⁴

Taking into account these two highly conflicting understandings and comparative examples of modern constitutional law, we can conclude that there is no single mixed system, but it is a non-homogeneous category of systems that represent, as Barthelemy writes, “real constitutional cocktails” with various solutions to the relations between the legislative and executive; but also that the conclusion that a mixed system does not have essential properties and it is simple change of two phases: presidential and parliamentary system, is incorrect.

Dilemmas related to the existence of mixed systems and their distinction with other types of organizations to power exist even in the determination of the type of organization of power in France. According to some authors in France prevail elements of a parliamentary system, so they speak about French variant of rationalized parliamentarism. Others qualify it as a mixed, parliamentary-presidential system. Third believe that elements of a presidential system prevail and mark it as semi-presidentialism. Fourth note that it is hyper-presidentialism, while the fifth group of authors say that the system is designed for emergency circumstances to turn to a special variant of the presidential system.⁵

The idea during designing of the French constitution in 1958 was to “renovate” the parliamentary system so as to strengthen the executive power. The adoption of the Constitution of the Fifth French Republic was intended to create a stable president who will act as the “arbiter”, while the creation and implementation of the policy will be in the hands of the Government. But as Sartori wrote, “material” or “living” Constitution prevailed “formal” and France got dual system in which “the first head,” according to customary rights (constitutional convention) is the President, and under the law (the formal text of the Constitution) is Prime Minister.⁶

What attracted the attention of “founding-fathers” in Eastern Europe was the success of the Fifth French Republic, which reconciled requirements for legitimacy and efficiency of political institutions.

The advantage of the French semi-presidential system is that President who is elected on direct election symbolises the nation. Compared with the presidential system, semi-presidential system rejects the rigidity of strict separation of

⁴ Maurice Duverger, “A New Political System Model: Semi-Presidential Government”, *European Journal of Political research*, 8, p. 166.

⁵ Miodrag Jovičić, “Veliki ustavni sistemi”, Beograd, 1984, p. 178.

⁶ G. Sartori, “Comparative Constitutional Engineering: An Inquiry into Structures, Incentives and Outcomes”, New York, 1994, str. 123.

powers and potential weaknesses in the relationship between the legislative and executive. The French model provides greater flexibility by the competence of the President to appoint the prime minister capable to rule the legislature, and to solve the conflicts between the legislative and executive power through dissolution of Parliament and call a referendum.⁷

However, some authors, such as Linz, Stepan and Suleiman believe it may be argued that the image of efficiency, which is attributed to the Constitution of the Fifth French Republic, is a fake. Prospective importers of this model should be warned, because the model of the Fifth Republic draw their aura, less from the Constitution itself, and more from the impressive practice of stability of ruling France since the introduction of the constitution till today.⁸ Therefore its adoption in certain countries in transition hardly guarantees results similar to those achieved in France.

The correct choice of the design of relations between institutions is important for the stability of democracy. The choice of political institutions is particularly important during the democratic transition. As explained Scott Mainwaring institutions affect the motivation and commitment of political actors, they shape the identity of the actors, they establish the context of policy-making, and they can help or stall the creation of democratic institutions.⁹

However, the functioning of the institutions of a country depends on the constitutional position, and objective circumstances, the national context and the people sitting in the institutions. The results of institutional engineering depend not only on institutional framework, but also on the nature and context of political problems. Or in short: "Institutions are important, but institutions do not make their history."¹⁰

In countries in transition, mixed system can further show their weaknesses. Juan Linz believes that semi-presidential model combines the most significant "risks of presidentialism" with additional weaknesses. The risks that exist

⁷ John T. S. Keeler and Martin A. Schain, "Institutions, Political Poker, and Regime Evolution in France", in Kurt von Mettenheim (ed.), "Presidential Institutions and Democratic Politics-Comparing Regional and National Contexts", The Johns Hopkins University Press, 1997, p. 85.

⁸ John T. S. Keeler and Martin A. Schain, "Institutions, Political Poker, and Regime Evolution in France", in Kurt von Mettenheim (ed.), "Presidential Institutions and Democratic Politics-Comparing Regional and National Contexts", The Johns Hopkins University Press, 1997, p. 85.

⁹ According to Valerie Bunce, "Presidents and the Transition in Eastern Europe", in Kurt von Mettenheim (ed.), "Presidential Institutions and Democratic Politics-Comparing Regional and National Contexts", The Johns Hopkins University Press, 1997, p. 162.

¹⁰ John T. S. Keeler and Martin A. Schain, "Institutions, Political Poker, and Regime Evolution in France", in Kurt von Mettenheim (ed.), "Presidential Institutions and Democratic Politics-Comparing Regional and National Contexts", The Johns Hopkins University Press, 1997, p. 102.

include: high degree of polarising effects of presidential elections, the danger that the president who gets a direct mandate from the citizens interprets its powers in extensive even authoritarian manner (bonapartism, as the French say) and possible conflicts arising from dual democratic legitimacy in the system with direct elections for the legislature and president.¹¹ Relations between the president and parliament are potentially conflicting. In the Republic of Macedonia, the danger is even bigger, because the head of state has no “salvation solution” - to dissolve Parliament, and in some areas has divided responsibilities with the Government. On the other hand incompatibility of the presidential position with a position in the political party weakens the ties with the party from which the president comes and with the Assembly.

Additional weaknesses of the semi-presidential system is a very likely possibility of conflict between the president and prime minister in dual effective executive which provides significant and sometimes divided powers for both of them.

Reasons for conflict between the President and Prime Minister in the mixed system do not exist only when different majorities elect them, i.e. when they come from different political parties. The existence of two legitimate leaders with incompatible personal ambitions and different views on the political strategies can cause conflict between the President and Prime Minister. Because of those institutional relations between the President, the parliamentary majority and the Government can turn into the Bermuda Triangle. Even the ideal semi-presidential system is not an isosceles triangle.¹²

The French President has the right to appoint the prime minister. The President of France performs this competence alone, but his “hands are not completely untied”, because he should take care of the parliamentary majority, because the government is politically responsible to Parliament. However, compared with the UK, “automatism” in awarding Prime Minister position to the leader of the majority party in Parliament inherent to the British parliamentary system, it is not typical for French political practice. In periods when the head of state and a majority in Parliament come from the same political party, the president had almost absolute freedom in choosing the Prime Minister. An example is the appointment of G. Pompidou for Prime Minister by de Gaulle. G. Pompidou was unknown to the public and without any previous experience. His fast career in the top of the political leadership was the result of affection and confidence he enjoyed in the

¹¹ John T. S. Keeler and Martin A. Schain, “Institutions, Political Poker, and Regime Evolution in France”, in Kurt von Mettenheim (ed.), “Presidential Institutions and Democratic Politics-Comparing Regional and National Contexts”, The Johns Hopkins University Press, 1997, p. 85.

¹² Vyktintas Pugačiauskas, “Semi-presidential institutional models and democratic stability: comparative analysis of Lithuania and Poland”, www.politicalresearch.com, str.18-19.

eyes of de Gaulle. Generally, de Gaulle elected Prime Ministers who were obedient and with the actual structure of the relationship between the President and the Prime Minister has created a tradition that the President is dominant in all areas, not only in defence and conduct of foreign policy. Therefore the presidency in France at the time of de Gaulle's was probably the strongest executive in democratic systems. Thus, the executive branch in the Fifth French Republic was based not so much on the rules, as on popularity and skill of its first president, General de Gaulle.¹³ His successor as president, Georges Pompidou, who more than 6 years was Prime Minister during the presidency of de Gaulle, did not interpreted the role of President more restrictive than his predecessor, believing that he as "supreme executive body, provides fundamental management, defines the essential guidelines and ensures proper functioning and control of the Government."¹⁴

In 1967, an embittered and ambitious former Minister of Finance Valéry Giscard d'Estaing attacked the methods of management of General de Gaulle, believing that President concentrated too much power and too many decisions in their hands. Ten years later, similar accusations had been levelled by Golistite against the Giscard d'Estaing, who was then President of the Republic.¹⁵

A similar shift occurred with François Mitterrand who often criticized the Constitution and especially omnipotence of the presidential position. But after his election as President, he said he would use presidential powers "No more, no less." There are opinions that F. Mitterrand who by his surroundings was called *Le Dieu* (God) has outstripped the first holder of that - by far the highest - position in Fifth French Republic - Charles de Gaulle.¹⁶

Mitterrand did not give up of the performance of their powers at full capacity even in the periods of cohabitation. He said he would be guided "by the constitution, nothing out of the Constitution, but all from the Constitution." When in 1986 two experienced politicians Mitterrand as President and Chirac as ambitious Prime Minister found themselves "face to face" (*face-à-face*)¹⁷ without saying that a particular area is exclusively his, the President insisted to maintain dominance in foreign affairs and defence. Chirac as a leader of the movement whose roots were laid by de Gaulle could not resist this extensive reading of the presi-

¹³ R.C. Fried, "Comparative Political Institutions", New York, 1966, p. 22.

¹⁴ Henry W. Ehrmann, "Politics in France" vo G.A. Almond and B.G. Powell, "Comparative Politics Today", Glenview, Boston, Illinois, 1988, p. 242.

¹⁵ W. Wright, "The Government and Politics of France", London, 1978, p. 46-47.

¹⁶ I. Pajden, "Uredbe iz nužde hrvatskog predsjednika: mjerodavnost francuskog javnog prava", *Politička misao*, br. 1/1996, p. 153

¹⁷ Michael Dobry, "Le président en cohabitation" in B. Lacroix, J. Lagroye, "Le Président de la République-usages et geneses d'une institution", Paris, 1992, p. 253.

dential powers in these areas. Mitterrand was using his right to appoint ministers, with which he vetoed the original proposals by Chirac for Ministers for foreign affairs and defence. In domestic policy Mitterrand left Chirac to have the leading role, but he vetoed the ordonans for certain issues, with which he did not stop Chirac in achieving the goal, but just slowed him down and allowed a parliamentary debate. So, the operations of the institutions (President, Government and Parliament) in each system of organisation of power, especially in a mixed one, depend on several factors. According to Lijphart presidential power stems from three sources. First are the president's powers as they are defined in the constitution, which constitute 'reactive powers,' especially the right of veto, and 'proactive powers,' especially the right to issue decrees in certain areas. Second source of power is the strength and cohesion of the political party of the President in parliament. Third, presidents receive significant force from direct elections and the fact that they state that they (and their vice presidents, if any) are the only public officials who represent the citizens as a whole."¹⁸

System of organization of power in Macedonia

The classification of Macedonia among the semi-systems is not self-evident. On one side are the opinions that the system of the organization of power in the Republic of Macedonia is a parliamentary system, and the other that it contains the basic characteristics of the mixed system.

What are the main features of the system of organization of the government of the Republic of Macedonia characteristic for mixed systems?

In Macedonia there is effective dual executive, meaning that the Government and the President of the Republic have real powers. However, compared with the French semi-presidential system, the list of powers of the President of the Republic of Macedonia is more modest than that of the French president. As a result, the Constitution does not contain the institute contra-signature. The powers of the President of the Republic of Macedonia mainly cover the area of international relations, security and defence, the ability to perform certain designations, make proposals for holders of certain functions, grants pardons, proposes to change the Constitution, and have certain powers in state of war or emergency.

President of the Republic of Macedonia has following competencies: Commander in chief of the Army, President of the Security council, Veto, right to propose constitutional amendments, right to give awards and recognitions, right to give pardons, right to receive credentials from foreign ambassadors, right

¹⁸ Lijphart Arend, "Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries", Yale University Press, 1999, p. 128.

to conclude international agreements, right to dismiss ambassadors and right to appoint three members of the Security council. He does not appoint the Prime Minister, but he gives the mandate to the future Prime Minister, who together with the Cabinet is elected by the Parliament. He can ask opinion from the Cabinet on the issue from his competence. He proposes 2 members of the Constitutional court, who are elected by the Parliament and he appoints ambassadors on the proposal of the Cabinet. Macedonian President does not have the following competencies, which are held by presidents in some other countries with semi-presidential system: to propose laws (legislative initiative), to call special sessions of the Parliament, to issue decrees in emergency situation, to call meeting of the Cabinet, to participate in the work of the Cabinet, to give amnesty, to issue citizenship, to give asylum, to dissolve the Parliament, to appoint the Cabinet, to appoint judges, to appoint public prosecutor etc.

If we compare this list with the lists of competences of the heads of state in Central and Eastern Europe, we can see that Macedonia, together with Latvia and Slovenia are on the weakest presidents among their colleagues.

The real powers of head of state and direct elections for his coming to power open up the possibility for the emergence of so-called Bermuda triangle relationship between the Head of State, the Government and Parliament, especially in periods of cohabitation, but not only then. But in the Republic of Macedonia, nor the President, nor any other authority other than Parliament itself is able to resolve situations when “tripartite consensus between Parliament, Government and President” is terminated. So, generally, in the terms of the principle of equality and separation of powers, the executive has not the primary means for balance of its power against the power of Parliament, and that is the competence to dissolve Parliament. Only Parliament can dissolve itself.

Also, unlike France, the formation of the government was put under the authority of Parliament, which elects it. So the President of the Republic of Macedonia has no competence as the French President to appoint ministers in the government on the proposal of the Prime Minister.

Despite some legal ambiguities and bad decisions, the most problematic in the country is the low level of political culture that underlines the functioning of the institutions. This is especially seen in the three periods of cohabitation in 1998-1999, 2002-2004, 2006-2009 that in Macedonia went difficult.

One of the conflicts between the President and the Government in the conduct of foreign policy was raised from the recognition of the Republic of Taiwan. The President Kiro Gligorov, using its constitutional right to conclude international agreements, entered into an agreement with Peoples Republic of China that Macedonia is obliged not to recognise Taiwan. That international agreement was

ratified by Parliament, according to the constitutional provisions. After the change of the government, the new Government used its constitutional authority to recognize states and recognized Taiwan. It also decided to open diplomatic office in Taiwan. The Government also allowed Taiwan to open diplomatic mission in the Republic of Macedonia. According to the Constitution the President of the Republic appoints the Ambassadors of the Republic Macedonia abroad on the proposal of the Government. The President Gligorov refused to appoint ambassador to Taiwan, nor took the credentials of Taiwan's representative. So Macedonia and Taiwan did not establish diplomatic relations at ambassadorial level. With the behaviour and disputes between the President and the Government, the Republic of Macedonia sent conflicting messages to the international community, which meant the lack of a stable direction for conducting a coherent foreign policy.

That foreign policy is an area in which both the President and the Government of the Republic of Macedonia had high ambitions, can be seen from the fact that after more than a decade after the adoption of the Constitution, there had not been enacted law on foreign affairs. As for the Law on signing, ratification and enforcement of international agreements, President Gligorov expressed disagreement and vetoed it.

The problematic were also constitutional provisions under which the President of the Republic of Macedonia proposes to the Parliament two members of the Judicial Council and of the Constitutional Court of the Republic of Macedonia. During the cohabitation, the Parliament refused to elect members of these institutions that were proposed by President Boris Trajkovski.

CONCLUSION

What can we conclude about the system of organization of power in Macedonia? Constitutional provisions are always the starting point in explaining institutions. They show existence of certain effective competencies of the President of the Republic of Macedonia, which formally classify the country among the countries with mixed system. But, the role of the President of Macedonia is very modest compared with other countries with semi-presidential system. Constitutionally his relations with the Cabinet are on horizontal level. But real relations between the President and the Cabinet depend on many factors that characterise every period of their functioning. The practice is test for strengths and weaknesses of the constitutional status of the state bodies. During the presidency of Kiro Gligorov we could see two different stiles of his performance of the position. At the beginning he was strong and dominant president, but after the attempt for his assassination his position was weakened. The second President, Boris Trajkov-

ski was weak president at the beginning of his mandate, but during the war conflict in Macedonia he took over leading role in the peace negotiations and came into open conflict with the Prime Minister, who was from the same party as the President. Third President Branko Crvenkovski was strong president, always present in the public with his attitudes on state issues. His attempt to have decisive voice in the policy led toward the conflict with the Prime Minister who was from the same party as the President. Fourth President of Macedonia, Georgi Ivanov completely marginalized the position of this office. He is absent from the public in crucial moments of political crisis and his obedience to the politics of Cabinet can be seen also from the fact that he has never used his power to veto, even in the situation when the public with serious arguments demanded that from him. During the periods of cohabitation Macedonia showed the weaknesses of the system. France's experience shows that the main "external" condition for the stability of the mixed system is the political tradition, while the major "internal" is the existence of a willingness to compromise in conflicts that are inherent in this system. Unfortunately, both external and internal conditions for stability of the system are missing in Macedonia.

Dr RENATA TRENESKA-DESKOSKA
Profesor Pravnog fakulteta "Iustinianus Primus", Skoplje

DA LI JE SISTEM ORGANIZACIJE VLASTI U REPUBLICI MAKEDONIJI POLUPREDSIEDNIČKI

Rezime

Uspeh Pete Francuske Republike, koja je uspela imiriti zahteve za legitimnosti i efikasnosti političkih institucija, privukao je pažnju kreatora ustava u Istočnoj Evropi. Zbog toga, u puno novoosnovane demokratije uvedene su mešovite (polupredsedničke, parlamentarno-predsedničke) sisteme.

Ovaj rad upoređuje elemente makedonskog sistema organizacije vlasti sa francuskim, pokazujući razlike između ova dva sistema. Pri tom, rad ukazuje na problem koje proizvode ustavne odredbe o položaju šefa države, ali i praksa objavljivanja ove funkcije. Ističe se da ustav ukazuje na postojanje određenih efektivnih nadležnosti predsednika Republike Makedonije, koji formalno klasifikuju zemlju među zemljama sa mešovitim sistemima. Međutim, uloga predsednika Makedonje je veoma skromna u poređenju sa drugim zemljama sa polu-predsedničkog sistema. Ustavno njegovi odnosi sa Vladom su na horizontalnom nivou, ali realni odnosi između predsednika i kabineta zavise od mnogih faktora koji obeležavaju svaki period njihovog funkcionisanja.

MARKO STANKOVIĆ

DVA VEKA NORVEŠKOG USTAVA – VLADAVINA PRAVA U OKRILJU PARLAMENTARNE MONARHIJE I DRŽAVNE RELIGIJE

NORVEŠKA – ZEMLJA BLAGOSTANJA NA SEVERU EVROPE

Kraljevina Norveška (nor. *Kongeriket Norge* ili *Kongeriket Noreg*), koju još zovu i “Zemljom hiljadu fjordova” i “Zemljom polarnog sunca”, je država na zapadnom delu Skandinavskog poluostrva u severnoj Evropi. Naseljava je nešto više od pet miliona stanovnika, prosečne starosti od oko 40 godina. Po verskoj pripadnosti, najveći broj Norvežana (86 odsto) su luterani, dok “ostalih” protestanata i katolika ima oko tri odsto, a ostali stanovnici su verski neopredeljeni. Norveška ima dva službena jezika – bukmal, koji je bliži danskom i koji govori oko 86 odsto Norvežana, i ninošk, koji je bliži švedskom i koji govori oko 19 odsto stanovnika (broj je veći od 100 odsto jer neki građani Norveške podjednako dobro govore oba jezika).¹ Najveća autohtona nacionalna manjina u Kraljevini Norveškoj su Sami (Laponci), kojih ima oko 20.000. Laponci uživaju određeni stepen samouprave na tradicionalno poznatim teritorijima i imaju vlastiti parlament. Ova severnoevropska kraljevina ima zanimljivu istoriju. Ona je 1397. godine ušla u Kal-

Dr Marko Stanković, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Rad nastao u okviru projekta “Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom Evropske unije (pravni, ekonomski, politički i sociološki aspekt)” Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

¹ Ustav Norveške je dobio zvanične verzije na oba jezika tek nakon ustavne reforme od 2014. godine.

marsku uniju (nor. *Kalmarunionen*) sa Danskom i u tom savezu ostala sledećih 400 godina.² Norvežani su se odvojili od Danske 1814. i 17. maja iste godine doneli svoj Ustav, koji je i danas na snazi. Švedska je ubrzo okupirala Norvešku, dopuštajući joj da zadrži svoj Ustav, pod uslovom da ostane u uniji pod švedskom krunom. Nacionalni osećaji Norvežana bivali su sve izraženiji tokom XIX stoleća, dostigavši svoj vrhunac početkom prošlog veka, kad je Norveška 1905. mirnim putem, referendumom, izborila nezavisnost. Iako je bila neutralna tokom Prvog svetskog rata, ipak je pretrpela znatne gubitke u mornarici i veliku privrednu štetu. Norveška je javno proglasila neutralnost na samom početku Drugog svetskog rata, ali je nacistička Nemačka okupirala punih pet godina.

Politiku neutralnosti Norveška je napustila 1949. godine, kada je pristupila NATO paktu. Početkom šezdesetih godina prošlog veka, otkriće nafte i gasa u norveškim teritorijalnim vodama potpuno je promenilo ekonomsku sliku zemlje koja je dotada bila najsiromašnija skandinavska država i spadala je u manje razvijene zemlje Evrope. Norveška je nakon toga doživela nagli privredni rast koji je u prve dve decenije otpočeo s industrijalizacijom pomorskog prometa i trgovine, da bi se od ranih sedamdesetih godina nastavio eksploatacijom velikih nalazišta nafte i prirodnog plina u Severnom i Norveškom moru. Danas je Norveška po monetarnoj vrednosti treća najbogatija država sveta, s najvišom kapitalnom rezervom po glavi stanovnika. Ona je peti najveći izvoznik nafte u svetu, a naftna industrija zauzima četvrtinu njenog bruto domaćeg proizvoda.

Zbog svega toga, Norveška je socijalna država i neguje skandinavski socijalni model s univerzalnom zdravstvenom zaštitom, subvencionisanim visokim obrazovanjem i veoma opsežnim sastavom socijalnog osiguranja.

Norveška je poznata i jedinstvena po tome što su na referendumima 1972. i 1994. njeni građani odbili pridruživanje Evropskim zajednicama, odnosno Evropskoj uniji. Norveška je suosnivač Ujedinjenih nacija, NATO pakta, Saveta Evrope i Nordijskog saveta, ali i članica Evropskog ekonomskog prostora, Svetske trgovinske organizacije i OECD-a. Danas je glavni "problem" ove severnoevropske države održanje najvišeg ličnog standarda u Evropi i planiranje na koji način organizovati ekonomski život zemlje kad se iscrpe rezerve prirodnih energenata. Tokom devedesetih godina prošlog veka, Norveška je osnovala naftni fond sa ciljem da se skupi dovoljno sredstava kako bi zemlja po nestanku nafte praktično mogla da živi od finansijskih prihoda. Vrednost fonda je već 2006. godine premašila 200 milijardi američkih dolara.

² Kalmarska unija bila je serija personalnih unija između 1397. i 1521. godine, koja je ujedinila Norvešku, Dansku i Švedsku pod jednim monarhom. 1521. Švedska, nezadovoljna danskom dominacijom, izlazi iz unije formirajući sopstvenu monarhiju pod Gustavom I.

DONOŠENJE USTAVA NORVEŠKE OD 1814. GODINE
I PERSONALNA UNIJA SA ŠVEDSKOM

Ustav Norveške (zvanični naziv na norveškom: *Kongeriget Norges Grunnlov*) donela je jednoglasno Ustavotvorna skupština u Eidsvolu (*Eidsvoll*) 17. maja 1814, zbog čega se taj datum proslavlja kao nacionalni praznik – Dan Ustava ili Nacionalni dan (*Grunnlovsdagen*, odnosno *Nasjonaldagen*). U vreme njegovog donošenja, ovaj ustav je smatran jednim od najliberalnijih ustava u svetu. Sami Norvežani se ponose svojim Ustavom, navodeći da se radi o najstarijem ustavu u Evropi i drugom najstarijem u svetu koji je još uvek na snazi (stariji od njega je samo Ustav SAD od 1787). Posebno je zanimljiva činjenica da u izvorni tekst ustava skoro dva veka nije ozbiljnije intervenisano, što je veoma neobična pojava za evropski kontinent, na kojem su izmene i dopune originalnih tekstova ustava uobičajene u tolikoj meri da oni često ne liče na prvobitno usvojeni tekst.³

Pisci norveškog Ustava od 1814, Kristijan Magnus Falsen (*Christian Magnus Falsen*) i Johan Gunder Adler (*Johan Gunder Adler*), s razlogom se smatraju utemeljiteljima norveške ustavnosti, poput “očeva osnivača” u SAD. Pišući ustavni tekst, oni su bili inspirisani američkom Deklaracijom nezavisnosti od 1776. i francuskom Deklaracijom prava čoveka i građanina od 1789, kao i ustavima SAD i Francuske koji su usledili nakon tih deklaracija, ali i španskim Ustavom od 1812. Uticaj španskog ustava naročito je značajan u domenu oblika vladavine, s obzirom na to da je Norveška ustrojena kao monarhija. Kraljeva vlast je, međutim, bila oslabljena, jer on nije dobio pravo apsolutnog veta na zakone, što je za trenutak u kojem je Ustav donesen bilo neuobičajeno. Za kralja Norveške prvobitno je izabran prestolonaslednik Kristijan Frederik (*Christian Frederik*).

Ustavni tekst predstavljao je spoj tradicionalnih i modernih rešenja svoga vremena. On je, s jedne strane, inspirisan američkim i francuskim ustavima, uspostavio načelo podele vlasti na zakonodavnu, izvršnu i sudsku, ali je, s druge, zadržao neke zastarele ideje, poput propisivanja državne religije. Bilo je i rešenja koja se mogu oceniti kao značajan, ali nedovoljan korak unapred, kao što je recimo rešenje u vezi sa biračkim pravom: bilo je prošireno, ali nije proglašeno opštim. Pravo glasa imali su samo poljoprivrednici koji su posedovali zemlju, državni službenici i građani koji su imali svojinu na nepokretnostima. Svi oni zajedno činili su oko polovine muškog dela populacije u Norveškoj.

Prvi član Ustava definiše Norvešku kao “slobodnu, nezavisnu i nedeljivu Kraljevinu”, čiji je oblik vladavine “ograničena i nasledna monarhija”. S obzi-

³ Najizrazitiji primer za to je verovatno belgijski Ustav od 1831, koji je formalno i danas na snazi, iako je u međuvremenu izvršena tako krupna promena kao što je promena oblika državnog uređenja iz unitarnog u federalno.

rom na okolnosti u kojima je Ustav donesen (neposredno pre njegovog donošenja, Sporazumom iz Kiela od 14. januara 1814, danski kralj je "ustupio" Norvešku švedskom kralju), ovaj član se smatra svojevrsnom deklaracijom nezavisnosti. Norveška, međutim, nije uspjela da obezbedi podršku u međunarodnoj zajednici za svoju nezavisnost, pa je rat sa Švedskom bio neizbežan.⁴

Nakon nekoliko bitaka, u kojima su zaraćene strane imale promjenljiv uspeh, zaključen je Sporazum u Mosu (*Moss*), koji je bio *de facto* mirovni sporazum, ali i sporazum kojim je formirana personalna unija između Švedske i Norveške. Zbog toga je norveški parlament, Storting (*Stortinget*), izabrao švedskog kralja Karla XIII (*Karl XIII*) za kralja Norveške, kao Karla II.⁵ Iako je protiv svoje volje stupila u savez sa Švedskom, Norveška je ostvarila pravo da zadrži na snazi svoj Ustav, koji je pretrpeo minimalne izmene, kako bi unija Švedske i Norveške, čiji je zvanični naziv bio Ujedinjena Kraljevstva Švedske i Norveške (šved. *Förenade konungarikena Sverige och Norge*, nor. *De forenede Kongeriger Norge og Sverige*), mogla nesmetano da funkcioniše.

Devet decenija kasnije, 1905. godine, Norveška je, nakon referenduma na kojem je gotovo 100 odsto glasača glasalo za osamostaljenje od Švedske (bilo je svega 184 glasa, odnosno 0,05 odsto protiv), napustila personalnu uniju sa Švedskom.⁶ Jedno od ključnih pitanja koja su se u tom momentu postavila je opstanak monarhijskog oblika vladavine.

Glavni kandidat za norveški presto, princ Karl od Danske, koji je bio oženjen britanskom princezom, insistirao je na tome da monarhija može opstati jedino ukoliko narod Norveške to podržava. Na referendumu, održanom 13. novembra te godine, skoro 80 odsto glasalih je podržalo monarhijski oblik vladavine, nakon čega je norveški parlament izabrao princa Karla za novog kralja Norveške, pod imenom Hakon VII (*Haakon VII*).⁷

Nakon Drugog svetskog rata, Ustav Norveške nije ozbiljnije menjan gotovo sedam decenija. Najkrupnije izmene i dopune norveškog Ustava učinjene su upravo u predvečerje njegove dvestogodišnjice, 2012. i 2014. godine, kada je norveški parlament izvršio značajne promene ustavnog teksta.

⁴ Taj rat se smatra poslednjim ratom između skandinavskih zemalja.

⁵ Zanimljivo je da je prvi norveški kralj, Kristijan Frederik, koji je Norveškom vladao svega nekoliko meseci, kasnije postao danski kralj, pod imenom Kristijan VIII (*Christian VIII*), i vladao je tom zemljom u periodu od 1839. do 1848.

⁶ Sporazum o tome između dve države potpisan je u Karlstadu (*Karlstad*), u Švedskoj.

⁷ Njegov unuk, Harald V (*Harald V*), danas je kralj Norveške. Harald V je prvi norveški kralj koji je rođen u Norveškoj još od XIV veka.

OSNOVNE KARAKTERISTIKE NORVEŠKOG USTAVNOG SISTEMA
PREMA USTAVU OD 1814.

Ključne osobine ustavnog sistema jedne države najjezgrovitije se mogu izložiti kroz analizu četiri njena državna oblika: vladavine, državne vlasti, državnog uređenja i političkog poretka.⁸ U najkraćem, može se reći da je Norveška monarhija, sa parlamentarnim sistemom vlasti, unitarnim državnim uređenjem i demokratskim političkim poretkom.

Monarhijski oblik vladavine predstavlja deo tradicije skandinavskih zemalja, pa on u Norveškoj, Švedskoj i Danskoj gotovo da nikada nije bio doveden u pitanje. Norveška je, međutim, osobena po tome što su njeni monarsi (odnosno vladajuće dinastije) prošli čin izbora (uglavnom u parlamentu), čime je tom obliku vladavine i konkretnim nosiocima vladarske titule podaren za monarhiju neuobičajeno veliki legitimitet. Prvog kralja nezavisne Norveške, Kristijana Frederika, izabrala je 1814. Ustavotvorna skupština. Kada je, nekoliko meseci kasnije, uspostavljena personalna unija Norveške i Švedske, norveški parlament je izabrao tadašnjeg švedskog kralja za kralja Norveške. Konačno, nakon osamostaljenja Norveške početkom prošlog veka, monarhija je dobila podršku na referendumu, da bi Storting izabrao Hakona VII za kralja. Stoga je monarhijski oblik vladavine, iako se u nauci ustavnog prava ponekad smatra prevaziđenim, jedan od ključnih elemenata norveškog ustavnog sistema.

Prema izvornom tekstu ustava (članovi 3. i 5), što je bilo uobičajeno za period u kojem je donesen, samo je muškarac mogao biti monarh, ali je 1990. usvojeno rešenje prema kojem se otvara mogućnost da u budućnosti žena dođe na norveški presto (članovi 3. i 6. Ustava).⁹ Ukoliko nema potomaka koji bi mogli naslediti presto, kralj predlaže naslednika parlamentu, koji odlučuje da li će predlog prihvatiti (čl. 7. Ustava, ranije čl. 9). Kralj polaže zakletvu u parlamentu (čl. 11), a tekst zakletve je opterećen religioznim elementima (“tako mi Bog pomogao, svemogući i sveznajući”), što je samo jedan u nizu pokazatelja da Norveška još uvek nije sekularna država, o čemu će kasnije biti reči. Kralj ima pravo suspenzivnog veta u zakonodavstvu, ali ga nije nijedanput iskoristio od kada je Norveška povratila nezavisnost (poslednji zakon vetiran je još u XIX veku, 1898. godine).

Kada je 1814. donesen Ustav Norveške, ona je bila dualistička ustavna monarhija. Kralj je postavljao i smenjivao ministre, koji su jedino njemu bili odgovorni, a nisu mogli imati manje od 30 godina života (raniji čl. 28. Ustava). Na

⁸ Radomir Lukić, Budimir Košutić, Dragan Mitrović, *Uvod u pravo*, Beograd 1999, 331.

⁹ Ustav i dalje sadrži veoma detaljne norme o kraljevskoj porodici i nasleđivanju prestola, posvećujući čak jednu desetinu svojih članova tim pitanjima. Uopšte, čak 45 od ukupno 121 člana Ustava posvećeni su izvršnoj vlasti, a najveći broj među njima reguliše položaj monarha.

uvodjenje *parlamentarnog sistema* čekalo se tačno sedam decenija, do 1884. godine. Parlamentarizam je uveden na osnovu ustavne konvencije prema kojoj kralj, koji je Ustavom ovlašćen da sam imenuje i razrešava ministre¹⁰, poziva lidera parlamentarne većine da formira Državni savet (norveški naziv za vladu, nor. *Statsrådet*). Ova konvencija, ipak, nije uvek poštovana, ali je poslednji slučaj njenog kršenja zabeležen još 1928, kada je Radnička partija (*Arbeiderpartiet*) po prvi put bila stožer vlade, uprkos tome što nije imala većinu u Stortingu (ukupno 59 od tadašnjih 150 poslanika). Odredba prema kojoj kralj imenuje i razrešava članove Državnog saveta "preživela" je čak i veliku ustavnu reformu od 2012. (s tim što je sada sadržana u članovima 12. i 22), pa norveški parlamentarizam i dalje funkcioniše na osnovu ustavne konvencije iz prethodnog veka. Ipak, ustavni tekst je tokom jedne od reformi obogaćen odredbom prema kojoj je član vlade kojem parlament izglasa nepoverenje dužan da podnese ostavku (čl. 15), čime je jedno od načela parlamentarnog sistema postalo pisana ustavna norma. Ustav još propisuje da članovi Državnog saveta moraju biti norveški državljani, da ih mora biti najmanje osam (prvi ministar i najmanje sedam članova)¹¹, kao i da "muž i žena, roditelj i dete ili braća i sestre ne smeju istovremeno biti članovi Državnog saveta".

Parlament (Storting) je nosilac ustavotvorne i zakonodavne vlasti. On trenutno broji 165 članova, ali se taj broj menja za četiri do 13 članova, što zavisi od broja birača. Maksimalan broj poslanika prema Ustavu iznosi 169 (čl. 57. st. 1). Storting se bira na svake četiri godine (čl. 54. i 71. Ustava), a biraju ga građani s navršениh 18 godina života (čl. 50. Ustava), na opštim, neposrednim izborima, tajnim glasanjem. Primenjuje se proporcionalni sistem raspodele mandata u 19 izbornih okruga (čl. 57. st. 2). Za aktivno biračko pravo predviđen je bora-višni cenzus od pet godina, a za pasivno od deset godina. Novoizabrani parlament zaseda u tačno određeno vreme, bez ikakvog uticaja kralja ili vlade. Poslanci uživaju imunitet neodgovornosti i vrlo ograničen imunitet nepovredivosti (čl. 66. Ustava). Za izmene i dopune Ustava, predviđena je tehnika "prikrivenog referenduma" (čl. 121).

Kontrolu ustavnosti zakona vrši Vrhovni sud, uglavnom u skladu s pravilima američkog sistema decentralizovane kontrole ustavnosti, što je inače karakteristično za skandinavske zemlje (sličan sistem primenjuju i Danska i Švedska). Ustav Norveške, kao uostalom ni Ustav SAD, ne reguliše eksplicitno materiju kontrole ustavnosti. Prvi slučaj u kojem je norveški Vrhovni sud neposredno primenio Ustav kao pozitivno pravo zabeležen je 1822, a prvi slučaj normativne kontrole 1866. godine.

¹⁰ Formalno, titulu ministra imaju prvi ministar i ministar spoljnih poslova, dok se ostali članovi vlade formalno smatraju državnim savetnicima (*statsråd*), ali je vremenom postalo uobičajeno da se svi članovi vlade nazivaju ministrima.

¹¹ Aktuelna norveška vlada broji 18 članova.

Od 2009. norveški parlament je jednodoman¹², a do tada je imao dva ne-ravnopravna doma, koja su funkcionisala po zanimljivom modelu. Ranije je na prvom zasedanju Stortinga, novoizabrani parlament birao jednu četvrtinu svoga članstva za članove “gornjeg doma” (*Lagting*), a preostale tri četvrtine su činile “donji dom” (*Odelsting*).¹³ Domovi nisu bili ravnopravni, s obzirom na to da prvo zakonodavne inicijative, pored monarha, imao isključivo donji dom. O zakonu se prvo raspravljalo u donjem domu, a zatim i u gornjem domu. U slučaju sukoba domova, o predlogu zakona odlučivalo se dvotrećinskom većinom na zajedničkoj sednici domova, čime je donji dom ponovo bio favorizovan, jer je brojao tri puta više članova od gornjeg. Pri tom, zakone finansijske prirode i izmene i dopune Ustava, Storting je oduvek donosio kao jednodomno telo. Ovaj model se u nauci najčešće i nije smatrao bikameralizmom, već “kvazi-bikameralizmom” ili “kvalifikovanim monokameralizmom” (*qualified unicameralism*)¹⁴, s obzirom na to da su svi poslanici bili izabrani na istim opštim izborima, a da su tek naknadno sami između sebe birali članove jednog i drugog doma.

Prema obliku državnog uređenja, Kraljevina Norveška je *unitarna država*. To je sasvim razumljivo s obzirom na to da ni nacionalni, ni istorijski, ni geografski, ni privredni uslovi ne zahtevaju složeno državno uređenje. Norveška je podeljena na 19 administrativnih okruga (*fylker*). Okruzi predstavljaju prvi stepen administrativno-teritorijalne podele, a slede opštine (*kommuner*) kojih ima 431. Glavni grad Oslo je u isto vreme okrug i opština. Norveška ima i dve sastavne prekomorske teritorije – Jan Majen i Svalbard, kao i tri antarktičke i subantarktičke zavisne teritorije – ostrvo Buve, ostrvo Petar I i Kvin Mod. Norveški suverenitet nad Svalbardom je baziran na Svalbardskom sporazumu, koji se ne odnosi i na Jan Majen. Ostrvo Buve u južnom Atlantiku i Ostrvo Petra I u južnom Pacifiku su spoljašnje zavisne teritorije, ali nisu delovi Kraljevstva. Osim toga, Norveška polaže pravo na Droning Maud Land u Antarktiku.

Konačno, prema obliku političkog poretka, nesporno je da je Kraljevina Norveška danas *demokratija*, zasnovana na načelu narodne suverenosti (formulisano je u članovima 49. i 75. Ustava). Jedno od osnovnih načela savremenog demokratskog uređenja jeste opšte i jednako biračko pravo, koje se ostvaruje na neposrednim izborima, tajnim glasanjem. Norveška se uglavnom uklapa u trendove koji su vladali tokom vekova u pogledu uvođenja opšteg prava glasa. Kao što je

¹² Predlog za ukidanje dotadašnje kvazi-dvodomne strukture je podnet 2004, stupio je na snagu 2007, a novi jednodomni model je prvi put primenjen nakon izbora 2009.

¹³ Raniji član 74. st. 2. Ustava.

¹⁴ V. Petrov je govorio da norveški parlament prema Ustavu od 1814. “u svojoj strukturi i načinu rada sintetiše elemente jednodomnosti i dvodomnosti” i da su *Lagting* i *Odelsting* “dve sekcije norveškog parlamenta, a ne dva doma u pravom smislu reči”. (Vladan Petrov, *Sukob domova u dvodomnom sistemu*, Beograd 2004, 123)

rečeno, u momentu donošenja Ustava je postojao rodni cenzus, jer žene nisu imale biračko pravo, kao i imovinski cenzus, koji je lišavao prava glasa oko polovine muškog dela populacije. Krajem XIX veka, 1898. godine, svi muškarci su dobili biračko pravo, dok je cenzus po polu ukinut deceniju i po kasnije, 1913. godine, kada su nakon izmena Ustava i žene dobile pravo glasa. Tada je biračko pravo definitivno postalo opšte. Dve najveće zamerke norveškoj demokratiji danas jesu postojanje državne religije i nepostojanje dovoljnih garantija ljudskih prava u samom Ustavu, iako su i na jednom i na drugom polju u poslednje dve godine učinjena značajna poboljšanja.

DRŽAVNA RELIGIJA – NAJRIGIDNIJI ELEMENT NORVEŠKOG USTAVNOG SISTEMA

Najveća zamerka demokratskom uređenju Kraljevine Norveške bez sumnje je povezanost države i crkve, odnosno propisivanje državne religije u Ustavu. Po propisivanju državne religije poznate su islamske zemlje u Africi i Aziji, njih dvadesetak. S druge strane, manje od deset zemalja u svetu sa hrišćanskom većinom propisuje državnu religiju, ali čak tri među njima su severnoevropske zemlje – Danska, Island i Norveška.¹⁵

Originalni član 2. Ustava Norveške proglasio je evangelističko-luteransku religiju za zvaničnu državnu religiju i obavezivao sve stanovnike koji je ispovedaju da i svoju decu vaspitavaju u tom duhu. Pored toga, isti član je propisivao da jezuiti i monaški redovi “neće biti tolerisani”, a Jevreje je potpuno isključio iz života u Kraljevini. Položaj Jevreja je počeo da se popravlja nakon izmene Ustava od 1851, ponajviše zahvaljujući pesniku Henriku Vergelandu (*Henrik Wergeland*), koji se javno borio za njihova prava. Sve zabrane za Jevreje su definitivno ukinute 1897, kada su dozvoljeni i monaški redovi, dok je zabrana za jezuite zadržana sve do 1956.

Još jedan korak ka sekularizaciji države učinjen je 2012, kada je u Ustav unesen novi tekst člana 2. Ustava koji propisuje da će vrednosti Norveške “ostati hrišćansko i humanističko nasleđe”, kao i da “Ustav treba da obezbedi demokratiju, državu zasnovanu na vladavini prava i ljudskim pravima”. Jasno je da ni ova odredba ne odvaja u potpunosti državu od religije, jer pominje “hrišćansko nasleđe”, ali u odnosu na raniju odredbu prividno predstavlja iskorak. Međutim, član 4. Ustava propisuje da monarh “u svako doba ispoveda evangelističko-luteransku religiju”, čime zadržava primat za tu versku zajednicu.¹⁶ Ipak, ključna odredba o religiji, koja neraskidivo vezuje državu i crkvu, jeste odredba člana 16. Us-

¹⁵ Pogledati čl. 4. Ustava Danske i čl. 62. Ustava Islanda.

¹⁶ U izvornoj verziji ustavnog teksta, ova norma je bila formulisana članom 15. Izmenama Ustava od 2012. ukinut je isti zahtev koji se odnosio na članove Državnog saveta.

tava: “Svi stanovnici Kraljevine imaju pravo da slobodno ispovedaju svoju veru. Crkva Norveške, evangelističko–luteranska crkva, ostaće zvanična crkva Norveške i kao takva će biti podržavana od strane države.” Ustavotvorac je 2012. očigledno pokušao da pomiri tradicionalno i moderno, luteransku tradiciju i sekularizaciju države, i da, s jedne strane, zadrži primat za evangelističko–luteransku crkvu, a da, s druge, omogući ravnopravnost svih verskih zajednica, ali je to pokušao da učini na potpuno pogrešan način. Zato se Norveška još uvek ne može smatrati svetovnom državom. Pored toga, izrazito favorizovanje bilo koje verske zajednice, pa makar i najbrojnije u zemlji, i njeno proglašavanje za državnu crkvu, automatski dovodi sve ostale verske zajednice u podređen položaj, a samim tim i pripadnike tih zajednica diskriminiše, odnosno proglašava građanima drugog reda. A poznato je da se zabrana svakog oblika diskriminacije (odnosno pravo građana na jednakost), uz državljanstvo odgovarajuće države, smatra nužnim preduslovom za uživanje ljudskih prava.¹⁷

Međutim, prema istraživanjima javnog mnjenja, Norvežani spadaju među najmanje pobožne narode u Evropi, jer je svega oko 20 odsto stanovnika odgovorilo da im je religija značajan činilac u životu. S druge strane, zemlja koja se smatra kolevkom ideje vladavine prava – Velika Britanija – takođe ima državnu religiju – Crkvu Engleske ili Englesku crkvu (eng. *Church of England*) – što je ne sprečava da bude jedna od najuzornijih demokratija u svetu.

SIROMAŠNA JEMSTVA LJUDSKIH PRAVA U USTAVU NORVEŠKE PRE USTAVNE REFORME OD 2014.

Norveški Ustav od 1814. veoma je šturo regulisao materiju ljudskih prava i sloboda. To je bilo uobičajeno u prvoj polovini XIX veka, kada je ovaj akt donesen, ali je iznenađujuće što norveški ustavotvorac za gotovo dva veka nije preduzeo skoro ništa da taj katalog obogati. Za današnje standarde, norveški Ustav je do pre nekoliko meseci sadržao veoma siromašna jemstva ljudskih prava, posvećujući im manje od 15 svojih članova. Poređenja radi, odredaba koje se odnose na vladajuću dinastiju i monarha u Ustavu ima čak tri puta više!

Prava koja je norveški Ustavotvorac jemčio uglavnom su prava prve generacije – lična i politička (prava koja se odnose na hapšenje, pritvaranje, krivični postupak, nepovredivost stana, slobodu mišljenja, slobodu štampe – raniji članovi 95-102), dok se o pravima druge generacije – ekonomskim, socijalnim i kulturnim veoma malo bavio (pominjao je samo pravo na rad – čl. 110, i pravo na imovinu, sa posebnim osvrtom na crkvenu i seosku imovinu – čl. 104-107). Ali zanimljivo je da Ustav poznavao i jedno od glavnih prava treće generacije – pravo

¹⁷ Ratko Marković, *Ustavno pravo*, Beograd 2014, 468.

na zdravu životnu sredinu, zajemčeno članom 110b, kao i posebna kulturna prava nacionalne manjine Sami (čl. 110a), unesena u Ustav 1988. godine.

Član 110c Ustava Norveške, koji je u Ustav unesen 1994, propisivao je “obavezu države da poštuje i obezbeđuje ljudska prava”, a predviđao je da će se posebne odredbe za sprovođenje međunarodnih dokumenata o ljudskim pravima definisati zakonom. Dakle, osim što je predviđao veoma siromašan katalog ljudskih prava, norveški ustavotvorac ih je još jednim svojim postupkom normativno degradirao. Naime, prva i osnovna garantija za nesmetano ostvarivanje ljudskih prava i sloboda je njihovo propisivanje u samom ustavu i neposredno ostvarivanje na osnovu najvišeg pravnog akta.¹⁸ Na taj način ustavotvorac treba da onemogućiti zakonodavca da eventualno posegne za ograničavanjem i kršenjem ljudskih prava i sloboda. Zbog toga su ta prava neodvojivi deo materije *constitutionis* i zato je još Moris Diverže (*Maurice Duverger*) govorio da su ona u toj meri konstitutivni element svakog ustava da država ima istovremeno dva ustava – “društveni ustav”, koji uređuje položaj građana, i “politički ustav”, koji utvrđuje položaj vlasti. Ljudska prava moraju ostati van domašaja zakonodavne vlasti, kako ne bi mogla biti ukinuta ili kako stepen njihove primene ne bi mogao biti umanjen i osujećen običnim zakonima.

USTAVNA REFORMA OD 2014. – DOPUNA KATALOGA LJUDSKIH PRAVA

Pred samu proslavu dva veka norveškog Ustava, sazrela je svest o tome da je nužno propisati sveobuhvatniju listu ljudskih prava u samom Ustavu. Ljudska prava bila su glavni predmet poslednjih ustavnih promena, usvojenih svega nekoliko dana pred dvestotu godišnjicu Ustava od 1814. Pre svega, cela glava E Ustava umesto dosadašnjeg naslova “Opšte odredbe” sada nosi naslov “Ljudska prava” (*Menneskerettighetene*), čime se na simboličan način iskazuje namera ustavotvorca da ljudskim pravima obezbedi poseban status u najvišem pravnom aktu. Opšte odredbe sada su sadržane u novoj glavi F. Broj članova Ustava je sa 115 povećan na 121. Ljudska prava su konačno sistematizovana u Ustavu i izložena na manjeviše celovit način. Sadržina “novih” prava formulisana je gotovo identično kao u međunarodnim paktovima o ljudskim pravima Ujedinjenih nacija od 1966.

Opštom odredbom je propisana obaveza države da obezbeđuje i štiti ljudska prava i to kako ona koja jemči Ustav tako i ona predviđena ratifikovanim međunarodnim ugovorima (čl. 92). Ovde se radi o odredbi ranijeg člana 110c, s tim što je s razlogom izostao onaj njen “problematičan” deo koji je zakonodavcu poveravao da uredi način ostvarivanja ljudskih prava. Slede lična prava, kao što su pravo na život, nepovredivost integriteta čoveka, zabrana ropstva i mučenja (čl.

¹⁸ R. Marković, 491.

93), zatim i pravila u vezi sa lišavanjem slobode, pritvaranjem i krivičnim postupkom (čl. 94), kao i pravo na nepristrasno suđenje (čl. 95) i pretpostavka nevinosti u krivičnom postupku (čl. 96). Ustav propisuje i zabranu diskriminacije i jednakost svih građana pred zakonom (čl. 98), mada se ta odredba mora prihvatiti s rezervom, imajući u vidu odredbe o državnoj religiji. Predviđena je i sloboda kretanja i nastanjivanja (čl. 106), kao i i pravo na poštovanje privatnosti i porodičnog života, doma i komunikacija (čl. 102). Od političkih prava, predviđene su sloboda izražavanja i sloboda štampe (čl. 100), u gotovo istom obliku kao i ranije, kao i sloboda udruživanja i sloboda zbora (čl. 101). Kad je reč o ekonomskim i socijalnim pravima, zajemčena su: pravo na imovinu (čl. 105), pravo na rad (čl. 110), posebna prava deteta (čl. 103) i pravo na obrazovanje (čl. 109). Konačno, od prava treće generacije, zadržana je odredba o pravu na zdravu životnu sredinu (čl. 111), kao i odredba o posebnim kulturnim pravima naroda Sami (čl. 108).¹⁹

Ustavnom reformom od 2014, katalog ljudskih prava u norveškom Ustavu je, dakle, konačno obogaćen, ali je očigledno on i dalje nije dovoljno sveobuhvaatan, jer mu nedostaju neka od najosnovnijih ljudskih prava. Zbog toga je odredba o obaveznoj primeni prava iz ratifikovanih međunarodnih ugovora i dalje nužna u najvišem pravnom aktu Norveške.

ZAKLJUČAK: DRŽAVA BLAGOSTANJA SA KONZERVATIVNIM USTAVOM

Poznato je da Kraljevina Norveška slovi za zemlju blagostanja sa najvišim ličnim standardom na evropskom kontinentu. Demokratski karakter savremenog norveškog društva je nesporan, a politička kultura njenih građana je na izrazito visokom nivou. S druge strane, norveški ustavotvorac je veoma konzervativan, pa je u formalnom smislu (“u normama”) demokratski karakter norveškog ustavnog sistema sporan, jer dva veka star Ustav i dalje sadrži mnoštvo odredaba koje su nespojive sa današnjim standardima vladavine prava.

Bez obzira na to, Kraljevina Norveška je još pre više od četiri decenije ispunjavala stroge uslove za pristupanje Evropskim zajednicama, a pre dve decenije još strože uslove za pristupanje Evropskoj uniji. Iako nema neposredne veze sa temom ovog rada, zanimljivo je, ipak, primetiti da je Norveška ispunila uslove za ulazak u Evropsku uniju sa državnim religijom propisanom u Ustavu i nedovolj-

¹⁹ Propisivanje posebnih manjinskih prava samo za narod Sami, umesto za sve nacionalne manjine, podvrgnuto je žestokoj kritici. Pogledati: Knut Vollebæk, Ingwill Thorson Plesne, “Towards constitutional protection of national minorities rights in Norway?”, <http://www.uio.no/english/research/interfaculty-research-areas/democracy/news-and-events/events/conferences/2014/workshops/towards-constitutional-protection-of-national-minorities-in-norway-%28060114%29-kvitp5.pdf>, 16.8.2014)

nim jemstvima ljudskih prava (mnogo pre poslednje ustavne reforme), dok Unija pred druge države postavlja precizne zahteve kakve garantije ljudskih prava moraju da propišu u svojim pravnim sistemima, što još jedanput otvara pitanje da li su uslovi za članstvo u toj organizaciji političkog ili pravnog karaktera, kao i pitanje da li su uslovi isti za sve države kandidate za članstvo.

Važnije je, ipak, da li vladavina prava postoji “u životu”. Po stepenu zadovoljstva stanovništva sopstvenom državom, Kraljevina Norveška se nesporno nalazi među vodećim zemljama u svetu, a sami građani ustavnu proklamaciju o državnoj religiji posmatraju kao deo državne tradicije, a ne kao oblik diskriminacije (iako ona, formalnopravno, to jeste). Ljudska prava se ostvaruju u meri koja je većini država u svetu nedostižna, naročito u domenu socijalnih prava, što sve govori u prilog postojanju demokratije u ovoj severnoevropskoj monarhiji.

MARKO STANKOVIĆ, LL.D.,
Assistant Professor, Faculty of Law
University of Belgrade

TWO CENTURIES OF NORWEGIAN CONSTITUTION – THE RULE OF LAW IN TERMS OF PARLIAMENTARY MONARCHY AND STATE RELIGION

Summary

Constitution of Norway of 1814 is the second oldest constitution in the world which is still in force. Comparative constitutional law theory does not give sufficient attention to this Constitution, if we have in mind that it has been in effect for precisely two centuries. The specificity of the Norwegian constitutional system, in addition to monarchical form of government, certainly is the connection between church and state, which was not removed by the latest constitutional changes of 2012 and 2014. Constitutional changes in Norway, which is atypical for the European continent, were minimal, and the revision of the 2012 may be considered the first fundamental revision of the Constitution (although smaller amendments in the past were frequent). That is the reason why the Constitution of Norway has so many retrograde provisions. Constitutional reform of 2014 has significantly enriched the catalog of human rights. This paper presents strengths and weaknesses of the Norwegian Constitution and its revisions, and points out some weaknesses that need to be removed in the future.

VLADIMIR ĐURIĆ

USTAVNOSUDSKA KONTROLA USTAVNIH PROMENA U REPUBLICI SRBIJI

– Neosnovana hipoteza ili poslednja odbrana (pravne) države –

U V O D

Kontrola vlasti, odnosno organa koji raspolažu ovlašćenjima vlasti u cilju zaštite ustava i ustavnosti, a posebno prava i sloboda, mora da obuhvati sve oblike ostvarivanja (odnosno narušavanja) ustava i ustavnosti.¹ U tom smislu, ideal ustavnosudske kontrole ustavnosti, oličen u potpunoj i sveobuhvatnoj zaštiti ustava, mogao bi biti ostvaren isključivo ustavnosudskom kontrolom celokupnog ustavnog poretka.

Ustav je jedini pravni akt koji određuje postupak, a u nekim pravnim sistemima i obim sopstvene promene. Promene ustava koje izražavaju ustavni kontinuitet, čiji je tvorac derivativna ustavotvorna vlast, stoga predstavljaju sastavni deo ustavnog poretka. Otuda se može postaviti značajno teorijsko-pravno pitanje da li promene ustava koje izražavaju ustavni kontinuitet mogu da budu jedan od oblika narušavanja ustava i, sledstveno tome, da predstavljaju predmet ustavnosudske kontrole ustavnosti?

Mogućnost kontrole ustavnosti ustavnih promena vezuje se za doktrinu neustavnih ustavnih normi (*unconstitutional constitutional norms*) koja počiva na

Dr Vladimir Đurić, naučni saradnik Instituta za uporedno pravo, Beograd

¹ P. Nikolić, Nužnost i legitimnost ustavnog sudstva u demokratskim sistemima, Pravni život, br. 12, 1995, str. 179; videti i M. Cappelletti, *Necessite et legitimité de la justice constitutionnelle en Europe*, Revue internationale de droit compare, N°2, 1981

postavci o postojanju nepromenljivih ustavnih načela i/ili odredbi koje su mnoge evropske države, naročito nakon Drugog svetskog rata, unele u svoje ustave. Budući da su u fokusu ovog rada sagledavanje teorijske (ne)legitimnosti i pozitivno-pravne mogućnosti ustavnosudske kontrole ustavnih promena u Republici Srbiji, u radu će biti izostavljena šira teorijska obrazlaganja i uporednopravna razmatranja, ali zbog njihovog značaja za našu temu, čitaoca upućujemo na rad “Kontrola ustavnosti ustavnih promena” koji će biti objavljen u jednom od narednih brojeva časopisa “Strani pravni život” sa kojim ovaj rad čini celinu.

Da bi se svestrano razmotrilo pitanje ustavnosudske kontrole ustavnih promena u Republici Srbiji potrebno je najpre sagledati shvatanja domaće pravne nauke o pojmu promene ustava i pravnom karakteru i domašaju ustavnih normi o zabrani promene ustava.

*Teorijska shvatanja o promeni i zabrani promene ustava
u domaćoj pravnoj nauci*

Pod promenom (revizijom) ustava podrazumeva se ukidanje pojedinih njegovih normi, pa i svih normi (tj. ustava kao celine), eventualno zamenjivanje ukinutih normi novim normama, kao i dopunjavanje teksta ustava drugim normama.² Zabrane promena ustava, kako se to u teoriji klasifikuje, mogu se odnositi kako na potpunu, tako i na delimičnu promenu ustava, dok, sa stanovišta vremena, mogu biti trajne, privremene i zabrane promena u određenim okolnostima.³ Osnovna pravna pitanja u vezi sa ustavom predviđenim zabranama promene čini njihov pravni karakter i domašaj, naročito u slučaju derivativne ustavotvorne vlasti, one koja svoju poziciju izvodi iz odredbi važećeg ustava. Na izloženo pitanje u domaćoj pravnoj teoriji bilo je različitih odgovora.

Većina pisaca koji su se bavili ovom temom stoji na stanovištu da su zabrane promene ustava bez pravne važnosti, kako zbog toga što je ustavotvorna vlast najviša vlast u državi pa, sledstveno tome, ne može da bude vezana odredbama ustava koji je doneo raniji ustavotvorac, čak i u slučaju da je konstituisana pre-

² P. Nikolić, *Ustavno pravo*, Beograd 1994, str. 39; Na ovom mestu treba učiniti jednu važnu terminološku napomenu. Na osnovu određenja pojma promene ustava koje je ponudio prof. Nikolić, kao i na osnovu jezičkog značenja pojma “promena”, jasno je da se on može odnositi kako na delimičnu, tako i na potpunu promenu ustava. U pojedinim radovima i udžbenicima ustavnog prava moguće je zateći pojam “donošenje ustava” kojim se označava donošenje prvog, ili usvajanje novog ustava, odnosno potpuna promena ustava, dok se izrazom “revizija” označava delimična promena ustava, odnosno izmene i dopune ustava. U daljem tekstu u radu će se pojmom “promena ustava”, već u zavisnosti od smisla, uglavnom označavati izmene i dopune ustava, ukoliko nije izričito navedeno da je reč o potpunoj promeni, ili ukoliko nije reč o citiranju pojedinih odredbi.

³ Više o tome u M. Jovičić, *O ustavu*, Beograd 1977, str. 66-69. i P. Nikolić, *Ustavno pravo*, str. 40, 41.

ma odredbama ustava koji menja, tako i zbog toga što kasnija norma uvek može da izmeni ili ukine raniju normu iste pravne snage.⁴ U tom smislu, ilustrativne su reči prof. Nikolića koji zapaža da legalno konstituisana ustavotvorna vlast, jednom kada je konstituisana, “ne može da bude vezana odredbama ustava koji je doneo raniji ustavotvorac, jer je uspostavljena kao najviša vlast koja, po prirodi stvari, raspolaže pravom menjanja, dopunjavanja (pa i ukidanja) važećeg ustava.”⁵ Argumenti protiv pravne važnosti zabrana promene ustava, oličeni u suverenom karakteru ustavotvorne vlasti, bivaju ojačani u radovima pojedinih domaćih pisaca i sa demokratskog stanovišta prema kome odredbe o zabrani revizije ustava imaju isključivo političko i moralno dejstvo, jer se ne može prihvatiti postojanje univerzalnih i većitih pravnih propisa i načela.⁶

Da karakter zabrane promene ustava može da bude samo “platonski, jer nad ustavotvornim organima ne postoji nikakva viša vlast” u domaćoj pravnoj nauci pisao je još Slobodan Jovanović, ali uz opasku da ne postoji viša vlast koja bi ustavotvirne organe “mogla sprečiti u *potpunoj* (podv. V.Đ.) promeni ustava.”⁷ Izložena gledišta o pomanjkanju pravnog karaktera zabrana promene ustava nisu jednodušno prihvaćena u savremenoj domaćoj pravnoj nauci. Pojedini pisci smatraju da zabrana promene ustava ima za posledicu izuzimanje nekih ustavnih odredaba iz revizije, tako da se te odredbe ne bi mogle izmeniti ni po posebnom postupku za reviziju ustava utvrđenom u ustavu.⁸

Odgovor na teorijsko pitanje da li ustavne promene mogu da budu neustavne, odnosno da li su ustavne zabrane promene ustava pravno obavezujuće, ima implikacije na mogućnost kontrole ustavnosti ustavnih promena (izmena i dopuna ustava). Štaviše, ovo pitanje rađa novu dilemu – ako bi zabrane promene bile obavezujuće, ko je vlastan da ocenjuje ustavnost ustavnih promena? Prema liberalnoj demokratskoj ustavnoj teoriji, sudstvo bi bilo najbolji izbor, budući da ono vrši kontrolu ustavnosti (normativnu kontrolu).⁹

⁴ J. Stefanović, *Ustavno pravo Jugoslavije i komparativno pravo I*, Zagreb 1965, str. 54; M. Jovičić, n.d., str. 70; P. Nikolić, *Ustavno pravo*, str. 41; R. Marković, *Ustavno pravo i političke institucije*, Beograd 1995, str. 47; O. Vučić konstatuje da su organi koji donose i organi koji menjaju ustav istog značaja i ranga, te se odlikuju jednakom snagom svojih dejstava i jednakim značajem donetih akata i preduzetih mera, jednakim ovlašćenjima i jednakim mestom u ustavnom sistemu. O. Vučić, *Promena i trajanje ustava*, Beograd 2005, str. 142

⁵ P. Nikolić, n.m.

⁶ D. Stojanović, *Ustavno pravo knj.I*, Niš 2003, str. 79.

⁷ S. Jovanović, *Ustavno pravo Kraljevine SHS*, Beograd 1995, str. 101, 102.

⁸ M. Pajvančić, *Ustavno pravo, Ustavne institucije*, Novi Sad, 2005, str. 60.

⁹ R. Albert, *Nonconstitutional Amendments*, *The Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, Vol. XXII, No. 1/2009, p. 9.

Među poslenicima pravne nauke na našim prostorima mišljenja o ustavno-sudskoj kontroli promena (izmena i dopuna) ustava nisu u svemu odražavala prevladajuće saglasje o pravnoj nevažnosti zabrana promene ustava. Sedamdesetih godina 20. veka, poglavito pod utiskom negativnih iskustava ustavnih amandmana, deo domaćih autora bio je sklon prihvatanju mogućnosti da Ustavni sud oce-
njuje ustavnost ustavnih amandmana i stavi van snage njihove odredbe, ako ne formalno, a onda faktički, naročito u slučaju potrebe da se prilikom tumačenja opredeli između ustavne odredbe i odredbe ustavnog amandmana koje su kon-
tradiktorne.¹⁰ Polazeći od stava da je amandman, po svojoj prirodi, u neposredni-
joj i prisnijoj vezi sa prvobitnim tekstom ustava nego što je to slučaj sa ustavnim
zakonom, prof. Marković je tih godina smatrao da amandman ne sme odudara-
ti od ustavnog sistema koji je inaugurisan prvobitnim ustavnim tekstom i da bi,
u suprotnom, Ustavni sud, ukoliko to pitanje nije drugačije regulisano, imao pra-
vo da takav amandman poništi kao neustavan.¹¹ Savremena ustavnopravna nau-
ka načelno je sklona prihvatanju kontrole ustavnosti ustavnih amandmana, ali uz
njeno ograničavanje na ispitivanje formalne ustavnosti, pri čemu materijalna ne-
ustavnost amandmana ni u kom slučaju ne bi mogla biti predmet ustavnosudskog
razmatranja.¹²

U novijim radovima posvećenim ovom pitanju ukazuje se da sagledavanje
pravne legitimacije (ustavno)sudske kontrole ustavnosti ustavnih promena treba
vršiti u kontekstu tri promenljiva pokazatelja – 1. pravom predviđene nadležnosti
ustavnih sudova da vrše takvu kontrolu, 2. postojanju izričito predviđene ustav-
ne nepromenljivosti i 3. postupka promene ustava.¹³ U izlaganju koje sledi pri-
mieni ćemo izloženi metodološki okvir na sagledavanje mogućnosti ustavnosud-
ske kontrole ustavnih promena u Republici Srbiji.

¹⁰ M. Jovičić, n.d., str. 147. – takvo shvatanje bilo je zasnovano i na odredbi tada važećeg usta-
tava prema kojoj su osnovna načela ustava bila osnova i pravac za tumačenje ustava.

¹¹ R. Marković, Pokretanje ustavnog spora o ustavnosti normativnih akata, Beograd 1973,
str. 35. U kasnijim delima prof. Marković se izjašnjavao da je razumljivo da predmet ustavnosudske
kontrole ne mogu biti akti koji imaju snagu ustava, kao što su ustavni amandmani – v. R. Marković,
Ustavno pravo i političke institucije, str.654.

¹² O. Vučić, V. Petrov, D. Simović, Ustavni sudovi bivših jugoslovenskih republika, Teorija,
norma, praksa, Beograd 2010, str. 134. U svom blistavom i nadahnjujućem izdvojenom Mišljenju u
predmetu ocene ustavnosti Zakona o sudijama, sudija prof. dr Olivera Vučić jasno je istakla da je
“Ustavni sud organ kome je Ustavom poverena misija čuvara ustava od svih kršenja odredbi koje su
u njemu sadržane i od *bilo koga*” (podv. V.Đ.) učinjenih ogrešenja o sistem temeljnih vrednosti koji
najviši zakon zemlje garantuje – videti f.n. br. 21.

¹³ Y. Roznai, Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Li-
mits of Constitutional Amendment Powers, A thesis submitted to the Department of Law of the
London School of Economics for the degree of Doctor of Philosophy, London, February 2014
<http://etheses.lse.ac.uk/915/> r. 181.

*Nadležnost Ustavnog suda da vrši kontrolu
ustavnosti ustavnih promena*

Budući da postojanje ustavnih sudova mora biti predviđeno ustavom, njihova nadležnost se, po pravilu, može propisati samo ustavom.¹⁴ To načelno znači da predmet ustavnosudske kontrole mogu da budu opšti pravni akti za koje je ustavom predviđena mogućnost ocene ustavnosti. U tom smislu, na osnovu pravila tumačenja *expressio unius est exclusio alterius*, formalistički pristup može načelno dovesti do stanovišta da ustavnosudska kontrola ustavnosti ustavnih promena ne bi bila moguća ukoliko ustavne promene, odnosno akti u kojima se one formalno vrše, nisu izričito navedeni ustavnim odredbama kao predmet kontrole ustavnosti.¹⁵

Prema Ustavu Republike Srbije, Ustavni sud nema izričito propisanu nadležnost da vrši kontrolu ustavnih promena. Međutim, članom 167. st. 1. t. 1. propisano je da Ustavni sud odlučuje o saglasnosti *zakona i drugih opštih akata* sa Ustavom, opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava i potvrđenim međunarodnim ugovorima. Pominjanje zakona i drugih opštih akata u izloženoj odredbi Ustava nameće pitanje da li bi Ustavni sud mogao ustavne promene podvesti pod navedene kategorije i učiniti ih podobnim za ocenu ustavnosti? Sudeći prema t. 2. istog stava kojom je predviđeno da Sud odlučuje o saglasnosti potvrđenih međunarodnih ugovora sa Ustavom, mogao bi se dati negativan odgovor. Negativan odgovor bi se *a fortiori* mogao zasnovati i na odredbama čl. 194. st. 3. i st. 5. Ustava prema kome svi zakoni i drugi opšti akti doneti u Republici Srbiji moraju biti saglasni sa Ustavom, a zakoni i drugi opšti akti ne smeju biti u suprotnosti sa potvrđenim međunarodnim ugovorima, jer bi iz te odredbe, jezičkim tumačenjem, sledilo da je ustavotvorac pod odrednicom “zakoni i drugi opšti akti” koja je sadržana u odredbi o nadležnosti Ustavnog suda, podrazumevao tzv. *obične zakone i podzakonske opšte akte*. Da li bi takvo tumačenje nadležnosti Ustavnog suda zaista imalo uporište u strukturalnom jedinstvu Ustava?

Da na pitanje da li bi se u okviru nadležnosti normativne kontrole koju obavlja Ustavni sud, kao predmet kontrole, mogle naći i ustavne promene, nije jednostavno odgovoriti, nagovestio je prof. Marković koji, bez produbljene upuštanja, ipak ističe da je specifičnost ovog oblika nadležnosti Ustavnog suda što su navodne povrede ustavnosti ili zakonitosti izvršene *opštim pravnim aktima, kojima pripadaju i ustav i zakon* (podv. V.Đ.).¹⁶ U tom smislu, za sagledavanje mogućnosti ustavnosudske kontrole ustavnih promena u Republici Srbiji od značaja je da se razmotri forma i pravna priroda akta kojim se takva promena vrši.

¹⁴ R. Marković, Ustavno pravo i političke institucije, str. 654.

¹⁵ K. Gözler, Judicial Review of Constitutional Amendments, A Comparative Study, 2008, 12, 13.

¹⁶ R. Marković, Ustavni sud u Ustavu Republike Srbije od 2006, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, godina LV, 2/2007, str. 30.

Tehnika (delimične) promene (izmene i dopune) ustava može se ogledati u promenama u samom tekstu ustava, tako da ustav, u svakom trenutku nakon unošenja izmena i dopuna, predstavlja jedinstven tekst koji obuhvata i sve prethodne izmene i dopune osnovnog (zapravo izvornog – prim. V.Đ.) teksta, kao i u ustavnim amandmanima kojima se osnovni tekst ustava formalno ne menja, ali mu se na kraju priključuju amandmani koji utiču na sadržinu ustava.¹⁷ Novelirane ustavnog teksta, odnosno unošenja izmena i dopuna u osnovni tekst ustava, najčešće se vrši aktom koji se donosi u formi ustavnog zakona, ili zakona o izmenama i dopunama ustava koji se donosi po postupku predviđenim samim ustavom, dok amandmani predstavljaju posebnu formu akta. Ustav Republike Srbije ne određuje formu akta kojim bi se vršila izmena i dopuna Ustava. Član 203. st. 5. 6. 7. 8. i 9. Ustava spominje samo *akt o promeni Ustava*, prepuštajući nesumnjivo budućoj revizionoj vlasti da se opredeli da li će (delimičnu) promenu ustava vršiti aktom u formi ustavnog zakona, ili ustavnim amandmanima. U odredbama Poslovnika Narodne skupštine kojima se uređuje postupak za promenu Ustava (čl. 142-149) takođe se koristi generički pojam *akt o promeni Ustava* koji može da obuhvati kako ustavni zakon o izmenama i dopunama Ustava, tako i ustavne amandmane. Poslovnik u čl. 148. propisuje samo da Narodna skupština, u slučaju da je dužna da akt o promeni Ustava stavi na referendum, nakon potvrđivanja na referendumu, donosi *odluku* o proglašenju akta o promeni Ustava.

U svakom slučaju, prema čl. 203. st. 9. i 10. Ustava, akt o promeni Ustava stupa na snagu kada ga proglasi Narodna skupština. Bilo kako bilo, *akt o promeni Ustava* nesumnjivo predstavlja *opšti pravni akt* i, kao takav, načelno posmatrano, nije, a ne bi ni smeo da bude, izuzet iz mogućnosti da bude predmet kontrole ustavnosti, *a fortiori* što Ustav izričito propisuje postupak njegovog donošenja.

Osim što se promene ustava mogu smatrati opštim aktom, za razmatranje pitanja mogućnosti ustavnosudske kontrole ustavnih promena u kontekstu Ustavom opredeljene nadležnosti Ustavnog suda Srbije da odlučuje o saglasnosti *zakona i drugih opštih akata* sa Ustavom, važno je istaći i da se sistemskim tumačenjem može zaključiti da je ustavotvorac pod pojmom *zakona* podrazumevao i akte koji se, u užem smislu, donose u toj formi, ali koji nesumnjivo imaju ustavnu i/ili nadzakonsku snagu. Reč je o posebnom zakonu kojim će se, prema čl. 182. st. 2. Ustava, urediti suštinska autonomija Kosova i Metohije, a koji se donosi po postupku predviđenom za promenu Ustava, što vodi zaključku da je mitrovdanski ustavotvorac koristio generički pojam “zakon” i za pravi ustavni zakon, koji nesporo predstavlja akt sa ustavnom snagom.¹⁸ Da ustavotvorac pod pojmom “zakon” iz ustavne odredbe o nadležnosti Ustavnog suda nije podrazumevao samo tzv. obične zakone, jasno je i na osnovu odredbi čl. 205. st. 1.i 2. Ustava prema

¹⁷ M. Jovičić, n.d. str. 141.

¹⁸ M. Tišma, Pravna priroda i ustavnost zakona za sprovođenje ustava, Vojno delo jesen 2012, str. 112.

kojima se za sprovođenje promene Ustava, dvotrećinskom većinom od ukupnog broja narodnih poslanika, donosi ustavni zakon. Budući da i ustavni zakon za sprovođenje promena Ustava, kao deo pravnog poretka, mora biti saglasan Ustavu, jasno je bi Ustavni sud mogao da ocenjuje ustavnost i tog akta, a što se logički može izvesti i iz odredbe člana 166, stav 1. Ustava *in fine*, prema kojem Ustavni sud “štiti ustavnost i zakonitost”, a u vezi sa članom 167, stav 2, tačka 6. Ustava, kao i stavom 4. istog člana kojima je propisano da Ustavni sud vrši i obavlja i druge poslove određene, odnosno predviđene Ustavom.¹⁹

U dosadašnjoj praksi Ustavni sud Srbije nije bio u prilici da odlučuje, odnosno da zauzme stav o svojoj nadležnosti da odlučuje o ustavnosti ustavnih promena, jer takvih promena nije ni bilo. Međutim, u predmetu ocene ustavnosti Ustavnog zakona za sprovođenje Ustava Republike Srbije (“Službeni glasnik RS”, broj 98/2006) Sud je odbacio sve podnete predloge i inicijative za pokretanje postupka za utvrđivanje neustavnosti odredbe člana 7. stav 2. tog Zakona sa obrazloženjem da prema stavu Ustavnog suda o pravnom karakteru Ustavnog zakona za sprovođenje Ustava Republike Srbije i nadležnosti Ustavnog suda za njegovu ocenu od 9. marta 1995. godine koji se u međuvremenu, do donošenja Zaključka koji se ovde iznosi, nije promenio, “Ustavni zakon za sprovođenje Ustava Republike Srbije ima karakter prelaznih ustavnih odredbi i da u Ustavu nema osnova za uspostavljanje nadležnosti Ustavnog suda za ocenu ustavnosti ustavnog zakona” Sud je naposljetku “polazeći od toga da odredbama člana 167. Ustava nije utvrđena nadležnost Ustavnog suda da ocenjuje saglasnost ustavnog zakona sa Ustavom, opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava i potvrđenim međunarodnim ugovorima... odbacio predloge i inicijativu”.²⁰

Dakle, Sud je jasno izrazio svoju spremnost da pojam “zakon” iz odredbe o sopstvenoj nadležnosti tumači veoma restriktivno,²¹ uprkos tome što Ustav ne zabranjuje, već otvara mogućnost široke normativne kontrole zakona i opštih akata. Da li je takav stav Suda opravdan, naročito imajući u vidu da Ustav, kao što je navedeno, pod pojam “zakon” podrazumeva i akt kojim će se urediti suštinska autonomija AP Kosovo i Metohija? Čini se da se razmatranje mogućnosti ustavno-

¹⁹ Isto, n.m.

²⁰ Zaključak IUz-356/2009.

²¹ Zanimljivo je istaći da je Sud takav stav izneo u pogledu Ustavnog zakona za sprovođenje Ustava Republike Srbije čijim pojedinim odredbama se, po mišljenju pojedinih autora, pa i sudija samog Suda, vrši izmena Ustava. Naime, u svom izdvojenom Mišljenju u predmetu ocene ustavnosti Zakona o sudijama (“Sl. glasnik RS”, br. 116/2008) sudija prof. dr Olivera Vučić jasno je istakla da je Ustavni zakon za sprovođenje Ustava “akt niže pravne snage od ustava ... koji se donosi ... po postupku manje složenom od ustavotvornog. Stoga se podrazumeva da se njime ne mogu menjati rešenja sadržana u ustavu, pogotovo ne ona među njima koja se, saglasno odredbama o reviziji ustava, mogu menjati samo obaveznim ustavotvornim referendumom” - IUz-43/2009, videti O. Vučić, V. Petrov, D. Simović, n.d., str. 317-325.

sudske kontrole ustavnih promena u Republici Srbiji ne može i ne treba da ostane na pitanju nadležnosti Ustavnog suda, a naročito ne da zastane zbog uskog tumačenja koje taj Sud zauzima. Naprotiv, kako se to u teoriji ističe, izostanak izričite nadležnosti suda da vrši (materijalnu) normativnu kontrolu ustavnih promena nije “kraj priče”, već početak traganja.²²

Nepromenljivost Ustava Republike Srbije

Ustav sadrži samo jednu izričito predviđenu zabranu sopstvene promene. U članu 204. čiji je rubrum “Zabrana promene Ustava” predviđeno je da Ustav ne može da bude promenjen za vreme ratnog ili vanrednog stanja. Čini se međutim da su u odredbama Ustava sadržana i druga ograničenja ustavnih promena, kako ona koja su izričito predviđena, tako i ona koja su implicitna, odnosno koja se mogu izvesti iz Ustava, ukoliko se on shvata kao strukturalno jedinstvo i hijerarhijski skup načela i odredbi.

Osim odredbe čl. 204, Ustav u članu 20. st.2. izričito propisuje da se *dostignuti nivo ljudskih i manjinskih prava ne može smanjivati*. U izloženoj odredbi posebnu pažnju zavređuje pojam “nivo” i njegovo korišćenje u kontekstu ljudskih i manjinskih prava, jer od shvatanja tog pojma zavisi pravna priroda i domašaj njegovog, imperativnim izražavanjem, sprečenog smanjivanja u pogledu ljudskih i manjinskih prava. Budući da se izložena odredba nalazi u okviru člana čiji je rubrum “Ograničenja ljudskih i manjinskih prava” koje se prema st. 1. tog člana vrši zakonom, *prima facie* bi se moglo stati na stanovište da njen smisao nije da onemogućiti ustavne promene ljudskih i manjinskih prava, već da, u slučaju njihovog zakonskog ograničavanja, onemogućiti umanjeње sadržine i suštine zajamčenih prava. Takav zaključak podržava odredba čl. 203. st. 7. Ustava prema kojoj se promena Ustava može odnositi na ljudska i manjinska prava, kao i odredba čl. 18. st. 2. prema kojoj se zakonom može propisati način ostvarivanja Ustavom zajamčenih prava, pri čemu zakon ne sme da utiče na suštinu zajamčenog prava.

Drugim rečima, pojam “nivo” iz čl. 20. st. 2. mogao bi se odnositi na sadržinu i suštinu prava. U pojedinim komentarima Ustava ističe se, međutim, da se ovom zaštitnom klauzulom garantuje zaštita *statusa* sloboda i prava koje građani već efektivno uživaju.²³ Međutim, pažljivijim čitanjem odredbe čl. 20. st. 2. može se uočiti da se pojam “nivo” koristi u jednini, odnosno da se ne odnosi na sva-ko pojedinačno Ustavom zajamčeno pravo, već na sva prava zajedno. U tom smislu, ustavno isključenje smanjivanja dostignutog nivoa ljudskih i manjinskih prava može se odnositi i na sva prava zajedno, što, dosledno izvedeno, vodi zaključku da je ustavotvorac imao u vidu onemogućavanje promene ustava koja bi se sa-

²² Y. Roznai, n.d., p. 185.

²³ M. Pajvančić, Komentar Ustava Republike Srbije, Beograd 2009, str. 32.

stojala u umanjivanju i ukidanju ljudskih i manjinskih prava. Takvo tumačenje je kompatibilno sa načelnom ustavnom mogućnošću da ljudska i manjinska prava budu predmet promene Ustava, jer se u odredbi Ustava kojom je takva mogućnost predviđena govori o promeni koja se *odnosi* na ljudska i manjinska prava. Mogućnost da se promena Ustava odnosi na ljudska i manjinska prava ne mora nužno da znači da je svaka promena ljudskih i manjinskih prava dozvoljena. Uostalom, ako se smatra da se ustavno sprečavanje smanjivanja dostignutog nivoa ljudskih i manjinskih prava odnosi na zakonsko ograničenje ovih prava, utoliko se na osnovu *argumentum a maiore ad minus* može stati na stanovište da se odnosi i na njihovo *ustavno ograničavanje, odnosno umanjivanje i ukidanje*. Dakle, ustavna odredba prema kojoj se dostignuti nivo ljudskih i manjinskih prava ne može smanjivati predstavlja ustavnu zabranu promena Ustava koje predviđaju umanjivanje ili ukidanje ljudskih i manjinskih prava.²⁴ Ustavno opredeljivanje ljudskih (nedostaje i manjinskih!) prava kao *neotuđivih* u čl. 3. Ustava potvrđuje izloženo tumačenje.

Na neotudivim ljudskim pravima, prema čl. 3. st. 1. Ustava, počiva vladavina prava koja se u toj odredbi određuje kao *osnovna pretpostavka Ustava*. U komentarima Ustava ističe se da je izložena odredba ilustrativan primer konfuznog pravila i da zamenjuje mesta uzroku i posledici, jer je odnos između pojmova vladavine prava i ustava upravo obrnut.²⁵ Uz delimično razumevanje izložene kritike čiji predmet nije jedini primer nedosledne upotrebe pojmovno-kategorijalnog konstitucionalističkog aparata, ipak se može istaći da ukoliko je jedna kategorija određena kao pretpostavka Ustava, utoliko mu ona, *kao polazna osnova, prethodi*, čini njegovo *teorijsko i filozofsko ishodište i utemeljenje*. Vladavina prava je, tako shvaćena, *condition sine qua non* Ustava, pa stoga nema Ustava, a ni ustavnih promena, koji bi joj protivrečili. Određujući vladavinu prava kao (pred)uslov Ustava, ustavotvorac je njom, zapravo njenim poštovanjem, uslovio sve buduće ustavne promene.

Republika Srbija je prema čl.1. država koja je, između ostalog, zasnovana na načelima građanske demokratije. Suverenost građana i oblici demokratije u kojima je oni vrše (referendum, narodna inicijativa i preko slobodno izabranih predstavnika) čine jednu od temeljnih vrednosti ustavnog poretka koju Ustav štiti izričito zabranjujući u čl. 2. st. 2. državnim organima, političkim organizacijama, grupama ili pojedincima da prisvoje suverenost od građana.²⁶ Tako shvaćena, suverenost je *neprisvojiva*, zapravo *neotuđiva*. Ako je suverenost od građana

²⁴ U komparativnom ustavnom pravu pojedine zabrane promena ustava upravo se odnose na zabranu ukidanja ili umanjivanja ljudskih prava i sloboda, a odredba Ustava koja se ovde analizira koncipirana je slično tim zabranama.

²⁵ M. Pajvančić, Komentar Ustava Republike Srbije, str. 15.

²⁶ Isto, str. 14.

neprisvojiva i neotuđiva, onda bi se moglo rezonovati da je se ni sami građani ne bi mogli odreći, prepuštajući je onima koji ne smeju da je prisvoje, pa čak ni onda kada, (građani) kao suveren, u postupku ustavnih promena, odlučuju o karakteru i ustrojstvu političke zajednice. Zabrana uspostavljanja vlasti mimo slobodno izražene volje građana, podrazumeva da se građani ne mogu, makar i slobodno, odreći prava da tu volju, u cilju uspostavljanja vlasti, slobodno izražavaju. Drugim rečima, promene (izmene i dopune) ustava koje bi zadirale u načela građanske demokratije na kojima je država zasnovana podrile bi same temelje države, tako da ne samo njen ustav, već ni ona sama više ne bi bila ista. Čini se dakle da je Ustav, u pogledu načela demokratije, implicirao ograničenja sopstvene promene.

Vladavina prava, kao preduslov, i načela demokratije, kao temeljna vrednost, suštinski opredeljuju ustavni identitet Republike Srbije. Konstitucionalno, Srbija je demokratska pravna država. No, ustavni identitet Republike Srbije određen je i polaznim osnovama na kojima je Ustav donesen. Prema preambuli, građani su Ustav doneli polazeći od državne tradicije srpskog naroda i ravnopravnosti svih građana i etničkih zajednica. Dok je ravnopravnost građana i etničkih zajednica obezbeđena ustavnim odredbama o ljudskim i manjinskim pravima, dotle se ustavnopravna ukorenjenost Republike Srbije u državnoj tradiciji srpskog naroda prvenstveno ogleda u nazivu države, njenoj nezavisnosti, jedinstvu i nedeljivosti njene teritorije, kao i u jeziku i pismu koji su u službenoj upotrebi. Otuda, čini se da bi bilo kakva promena navedenih elemenata, pre iziskivala sveobuhvatnu ustavnu izgradnju, zapravo razgradnju, nego promenu koja bi se sastojala u izmenama i dopunama postojećeg Ustava. Izmene i dopune Ustava koje bi za svoj predmet imale odredbe koje regulišu navedena pitanja, svakako ne bi mogle da očuvaju ustavni identitet države, jer njihovim vršenjem zasigurno više ne bismo živeli pod istim Ustavom.

Drugim rečima, derivativna ustavotvorna vlast ne bi mogla da odstupa od državnog, a time i od sopstvenog identiteta. Ustavni kontinuitet podrazumeva poštovanje ustavnog identiteta.

Polazna osnova za donošenje Ustava, sudeći prema preambuli, bila je i činjenica da je Pokrajina Kosovo i Metohija sastavni deo teritorije Srbije i da ima položaj suštinske autonomije u okviru suverene države Srbije. Izložena odrednica okarakterisana je u delu domaće pravne nauke kao poruka koja ne može proizvesti nikakve pravne efekte i naišla je na kritike, naročito zbog toga što se pravno ne može pravdati upotreba izraza "suštinska autonomija" koji nema određeno značenje i koji, štaviše, može imati suprotno značenje od onog koje mu se htelo dati.²⁷ Dok se kritika usmerena na korišćenje neadekvatnih pojmova načelno može prihvatiti, ostaje otvoreno pitanje da li ova "poruka" zaista ostaje bez pravnih efe-

²⁷ R. Marković, Ustav Republike Srbije iz 2006 – kritički pogled, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 2/2006, str. 8, 9.

kata. Ona je naime pretočena u normu čl. 182. st.2. prema kojoj će se suštinska autonomija Kosova i Metohije urediti posebnim zakonom koji se donosi po postupku predviđenom za promenu Ustava. Budući da su za promenu Ustava propisana dva različita postupka, postavlja se pitanje, po kojem postupku bi se odlučivalo o usvajanju zakona koji reguliše suštinsku autonomiju Autonomne pokrajine Kosovo i Metohija? Imajući u vidu da je odredba koja reguliše usvajanje ovog zakona svrstana u poglavlje o teritorijalnoj organizaciji i da Ustav ne pominje teritorijalnu organizaciju kao pitanje o kojem se, u postupku revizije Ustava, mora raspisati obavezni naknadni ustavni referendum (videti dalji tekst), pojedini autori zaključuju da se ovaj zakon donosi po proceduri za promenu Ustava koja ne predviđa obavezni, već fakultativni ustavni referendum.²⁸

S druge strane, može se postaviti pitanje da li bi zakon koji bi išao van okvira suštinske autonomije posledično menjao i preambulu i druge delove Ustava i na taj način za svoje donošenje iziskivao postupak za promenu Ustava koji predviđa obavezni referendum? Nesumnjivo je da "suštinska" autonomija predstavlja i izvesno ograničenje budućih promena Ustava, kako u materijalnom smislu, jer Ustav očigledno ne prihvata autonomiju koja bi zadirala u postojeće državno uređenje Republike, odnosno koja bi narušila jedinstvo i nedeljivost teritorije (čl. 8. st. 1) i jedinstvo pravnog poretka (čl. 194. st. 1), tako i u formalnom smislu, budući da opredeljuje i postupak donošenja zakona kojim se ta autonomija uređuje (videti dalji tekst).

Postupak promene Ustava

Postupak promene Ustava Republike Srbije nije jedinstven, već se razlikuje u zavisnosti od predmeta promene. Razlike postoje u drugoj fazi revizionog postupka koju čini usvajanje akta o promeni Ustava. Ukoliko se promena Ustava odnosi na preambulu, načela Ustava, ljudska i manjinska prava i slobode, uređenje vlasti, proglašavanje ratnog i vanrednog stanja, odstupanje od ljudskih i manjinskih prava u vanrednom i ratnom stanju ili postupak za promenu Ustava, Narodna skupština je nakon što dvotrećinskom većinom od ukupnog broja narodnih poslanika usvoji akt o promeni Ustava, dužna da taj akt stavi na referendum radi potvrđivanja. Iako nije izričito predviđeno, treba stati na stanovište da je referendum obavezan i u slučaju potpune promene Ustava. U ostalim slučajevima, referendum je fakultativan, odnosno Narodna skupština može da odluči da akt o promeni Ustava stavi na referendum.

Ustav, kao akt najveće pravne snage koji određuje sopstvenu promenu, to svoje svojstvo može održati samo ukoliko se postupak njegove promene dosledno poštuje što, u krajnjoj liniji, podrazumeva i mogućnost kontrole formalne ustav-

²⁸ M. Pajvančić, *Komentar Ustava Republike Srbije*, str. 235.

nosti izvršenih izmena i dopuna ustava. Štaviše, postojanje različitog postupka za promenu Ustava iziskuje da se najpre utvrdi da li predmet revizije zahteva složeniji, ili lakši postupak. U slučaju narušavanja Ustavom predviđene procedure promene (npr. izbegavanjem da se akt o promeni Ustava stavi na obavezni referendum), intervencija Ustavnog suda, kao organa koji štiti ustavnost, nesumnjivo bi bila pravno dopuštena, legitimna i nužna.

ZAKLJUČAK

Analiza pokazatelja pravne legitimnosti ustavnosudske kontrole ustavnih promena koje se sastoje u izmenama i dopunama Ustava upućuje na zaključak da bi takva kontrola u pravnom poretku Republike Srbije bila opravdana, a u nekim slučajevima i nužna.

Najpre, iako Ustav takvu kontrolu ne predviđa izričito, on nju ne onemogućava. Naprotiv, tumačenje odredbi o nadležnosti Ustavnog suda u vezi sa vrstom zakona i opštih akata koji se donose u pravnom poretku može da odškrine vrata takvoj kontroli.

S druge strane, kontrola formalne ustavnosti izmena i dopuna Ustava ne bi smela da bude pod znakom pitanja. U suprotnom, u slučaju izostanka kontrole formalne ustavnosti ustavnih promena, Ustav bi izgubio svoja svojstva, a čitav pravni poredak zasnovan na vladavini prava i njenom principu ustavnosti, bio bi potkopan. To se posebno odnosi na poštovanje različitih postupaka promene ustava. Štaviše, postojanje različitih postupaka promene Ustava može da uslovi da se pod plaštom kontrole formalne ustavnosti ustavnih promena odvija materijalna kontrola, jer bi Sud morao da utvrdi koji od Ustavom predviđenih postupaka, prema svojoj sadržini, iziskuje promena čiju formalnu ustavnost ocenjuje.

Naposletku, Ustav Srbije, iako izričito predviđa samo jednu vrstu zabrane promena, sadrži i druga ograničenja koja se sastoje u *neotuđivim* ljudskim i manjinskim pravima, *neophodnosti* poštovanja vladavine prava kao (pred)uslova Ustava, *neprenosivoj* i *neprisvojivoj* suverenosti građana, *nenarušivom* ustavnom identitetu. Ta ograničenja proističu iz samog jezgra Ustava i, kao *neporecive* vrednosti, iznad su ustavotvorca, a sledstveno tome, mogle bi da omoguće i kontrolu materijalne ustavnosti izmena i dopuna Ustava.

Na osnovu svega izloženog, dilema istaknuta u naslovu ovog rada ima jasno rešenje: kontrola ustavnosti ustavnih promena (izmena i dopuna ustava) nije teorijska hipoteza bez utemeljenja u pravnom poretku Srbije. Da li će ona postati praksa, ne treba da zavisi od neosnovanog sudskog samoograničenja, već radije od svesti da takva kontrola može da bude poslednja odbrana (pravne) države.

VLADIMIR ĐURIĆ, Ph.D.,
Research Fellow, Institute of Comparative Law,
Belgrade

CONSTITUTIONAL REVIEW OF CONSTITUTIONAL AMENDMENTS
IN THE REPUBLIC OF SERBIA

– A groundless hypothesis or the last defense of the (rechts)staat –

Summary

In this paper the author analyses the theoretical and legal legitimacy of constitutional review of constitutional amendments in the Republic of Serbia in the context of three variables - the authority of the Constitutional Court of Serbia to review constitutional amendments, the existence of unamendable provisions in the Serbian Constitution and the constitutional amendment procedure. The conclusion is that the constitutional review of constitutional amendments in Republic of Serbia would have its legal legitimacy, and in some cases would be necessary as the last defense of the (Rechts)staat.

NEKI ASPEKTI ZAŠTITE VITALNIH NACIONALNIH INTERESA U REPUBLICI SRPSKOJ

U V O D

Jedna od suštinskih promjena organizacije vlasti u Republici Srpskoj poslije ustavnih promjena iz 2002. godine¹ je konstituisanje Vijeća naroda, kao dijela zakonodavne vlasti. Zakoni i drugi propisi koje izglasa Narodna skupština², a koji se tiču pitanja vitalnog nacionalnog interesa bilo kojeg od konstitutivnih naroda, stupaju na snagu tek nakon usvajanja u Vijeću naroda.³ Vijeće naroda je uvedeno sa primarnim ciljem zaštite vitalnih interesa konstitutivnih naroda.⁴ Ono je konstituisano na principu paritetnog predstavljanja konstitutivnih naroda i na odgovarajućoj zastupljenosti pripadnika ostalih naroda.⁵ Ustav Republike Srpske

¹ Prof. dr Duško Medić, sudija Ustavnog suda Republike Srpske. Ove promjene su bile usmjerene na dalju demokratizaciju, ravnopravnost i nediskriminaciju sva tri konstitutivna naroda. Šire o tome: R. Kuzmanović, Eseji o ustavnosti i državnosti, Banja Luka, 2004, str. 283–286.

² O funkcijama parlamenta v. K. Trnka, N. Milićević, M. Simović i M. Dmičić, Ustav Federacije Bosne i Hercegovine i Ustav Republike Srpske sa komentarom, Sarajevo, 2004, str. 399–400; N. Pobrić, Ustavno pravo, Mostar, 2000, str. 226–234.

³ Vid. tačku 1. Amandmana LXXVI, kojim je dopunjen član 69. stav 2. Ustava Republike Srpske.

⁴ P. Kunić i S. Karan, Ustavno pravo, Banja luka, 2012, str. 278.

⁵ Ovo vijeće je sastavljeno od 28 delegata, po 8 iz reda svakog konstitutivnog naroda i 4 iz reda ostalih. Vijeće naroda ne učestvuje u procesu predlaganja i donošenja zakona, propisa i akata, jer je to isključivo pravo Narodne skupštine, ali kao zakonodavni organ vrši "kontrolu" donesenih

(Ustav) taksativno navodi šta predstavlja vitalne nacionalne interese konstitutivnih naroda⁶, a mehanizam njihove zaštite se pokreće i za sva druga pitanja, koja bi se tretirala kao pitanja od vitalnog nacionalnog interesa, ukoliko tako smatra 2/3 članova jednog od klubova delegata.⁷ Ovo je očito u suprotnosti sa smislom prethodno navedenih vitalnih nacionalnih interesa, jer je na taj način ostavljena mogućnost da 2/3 članova jednog od klubova pokrene proceduru zaštite za sva pitanja, pa se moramo pitati zbog čega su prethodno uopšte i nabrojani ostali pojedinačni vitalni nacionalni interesi.

Praktično, dato je generalno ovlašćenje klubovima konstitutivnih naroda da u svakoj prilici i svakim povodom dovedu u pitanje donošenje propisa, pa čak i onih koji nemaju veze sa povredom odgovarajućeg nacionalnog interesa. Time je dat legalitet zloupotrebama ovog instituta u političke svrhe⁸ i na taj način je stvorena osnova za neosnovano blokiranje određenih zakona ili usporavanje njihovog stupanja na snagu.⁹ To dovodi do problema u radu zakonodavnog organa, što ima za posljedicu izostanak zakonskog i drugog normativnog uređivanja značajnih pitanja odnosno određenih društvenih odnosa.

Skoro na identičan način su definisani vitalni nacionalni interesi konstitutivnih naroda i u Federaciji Bosne i Hercegovine.¹⁰ Suština uvođenja instituta vitalnog nacionalnog interesa i stvaranje mehanizama za njegovu zaštitu je upravo u tome da se spriječi donošenje zakona koji ugrožavaju takve interese konstitutivnih naroda,¹¹ a ne da se taj institut

zakona, propisa i akata. Samo u dva slučaja utvrđena Ustavom Vijeće naroda ravnopravno sa Narodnom skupštinom donosi odluke i to o prijedlogu akta o promjeni Ustava i o izboru sudija Ustavnog suda Republike Srpske, kada donosi odluku većinom glasova delegata iz svakog konstitutivnog naroda i Ostalih.

⁶ Ustav Bosne i Hercegovine nije precizirao pitanje vitalnog nacionalnog interesa, ali se ovaj pojam odnosi na niz ustavnih odredbi koje regulišu sastav i sistem odlučivanja Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine, Predsjedništva Bosne i Hercegovine, Vijeća ministara, Centralne banke i drugih zajedničkih organa i institucija.

⁷ Amandman LXXVII, kojim je dopunjen član 70. Ustava Republike Srpske.

⁸ Isti stav je tim povodom zauzela i Venecijanska komisija koja je iznijela niz kritičkih primjedbi u vezi ovog instituta.

⁹ Dovoljno je da se pet od osam članova nacionalnog kluba izjasni da smatra da je došlo do povrede vitalnog nacionalnog interesa u konkretnom slučaju.

¹⁰ Ovdje je uspostavljen Dom naroda kao organ koji obezbjeđuje ravnopravnost, odnosno konstitutivnost sva tri naroda u zakonodavnoj vlasti.

¹¹ Narod se danas često poistovjećuje sa nacijom. O pojmu naroda v. Pravni leksikon, Beograd, 1970, str. 608; Lj. Tadić, Politikološki leksikon, Beograd, 1996, str. 147.

pretvori u svoju suprotnost.¹² Posebno je u našim uslovima ovaj fenomen potrebno šire i dublje sagledati, imajući u vidu ne samo pravna i politička stanovišta, već i dinamiku i razvoj cijelog društva uopšte. Pojam vitalnog interesa se najčešće ne može posmatrati odvojeno od pojma konstitutivnosti naroda čije interese štiti.¹³ Nesumnjivo je da u pogledu zaštite vitalnog nacionalnog interesa u oba entiteta Bosne i Hercegovine treba da postoje identična rješenja i ujednačena praksa.¹⁴

Interesantno je da u Ustavu nije predviđen vitalni interes Ostalih,¹⁵ iako se radi o ravnopravnim građanima, prema kojima se takođe može vršiti diskriminacija.¹⁶

Političke elite u Bosni i Hercegovini su ozbiljno počele da razmatraju postojanje njihove diskriminacije tek nakon presude Evropskog suda za ljudska prava u sporu Sejdić i Finci protiv Bosne i Hercegovine, iako je svima bilo jasno da diskriminacija postoji i da će morati biti otklonjena.¹⁷ Sigurno je da se nikako ne smije dozvoliti da je nacionalna pripadnost važnija od državljanstva¹⁸ i da se mora stvoriti takav pravni okvir da svi državljani imaju ista prava i obaveze, a ne da pripadnici pojedinih nacija budu privilegovani.¹⁹ Nacija ne može biti iznad države, a pogotovo je to opasno u zemlji kao što je Bosna i Hercegovina, u kojoj postoji tradicionalna izmiješanost nacija, religija i kultura. To je nespojivo i sa Evropskom konvencijom o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda²⁰ i u ovom dijelu se može

¹² Svaki nacionalni interes nije i vitalni interes naroda, bez čijeg ostvarenja bi narod bio ozbiljno redukovano u svom identitetu, pa čak i istorijskoj egzistenciji – v. M. Dmičić, *Ustavnosudska zaštita vitalnog nacionalnog interesa*, *Pravni život*, br. 12/06, str. 1112.

¹³ O konstitutivnosti naroda v. S. Savić, *Konstitutivnost naroda u Bosni i Hercegovini*, Banja Luka, 2000; K. Trnka, *Konstitutivnost naroda*, Sarajevo, 2000. itd.

¹⁴ Vidi i M. Dmičić, *Zaštita vitalnog nacionalnog interesa konstitutivnih naroda u ustavnosudskom postupku*, *Pravni savjetnik*, br. 12/05, str. 19–26.

¹⁵ Ustavno uređenje obezbjeđuje da instrumentima za zaštitu svojih vitalnih nacionalnih interesa raspolažu samo predstavnici tri konstitutivna naroda, a ne i predstavnici drugih naroda.

¹⁶ Uporediti: M. Mikeš, *Vitalni nacionalni interes – upotreba i zloupotreba*, *Pravna riječ*, br. 7/06, str. 109.

¹⁷ O tome: G. Marković, *Ustavnopravni položaj „Ostalih“ u Bosni Hercegovini*, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Istočnom Sarajevu*, Istočno Sarajevo, 2011, str. 30.

¹⁸ *Državljanstvo je veza sa državom, a ne sa nacijom ili nacijama u njoj, bez obzira da li su one velike ili male* – v. V. Dimitrijević i M. Paunović, *Ljudska prava*, Beograd, 1997.

¹⁹ O zaštiti i kršenju ljudskih prava u Bosni i Hercegovini v. M. Račić i M. Turk, *Zaštita i kršenje ljudskih prava u Bosni i Hercegovini*, *Pravni život*, br. 12/02, str. 651–660.

²⁰ Prava i slobode predviđeni u ovoj konvenciji i u njenim protokolima se direktno primjenjuju u Bosni i Hercegovini i ovi akti imaju prioritet u odnosu na sve ostale zakone – član II, tačka 2. Ustava Bosne i Hercegovine.

konstatovati da Ustav bitno zaostaje iza međunarodnih standarda.²¹ Jasno je da Bosna i Hercegovina jeste i mora biti država kompromisa²² u kojoj svi njeni građani moraju biti potpuno ravnopravni.²³

ZAŠTITA VITALNIH NACIONALNIH INTERESA PRED USTAVNIM SUDOM REPUBLIKE SRPSKE²⁴

Osnovna funkcija Ustavnog suda Republike Srpske je kontrola ustavnosti i zakonitosti normativnih akata (član 69. Ustava). Amandmanom LXXXVIII na član 115. Ustava ovaj sud je dobio nadležnost i da odlučuje o saglasnosti zakona, drugih propisa i opštih akata Narodne Skupštine sa odredbama Ustava o zaštiti vitalnih interesa konstitutivnih naroda. Zahtjevi za zaštitu vitalnog nacionalnog interesa se smatraju prioritetnim i odmah se uzimaju u rad kako bi bili riješeni u propisanim (relativno kratkim) rokovima. Vijeće za zaštitu vitalnog nacionalnog interesa Ustavnog suda Republike Srpske (Vijeće)²⁵ je obrazovano 14. marta 2005. godine. U praksi ovog Vijeća brojne teškoće stvaraju neodređenost, nekonzistentnost i široka formulacija Amandmana LXXVII i LXXXII na član 70 Ustava koji regulišu postupak zaštite vitalnih interesa konstitutivnih naroda.²⁶ Zbog toga se u dosadašnjem radu Vijeća na ovim delikatnim predmetima pojavilo više spornih pitanja koja su zahtijevala veoma suptilan pristup i uspostavljanje adekvatnih kriterijuma i standarda koji treba da dovedu do toga da se na pravi način ostvari svrha vođenja ovog postupka. To najbolje ilustruje svu složenost i kompleksnost ove ustavne materije.

Prije svega, postavilo se pitanje vremena odlučivanja u fazi prihvatljivosti i merituma. Prema Ustavu, ukoliko zajednička komisija sastavljena od predstavnika Narodne skupštine i Vijeća naroda po paritetnom osnovu ne postigne saglasnost o spornim pitanjima, predmet se dostavlja Ustavnom sudu Republike Srp-

²¹ O ostvarenju ljudskih prava u Republici Srpskoj prema međunarodnim standardima v. S. Perović, Ostvarivanje ljudskih prava u Republici Srpskoj prema međunarodnim standardima, u Republika Srpska – deset godina Dejtonskog mirovnog sporazuma, Banja Luka, 2005, str. 133–144.

²² R. Kuzmanović, Ustavno pravo, Banja Luka, 2002. godina, str. 303.

²³ Vidi član 14. Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, član 7. Opšte deklaracije o pravima čovjeka itd.

²⁴ O tome: M. Stevanović, Zaštita vitalnih nacionalnih interesa u Republici Srpskoj, Pravna riječ, br. 1/04, str. 360.

²⁵ Vijeće je ustanovljeno tačkom 2. Amandmana LXXXVIII, kojim je dopunjen član 116. Ustava Republike Srpske. Ono se sastoji od sedam članova, koje čine po dva iz svakog konstitutivnog naroda i jedan iz reda Ostalih.

²⁶ Cijeli segment pravila u vezi ovog instituta je specifičan i protivrječan.

ske da donese konačnu odluku da li predmetni zakon vrijeda vitalni nacionalni interes jednog od konstitutivnih naroda. Vijeće odlučuje o prihvatljivosti takvih slučajeva 2/3 većinom u roku od jedne sedmice, a u roku od mjesec dana odlučuje o meritumu slučajeva koji se smatraju prihvatljivim.²⁷Ovdje može da se postavi pitanje da li se u rok od mjesec dana računa i ova sedmica ili ne. Prema Poslovniku o radu Ustavnog suda Republike Srpske odluka o meritumu se donosi u roku od mjesec dana od dana donošenja rješenja o prihvatljivosti zahtjeva.²⁸

Dilema je postojala i oko toga da li je isti način odlučivanja suda i u slučaju da proceduru pokrene 2/3 većina jednog od klubova, jer je u Ustavu navedeno da je tada potreban glas najmanje dvojice sudija da bi se odlučilo da se radi o vitalnom interesu.²⁹ Ovaj sud je mišljenja da treba da postoji isti način odlučivanja u pogledu merituma bez obzira na to kako je pokrenut postupak i da je to ratio ustavnih odredaba u ovom dijelu kada se imaju u vidu utvrđeni osnovni ustavni principi.³⁰ Drugačiji stav bi dozvolio mogućnost zloupotrebe vitalnog nacionalnog interesa, a to se nikako ne bi smjelo dopustiti. Odluka suda u ovim predmetima ima dalekosežan značaj i sigurno je da mora da odražava volju većine članova tog vijeća i da se ne može bazirati samo na mišljenju dvojice sudija. Imajući u vidu da su odredbe Ustava u ovom pogledu dosta nerazumljive i kontradiktorne, ukazuje se potreba što skorijeg donošenja amandmana koji će otkloniti mogućnost bilo kakvih nesporazuma.

Jedno od spornih pitanja u radu ovog suda bilo je i to da li se može voditi ovaj postupak ako se radi o zaključcima, deklaracijama i rezolucijama, koji predstavljaju stavove parlamenta o pojedinim političkim pitanjima. U ovakvim slučajevima došlo se do zaključka da ti akti ni po sadržini ni po formi ne predstavljaju pravne, već političke akte i da ovaj sud nema nadležnost da ispituje njihovu suštinu. Politički stavovi parlamenta nesumnjivo nisu pravna norma već je to samo politički stav većine koji ne može ugroziti bilo čije nacionalne interese. Ukoliko se radi o pravnim normama, koje sadrže i sankciju za nepoštovanje i čije sprovođenje doista može ugroziti nečije interese, sigurno je da postoji potreba za reaganje suda.³¹ Mislimo da je ovakav stav suda pravilan i jedino moguć u tim

²⁷ Amandman LXXXII, kojim je dopunjen član 70. Ustava Republike Srpske.

²⁸ Članovi 47. i 51. stav 2. Poslovnika Ustavnog suda Republike Srpske (Službeni glasnik RS br. 114/12).

²⁹ I u ovom slučaju se prethodno formira zajednička komisija, koja predmet prosljeđuje tom sudu, ako se ne postigne odgovarajući dogovor.

³⁰ Član 54. Poslovnika Ustavnog suda Republike Srpske.

³¹ Vidi npr. odluke Ustavnog suda Republike Srpske br. UV-4/05 i Uv-5/05, Bilten Ustavnog suda Republike Srpske, br. 10/06, str. 595–604 i UV-1/06, Bilten Ustavnog suda Republike Srpske, br. 11/07, str. 653–657.

situacijama, a svako suprotno postupanje bi moglo imati nesagledive negativne posljedice. Sam naziv akta ne može biti presudan kod ovog odlučivanja, već je relevantna njegova suština, njegov sadržaj, odnosno ono što se tim aktom uistinu reguliše i na koji način.

U praksi ovog suda pojavila se i dilema da li zahtjev za utvrđenje povrede vitalnog nacionalnog interesa mora biti obrazložen ili ne. Zauzet je stav da ukoliko nema adekvatnih razloga u čemu se sastoji ova povreda i ako ona nije konkretizovana takav zahtjev nije prihvatljiv, jer nisu ispunjene procesne pretpostavke za odlučivanje.³² Smatramo da je i ovo postupanje ispravno, jer sud uvijek sudi u granicama zahtjeva i ne smije da vodi postupak na osnovu uopštenih navoda i pretpostavki, već samo jasno izražene volje one strane koja je taj postupak i pokrenula.

U situaciji kada neki zakon ne sadrži određena rješenja ne dolazi do povrede vitalnog nacionalnog interesa nijednog od konstitutivnih naroda, jer po mišljenju ovog suda sa aspekta ove zaštite mogu se ocjenjivati samo postojeće odredbe nekog zakona.³³ Isto tako, nema povrede vitalnog nacionalnog interesa ni u slučaju ako se odredbama zakona ne daje prednost nekom konstitutivnom narodu u odnosu na ostale, a odredba se jednako odnosi na sva lica koja se nađu u istoj pravnoj situaciji.³⁴ Vitalni nacionalni interes nije povrijeđen ni kada podnosilac zahtjeva protiv osporenog akta ističe prigovore koji se ne tiču samo nekog od konstitutivnih naroda, nego interesa svakog građanina.³⁵ Vitalni interes se ne može povrijediti ni u slučaju normativne neusaglašenosti bilo kojeg zakona sa ustavom.³⁶ Prilikom rada na ovim predmetima može da se postavi i pitanje da li se istim aktom može povrijediti vitalni nacionalni interes sva tri konstitutivna naroda. Mišljenja smo da može i u pogledu toga ne bi trebalo da bude posebnih dilema.

U dosadašnjem radu Vijeća bilo je dosta zahtjeva koji su nepotrebni i necjelishodni, a samo u nekoliko slučajeva je utvrđena povreda vitalnog nacionalnog

³² Vidi odluke Ustavnog suda Republike Srpske br. UV-4/06 i UV-5/06, Bilten Ustavnog suda Republike Srpske, br. 11/07, str. 669–676 i UV-4/10, Bilten Ustavnog suda Republike Srpske, br.15/11, str. 403–409.

³³ Odluka Ustavnog suda Republike Srpske br. UV-12/11, Bilten Ustavnog suda Republike Srpske, br. 17/013, str. 451–460.

³⁴ Vidi odluke Ustavnog suda Republike Srpske br. UV-2/11, UV-3/11 i UV-11/11, Bilten Ustavnog suda Republike Srpske, br. 16/12, str. 359–367, 377–384 i 417–425.

³⁵ Odluka Ustavnog suda Republike Srpske br. UV-6/10, Bilten Ustavnog suda Republike Srpske, br. 15/11, str. 421–426.

³⁶ Odluka Ustavnog suda Republike Srpske br. UV-6/11, Bilten Ustavnog suda Republike Srpske, br. 16/12, str. 393–402.

interesa nekog konstitutivnog naroda. Tako je utvrđeno da je Ustavnim zakonom o izmjeni Ustavnog zakona o zastavi, grbu i himni, koji se odnosi na himnu Republike Srpske, povrijeđen vitalni nacionalni interes konstitutivnog bošnjačkog naroda. Prema obrazloženju te odluke himna je identifikacioni simbol Republike Srpske i treba da predstavlja i odražava interese sva tri konstitutivna naroda koji tu žive ili da bude neutralna, a sporna himna kao kompozicija je melodija srpskog naroda.³⁷ Isto tako utvrđeno je da je Ustavnim zakonom o dopuni Ustavnog zakona o zastavi, grbu i himni, u dijelu koji se odnosi na grb Republike Srpske, povrijeđen vitalni nacionalni interes konstitutivnog bošnjačkog naroda. U obrazloženju te odluke je navedeno da je očigledno da taj grb simbolizuje kraljevsku dinastiju Nemanjića, te da predstavlja kulturu, tradiciju i kulturno nasljeđe konstitutivnog srpskog naroda, pa da je na taj način prekršen princip ravnopravnosti konstitutivnih naroda iz odredbe člana 1. Ustava.³⁸ Vijeće je utvrdilo i da je Zakonom o dopuni Zakona o praznicima Republike Srpske povrijeđen vitalni nacionalni interes konstitutivnog bošnjačkog naroda. Razlozi za to su što je ovim zakonom propisan praznik koji spada u krug duhovnih vrijednosti samo jednog naroda, pa je tako došlo do privilegovanja tog naroda u odnosu na pripadnike ostalih naroda. Time je, po mišljenju suda, prekršen princip ravnopravnosti koji u sebi sublimira i ravnopravno uvažavanje nacionalnih, tradicionalnih, vjerskih, kulturnih i drugih karakteristika konstitutivnih naroda.³⁹

U poglavlju Ustava kojim se definiše mehanizam zaštite vitalnog nacionalnog interesa (član 70), pored navedenih, ima još odredbi koje nisu dovoljno jasne i koje mogu da dovedu do određenih dilema. Tako, između ostalog, nije jasno zbog čega se u Ustavu, kada se govori o donošenju odluke, spominju samo zakoni, a ne i drugi propisi ili opšti akti, jer se i njima može povrijediti vitalni nacionalni interes. Takođe, u ovim odredbama stoji da sud odlučuje da li se predmetni zakon odnosi na vitalni nacionalni interes,⁴⁰ umjesto da je propisano da treba utvrditi da li je taj interes povrijeđen ili ne.⁴¹ U ovim odredbama se pojavljuju i različiti termini kao što su vitalni interes, nacionalni interes i vitalni nacionalni interes, što može da dovede do zabune, itd. Nažalost, opšte je mišljenje da u pogledu ove izuzetno značajne materije postoji nedopustivo mnogo konfuzije i ne-

³⁷ Odluka Ustavnog suda Republike Srpske br. UV-4/07, Bilten Ustavnog suda Republike Srpske, br. 12/08, str. 449–457.

³⁸ Odluka Ustavnog suda Republike Srpske br. UV-3/08, Bilten Ustavnog suda Republike Srpske, br. 13/09, str. 327–339.

³⁹ Odluka Ustavnog suda Republike Srpske br. UV-5/11, Bilten Ustavnog suda Republike Srpske, br. 16/12, str. 385–392.

⁴⁰ Ako se samo odnosi, ne znači i da ga povređuje.

⁴¹ Šta se odnosi na vitalni nacionalni interes propisano je u prethodnom dijelu.

dorečenosti. Uspostavljanje mehanizama za zaštitu vitalnih nacionalnih interesa je sigurno pravedna i dobra ideja, ali je pravna regulativa u vezi toga ipak daleko ispod očekivanja.⁴²

ZAKLJUČAK

Nesumnjivo je da u postdejtonskoj Bosni i Hercegovini, a time i u Republici Srpskoj kao njenom entitetu, postoji permanentna mogućnost ugrožavanja nečijih nacionalnih prava i interesa, što može da bude od uticaja na dugoročan i stabilan razvoj demokratskih odnosa. To posebno dolazi do izražaja u zakonodavnoj sferi, jer politička i nacionalna većina u parlamentu može donijeti takve zakone koji objektivno ugrožavaju interese drugih konstitutivnih naroda. Zbog toga je postojanje Vijeća naroda kao institucije za zaštitu vitalnih nacionalnih interesa u Republici Srpskoj u svakom slučaju opravdano. Međutim, da bi rad ovog organa bio efikasan i opravdao svoje postojanje, potrebno je preciznije utvrditi pojam vitalnih nacionalnih interesa, jer su odredbe Ustava u ovom dijelu nedorečene i nedovoljno razumljive, što može dovesti do grube politizacije i zloupotrebe tog instituta u nedozvoljene svrhe. Ovo je ne samo političko i pravno pitanje, nego i pitanje koje je uvijek i istorijski determinisano. Lako je artikulirati i definisati vitalni nacionalni interes kod onih naroda koji imaju svoje nezavisne i stabilne države, dok to određivanje u višenacionalnoj zajednici opterećenoj teškim tragovima prošlosti kao što je Bosna i Hercegovina, nije nimalo jednostavno. Naravno, jednom utvrđeni vitalni nacionalni interes nije nepromjenljiva kategorija i s vremena na vrijeme potrebno ga je redefinisati.

Takođe, potrebno je precizno odrediti i koji sve akti mogu biti predmet pokretanja ovog postupka, a sam postupak pojednostaviti i propisati na način koji će otkloniti svaku nedosljednost u primjeni ovog bitnog ustavno-pravnog mehanizma. Neophodno je izbjeći potencijalne manipulacije koje su moguće sa odredbom da 2/3 članova nacionalnog kluba u ovom vijeću može pokrenuti proceduru za svaki usvojeni akt bez obzira o čemu se u nekom slučaju radi i predvidjeti vitalni interes Ostalih. Zaštita nacionalnih prava i interesa mora da bude u domenu objektivnog, u sferi prava, a ne politike i ne smije da vodi nepotrebnoj dezintegraciji građanskog društva. Samo na ovaj način Vijeće naroda kao organ sui generis će ispuniti svoju ustavnu funkciju, a Ustavni sud Republike Srpske će efikasno i zakonito provoditi postupak koji mu je povjeren u nadležnost. Sve to nameće potrebu što skorijeg donošenja ustavnih amandmana koji bi, imajući u vidu dosa-

⁴² M. Dmičić, Ustavnosudska zaštita vitalnog nacionalnog interesa, u: Aktualnost i značaj ljudskih prava i sloboda, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Istočnom Sarajevu, Istočno Sarajevo, 2011, str. 301.

dašnja iskustva, precizno i nedvosmisleno regulisali sve što je esencijalno u pogledu primjene ovog instituta, od koga dobrim dijelom zavisi i adekvatna zaštita ljudskih prava u Republici Srpskoj i Bosni i Hercegovini uopšte.

DUŠKO MEDIĆ, L.L.D.,

Judge of the Constitutional Court of Republika Srpska

SOME ASPECTS OF THE PROTECTION OF VITAL NATIONAL INTERESTS IN THE REPUBLIC OF SRPSKA

Summary

There is no doubt that in post-Dayton Bosnia and Herzegovina, and in the Republic of Srpska as its entity, there is a permanent possibility of violation of somebody's national rights and interests, which can influence long-term development of democratic relations. This is especially the case in the area of legislation, since a political or national majority in the parliament can pass such laws which violate interests of other constitutive nations. Therefore, existence of the Council of Peoples as an institution for protection of vital national interests in the Republic of Srpska is justified in any way. However, to make it efficient and to justify its existence, it is necessary to determine vital national interests more precisely, because the stipulations in the Constitution are not harmonized and completely defined in this part, which can lead to severe politicization and misuse of this body for improper purposes. Moreover, it is also necessary to determine which acts can be a subject to start this procedure, and how to simplify it and make it more precise in the way that will remove any inconsistency in implementation of this important constitutional and legal mechanism.

HAMDİJA ŠARKINOVIĆ

POLA VIJEKA USTAVNOG SUDSTVA U CRNOJ GORI

U V O D

Crna Gora je država sa desetovjekovnom historijom i njena ustavnost je neodvojiva od njene državne i pravne historije. Kao i države iz okruženja Crna Gora bilježi uporedo postojanja ustava u materijalnom smislu, tj. običajnih pravnih normi kao izvora prava, a krajem XVII i sredinom XIX vijeka se kao izvori prava pojavljuju prvi pisani pravni akti¹ kojima je pored krivično pravnih normi, koje su dominantne bilo i normi ustavnog karaktera. Faktičkim priznanjem Crne Gore u drugoj polovini XIX vijeka, potom i međunarodnopravnim priznanjem na Berlinom kongresu 1878. godine, povećava se broj akata koji regulišu ustavnu materiju. Početkom XX vijeka Knjaz Nikola I daruje (oktroiše) prvi crnogorski Ustav 1905. godine, čime počinje pisana historija crnogorske ustavnosti, a pet godina kasnije, Crna Gora je proglašena Kraljevinom, da bi 1918. godine, nelegalnim i nelegitimnim odlukama Podgoričke skupštine izgubila nezavisnost, državni suverenitet i ime crnogorsko, koje je povratila odlukama AVNOJ-a 28. XII 1943. godine.

Ustavni sud Jugoslavija, formiran na osnovu Ustava SFRJ iz 1963. godine, je u članu 146. utvrdio da su ustavni sudovi, kao nosioci zaštite ustavnosti obezbjeđuju i zakonitost u skladu sa ustavom. Iste 1963. godine na osnovu odgovarajućih odredbi ustava socijalističkih republika osnovani su ustavni sudovi u svim socijalističkim republikama i donijeti republički zakoni o ustavnim sudovima, a 1969.

Hamdija Šarkinović, sudija Ustavnog suda Crne Gore.

¹ Stega 1796, Zakonik obšči crnogorski i brtski 1789. i Opšti zemaljski zakonik 1885. i dr.

godine na osnovu odredbi prvih pokrajinskih ustavnih zakona i amandmanima iz 1971. godine osnovani su i ustavni sudovi u socijalističkim autonomnim pokrajinama Kosova i Metohije i Vojvodine.

Ustavni sud Crne Gore je osnovan u doba socijalizma, kao i ostali sudovi republika članica, u sastavu SFRJ, koja je bila prva tadašnja socijalistička država koja je ustanovila ustavno sudstvo. Ustavni sud Crne Gore je dijelio sudbinu ostalih državnih institucija, od osnivanja 1963. i početka rada 1964. godine, pa sve do 2014. godine. Konceptija ustavnog sudstva u ovom periodu, kako Saveznog ustava, tako i republičkih ustava i pokrajinskih ustavnih zakona je bila jedinstvena, a osnovno obilježje mu daje samoupravljanje kao i drugim osnovnim institucijama društveno-političkog sistema koje je generalno načelo cjelokupnog ustavnog sistema i osnov svake njegove institucije. Ustavno sudstvo kao dio strukture vlasti imao je isti klasni karakter kao i čitav ustavni sistem. Razvoj Ustavnog suda Crne Gore možemo podijeliti u periodu od 1963–2007. godine, dok je Crna Gora bila federalna jedinica SFRJ, SRJ i u Državnoj zajednici Srbija i Crna Gora i drugi period od 2007.godine, kada je Crna Gora postala samostalna država, do 2014. godine.

PERIOD OD 1963–1974.

Ustav SFRJ iz 1963. godine je bio originalni ustavni dokument, kojeg su nazivali i “društvena povelja” koji je težio da konstituiše samoupravni politički sistem pod hegemonijom radničke klase. Osnovu društveno ekonomskog sistema činili su slobodan udruženi rad sredstvima za proizvodnju u društvenoj svojini i samoupravljanje radnih ljudi i odlučujuću ulogu SKJ, kao pokretač i organizator narodnooslobodilačke borbe i socijalističke revolucije.² Ustavom SFRJ iz 1963. godine³ osnovan je Ustavni sud Jugoslavije. Glava XIII Ustava SFRJ iz 1963.godine je u cjelini posvećena Ustavnom sudu Jugoslavije i u njoj su samim Ustavom utvrđeni zadaci nadležnost Ustavnog suda, određen njegov sastav, način izbora i položaj sudija, utvrđeno pravno dejstvo odluka i date osnovne odredbe o postupku, posebno o pokretanju postupka. Nadležnost Ustavnog suda je bila uglavnom opšta normativna kontrola. Ustavni sud Jugoslavije 1) odlučuje o saglasnosti zakona sa Ustavom Jugoslavije, 2) odlučuje o saglasnosti republičkog zakona sa saveznim zakonom, 3) odlučuje o saglasnosti drugih propisa i drugih opštih akata organa i organizacija sa Ustavom Jugoslavije, saveznim zakonima i drugim saveznim propisima, 4) rješava sporove o pravima i dužnostima između federacije i republike, između republika i između drugih društveno-političkih zajednica sa teritorija raznih republika, ako za rešavanje takvih sporovazakonom nije predviđena nadležnost drugog suda, rješava sporove o razgraničenju između republi-

² Ustav SFRJ, Načelo III, IV i V.

³ Službeni list Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije, Beograd, Srijeda, 10. april 1963, broj 14, GOD. XIX.

ka, 5) rješava o sukobu nadležnosti između sudova i saveznih organa, kao i između sudova i drugih državnih organa sa teritorija raznih republika, 6) vrši i druge poslove koji su mu stavljeni u nadležnost ovim ustavom ili saveznim zakonom, u skladu sa ovim ustavom utvrđenim pravima i dužnostima federacije. Ustavni sud Jugoslavije odlučuje i o zaštiti prava samoupravljanja i drugih osnovnih sloboda i prava utvrđenih ovim ustavom kad su te slobode i prava povrijeđeni pojedinačnim aktom ili radnjom od strane organa federacije i u drugim slučajevima koje odredi savezni zakon, a nije obezbijeđena druga sudska zaštita.⁴ Pored navedenog Ustavni sud je bio nadležan da prati pojave od interesa za ostvarivanje ustavnosti i zakonitosti i na osnovu toga daje Saveznoj skupštini mišljenje i predloge za donošenje zakona i preduzimanje drugih mjera radi obezbjeđivanja ustavnosti i zakonitosti i zaštite prava samoupravljanja i drugih sloboda i prava građana i organizacija.⁵

Prof. Jovan Đorđević ukazuje da "Ustavni sud Jugoslavije i ustavni sudovi republika, su po svom položaju "sastavu" nadležnosti i načinu rada, ne samo istovrsni već i istovjetni organi. Puna istovjetnost koncepcije i oblika postoji između Ustavnog suda Jugoslavije i republičkih ustavnih sudova. Takvo jedinstvo pa i jednoobraznost principa i oblika ne postoji u drugim ustavnim sistemima koji poznaju paralelno "savezno" i "lokalno" ustavno sudstvo (SR Njemačka, SAD, Švajcarska). Ali nigdje nema načelnih razlika između ovih sudova."⁶ Ustavom nije određen neposredan odnos između Ustavnog suda Jugoslavije i republičkog ustavnog suda, ni u okviru ove nadležnosti republičkog ustavnog sudstva. Ustavom je propisano da zaštitu ustavnosti koja je utvrđena u Ustavu Jugoslavije spada u isključivu nadležnost federacije⁷ i da pored određene nadležnosti u redu zaštite osnovnih sloboda i prava može odlučivati "i u drugim slučajevima koje odredi savezni zakon, a nije obezbijeđena druga sudska zaštita."⁸ Zakonom o Ustavnom sudu Jugoslavije proširen je krug predlagača za pokretanje postupka, a Ustavom je određeno da ustavni postupak može pokrenuti i sam Ustavni sud (*ex officio*). Ustavni sud vrši zaštitu savezne ustavnosti, jer je federacija dužna da obezbijedi jedinstvenu primjenu Ustava i kad su određene funkcije zaštite predate organima u republici. Ustavno sudstvo u ovom periodu "nije nikakv element podjele vlasti u našem društvu već integralni dio skupštinskog sistema sa izuzetno značajnom ulogom u njemu".⁹

⁴ Ustav SFRJ, član 241.

⁵ Isto, član 242.

⁶ Dr Jovan Đorđević, Ustavno pravo, Savremena administracija, Beograd, 1967, str. 586-587.

⁷ Ustav SFRJ, čl. 160 tača 2.

⁸ Isto, član 241, stav 2.

⁹ Deset godina rada Ustavnog suda Jugoslavije, Beograd, oktobra 1973. god, Referat predsjednika Ustavnog suda Jugoslavije Blaža Jovanovića održan na svečanoj sjednici ustavnog suda Jugoslavije 18. oktobra 1973, str. 18.

Uparedo sa ostalim ustavnim sudovima republika, kao konstitutivnog dije-
la federacije osnovan je i Ustavni sud Crne Gore 1963. godine u skladu sa Usta-
vom Crne Gore.¹⁰ Ustavom SRCG iz 1963. godine propisano je da, radi ostvari-
vanja ustavom i zakonom utvrđenih društveno-ekonomskih i političkih odnosa i
jedinstva pravnog poretka, kao i radi zaštite sloboda i prava čovjeka i građanina,
prava samoupravljanja i drugih prava organizacija i društveno-političkih zajedni-
ca, obezbjeđuje se zaštita ustavnosti i zakonitosti i da je staranje o ustavnosti i za-
konitosti dužnost sudova i drugih državnih organa, organa društvenog samou-
pravljanja i svakoga ko vrši javne ili druge društvene funkcije.¹¹ Nadalje, Ustavom
je propisano da republički zakoni moraju biti u saglasnosti sa Ustavom Jugoslavi-
je, sa ovim ustavom i saveznim zakonima donijetim u okviru prava i dužnosti fe-
deracije, a ostali propisi i drugi opšti akti koje donose državni organi moraju biti
u saglasnosti sa zakonom.

Ustavom iz 1963. godine je utvrđena sljedeća nadležnost Ustavnog suda
Crne Gore: Ustavni sud Crne Gore vrši zaštitu ustavnosti i zakonitosti. Ustavni
sud Crne Gore: 1) odlučuje o saglasnosti republičkih zakona sa Ustavom; 2) odlu-
čuje o saglasnosti statuta opštine sa Ustavom i republičkim zakonima; 3) odluču-
je o saglasnosti drugih propisa i drugih opštih akata organa i organizacija sa Usta-
vom, republičkim zakonima i drugim republičkim propisima; 4) rješava sporove
o pravima i dužnostima između Republike i opštine, između dvije ili više opšti-
na i između opštine i organizacije na teritoriji Republike, ako za rješavanje takvih
sporova zakonom nije predviđena nadležnost drugog suda; 5) rješava o sukobu
nadležnosti između sudova i republičkih organa, kao i između sudova i opštin-
skih organa na teritoriji Republike; 6) vrši i druge poslove koji su mu stavljeni u
nadležnost ovim ustavom ili zakonom, u skladu sa Ustavom utvrđenim pravima
i dužnostima Republike. Ustavni sud Crne Gore odlučuje i o zaštiti prava samo-
upravljanja i drugih osnovnih sloboda i prava utvrđenih Ustavom kada su te slo-
bode i prava povrijeđeni pojedinačnim aktom ili radnjom od strane organa Repu-
blike i u drugim slučajevima koje odredi zakon, a nije obezbijeđena druga sudska
zaštita.¹²

Nadležnost Ustavnog suda Crne Gore je praćenje pojava od interesa za
ostvarivanje ustavnosti i zakonitosti i na osnovu toga daje Skupštini mišljenje i
predloge za donošenje zakona i preduzimanje drugih mjera radi obezbjeđivanja
ustavnosti i zakonitosti i zaštite prava samoupravljanja i drugih sloboda i pra-
va građana i organizacija.¹³ Pored nadležnosti Ustav je propisao i sastav ustav-

¹⁰ Službeni list SRCG, broj 1/ 63, Odluka o proglašenju Ustava SRCG, broj 329/1 od 10.
aprila 1963. god.

¹¹ Ustav SRCG, član 203.

¹² Isto, član 218.

¹³ Isto, član 219.

nog suda¹⁴, postupak utvrđivanja kada republički zakon nije u skladu sa Ustavom Crne Gore, propisa i opštih akata opštinske skupštine, saglasnost propisa sa ustavom i republičkim zakonom¹⁵. Ustavom se preciziraju ovlašćeni predlagači u postupku za ocjenjivanje ustavnosti i zakonitosti. Ustavom je predviđeno da se republičkim zakonom bliže određuje nadležnost i postupak Ustavnog suda Crne Gore, pravno dejstvo njegovih odluka.¹⁶

U 1964. godini ukupno u radu je bilo 4 predmeta, donijete su 3 odluke i jedna odluka o neprihvatanju inicijative; u 1965. ukupno u radu je bilo 27 predmeta, 20 akti društveno-političke zajednice (DPZ), 7 samoupravnih opštih akata (SOA), donijete 4 odluke, 23 inicijative nijesu prihvaćene; u 1966. ukupno u radu je bilo 58 predmeta, 1 zakon, 47 akata DPZ, 2 akta DPZ, 10 SOA, donijeto 5 odluka a odbačeno 53 inicijative; u 1967. ukupno u radu je bilo 70 predmeta, zakona 9, akti DPZ 39, SOA 22, donijeto 11 odluka i 59 neprihvaćene inicijative; u 1968. ukupno u radu bilo 38 predmeta, zakon 1, akata DPZ 25, SAO 12, donijete 4 odluke i 34 neprihvaćene inicijative; u 1969. ukupno u radu je bilo 35 predmeta, 5 zakona, 22 akta DPZ, 8 SAO, donijete 4 odluke i odbačeno 31 inicijativa; u 1970 ukupno u radu 37, od kojih 5 zakona, 19 akata DPZ, 13 SOA, donijeto je 3 odluke i odbačena 34 inicijativa; u 1971 ukupno u radu je bilo 30 predmeta, zakona 5, 16 akti DPZ, 9 SOA, donijeta je 1 odluka, neprihvaćene 29 inicijativa; 1972. ukupno u radu bilo 34 predmeta, 25 akata DPZ, 9 SOA, donijeto 11 odluka i 23 neprihvaćene inicijative; u 1973 godini ukupno u radu bilo 46 predmeta, 4 zakona, 23 akta DPZ, 19 SOA, donijeto 9 odluka, 37 neprihvaćene inicijative; u 1974. godini ukupno u radu bilo 47 predmeta, 4 zakona, 15 akti DPZ, 28 SOA, donijeto 8 odluka i 39 neprihvaćene inicijative. Ukupno u periodu od 1964–1974. godine bili je u radu 426 predmeta, 34 zakona, 251 akt DPZ, 141 SOA, donijeto je 63 odluke, a odbijene 363 inicijative.¹⁷

PERIOD OD 1974–1992.

Ovaj period je karakterističan po tome što je poslije ustavnih amandmana iz 1968. a naročito 1971. godine došlo do nove raspodjele kompetencija između Federacije i republika i pokrajina, čime je bitno smanjena zakonodavna nadležnost Federacije u korist republika i pokrajina.

¹⁴ Odredbama člana 220 Ustava je propisano, da se Ustavni sud Crne Gore sastoji od predsjednika i četiri sudije koji se biraju na osam godina sa mogućnošću reizbora za još jedan mandadni period.

¹⁵ Član 221 Ustava.

¹⁶ Član 224 st. 1 Ustava.

¹⁷ Arhiva Ustavnog suda Crne Gore, Su br. 500/82.

Ustav Jugoslavije od 1974. pripada tipu realno-programskih ustava, koji istovremeno izražavaju i učvršćuju postojeće stanje, ali ga shvataju u nastojanju i teže da to nastojanje kao vizuju razvitka predvide i u datim granicama i omogućće.¹⁸ Ustav iz 1974. je akt stvaranja i formulisanja promjenjivog i "nedefinitivnog" društveno-političkog sistema koji je istovremeno "dat" i "zadat", postojeći i u postojanju...pored ovog opšteg značenja Ustav SFRJ je karakterističan i po tome što: a) izražava jedan tip federativne ustavnosti; b) teži da spoji ustavnost i društveno-politički sistem socijalizma u okviru ustavnog sistema i time pod njegovom vladavinom.¹⁹

Ustavom je određena nadležnost Ustavnog suda. Ustavni sud Jugoslavije: 1) odlučuje o saglasnosti zakona sa Ustavom SFRJ, 2) odlučuje da li je republički, odnosno pokrajinski zakon, u suprotnosti sa saveznim zakonom, 3) odlučuje o saglasnosti propisa i drugih opštih akata saveznih organa sa Ustavom SFRJ i saveznim zakonom, 4) odlučuje da li su propisi i drugi opšti akti organa društveno-političkih zajednica i samoupravni opšti akti u suglasnosti sa Ustavom SFRJ, odnosno u suprotnosti sa saveznim zakonom za čije su izvršavanje odgovorni savezni organi, 5) rješava sporove o pravima i dužnostima između federacije i republike, odnosno autonomne pokrajine, između republika, između republika i autonomnih pokrajina i između drugih društveno-političkih zajednica sa teritorije raznih republika, ako za rješavanje takvih sporova zakonom nije predviđena nadležnost drugog suda, 6) rješava o sukobu nadležnosti između republičkih, odnosno pokrajinskih ustavnih sudova, između sudova i saveznih organa, između saveznih organa i republičkih, odnosno pokrajinskih organa, između sudova i drugih državnih organa sa teritorije dvije ili više republika, odnosno sa teritorija republika i autonomnih pokrajina.

Ustavni sud Jugoslavije može ocjenjivati ustavnost zakona i ustavnost i zakonitost propisa i opštih akata organa društveno-političkih zajednica i samoupravnih opštih akata koji su prestali da važe, ako od prestanka važenja do pokretanja postupka nije proteklo više od jedne godine, a odredbama čl. 376. da Ustavni sud Jugoslavije prati pojave od interesa za ostvarivanje ustavnosti i zakonitosti, obavještava Skupštinu SFRJ o stanju i problemima ostvarivanja ustavnosti i zakonitosti i daje Skupštini SFRJ mišljenja i predloge za donošenje i izmjenu zakona i preduzimanje drugih mjera radi osiguravanja ustavnosti i zakonitosti i zaštite prava samoupravljanja i drugih sloboda i prava građana i samoupravnih organizacija i zajednica.²⁰ Ustavom je propisan način i postupak izbora sudija i

¹⁸ Prof. Jovan Đorđević, Ustavno pravo, drugo dopunjeno izdanje, "Savremena administracija", Beograd, 1976, str. 112.

¹⁹ Isto, str. 113-114.

²⁰ Ustav SFRJ. čl 375.

dužina mandata,²¹ ovlašćeni predlagači za ocjenu ustavnosti, podnosioci inicijative i dr.

Ustavom Crne Gore iz 1974. godine propisano je da Ustavni sud Crne Gore: 1) odlučuje o saglasnosti republičkog zakona sa Ustavom Socijalističke Republike Crne Gore; 2) odlučuje o saglasnosti propisa i opštih akata organa društveno-političkih zajednica i samoupravnih opštih akata sa ustavom Socijalističke Republike Crne Gore i republičkim zakonom; 3) odlučuje da li su propisi i opšti akti organa društveno-političkih zajednica, osim zakona, kao i samoupravni opšti akti u suprotnosti sa saveznim zakonom za čije su izvršenje odgovorni organi u Republici; 4) rješava sporove o pravima i dužnostima između Republike i opština, kao i sporove između opština, ako za rješavanje takvih sporova zakonom nije predviđena nadležnost drugog suda; 5) rješava o sukobu nadležnosti između sudova i organa društveno-političkih zajednica u Republici; 6) vrši i druge poslove utvrđene ovim ustavom i zakonom. Ustavni sud Socijalističke Republike Crne Gore može ocjenjivati ustavnost zakona i ustavnost i zakonitost propisa i opštih akata organa društveno-političkih zajednica i samoupravnih opštih akata koji su prestali da važe, ako od prestanka njihovog važenja do pokretanja postupka nije proteklo više od jedne godine.²² Pored navedenog, Ustavni sud Socijalističke Republike Crne Gore prati pojave od interesa za ostvarivanje ustavnosti i zakonitosti, obavještava Skupštinu Socijalističke Republike Crne Gore o stanju i problemima ostvarivanja ustavnosti i zakonitosti i daje Skupštini mišljenja i predloge u cilju donošenja i izmjene zakona i preduzimanja drugih mjera radi obezbjeđivanja ustavnosti i zakonitosti i zaštite prava samoupravljanja i drugih sloboda i prava građana i samoupravnih organizacija i zajednica.

Ustavni sud Crne Gore sastoji se od predsjednika i šest sudija. Predsjednik i sudije Ustavnog suda biraju se na osam godina i ne mogu biti ponovo birani na istu funkciju.²³ Izbor sudija je izvršen 25. juna 1963. godine.²⁴ Ustavom je proširen

²¹ Ustavni sud Jugoslavije sastoji se od predsjednika i trinaest sudija koje bira Skupština SFRJ. U Ustavni sud Jugoslavije biraju se po dva člana iz svake republike i po jedan član iz svake autonomne pokrajine. Predsjednik i sudije Ustavnog suda Jugoslavije biraju se na osam godina i ne mogu biti ponovo birani na funkciju predsjednika ili sudije Ustavnog suda Jugoslavije. Predsjednik i sudije Ustavnog suda Jugoslavije ne mogu u isto vrijeme vršiti funkcije u državnim ili samoupravnim organima. Predsjednik i sudije Ustavnog suda Jugoslavije uživaju imunitet kao i delegati u Skupštini SFRJ.

²² Ustav SRCG, čl. 409.

²³ Ustav SRCG, čl. 414, st. 1 i 2.

²⁴ Odlukom Skupštine Socijalističke Republike Crne Gore broj 654/1 od 25. juna 1963. godine, za predsjednika Ustavnog suda Crne Gore izabran je Nikola Đakonović, dosadašnji član Izvršnog vijeća Narodne skupštine Crne Gore, a za sudije Ustavnog suda Šćepanović Jefto, dosadašnji savezni poslanik, Šekularac Nikola, dosadašnji poslanik Skupštine Crne Gore, Durutović Vasilije, dosadašnji tužilac Socijalističke Republike Crne Gore i Vujošević Božo, dosadašnji podsekretar u Izvršnom vijeću Crne Gore.

broj lica koja mogu da podnesu inicijativu za ocjenu ustavnosti i zakonitosti, način i postupak odlučivanja,²⁵ objavljivanje odluka u Službenom listu Republike,²⁶ kao i način uređenja i organizacije pred sudom.²⁷

Zakonom o Ustavnom sudu Republike Crne Gore²⁸ propisano je da zaštitu ustavnosti i zakonitosti Ustavni sud obezbjeđuje odlučivanjem o saglasnosti republičkih zakona, drugih propisa i opštih akata organa društveno-političkih zajednica i samoupravnih opštih akata sa Ustavom Socijalističke Republike Crne Gore i o drugim pitanjima koja su mu Ustavom i zakonom stavljena u nadležnost.²⁹ Nadalje, Zakonom je propisano da Ustavni sud odlučuje po predlogu ovlašćenog pokretača i po inicijativi građana, organa, službi, organizacija ili zajednica i po sopstvenoj inicijativi,³⁰ ko su učesnici u postupku^{31,32} pokretanje postupka, način odlučivanja, ³³ rješavanje sporova o pravima i dužnostima između društveno-političkih zajednica i o sukobu nadležnosti,³⁴ kao i postupak pred Ustavnim sudom i organizacija Ustavnog suda.³⁵ Poslovníkom Ustavnog suda Crne Gore³⁶ uređen je postupak pred Ustavnim sudom Socijalističke Republike Crne Gore.³⁷

U 1974. godini bilo je u radu 47 predmeta, završeno je 43 predmeta, u 1975. godini ukupno u radu je bilo 80 predmeta, završeno je 14 predmeta, a u 1976. godini bilo ukupno u radu 110 predmeta, riješeno je 98 predmeta, prenijeto 12 predmeta.³⁸ U periodu od 1963. godine, do kraja 1982. godine Ustavni Sud Crne Gore je ocjenivao “43 republička zakona, 150 opštih akata, 683 samoupravna opšta akta, što je ukupno za dvadeset godina 858 propisa i normativnih akata”³⁹ U

²⁵ Ustav SR CG, čl. 417-420.

²⁶ Isto, čl. 427.

²⁷ Isto, čl. 428.

²⁸ “Službeni list SR CG”, br. 44/75.

²⁹ Isto, čl. 2.

³⁰ Službeni list SR CG”, br. 44/75, čl. 3.

³¹ Isto, čl. 7-10.

³² Isto, čl. 12-16.

³³ Isto, čl. 17-27.

³⁴ Isto, 27-28.

³⁵ Isto, čl. 29-32.

³⁶ “Sl. listu SR CG”, br. 44/75.

³⁷ Isto, čl. 1.

³⁸ Dr Mijat Šuković, predsjednik Ustavnog suda SR Crne Gore, Ekspoze o aktuelnim pitanjima ostvarivanja Ustava sagledanih kroz rad Ustavnog suda SR Crne Gore, podnešen u Skupštini SR CG, na sjednici svih vijeća, održanoj 25. oktobra 1976. godine.

³⁹ Referat Momčila Vučinoća, predsjednika Ustavnog suda povodom dvadesetogodišnjice rada Ustavnog suda SR Crne Gore.

ovom periodu, koji obuhvata devetnaest godina je objavljeno 953 odluke, od kojih je 46, odnosno 4,8% odbijen predlog za utvrđivanje neustavnosti i zakonitosti, od čega u osam slučajeva u odnosu na zakon, jedanaest predmeta u odnosu na odluke skupština, a u 24 slučaja u odnosu na ostale slučajeve. U svim ostalim slučajevima u 907 predmeta ili 95,1% donijete su odluke kojima se osporeni akti ili njihove odredbe stavljaju van snage. Najveći broj objavljenih odluka, 732, odnosno 76,8% se odnosi na ocjenu ustavnosti i zakonitosti samoupravnih opštih akata.⁴⁰

PERIOD OD 1992–2007.

Nakon raspada SFRJ, Crna Gora je zajedno sa Republikom Srbijom donijeli Ustav Savezne Republike Jugoslavije (SRJ) po prethodno obavljenom referendumu građana Crne Gore i postala federalna jedinica, tj. republika-članica SRJ. Ustav Republike Crne Gore iz 1992. godine je Ustav ustavnog diskontinuiteta u odnosu na prethodni Ustav i donijet je na višepartijskoj skupštini i u cjelosti je usaglašen sa Saveznim Ustavom.⁴¹ Tih godina na dnevnom redu nije bila promjena političkog sistema ili promjena vlasničke strukture privrede, nego stvaranje novog društva u uslovima kada je građanski rat počeo u najvećem dijelu Jugoslavije.

Ustavom SR Jugoslavije iz 1992, Savezni ustavni sud odlučuje: 1) o saglasnosti ustava republike članice sa Ustavom Savezne Republike Jugoslavije; 2) o saglasnosti zakona, drugih propisa i opštih akata sa Ustavom Savezne Republike Jugoslavije i sa potvrđenim i objavljenim međunarodnim ugovorima; 3) o saglasnosti zakona i drugih propisa i opštih akata republika članica sa saveznim zakonom; 4) o saglasnosti drugih propisa i opštih akata saveznih zakona sa saveznim zakonom; 5) o saglasnosti opštih akata političkih stranaka i udruženja građana sa ovim ustavom i saveznim zakonom; 6) o ustavnim žalbama zbog povrede pojedinačnim aktom ili radnjom sloboda i prava čoveka i građanina utvrđenih ovim ustavom; 7) o sukobu nadležnosti između saveznih organa i organa republika članica, kao i organa republika članica; 8) o zabrani rada političkih stranaka i drugih udruženja građana; 9) o povredi prava u toku izbora saveznih organa. Savezni ustavni sud može odlučivati o ustavnosti i zakonitosti akata koji su prestali da važe, ako od prestanka važenja do pokretanja postupka nijeproteklo više od jedne godine.⁴² Savezni ustavni sud sastoji se od sedam sudija. Sudija Saveznog ustavnog suda bira se na vreme od devet godina.⁴³

⁴⁰ Radojko Đuričanin, *Ustavni sud Crne Gore 1963-2001*, Obod, Cetinje, 2001, str. 94.

⁴¹ Prof. dr Slavko M. Lukić i mr Miodrag Vuković, *Komentar Ustava RCG 1992*, *Ustavno pravo*, Zbirka tekstova i dokumenata, Centar za Ustavno pravo Podgorica, 2007, str. 437-559.

⁴² Ustav SRJ, "Službeni list SRJ", br. 1/92, čl. 124.

⁴³ Isto, čl. 125.

Savezni ustavni sud odlučuje o ustavnoj žalbi kad nije obezbeđena druga pravna zaštita.⁴⁴

Ustavom Republike Crne Gore Ustavni sud Crne Gore: 1) odlučuje o saglasnosti zakona sa Ustavom; 2) odlučuje o saglasnosti drugih propisa i opštih akata sa Ustavom i zakonom; 3) utvrđuje da li je predsjednik Republike povrijedio ustav; 4) odlučuje o ustavnim žalbama zbog povrede, pojedinačnim aktom ili radnjom, sloboda i prava čovjeka i građanina utvrđenih Ustavom, kad takva zaštita nije u nadležnosti Saveznog ustavnog suda i kada nije predviđena druga sudska zaštita; 5) rješava sukob nadležnosti između upravnih i sudskih organa, sukob nadležnosti između ovih organa i organa lokalnesamouprave i sukob nadležnosti između jedinica lokalne samouprave; 6) odlučuje o saglasnosti akata političke stranke i udruženja građana; 7) odlučuje o zabrani rada političkih stranaka i udruženja građana; 8) odlučuje o izbornim sporovima i sporovima u vezi sa referendumom, koji nijesu u nadležnosti redovnih sudova; 9) vrši druge poslove utvrđene Ustavom. Ustavni sud može odlučivati o ustavnosti i zakonitosti akata koji su prestali da važe, ako od prestanka važenja pa do pokretanja postupka nije proteklo više od jedne godine.⁴⁵

Zakonom o Ustavnom sudu Republike Crne Gore⁴⁶ uređena je organizacija ustavnog suda, postupak pred tim sudom i pravno dejstvo njegovih odluka,⁴⁷ a Poslovníkom Ustavnog suda Republike Crne Gore⁴⁸ je bliže uređen način rada ustavnog suda Crne Gore.⁴⁹

Nadležnost Ustavnog suda je određena Ustavom RCG su proširene u odnosu na prethodne ustave, tako da odlučuju o ustavnim žalbama, o izbornim sporovima, utvrđuju da li je predsjednik Republike povrijedio Ustav, saglasnost akata političkih stranaka izabrani iz reda političkih stranaka i odlučuju o izbornim sporovima i sporovima u vezi referenduma.

U međuvremenu je usvojena i Ustavna povelja Državne zajednice Srbija i Crna Gora i osnovan Sud Srbije i Crne Gore, čija je nadležnost shodno odredbama člana 46. propisano je, da: Sud Srbije i Crne Gore: rješava sporove između institucija Srbije i Crne Gore o pitanjima njihove nadležnosti iz Ustavne povelje; rješava sporove između Srbije i Crne Gore i jedne ili obje države članice ili između dvije države članice o pitanjima iz njihove nadležnosti; odlučuje o žalba-

⁴⁴ Isto, čl. 128.

⁴⁵ Ustav CG, čl. 113.

⁴⁶ "Službeni list Republike Crne Gore", br. 21/93.

⁴⁷ Isto, čl. 1.

⁴⁸ Službeni list Republike Crne Gore", br. 10/93.

⁴⁹ Za sudije Ustavnog Suda Crne Gore po Ustavu iz 1992. godine izabrani su: Blagota Mitrić, predsjednik, Radovan Đukanović, Radojko Đurićanin, Jakša Marković, Šefko Crnovršanin, Božidar Martinović ("Službeni list RCG", br. 32/93).

ma građana, kada im institucija Srbije i Crne Gore ugrozi prava ili slobode garantovane Ustavnom poveljom, ukoliko nije predviđen drugi postupak pravne zaštite; odlučuje o usklađenosti ustava država članica s Ustavnom poveljom; odlučuje o usklađenosti zakona Srbije i Crne Gore s Ustavnom poveljom; odlučuje o usklađenosti zakona država članica sa zakonom Srbije i Crne Gore; odlučuje o zakonitosti konačnih upravnih akata institucija Srbije i Crne Gore. Sud zauzima pravne stavove i mišljenja koji se odnose na ujednačavanje sudske prakse.⁵⁰

Na osnovu pregleda Ustavnog suda Crne Gore utvrđuje se da je: u 1992. godini u radu bilo 158 predmeta, primljeno 102 predmeta i prenešeno 56, riješeno je u 120 predmeta; u 1993. godini u radu je bilo 127 predmeta, primljeno je 90 predmeta i prenijeto iz ranijih godina 37, riješeno je 83 predmeta; u 1994. godini je bilo u radu 90 predmeta, riješeno je 89 predmeta.; 1995. godini u radu je bilo 115 predmeta, primljeno je 75, prenijeto 37. riješeno je 75 predmeta; u 1996. u radu je bilo 144 predmeta, primljeno je 103, prenijeto 41, riješeno je 117 predmeta, u 1997. u radu je bilo 126 predmeta, primljeno je 98, prenijeto 28 predmeta, riješeno je 69 predmeta, u 1998 u radu je bilo 158 predmeta, primljeno 100 predmeta, prenijeto 58 predmeta, riješeno 102 predmeta, u 1999. u radu je bilo 153 predmeta, primljeno je 96 predmeta, prenijeto je 57 predmeta, riješeno je 78 predmeta, u 2000. je bilo u radu 168 predmeta, primljeno je 95, prenijeto 73, riješeno 112, u 2001. u radu je bilo 177 predmeta, primljeno je 119, prenijeto je 58, riješeno je 110.⁵¹ u 2002. u radu je bilo 110 predmeta, primljeno 110 predmeta, riješeno 103 predmeta, prenijeto 7 predmeta; u 2003. radu bilo 134 predmeta, primljeno je 134 predmeta, završeno 132 predmeta, 2 prenijeta u 2004; u 2004. godini bilo u radu 144 predmeta, primljeno 144 predmeta, završeno je 144; u 2005. bilo u radu 145 predmeta, primljeno je 145 predmeta, završeno riješeno 144, 1 prenijet; u 2006 ukupno u radu 135 predmeta, primljeno 135 predmeta, riješeno 134, 1 prenijet. U periodu od 2002-2007 primljeno je 887 predmeta.⁵²

PERIOD OD 2007–2014.

Nakon punog vijeka Crna Gora je oktobra 2007. godine donijela kao suverena država prvi ustav, koji je prihvaćen od najvećeg broja političkih stranaka i koji po načinu donošenja i po sadržini predstavlja moderni demokratski ustav.⁵³

⁵⁰ Ustavna povelja Državne zajednice Srbija i Crna Gore, čl. 46.

⁵¹ Pregled rada Ustavnog suda Crne Gore za period od 1. januara do 31. decembra 1992-2001, str. 1 i 8.

⁵² Arhiv Ustavnog suda Crne Gore.

⁵³ German Law Journal, No 12, 2003, 1359-1374, u odluci od 10. septembra 2009. godine, Ustavni sud Češke je iznio shvatanje "demokratskog ustava": "Demokratski ustav, koji je izmišljeni (fictional) društveni ugovor, u svom najopštijem obliku osigurava okvir za ljudske slobode saglasne slobodama drugih, za niz ustavnih vrijednosti i, konačno, za strukturu osnovnih instituci-

Ustavom Crne Gore iz 2007. godine propisano je da: Ustavni sud odlučuje: 1) o saglasnosti zakona sa Ustavom i potvrđenim i objavljenim međunarodnim ugovorima; 2) o saglasnosti drugih propisa i opštih akata sa Ustavom i zakonom; 3) o ustavnoj žalbi zbog povrede ljudskih prava i sloboda zajamčenih Ustavom, nakon iscrpljivanja svih djelotvornih pravnih sredstava; 4) da li je predsjednik Crne Gore povrijedio Ustav; 5) o sukobu nadležnosti između sudova i drugih državnih organa, između državnih organa i organa jedinica lokalne samouprave i između organa jedinica lokalne samouprave; 6) o zabrani rada političke partije ili nevladine organizacije; 7) o izbornim sporovima i sporovima u vezi sa referendumom koji nijesu u nadležnosti drugih sudova; 8) o saglasnosti sa Ustavom mje-ra i radnji državnih organa preduzetih za vrijeme ratnog i vanrednog stanja; 9) vrši i druge poslove utvrđene Ustavom. Ako je u toku postupka za ocjenu ustavnosti i zakonitosti propis prestao da važi, a nijesu otklonjene posljedice njegove primjene, Ustavni sud utvrđuje da li je taj propis bio saglasan sa Ustavom, odnosno sa zakonom za vrijeme njegovog važenja. Ustavni sud prati ostvarivanje ustavnosti i zakonitosti i o uočenim pojavama neustavnosti i nezakonitosti obavještava Skupštinu.⁵⁴ Svako može dati inicijativu za pokretanje postupka za ocjenu ustavnosti i zakonitosti. Postupak pred Ustavnim sudom za ocjenu ustavnosti i zakonitosti može da pokrene sud, drugi državni organ, organ lokalne samouprave i pet poslanika.⁵⁵

Ustavni sud može i sam pokrenuti postupak za ocjenu ustavnosti i zakonitosti. U toku postupka, Ustavni sud može narediti da se obustavi izvršenje pojedinačnog akta ili radnje koji su preduzeti na osnovu zakona, drugog propisa ili opšteg akta čija se ustavnost ili zakonitost ocjenjuje, ako bi njihovim izvršenjem mogle nastupiti neotklonjive štetne posljedice.

Ustavni sud ima sedam sudija. Sudija Ustavnog suda bira se na vrijeme od 12 godina. Sudije Ustavnog suda bira i razrješava Skupština, i to: dvoje sudija na predlog Predsjednika Crne Gore i pet sudija na predlog nadležnog radnog tijela Skupštine propiraspisanom javnom pozivu koji predlagači sprovode. Sudija Ustavnog suda bira se iz reda istaknutih pravnika sa najmanje 40 godina života i 15 godina radnog iskustva u pravnoj struci. Sudije Ustavnog suda iz svog sastava biraju predsjednika Ustavnog suda navrijeme od tri godine. Isto lice može biti birano samo jednom za predsjednika i sudiju Ustavnog suda. Predsjednik i sudija Ustavnog suda ne može vršiti poslaničku i drugu javnu funkciju niti obavlja-

ja javne sile i vlasti, kroz koji oni postaju legitimne. Svrha je tih institucija da jamče ustavni okvir za slobodu, jamče unutrašnji mir, kao i ostale javne pogodnosti predviđene Ustavom. Prema tome, ustav je osnovni dokument iz kojeg proizilaze obavezujuća pravila koja se ne smiju kršiti, ograničenja i granice za osnivanje vrhovnih ustavnih tijela državne vlasti, ...sa supstancionalnog i postupovnog aspekta..."

⁵⁴ "Službeni list CG", br. 1/07.

⁵⁵ Isto, čl. 150.

ti drugu djelatnost.⁵⁶ Sudije Ustavnog suda bira i razrješava Skupština⁵⁷, u prvom glasanju dvotrećinskom većinom i u drugom glasanju tropetinskom većinom svih poslanika.⁵⁸

Zakonom o Ustavnom sudu Crne Gore⁵⁹ uređena je organizacije Ustavnog Suda Crne Gore, postupak pred Ustavnim sudom, pravno dejstvo njegovih odluka i druga pitanja od značaja za rad suda,⁶⁰ a Poslovníkom Ustavnog suda⁶¹ je uređena organizacija, postupa pred Ustavnim sudom i druga pitanja od značaja za rad Ustavnog suda. Način izbora sudija i predsjednika Ustavnog suda Crne Gore je drugačiji od dosadašnjeg. Naime, predsjednik Crne Gore i nadležno radno tijelo Skupštine Crne Gore, kao ovlašćeni predlagачи raspisuju javni poziv za izbor sudija Ustavnog suda u "Službenom listu Crne Gore" i u najmanje jednom od štampanih medija sa sjedištem u Crnoj Gori. Javni poziv za izbor sudija Ustavnog suda predlagачи objavljuju na svojoj internet stranici. Rok za prijavljivanje kandidata je 15 dana od dana raspisivanja javnog poziva. Na javni poziv mogu se prijaviti kandidati koji uz prijavu prilože dokaze da, pored Ustavom propisanih uslova za sudiju Ustavnog suda, ispunjavaju i opšte uslove za rad u državnom organu. Isto lice može se prijaviti samo na javni poziv koji je raspisao jedan od predlagача. Listu prijavljenih kandidata predlagачи objavljuju na svojoj internet stranici, i mora biti dostupna javnosti najmanje 10 dana od dana objavljivanja. Predlagачи obavljaju razgovor sa svim kandidatima koji su se prijavili na njihov javni poziv koji ispunjavaju uslove za izbor sudije Ustavnog suda i, na osnovu dokaza o ispunjavanju uslova za izbor i rezultata razgovora sa kandidatima, sačinjavaju predlog za izbor, koji mora biti obrazložen. Predlog za izbor sudija sadrži onoliko kandidata koliko se bira sudija Ustavnog suda na predlog tog predlagача. Predloge za izbor sudija predlagачи podnose Skupštini Crne Gore. Prilikom predlaganja kandidata predlagачи su dužni da vode računa o srazmjernoj zastupljenosti pripadnika manjinskih naroda i drugih manjinskih nacionalnih zajednica i o rodno balansiranoj zastupljenosti.⁶² Izbor sudija je izvršen 28.12.2013. godine.⁶³

Sjednicom Ustavnog suda na kojoj se bira predsjednik Ustavnog suda predsjedava najstariji sudija Ustavnog suda. Sudije Ustavnog suda predlažu, u pisanoj

⁵⁶ Amandman XVI.

⁵⁷ Amandman III.

⁵⁸ Amandman IV.

⁵⁹ "Službeni list CG", br. 64/2008,46/2013 i 51/2013.

⁶⁰ Isto, čl. 1.

⁶¹ "Službeni list CG", br. 33/2009.

⁶² Zakon o Ustavnom sudu Crne Gore, član 6.

⁶³ Za sudije Ustavnog suda su izabrani: Desanka Lopičić, Budimir Šćepanović (predlog Predsjednika CG), Miodrag Iličković, dr Dragoljub Drašković, Miodrag Gogić, Mevlida Muratović i Hamdija Šarkinović (Službeni list CG, br. 61/13).

formi, po dva kandidata za predsjednika Ustavnog suda. Na osnovu predloga sačinjava se lista od tri kandidata za koje je dat najveći broj predloga, a u slučaju da ima više od tri kandidata sa istim najvećim brojem predloga, na listu se stavljaju svi kandidati sa najvećim istim brojem predloga. U slučaju da više predloženih kandidata dobije isti najveći broj glasova, glasanje se ponavlja između tih kandidata. Odluka o izboru predsjednika Ustavnog suda donosi se tajnim glasanjem, većinom glasova svih sudija.⁶⁴

U 2007. godini bilo je u radu 164 predmeta, primljeno je 119 predmeta, prenijeto 45, riješeno je 80 predmeta.⁶⁵; u 2008. godini bila su u radu 203 predmeta, primljeno je 183 i prenijeto 20 predmeta, riješeno je 91 predmet.⁶⁶; u 2009. godini ukupno u radu je bilo 463 predmeta, primljeno 310, prenešeno 153.⁶⁷; u 2010. godini ukupno u radu je bilo 1030 predmeta, primljeno je 756, a prenijeto 274 predmeta.⁶⁸; u 2011. godini ukupno u radu je bilo 1376, primljeno je 840, a prenijeto 536, riješeno 576.⁶⁹; u 2012. godini ukupno u radu je bilo 1537 predmeta, primljeno je 747, prenijeto 790, riješeno 596.⁷⁰; u 2013. godini bilo je ukupno u radu 1777 predmeta, primljeno je 860, prenešeno 917 predmet i riješeno je 425 predmeta. U 2014. godini do 24. juna 2014 godine u radu je bilo ukupno 2667 predmeta. Primljeno je u 2014. godini 1315, od kojih 394 ustavne žalbe, 34 zakona, 33 ostala opšta normativna akta, 1 sukob nadležnosti i 853 izborne žalbe i prenešeno je iz prethodnih godina 1352 predmeta. Riješeno je 1302 predmeta, a ostalo nezavršenih 1365 predmeta.⁷¹

BUDUĆI IZAZOVI USTAVNOG SUDA

Na ustavne sudove postsocijalističkih zemalja prebačen je zadatak rješavanja teških ustavnih konflikata naslijeđenih iz prošlosti, kao i zadatak da rješavaju zadatke složenih ustavnih konflikata koji su proizašli iz raskoraka “idealnog” i “realnog”, odnosno između vrijednosno-normativnog i pozitivno - pravnog. Kao rezultat navedenih procesa je stanje “juridifikacije” (*juridification*) društva odnosno “judicijalizacije” (*judicialization*) politike u kojem se “političke odluke sve više prebacuju na pravni nivo, to jest ne odlučuje se politički, nego posredstvom

⁶⁴ Za predsjednicu Ustavnog suda Crne Gore je izabrana Desanka Lopičić. (Službeni list CG, br. 64/13).

⁶⁵ Pregled primljenih i riješenih predmeta od 1. januara 2007. do 31 decembra 2007, str. 1.

⁶⁶ Pregled primljenih i riješenih predmeta od 1. januara 2008. do 31 decembra 2008, str. 1.

⁶⁷ Pregled rada Ustavnog suda u 2009, str. 4.

⁶⁸ Pregled rada Ustavnog suda u 2010, str. 3.

⁶⁹ Pregled rada Ustavnog suda u 2011, str. 4.

⁷⁰ Pregled rada Ustavnog suda u 2012, str. 4.

⁷¹ Arhiv Ustavnog suda Crne Gore.

pravnih interpretacija.”⁷² Stoga su institucionalizovani ustavni sudovi, kao vrhovne institucije za rješavanje ustavnih sporova, a time i vrhovni interpretatori ustava, već vrlo rano kvalifikovani kao “glavni nosioci tranzicije prema evropskim standardima”⁷³ Prema Tornhilovu ustavni sud u postkomunističkoj Evropi je stvoren u prvom redu kao mehanizam koji dopušta državi da otkloni od sebe duboko kontraverzna pitanja i istovremeno oslabi njihovu snagu. Uopšteno, ustavni sud je trebao djelovati kao “filter” kroz koji nova država može transformisati političke konflikte visokih tenzija u pravnu dimenziju. Država je iskoristila pravo” kako bi smanjila kontraverzije vezane i uz same te konflikte i uz njene vlastite reakcije na njih.”⁷⁴

Sličnog je mišljenja i Nenad Dimitrijević: “...kreću se na suveren (dakle, u osnovi pravno neograničen) način kroz nekompletni i provizorni ustavni sistem, sud funkcioniše kao *de facto* ustavotvorac. Analogija sa položajem ustavnog sudstva u stabilnim demokratijama samo je prividna: sud ne rješava sporove i ne daje tumačenje smisla ustava djelujući u okvirima već u okviru formiranog ustavnog sistema. On, naprotiv, svojim odlukama tumači osnovne vrijednosne⁷⁵ principe zajednice koji nijesu ustavno definisani: drugim riječima sud kreira *Grundnorm* identitet”. Stoga je “moć ustavnog suda velika. Mnogi ga nazivaju četvrtom vlašću, a neko ga zove i prikrivenim ustavotvorcem. Kako kažu neki nemački autori, ustavni sud je ustavotvorna skupština u stalnom zasijedanju”

Ustavni sudovi imaju zadatak da spriječe samovolju vlasti i teške strukturalne devijacije tako što će svojim čitanjem ustavnog teksta formulisati-poslužimo se Dworkinovom slavnom tezom - “jedan pravilan odgovor” (*one right answer*).⁷⁶ Odluke ustavnih sudova, kako navodi Jasna Omejec “omogućuju susret između “idealnoga” modela novog društva, zapisanog u tranzicijskim ustavima, i “realnog” života koji je-zbog ukorijenjenih istorijskih tradicija, teško promjenjivih mentaliteta, snažnih tragova “nepravne” prošlosti, ali i neprekidnih sukoba veli-

⁷² Molander Anders: What is juridification? ARENA Centre for European Studies, Oslo and Akershus University, *European Law Journal*, Vol. 14, Issue 1, pp. 36-54, January 2008.

⁷³ Gábor Halmay, The reform of constitutional law in Hungary after the transition, *Legal Studies*, 1998, str. 188-196.

⁷⁴ Chris Thornhill A Sociology of Constitutions, Constitutions and State Legitimacy in Historical- Sociological Perspective, *Cambridge Studies in Law and Society*, Cambridge University Press, 2011, str. 357.

⁷⁵ Nenad Dimitrijević, Ustavna demokratija shvaćena kontekstualno, Edicija REČ, Fabrika knjiga, Beograd, 2007, str. 126 i 37.

⁷⁶ Dworkin Ronald, A Matter of Principle, Harvard University Press, 1985, Dworkin smatra da je područje diskrecije sudije ozbiljno ograničeno, jer se u zreлом pravnom sistemu uvijek može “unutar postojećeg prava naći, “pravilan odgovor” za teške slučajeve.

kog broja različitih parcijalnih interesa – daleko od idealnog.⁷⁷ Odluke ustavnih sudova, zbog svoje obavezujuće snage, stvaraju obavezna pravila ponašanja i na taj način omogućavaju oživotvorenje vrijednosti utvrđenih u ustavu. Zorkin upozorava: “Ustav je ono što treba biti. Život je ono što ostoji. Nije moguće postići apsolutnu harmoniju između potrebnog i postojećeg. Ali vi se svim snagama morate potruditi da optimizirate odnos između te dvije veličine i pritom stalno biti svjesni da optimalan ne znači idealan.”⁷⁸

Zadatak je Ustavnog suda Crne Gore, kao i ustavnih sudova u evropskim postsocijalističkim državama postepeno usmjeravanje pravnog poretka prema idealima utvrđenim u Ustavu, pri čemu se mora bezuslovno pokoravati zahtjevu da je rad Suda utemeljen načelom samoograničenja i da se u pokušaju pronalazjenja optimalnih rješenja postigne pravična ravnoteža između prava pojedinca i opštih interesa. Upravo, Ustavni sud Crne Gore će svojim djelovanjem učiniti sve da njegove odluku u relativno kratkom roku budu djelotvorne i dodatnim nadležnostima predviđenim u budućem Zakonu o Ustavnom sudu bude stožer budućeg pravnog poretka države Crne Gore.

HAMDİJA ŠARKINOVIĆ

Judge, Constitutional court of Montenegro

HALF A CENTURY OF CONSTITUTIONAL JUDICIARY IN MONTENEGRO

Summary

Yugoslavia was the first among the socialist countries to introduce constitutional courts in the Federation and the Socialist Republic by the Constitution in 1963. Against all expectations, in terms of the one-party system, the courts have failed to achieve a more significant role in the political and legal system, nor the role that they got by the Constitution. The Constitutional Court of the Republic of Montenegro was established by the Constitution of the Socialist Republic of Montenegro in 1963. Judges and president of the Constitutional Court were elected on June 25, 1963. The Constitutional Court of Montenegro, in its history of five centuries, exercised the protection of constitutionality and legality. Changes in the organization and jurisdiction of the Constitutional Court were made by the 1974 Constitution of the Socialist Republic of Montenegro, then the 1992 Constitution and most important the 2007 Constitution, when Montenegro was already a sovereign and independent state. Further development of the legal system in Montenegro depends, largely, of the Constitutional Court of Montenegro. Independence of the court established by Amendment III and XVI, the election and composition of the Court and all relations in Montenegro that aspires to European and Euro-Atlantic integration are the fundamental principles that guarantee future of the Constitutional Court of Montenegro.

⁷⁷ Prof. Jasna Omejec, *Novi Europski tranzicijski ustavi i transformativna uloga ustavnih sudova*, Uloga ustava u izgradnji vladavine prava i pravne države, HAZU, 2010, str. 18.

⁷⁸ Zorkin, V.D.S, *Država i kriza poverenja*, Pravo i konstitucija, Norma, Moskva 2010.

DRAGOLJUB DRAŠKOVIĆ

PRAVNO DEJSTVO ODLUKA USTAVNOG SUDA DONIJETIH U REVIZIJI NORMATIVNIH AKATA I SUDSKIH ODLUKA

U V O D

Ustavom Crne Gore iz 2007. godine¹ Ustavni sud je ustanovljen kao poseban organ, koji pored kontrole i zaštite ustavnosti i zakonitosti u njenom najširem smislu, odnosno integriteta pravnog sistema i ustavno – pravnog poretka u cjelini, kao svoje tradicionalno osnovne funkcije, štiti i ljudska prava i slobode zajamčene Ustavom. U sistemu trojne podjele vlasti, Ustavni sud predstavlja poseban i samostalan organ izvan tog sistema zasnovan na Kelzenovoj teoriji nezavisnog ustavnog suda, izdvojen od ostalih državnih vlasti, nezavisan i različit od njih, odvojen čak i od redovnih sudova, ne predstavljajući ni višu sudsku instancu. Posebno važna uloga Ustavnog suda, utvrđena novim Ustavom, jeste zaštita ljudskih prava i sloboda putem ustavne žalbe, koja u tom obliku prethodno nije bila dio pravnog sistema Crne Gore.

Efikasna zaštita ljudskih prava u unutrašnjem ustavno-pravnom poretku države inače podrazumijeva pluralizam oblika zaštite, razvijenu mrežu institucija pred kojima se prava štite, kao i jasno i precizno razgraničene nadležnosti pojedinih organa u zaštiti prava. Ako se govori o zaštiti ljudskih prava pred organima državne vlasti, bez posebnih oblika zaštite preko organa i institucija formiranih upravo za vršenje te funkcije, onda se može reći da tu zaštitu pružaju organi upra-

Dr Dragoljub Drašković, sudija Ustavnog suda Crne Gore.

¹ “Službeni list Crne Gore”, br. 1/2007.

ve, sudovi i ustavni sud. Uvođenjem mehanizma ustavne žalbe, ustavno sudstvo razvija poseban oblik zaštite prava, u skladu sa novim zahtjevima za uspostavljanjem univerzalne zaštite ljudskih prava².

U ovom tekstu će se analizirati neki aspekti dejstva i pravnih posledica odluka Ustavnog suda u obje njegove osnovne nadležnosti, tj. u oblasti apstraktne kontrole ustavnosti i zakonitosti zakona i normativnih akata kroz koju se praktično posredno štite ljudska prava i slobode, kao i na području direktne zaštite ljudskih prava i sloboda koja se provodi u ustavno-sudskom postupku preko instituta ustavne žalbe, prije svega u reviziji sudskih odluka. Zato će posebno biti riječi o nekim pitanjima neposredne zaštite ustavnih prava i sloboda putem ustavne žalbe u slučaju povrede aktima sudske vlasti, što je i najčešći slučaj njihove povrede, djelotvornosti domaćih pravnih sredstava koja prethode ustavnoj žalbi, kao i djelotvornosti same ustavne žalbe. U cjelini, riječ je ustvari o zaštiti ljudskih prava i sloboda, ali odluke Ustavnog suda, iako sa istim krajnjim ciljem, ipak imaju donekle različito dejstvo i pravne posledice, u skladu sa specifičnostima svake od ovih nadležnosti Ustavnog suda.

PRAVNO DEJSTVO ODLUKA USTAVNOG SUDA DONIJETIH U REVIZIJI NORMATIVNIH AKATA

Pravni poredak, kao društveni poredak regulisan pravom, predstavlja skup pravnih normi kojima se regulišu odnosi među ljudima i koje su čvrsto međusobno povezane. U tom poretku pravni akti zauzimaju svoje mjesto u zavisnosti od svoje pravne snage i mjere uticaja na druge pravne akte. Na vrhu piramide nalazi se Ustav kao najviši pravni akt u hijerarhiji pravnih akata koji svim drugim pravnim aktima određuje sadržinu i pravnu snagu. Prema Ustavu, Crna Gora je građanska, demokratska, ekološka i država socijalne pravde zasnovana na principu ustavnosti i zakonitosti, odnosno vladavine prava³, po kojem niže pravne norme izvire iz viših pravnih normi i čine cjelovit pravni sistem koji zahtijeva strogo poštovanje Ustava i zakona od strane svih državnih organa i građana i predstavlja najvišu ustavnu vrijednost. Ta usaglašenost pravnih normi čini ustavnost i zakonitost. Povreda ustavnosti i zakonitosti zahtijeva intervenciju nadležnih organa u cilju njenog otklanjanja.

U Ustavu Crne Gore, u petom dijelu, uređena su načela ustavnosti i zakonitosti⁴, a u šestom dijelu su propisani položaj i nadležnost Ustavnog suda.⁵ U okviru svoje veoma obimne nadležnosti koja obuhvata široku lepezu poslo-

² Bosa M. Nenedić, O jemstvima nezavisnosti ustavnih sudova, JP "Službeni glasnik", 2012. str. 31.

³ Član 1 Ustava Crne Gore.

⁴ Član 145-148 Ustava Crne Gore.

⁵ Član 149-154 Ustava Crne Gore.

va⁶, Ustavni sud rješava sve oblike “narušavanja Ustava”, a među njima se nalaze ustavno-pravni sporovi koji nijesu tipični “ustavni sporovi”. Opšta normativna kontrola, odnosno ocjena ustavnosti zakona i ustavnosti i zakonitosti drugih propisa i opštih akata, predstavlja njegovu osnovnu i najvažniju funkciju.

Ustavni sud Crne Gore ima tzv. naknadnu, apstraktnu kontrolu obavezne saglasnosti zakona sa Ustavom i potvrđenim međunarodnim ugovorima i saglasnosti drugih propisa i opštih akata sa Ustavom i zakonom.⁷ Ova nadležnost obuhvata obavezu Ustavnog suda da u postupku odlučivanja o ustavnosti zakona cijeni i njegovu usklađenost sa međunarodnim ugovorima, kao i da u svojim odlukama primijeni odredbe tih ugovora i stavove međunarodnih sudova⁸. Naime, Ustav Crne Gore po prvi put izričito utvrđuje da su potvrđeni i objavljeni međunarodni ugovori i opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava, sastavni dio unutrašnjeg pravnog poretka, imaju primat nad domaćim zakonodavstvom i neposredno se primjenjuju kad odnose uređuju drugačije od unutrašnjeg zakonodavstva.⁹ Prihvatanje pravnih standarda iz potpisanih međunarodnih ugovora i opštih načela međunarodnog prava znači da zakon i pravni akti niže pravne snage od zakona u pogledu svoje usklađenosti moraju ispuniti uslove kako prema Ustavu, tako i u odnosu na uzajamne sporazume ili međunarodne ugovore. Ako zakon mora biti saglasan ne samo sa Ustavom već i sa potvrđenim međunarodnim ugovorom, moglo bi se postaviti pitanje da li to onda znači da su Ustav i međunarodni ugovor jednake pravne snage. U odgovoru treba imati u vidu da mjesto međunarodnog ugovora u hirarhiji pravnih akata proizilazi upravo iz norme Ustava kojom je Ustavnom sudu data nadležnost da ocijenjuje da li je zakon u skladu sa međunarodnim ugovorom, a ne iz odredbe Ustava o međunarodnom ugovoru kao sastavnom djelu unutrašnjeg pravnog poretka. Iz te norme proizilazi da međunarodni ugovor koji država ratifikuje u hijerarhiji pravnih akata u njenom pravnom sistemu po pravnoj snazi zauzima mjesto neposredno “iza ustava”, a “ispred zakona”. To je mjesto međunarodnog ugovora koje obezbjeđuje mogućnost ocjene usklađenosti zakona sa ugovorom, a istovremeno mu ne daje dejstvo koje realno nema. Polazeći od toga, Ustavni sud je stao na stanovištu da se može govoriti o ustavnosti zakona za koji Ustavni sud, pored ostalog, utvrdi da je su-

⁶ Član 149 stav 1 Ustava Crne Gore.

⁷ Ustavni princip vladavine prava iz člana 145 Ustava Crne Gore.

⁸ Ustavni sud je na bazi prakse Evropskog suda za ljudska prava izgradio i sopstvenu praksu primjene prava iz Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (npr. prava na slobodu i sigurnost, prava na pravično suđenje, slobode izražavanja, prava na imovinu, prava na slobodu ličnosti, slobode okupljanja i udruživanja, prava na djelotvorni pravni lijek, zabrane diskriminacije itd.) i na odgovarajući način je, uz sopstveno tumačenje pojedinih ustavnih instituta, primijenio u velikom broju predmeta iz domena apstraktne kontrole ustavnosti i zakonitosti normativnih akata. Vidjeti npr. predmete: U-I br. 18/09; U-I br. 11/11; U-I br. 14/11; U-I br. 34/11; U-I br. 6/14 i 9/14; U-I br. 21/14.

⁹ Član 9 Ustava Crne Gore.

protan međunarodnom ugovoru, odnosno da je istovremeno suprotan i Ustavu i u konačnom predstavlja povredu načela vladavine prava utvrđenog Ustavom.¹⁰ Istovremeno, kada je riječ o utvrđivanju saglasnosti međunarodnih ugovora sa Ustavom, Ustavni sud je u više predmeta zauzeo stav da Ustav nije utvrdio pravni osnov za uspostavljanje nadležnosti Ustavnog suda za ocjenu usklađenosti materijalno pravnog sadržaja međunarodnog ugovora sa Ustavom¹¹ i da u postupku ocjene saglasnosti zakona sa Ustavom može ocjenjivati formalnu ustavnost zakona o potvrđivanju međunarodnog ugovora, odnosno postupak njegovog donošenja, a ne i samih ugovora. Pravno dejstvo odluka Ustavnog suda o ocjeni ustavnosti i zakonitosti uređeno je načelno Ustavom, a detaljnije Zakonom o Ustavnom sudu Crne Gore.¹² Zakon o Ustavnom sudu govori o dejstvu odluka Ustavnog suda kojima se meritorno odlučuje o stvari koja je bila predmet u postupku iz njegove nadležnosti i kojima je utvrđena neustavnost zakona ili nezakonitost drugog propisa ili akta, jer samo te odluke imaju opšteobavezni karakter i izvršnost i proizvode promjene u pravnom poretku na način što iz tog poretka uklanjaju neustavne zakone, odnosno druge propise ili pojedine njihove odredbe.

Ustavom i Zakonom o ustavnom sudu propisano je da zakon, drugi propis i opšti akt, odnosno pojedine njegove odredbe, kada Ustavni sud utvrdi da nijesu u saglasnosti sa Ustavom, odnosno zakonom, prestaju da važe i ne mogu se primjenjivati danom objavljivanja odluke Ustavnog suda u "Službenom listu Crne Gore", kao i na način na koji je objavljen opšti akt o čijoj ustavnosti i zakonitosti je sud odlučivao. Pravne posledice ukidanja zakona koji nije u skladu sa međunarodnim ugovorom iste su, kao što je prethodno rečeno, kao i posledice nesaglasnosti zakona i drugog propisa sa Ustavom Crne Gore. Odluka djeluje *erga omnes*, obavezna je i izvršna.¹³ Odluka stupa na snagu danom objavljivanja, bez potrebe proteka nekog dodatnog vremena, a zabrana primjene propisa odnosi se prvenstveno na društvene odnose koji nastaju ubuduće. Propisi donijeti za izvršenje zakona ili drugih akata za koja je utvrđena nesaglasnost sa zakonom neće se primjenjivati od dana objavljivanja odluke ustavnog suda. Neće se dozvoliti niti sprovesti izvršenje pojedinačnih akata donijetih na osnovu propisa koji se više ne može primjenjivati, a ako je izvršenje započeto, obustaviće se.¹⁴ Takođe, u toku postupka, do

¹⁰ U svojoj dosadašnjoj praksi Ustavni sud Crne Gore nije vršio ocjenu ustavnosti, odnosno zakonitosti akata isključivo u odnosu na međunarodni ugovor, ali je poslednjih nekoliko godina kroz ocjenu ustavnosti, odnosno zakonitosti akta izražavao i svoj stav ili ocjenu o saglasnosti, odnosno nesaglasnosti pojedinih odredaba zakona sa međunarodnim ugovorima.

¹¹ Sa takvim obrazloženjem Ustavni sud Crne Gore je u predmetu U-II br. 18/14, Rešenjem od 23. jula 2014. godine odbacio inicijativu za pokretanje postupka za ocjenu ustavnosti Sporazuma između Vlade Crne Gore i Vlade Savezne Republike Njemačke o grobovima stradalih u ratovima ("Službeni list Crne Gore – Međunarodi ugovori", br. 13/11).

¹² "Službeni list Crne Gore", br. 64/2008, 46/2013 i 51/2013.

¹³ Član 151 stav 3 Ustava Crne Gore.

¹⁴ Član 46 Zakona o Ustavnom sudu Crne Gore.

donošenja odluke, Ustavni sud može narediti da se obustavi izvršavanje pojedinačnog akta ili radnje koji su preduzeti na osnovu zakona, drugog propisa ili akta čija se ustavnost, odnosno zakonitost ocjenjuje, ako bi njihovim izvršenjem mogle nastupiti neotklonjive štetne posledice.¹⁵ Sve to ima za cilj da smanji negativne posledice narušene ustavnosti i zakonitosti po društvene odnose.

Iako se u vršenju funkcije zaštite ustavnosti i zakonitosti Ustavni sud u odnosu na druge organe ne pojavljuje kao nadređeni organ ili vlast, njegova odluka očigledno ima kasatorni karakter. Odluka Suda je konačna, protiv nje se ne može upotrijebiti bilo koje pravno sredstvo, niti voditi spor pred sudom. Konačnost odluka je izraz snage institucije koja ih je donijela i apsolutni uslov i pretpostavka izgradnje sistema vladavine prava. Čak ni Ustavni sud poslije objavljivanja odluke istu ne može mijenjati ili ukidati. To je posledica načela jednostepenosti koje se primjenjuje u postupku pred Ustavnim sudom. Ustavni sud meritorno odlučuje u prvom i posljednjem stepenu o pitanju iz svoje nadležnosti.

Odluke Ustavnog suda donijete u ulozi obezbjeđivanja ustavnosti i zakonitosti normativnih akata nemaju karakter pravnih normi. One, međutim, predstavljaju specifičan izvor prava, jer Ustavni sud, tumačeći Ustav i zakon u cilju zaštite ustavnosti i zakonitosti traži pravo značenje i sadržinu ustavnih i zakonskih odredbi. Elemišući neustavne i nezakonite norme, Ustavni sud otklanja povrede akata, čime direktno utiče na pravni poredak države. Stavovi Ustavnog suda obavezuju zatim sve subjekte koji donose akte niže pravne snage od Ustava i zakona. Iako nije organ koji neposredno stvara ustav ili zakon, Ustavni sud na taj način vrši inovaciju pravnog poretka, učestvuje u kreiranju pravnog sistema, odnosno praktično dobija mogućnost "stvaranja" zakona,¹⁶ čime vrši funkciju "posrednog" ili "negativnog zakonodavca".

PRAVNO DEJSTVO ODLUKA USTAVNOG SUDA U REVIZIJI SUDSKIH ODLUKA

Dejstvo odluka Ustavnog suda donijetih u oblasti konkretne zaštite Ustavom zajemčenih ljudskih prava i sloboda, koja se provodi u ustavno - sudskom postupku pokrenutom ustavnim žalbom protiv akata državnih organa, po prirodi stvari je donekle drugačijeg karaktera.

Početak XXI vijeka, kao vrijeme usvajanja sada važećeg Ustava Crne Gore, karakterišu dvije tendencije u oblasti ljudskih prava, a to je njihova generalizacija i unifikacija na međunarodnom nivou, u skladu sa međunarodnim standardima, a zatim njihova individualizacija i konkretizacija u okviru nacionalnog ustavnog i zakonodavnog okvira, zajedno sa utvrđivanjem mehanizama njihove zaštite. Činjenica da, kao što je rečeno, u Crnoj Gori prihvaćeni i objavljeni međunarodni

¹⁵ Član 43 Zakona o Ustavnom sudu Crne Gore.

¹⁶ Francisco B. Callejon, Manuel de Derecho Constitucional, Volumen I, Madrid 2010, str. 136.

ugovori čine sastavni dio unutrašnjeg pravnog poretka i čak imaju primat nad domaćim zakonodavstvom, doprinosi kompatibilnom odnosu između ove dvije tendencije, što treba da, kroz razvoj u praksi, ubrza dalje jačanje zaštite ljudskih prava i sloboda. Ustav ustanovljava širok opseg ne samo ličnih prava i sloboda, već i političkih, ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava čovjeka i građanina, kao i posebna manjinska prava,¹⁷ utvrđujući da se prava i slobode ostvaruju na osnovu Ustava, kao i potvrđenih međunarodnih sporazuma¹⁸.

Ako je Ustavni sud garant ustavnosti u najširem smislu, logično je da jedina od njegovih nadležnosti bude i zaštita ustavom garantovanih ljudskih prava i osnovnih sloboda koja Kelzen objašnjava kao ograničenje materijalne moći države¹⁹. Ustav, kao što je rečeno, uspostavlja mehanizam ustavne žalbe (*constitutional complaint*) koji postaje značajno sredstvo zaštite ljudskih prava i sloboda, kao fundamentalne ustavne vrijednosti na kojoj počiva ustavni poredak Crne Gore. Zato "ovu nadležnost Ustavnog suda Crne Gore treba pozdraviti, jer može postati važan aspekt zaštite ljudskih prava i sloboda"²⁰. Istovremeno, mjesto i uloga međunarodnih ugovora u unutrašnjem pravnom poretku zahtijeva aktivno sprovođenje principa utvrđenih tim ugovorima, prije svega Konvencijom o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda Savjeta Evrope, a time nužno i usklađenost odluka Ustavnog suda sa odlukama Evropskog suda za ljudska prava. U svojoj dosadašnjoj praksi Ustavni sud Crne Gore je primjenjivao međunarodne akte, Evropsku konvenciju i pravne stavove Evropskog suda za ljudska prava, bilo neposrednom primjenom relevantnih odredbi tih akata shvaćenih u skladu sa pravnim shvatanjima Evropskog suda za ljudska prava, ili, pak, prihvatanjem tumačenja sadržaja i obima pojedinih pravnih načela i instituta datih od strane Evropskog suda. Drugim riječima, i u zaštiti ljudskih prava i sloboda, kao i u postupku ocjene ustavnosti i zakonitosti normativnih akata, o čemu je prethodno bilo riječi, pored primarne primjene pravog značenja ustavnih normi do kojeg sam dolazi, Ustavni sud koristi i sopstvenu izgrađenu praksu, praksu i standarde Evropskog suda za ljudska prava, kao i praksu ustavnih sudova iz regiona i drugih evropskih zemalja. Zato je u odlukama u kojima je meritorno odlučivao o ustavnim žalbama, bilo da je iste usvajao ili odbijao, sud prihvatao evropske pravne standarde i obrazlagao ih na način primjeren zaštiti ljudskih prava²¹.

¹⁷ Član 17-80 Ustava Crne Gore.

¹⁸ Član 17 stav 1 Ustava Crne Gore.

¹⁹ Hans Kelzen, Glavni problem teorije državnog prava, CID, Podgorica, 2001, str. 381.

²⁰ Anthony Bradley, Odredbe o ljudskim pravima u Ustavu Crne Gore – ključna zapažanja Venecijanske komisije, Podgorica, 2008.

²¹ U predmetu UŽ- III br. 225/14 odlukom od 22. aprila 2014. godine, Ustavni sud je usvojio ustavnu žalbu i utvrdio: Ustavni sud ukazuje da odredba člana 5 stav 3 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda zahtijeva da lice bude lišeno slobode u skladu sa članom 5 stav 1 tačka c) Konvencije, tj. da je lišavanje "zakonito" u smislu navedenog člana, a obuhvata podjednako i procesnu i materijalnu zaštitu takvih lica. Evropski sud za ljudska prava je zaključio da pošto-

Ustav Crne Gore predviđa da Ustavni sud odlučuje o ustavnoj žalbi zbog povrede ljudskih prava i sloboda zajemčenih Ustavom, nakon iscrpljivanja svih djelotvornih pravnih sredstava.²² Time su širom otvorena vrata za zaštitu ljudskih prava i uvedeno još jedno pravno sredstvo prije Evropskog suda za zaštitu ljudskih prava. Ustavna odredba dovoljno je široka da omogućava Ustavnom sudu efikasnu zaštitu prava u pojedinačnim slučajevima, uz istovremenu mogućnost da eliminiše sve zahtjeve koji ne ispunjavaju uslove da budu predmet postupka pred Ustavnim sudom.²³ Ta odredba u dijelu koji glasi “ nakon iscrpljivanja svih djelotvornih pravnih sredstava” čini se da usmjerava razvoj ustavne žalbe u pravnom sistemu Crne Gore u potpunosti prema kontrolnom mehanizmu Evropske konvencije sa čijim osnovnim načelima želi da se uskladi. Ona zahtijeva od Ustavnog suda da slijedi pravne stavove Evropskog suda o “iscrpljivanju djelotvornih pravnih sredstava”. Ta supsidijarnost ustavne žalbe, kao njeno bitno svojstvo, je garancija da ustavna žalba i Ustavni sud koji o njoj odlučuje, kao posebni i posljednji zaštitnik ljudskih prava i sloboda u državi, sačuvaju svoje mjesto u odnosu na redovne pravne lijekove i redovne sudove, ali i na volju stranke da po svom nahođenju bira koje pravno sredstvo i pred kojim sudom će koristiti.

Ustavna odredba o zaštiti ljudskih prava i sloboda po ustavnoj žalbi, međutim, pretpostavlja dobru zakonsku osnovu ustavnog sudstva u cjelini na nacionalnom nivou koja je i dovoljno čvrsta da omogućava potreban nivo pravne izvjesnosti i sigurnosti, ali i dovoljno fleksibilna da ostavlja sudu prostor za stalno prilagođavanje i usavršavanje u skladu sa novim pitanjima i dilemama koje se jav-

vanje člana 5 stav 3 Konvencije zahtijeva da sudska vlast preispita sva pitanja u vezi sa pritvorom, te da odluku o pritvoru donese pozivajući se na objektivne kriterijume predviđene zakonom. Pri tome je postojanje osnovane sumnje da je lice lišeno slobode počinilo krivično djelo koje mu se stavlja na teret *conditio sine qua non* za određivanje ili produžavanje pritvora, ali to nakon određenog vremena nije dovoljan pravni osnov za produženje pritvora, ma o kako teškom krivičnim djelu se radi, već se mora procijeniti da li za pritvor postoje relevantni i dovoljni razlozi (Evropski sud, *Trzaska protiv Poljske*, presuda od 11. jula 2000. godine)... Evropski sud za ljudska prava je u tom smislu u presudi *W. protiv Švajcarske* od 26. novembra 1992. godine izrazio pravno stanovište prema kojem opravdanost produženja pritvora zavisi od okolnosti konkretnog slučaja koje moraju biti takve da upućuju na postojanje opšteg (javnog) interesa koji je tako važan i značajan da, uprkos pretpostavci nevinosti, preteže nad principom poštovanja slobode pojedinaca... Uvažavajući navedene pravne stavove, Ustavni sud je utvrdio da u osporenom rešenju nijesu navedene konkretne činjenice, niti dokazi, koje ukazuju da postoji opasnost od bjekstva... Prilikom svake kontrole pritvora sud određuje da li su ispunjeni zakonski uslovi i razlozi za dalje zadržavanje okrivljenog u pritvoru i da li se ista svrha (nesmetano vođenje krivičnog postupka) može ostvariti drugom mjerom. Ukoliko sud ocijeni da okrivljenog treba zadržati u pritvoru, u rešenju mora navesti detaljne i individualizovane razloge za takvu odluku.

²² Član 149 stav 1 tačka 3 Ustava Crne Gore.

²³ Dr Jasna Omejec, *Analiza primjene i efikasnost ustavne žalbe u Crnoj Gori u smislu čl. 13 Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda Vijeća (Savjeta) Europe - pravo na djelotvorno pravno sredstvo (međunarodna ekspertiza)*, Projekat Organizacije za evropsku sigurnost i saradnju Misije u Crnoj Gori, Zagreb, lipanj 2011, strana 30.

ljaju u postupcima po ustavnim žalbama. Stvarna briga o ljudskim pravima ne ispoljava se samo u donošenju odgovarajućeg zakonodavstva, već i njegovom adekvatnom primjenom koja treba da obezbijedi da norme o ljudskim pravima ne ostanu mrtvo slovo na papiru.²⁴

Jedan od osnovnih preduslova za stvarno uživanje i zaštitu ljudskih prava je postojanje djelotvornih pravnih sredstava u domaćem zakonodavstvu. Pravo na djelotvoran pravni lijek predstavlja jedno od osnovnih ljudskih prava i čini sastavni dio prava na pravično suđenje. Odredbe međunarodnih ugovora imaju za cilj da obavežu države da svima obezbijede mogućnost uživanja i zaštite ljudskih prava kod domaćih sudova prije nego što budu prinuđeni da pokrenu mehanizam zaštite prava na međunarodnom nivou. Nije dovoljno da pravni lijek bude propisan zakonom, već mora biti djelotvoran u praksi, a njegova upotreba ne smije biti ometana od strane državnih organa na bilo koji način. Da bi bio djelotvoran domaći pravni lijek mora biti vezan za navodno konkretno kršenje prava i mora biti dovoljan i dostupan u praksi, a ne samo u teoriji. Da je dovoljan, znači da se ne radi o samo proklamovanom lijeku, već da zaista može da obezbijedi zaštitu prava, odnosno da u sistemu postoji način koji obezbjeđuje efikasno rješenje za problem koji postoji. Da bi bio dostupan, pak, to mora da se utvrdi u sistemu vladavine prava. Visoke sudske takse, npr. sprečavaju pristup sudu i dovode u pitanje korišćenje određenog pravnog sredstva.

Ustav Crne Gore garantuje svakome pravo na pravni lijek protiv odluke kojom se odlučuje o njegovom pravu i na zakonom zasnovanom interesu.²⁵ Radi se o pravu na žalbu ili prigovor, u smislu dvostepenosti postupka, prije konačnosti odluke ili rješenja. To pravo ne uključuje i sudsku zaštitu, jer tek nakon iscrpljivanja prava na žalbu ili prigovor, a time i sticanja statusa konačnosti pojedinačnog pravnog akta koji uživa sudsku zaštitu, građanin stiče pravo obraćanja nadležnom sudu.²⁶ Pitanje je, međutim, da li Ustavom garantovano pravo na pravni lijek protiv odluke kojom se odlučuje o pravu i na zakonom zasnovanom interesu pojedinca u cjelini obezbjeđuje djelotvornu zaštitu ljudskih prava, u smislu zaštite koju zahtijevaju međunarodni ugovori. Imperativ je stvarna djelotvornost pravnih sredstava koja bi predstavljala čvrstu osnovu za dalju zaštitu prava pred Ustavnim sudom. Ako nema rezultata postupka onda to nije pravni lijek i to Evropski sud ne traži. Zato se ukazuje nužnim ustavnu garanciju prava na pravni lijek dopuniti garancijom prava na djelotvorni pravni lijek.

²⁴ Report of the conformity of the legal order of the Republic of Montenegro with the Council of Europe Standards/Izvještaj o usklađenosti pravnog poretka Crne Gore sa standardima Savjeta Evrope koji je podnio g. Anthony Bradley, zamjenik člana Evropske komisije za demokratiju putem prava (Venecijanska komisija) i g. mr Kaarlo Tuori, član Venecijanske komisije, Strasburg, april 2006.

²⁵ Član 20 Ustava Crne Gore.

²⁶ Član 148 stav 2 Ustava Crne Gore.

Pravno dejstvo odluke po ustavnoj žalbi, kao i sam postupak po ustavnoj žalbi, uređeni su Zakonom o Ustavnom sudu Crne Gore kojim je propisano da se ustavna žalba zbog povrede ljudskih prava i sloboda zajemčenih Ustavom može podnijeti protiv pojedinačnog akta državnog organa, organa državne uprave, organa lokalne samouprave ili pravnog lica koje vrši javna ovlaštenja, nakon iscrpljivanja svih djelotvornih pravnih sredstava.²⁷ Iscrpljivanje svih djelotvornih pravnih sredstava prema Zakonu znači da je podnosilac žalbe u postupku iskoristio sva pravna sredstva na koja je imao pravo u skladu sa zakonom.²⁸ Zakonska norma, očigledno, ne ostavlja sudu mogućnost da procjenjuje o kakvom se sredstvu, u smislu djelotvornosti, zaista radi, posebno ne kada ne postoji ni zakonska definicija djelotvornog pravnog sredstva. I pored toga, može se reći da Ustavni sud u svojoj praksi uvažava kriterijume koje je postavio Evropski sud za procjenu djelotvornosti pravnih sredstava propisanih nacionalnim zakonodavstvom. To potvrđuje broj odbačenih žalbi i obustavljenih postupaka u dijelu koji se tiče procesnih pretpostavki za odlučivanje po ustavnoj žalbi ako te pretpostavke nijesu ispunjene, jer nije iskorišćen određeni pravni lijek, npr. zahtjev za zaštitu zakonitosti protiv pravosnažne presude suda u krivičnom postupku ili zahtjev za vanredno preispitivanje sudske odluke protiv pravosnažne presude Upravnog suda, koji prema navedenoj odredbi Zakona o Ustavnom sudu predstavljaju djelotvorna pravna sredstva. Taj procenat u prosjeku iznosi oko 55% od ukupno riješenih ustavnih žalbi.

Dok bi Ustavni sud, kao što je rečeno, trebao da ima zakonsko ovlaštenje da vodi računa o zahtjevu za stvarnom djelotvornošću domaćih pravnih lijekova i cijeni da li je neko pravno sredstvo, redovni ili vanredni pravni lijek, u praksi djelotvorno ili nije, u smislu sprečavanja eventualne povrede prava ili njenog produžavanja, ili pak određivanja adekvatne naknade štete za učinjenu povredu prava, jer bi od toga zavisila dopuštenost ustavne žalbe, ocjenu o tome da li je sama ustavna žalba djelotvoran nacionalni pravni lijek za zaštitu ljudskih prava u smislu člana 13 i 35 stav 1 Konvencije, koji podnosilac mora iskoristiti prije obraćanja Evropskom sudu, daje Evropski sud. Na Ustavnom sudu je, međutim, obaveza da uvjeri Evropski sud da je ustavna žalba dobila takvo svojstvo. Da bi predstavljala djelotvoran pravni lijek i kao takva bila priznata ustavna žalba treba da pruži realnu mogućnost za zadovoljenje podnosioca. To je, međutim, krupna obaveza koja zahtijeva od svih organa Crne Gore i države u cjelini, a ne samo od Ustavnog suda, posebno od redovnih sudova, da budu osposobljeni da primjenjuju Konvenciju u skladu sa praksom Evropskog suda. Od ocjene djelotvornosti ustavne žalbe zavisi i položaj Crne Gore pred Evropskim sudom, ali i posebno i ocjene međunarodnih organa o stepenu zaštite ljudskih prava u Crnoj Gori. Činjenica da ni jedan predmet u kojem je Evropski sud utvrdio povredu prava garantovanih Konvencijom

²⁷ Član 48 stav 1 Zakona o Ustavnom sudu Crne Gore.

²⁸ Čl.48 stav 2 Zakona o Ustavnom sudu Crne Gore.

(to su pravo na slobodu izražavanja, pravo na poštovanje porodičnog života i pravo na mirno uživanje imovine) nije prethodno bio predmet postupka pred Ustavnim sudom Crne Gore je veoma značajna, jer govori da Evropski sud još nije zauzeo stav o tome da li je ustavna žalba u Crnoj Gori djelotvorno domaće pravno sredstvo, što otvara prostor za dodatno unapređenje mehanizma zaštite ljudskih prava pred Ustavnim sudom.

Zakon o ustavnom sudu kada govori o subjektima protiv čijih se akata ustavna žalba može podnijeti koristi termin "državni organi" ne ograničavajući ga posebno ni na zakonodavne, izvršne, upravne ili sudske organe državne vlasti. Ustavni sud Crne Gore je zavezao stav da predmet ustavne žalbe mogu biti i pojedinačni akti sudova. Naime, da bi ustavna žalba bila djelotvorna i efikasna neminovno se mora dozvoliti njeno ulaganje protiv odluka i radnji svih državnih organa, a posebno i sudova. Praksa realizacije ustavnih i zakonskih odredbi o ustavnoj žalbi pred Ustavnim sudom Crne Gore do sada pokazuje da su najčešći predmeti ustavne žalbe i predmeti osporavanja bili upravo akti i radnje sudske vlasti. Od svih predmeta po ustavnim žalbama, koji inače čine 80–90% od ukupnog broja ustavno - sudskih predmeta, skoro 85% se odnosi na ustavne žalbe podnijete protiv sudskih odluka. Još jedno od pitanja od značaja za obezbjeđenje ustavne žalbe kao djelotvornog pravnog lijeka u ustavnom i pravnom sistemu Crne Gore proizilazi iz formulacije člana 48 stav 1 Zakona o ustavnom sudu, a naime da se ustavna žalba može podnijeti protiv "pojedinačnog akta" državnog organa. Na taj način se značajno sužava mogućnost Ustavnog suda da zaštiti ljudska prava i u slučajevima kada je do povrede prava došlo nečinjenjem ili nedonošenjem akta koji je trebalo donijeti, jer Ustavni sud ne bi mogao da pruži zaštitu npr. u slučaju nepostupanja suda u razumnom roku ili neizvršavanja sudske presude, nesprovođenja djelotvorne istrage itd. Da bi se obezbijedila zaštita ljudskih prava i u slučaju njihovog kršenja faktičkom radnjom ili nedonošenjem akta, a time ustavna žalba učinila djelotvornim pravnim lijekom za sve oblike kršenja ljudskih prava, bila bi potrebna izmjena Zakona o ustavnom sudu u tom smislu. Pri tome je veoma značajno što odredba Ustava o ustavnoj žalbi ostavlja prostor da se zakonom predvidi i faktička radnja kao način kršenja prava, jer ne sadrži ograničenje da "povreda ljudskih prava i sloboda zajemčenih Ustavom" mora biti pričinjena isključivo pojedinačnim aktom, kako to govori odredba člana 48 stav 1 Zakona.

Dejstvo odluke Ustavnog suda donijete u postupku po ustavnoj žalbi odnosi se na konkretan akt koji je bio predmet ispitivanja i isto je kao i dejstvo tog pojedinačnog akta. Za razliku od postupka za ocjenu ustavnosti i zakonitosti u kojem Ustavni sud nije ograničen predlogom, odnosno inicijativom, u postupku po ustavnoj žalbi Ustavni sud odlučuje samo o povredi ljudskog prava i slobode na koju se ukazuje ustavnom žalbom.²⁹ Ustavna žalba je osnovana ako Ustavni sud, nakon sprovedenog postupka ispitivanja, utvrdi da je sudskom odlukom ili drugim pojedinačnim aktom, povrijeđeno konkretno Ustavom ili Konvencijom ga-

²⁹ Član 55 Zakona o Ustavnom sudu Crne Gore.

rantovano individualno pravo subjekta. U tom slučaju odlukom Ustavnog suda vrši se korekcija odluke redovnog suda, preciznije sud ukida akt u cjelini ili djelimično i predmet vraća organu koji ga je donio na ponovni postupak.³⁰ Nadležni organ vezan je za pravne stavove suda iznijete u odlici i dužan je da u ponovnom postupku donese odluku u roku koji mu je za to određen, a najkasnije u roku od 30 dana od dana prijema odluke Ustavnog suda.³¹

Odluka Ustavnog suda o usvajanju ustavne žalbe proizvodi pravno dejstvo od dana dostavljanja učesnicima u postupku.³² Odluka se po pravilu ne objavljuje u Službenom listu. Odluka je opšteobavezna, u smislu da su svi državni i drugi organi dužni da je poštuju i da je u okviru svojih prava i dužnosti izvršavaju. Odluka je konačna, jer se spor riješen pred Ustavnim sudom ne može ponovo rešavati pred istim ili drugim organima, osim pred organom čiji je akt odlukom ukinut, niti je protiv odluke Ustavnog suda dopušten bilo kakav pravni lijek. Odluka je izvršna samim činom donošenja, pa nijesu potrebni nikakvi procesni uslovi niti radnje za nastupanje njene izvršnosti. Izvršnost odluke je posledica njene opšteobaveznosti.

Odlukom po ustavnoj žalbi u prvom redu se štite zajemčena ljudska prava koja čine glavnu polugu u cijelom mehanizmu sistema sprečavanja samovolje državnih organa vlasti, ali se istovremeno posredno u stvari štiti i ukupni ustavno - pravni poredak države, jer svako narušavanje zajemčenih ljudskih prava i sloboda predstavlja prjetnju cjelokupnom pravnom sistemu. Pored uloge "čuvara ustavnosti i zakonitosti" u kojoj rešava sporove između državnih organa, Ustavni sud dobija i novu ulogu, "čuvara ljudskih prava i sloboda", koju ostvaruje kroz ustavno - sudsku zaštitu ljudskih prava i sloboda i u kojoj rješava sporove između građana i države. Cilj ustavne žalbe je da se zaštite prava pojedinaca, ali i da se pruži mogućnost da Ustavni sud tumači odredbe Ustava i zakona o zaštiti ljudskih prava. U postupcima po ustavnoj žalbi Ustavni sud se pretvara od tumača propisa, prije svega ustavnih i odredbi međunarodnih ugovora, odnosno "negativnog zakonodavca" u "pozitivnog zakonodavca" koji svojim odlukama uređuje pravni sistem ili popunjava pravnu prazninu, dobijajući time i ulogu "koustavotvorca".³³

I kada utvrdi da je pojedinačnim aktom povrijeđeno ljudsko pravo, Ustavni sud je ovlašćen samo da taj akt ukine, u cjelini ili djelimično, i predmet vrati organu koji ga je donio na ponovno odlučivanje. Sud, znači, nema mogućnost da obustavi produžavanje određenog stanja, spriječi nastupanje štete ili njeno uvećanje i sl. tako što bi naložio da se izvrši neka odluka, da se lice odmah pusti na slobodu itd. Sud, takođe, nema mogućnost ni da dosudi pravično zadovoljenje zbog kr-

³⁰ Član 56 stv 1 Zakona o Ustavnom sudu Crne Gore.

³¹ Član 57 Zakona o Ustavnom sudu Crne Gore.

³² Član 59 Zakon o Ustavnom sudu Crne Gore.

³³ Dr Tanasije Marinković u Predgovoru: Bosa M. Nenadić, "O jemstvima nezavisnosti ustavnih sudova", Službeni glasnik, 2012, str. 11.

šenja prava, već je u svakom pojedinačnom slučaju podnositelj žalbe prinuđen da obeštećenje ostvaruje naknadno u posebnom postupku. Iako lako konstatuje da je nešto neustavno, Ustavni sud ne može da donese odluku koja bi ustavnu žalbu činila djelotvornim pravnim sredstvom. Kada bi imao punu nadležnost i ovlaštenja po ustavnoj žalbi, pa i kapacitet da osim ukidanja pojedinačnih akata i meritorno odluči, značajno bi se ojačala djelotvornost svih sudskih instanci u Crnoj Gori.

Ustavni sud u postupku po ustavnoj žalbi nije "superrevizionarna instanca" i ožalbeni sud u odnosu na sudsku instancu redovnog sudstva čija se odluka osporava. U tom postupku sud je, kao što je rečeno, vezan samo za povredu ljudskog prava i slobode na koju se u žalbi ukazuje, bez ulaženja u razmatranje zakonitosti i mervituma samog akta zbog čega su za njega relevantne samo one činjenice od čijeg postojanja zavisi ocjena o povredi ustavnog prava. On mora biti oprezan da ne donosi odluke koje su u nadležnosti redovnih sudova. Tumačeći svako svoje, izbjećiće se preklapanje nadležnosti. To su garancije zadržavanja djelovanja Ustavnog suda u granicama njegove ustavne nadležnosti, tj. na utvrđivanje pravog značenja ustavnih i zakonskih vrijednosti i zaštitu ustavom i međunarodnim aktima utvrđenih prava, ali i sprečavanje nepotrebnog eventualnog miješanja i uticaja u domen sudske vlasti. I prema stavovima Evropskog suda za ljudska prava, zadatak Ustavnog suda nije da preispituje zaključke redovnih sudova u pogledu činjeničnog stanja i primjene materijalnog prava,³⁴ da supstituiše redovne sudove u procjeni činjenica i dokaza,³⁵ niti treba da ocjenjuje kako su redovni sudovi tumačili zakon i da se upušta u ispitivanje svih pravnih nedostataka sudskih odluka, osim ako su odluke nižih sudova povrijedile ustavna prava. To je zadatak upravo tih sudova, koje Ustavni sud ne može da zamijeni u njihovim nadležnostima, već su njegova ovlaštenja drugačija. Zato Ustavni sud rješenjem odbacuje žalbe u kojima se od njega traži da djeluje kao redovni sud više instance. Upravo je i najčešći slučaj da se žalbom osporava činjenično stanje utvrđeno u sudskom postupku i izražava sumnja u ispravnu ocjenu izvedenih dokaza, a pri tome se samo formalno naznačavaju ljudska prava i slobode za koja se tvrdi da su povrijeđena, ali bez navođenja jasnih ustavnopravnih razloga iz kojih bi nesumnjivo proizlazila povreda prava. To je i osnovni razlog što procenat usvojenih ustavnih žalbi, npr u 2013. godini, iznosi svega 4,42% od ukupnog broja razmatranih ustavnih žalbi.

Uvođenje instituta ustavne žalbe apostrofiralo je i istaklo u prvi plan odnos Ustavnog suda i redovnih sudova i izazvalo dileme i nedoumice u razgraničenju njihove nadležnosti u zaštiti ljudskih prava. Svi uključeni u taj proces, sudovi, advokati, nosioci prava itd. imaju svoja viđenja tog odnosa. Na jednoj strani, često se može čuti mišljenje da je Ustavni sud samo još jedna stepenica u zaštiti prava, kao i redovni sud. Kada se, međutim, želi osporiti ukidanje odluka redovnih su-

³⁴ Vidjeti, npr: Evropski sud, Pronina protiv Ukrajine - Odluka o dopustivosti, br. 65167/01, od 30. juna 2005. godine.

³⁵ Vidjeti, npr: Evropski sud, Thomas protiv Ujedinjenog kraljevstva, presuda br. 19354/02 od 10. maja 2005; Garzičić protiv Crne Gore, presuda br. 17931/07 od 21. septembra 2010. godine.

dova od strane Ustavnog suda u slučaju ako je utvrđena povreda Ustavom zajemčenih prava i sloboda, onda se ističu drugi argumenti, najčešće ustavni princip da sudsku odluku može preispitati samo nadležni sudski organ i ista ne može biti predmet vansudske kontrole, a Ustavni sud nije instancijski sudski organ. Pri svemu tome kao da se gubi iz vida da građanin ima Ustavom garantovano pravo da i na sudsku odluku izjavi ustavnu žalbu i ukaže na kršenje svojih prava, a da Ustavni sud ima ustavna ovlašćenja prema svakom državnom organu, pa samim tim i prema sudu, jer je on čuvar Ustava i garant poštovanja ljudskih prava i sloboda od bilo koje vrste povrede ili uzurpacije, a ona nesporno mogu biti povrijeđena i odlukama sudske vlasti. Previđa se, takođe, i da ustavna žalba nije pravni lijek, već pravno sredstvo kojim podnosilac direktno zahtijeva od Ustavnog suda da izvrši kontrolu akta protiv koga su već iskorišćeni pravni lijekovi. Odluka Ustavnog suda ne može da zamijeni odluku suda, već samo konstatuje povredu prava i može usloviti ponavljanje postupka pred redovnim sudom.

Umjesto borbe za prestiž između sudova, cilj treba da bude zajednički napor i saradnja za podizanje nivoa zaštite ljudskih prava i sloboda. Potrebno je više pažnje u razgraničenju ovlašćenja i uspostavljanju fine ravnoteže nadležnosti između redovnih sudova i Ustavnog suda. Zaštitu prava prioritarno moraju da obezbijede redovni sudovi. Zato treba proširiti njihovu nadležnost da budu do kraja svjesni da štite ljudska prava. Kada Ustavni sud utvrdi povredu prava, redovni sudovi moraju poštovati taj stav da bi se izbjeglo odugovlačenje postupka. Ustavni sud u tome treba da nastoji da sačuva svoju posebnu ulogu i mjesto koje ima u sistemu. Sud mora obazrivo postupati pri ukidanju sudskih odluka, ali isto tako je dužan da obezbijedi zaštitu prava koju mu je Ustav stavio u nadležnost. Imperativ je da odluka Ustavnog suda bude dobro zasnovana, sa čvrstim i jakim obrazloženjem, da bi našla svoje jasno mjesto u odnosu na odluke redovnih sudova. On mora da ubijedi redovne sudove u obaveznost svoje odluke. A to je već stvar same odluke. Ustavni sud će na taj način sam najbolje sebe sačuvati od opasnosti da postane sud "četvrte instance". U protivnom, postojaće i dalje oklijevanje redovnih sudova da prihvate stavove Ustavnog suda, a njegove odluke će sa pravom biti stalno osporavane. Time se dodatno ugrožava djelotvornost ustavne žalbe, jer ona dosta zavisi od spremnosti redovnih sudova da ispoštuju odluku Ustavnog suda.

ZAKLJUČAK

Dejstvo i pravne posledice odluka Ustavnog suda mogu se razlikovati u zavisnosti od toga da li su donijete u postupku kontrole ustavnosti i zakonitosti zakona i podzakonskih akata ili u postupku zaštite ljudskih prava i sloboda pokrenutom ustavnom žalbom. Ovo i pored istih zajedničkih karakteristika ovih odluka koje proističu iz mjesta i uloge, odnosno snage institucije kao njihovog donosioca. I u jednom i u drugom slučaju radi se o zaštiti ljudskih prava i sloboda pred Ustavnim sudom koja se posredno štite u postupku ocjene saglasnosti norma-

tivnih akata manje pravne snage sa aktima veće pravne snage, a neposredno putem instituta ustavne žalbe. Ono što je zajedničko jednom i drugom obliku zaštite ljudskih prava je da odluke Ustavnog suda na specifičan način utiču na pravni sistem, a tim načinom uticaja je prvenstveno uslovljena i pravna priroda samih odluka. U domenu apstraktne normativne kontrole, odnosno ocjene ustavnosti zakona i ustavnosti i zakonitosti drugih propisa i opštih akata zakon, drugi propis i opšti akt, odnosno pojedine njegove odredbe, kada Ustavni sud utvrdi da nije su u saglasnosti sa Ustavom, odnosno zakonom, prestaju da važe danom objavljivanja odluke Ustavnog suda. Od tog dana akt za koji je utvrđeno da je protivustavan, odnosno protivzakonit, više ne postoji, nije dio pravnog poretka, nije ni izvor prava, niko, pa ni zakonodavac, ne može se više pozivati na taj akt, kao na osnov za donošenje drugih akata.

Kada je riječ o neposrednoj zaštiti prava i sloboda putem ustavne žalbe, razmatranje prava na djelotvorni pravni lijek kao osnova za poštovanje i zaštitu individualnih prava i nekih aspekata djelotvornosti domaćih pravnih sredstava, kao i djelotvornosti same ustavne žalbe pred Ustavnim sudom, pokazuje da ti pravni lijekovi, kao ni ustavna žalba, nijesu dostigli stepen djelotvornosti potreban za stvarnu zaštitu ljudskih prava u skladu sa međunarodnim aktima. Zato je potrebno ustavnu garanciju prava na pravni lijek ojačati garancijom prava na djelotvorni pravni lijek.

Dejstvo odluke ustavnog suda donijete u postupku po ustavnoj žalbi ograničeno je na konkretan akt koji je bio predmet ispitivanja i ekvivalentno je dejstvu tog akta. Za razliku od postupka za ocjenu ustavnosti i zakonitosti u kojem Ustavni sud nije ograničen predlogom, odnosno inicijativom, u postupku po ustavnoj žalbi Ustavni sud odlučuje samo o povredi ljudskog prava i slobode na koju se ukazuje ustavnom žalbom ili o onim elementima akta iz kojih bi se moglo zaključiti postojanje kršenja ljudskih prava.

Odlukom po ustavnoj žalbi u prvom redu se štite zajemčena ljudska prava i slobode, ali se istovremeno posredno u stvari štiti i ukupni ustavno - pravni poredak države, jer svako narušavanje ljudskih prava i sloboda predstavlja prijetnju cjelokupnom normativnom sistemu. To znači da i kroz ustavno - sudsku zaštitu ljudskih prava i sloboda, Ustavni sud ostvaruje svoju ulogu "čuvara" ustavnog poretka i aktivnog učesnika u procesu izgradnje normativnog sistema države, jednako kao i u postupku kontrole ustavnosti i zakonitosti u kojem tumačeći ustavne i zakonske odredbe traži njihovo pravo značenje i sadržinu i na bazi njega svojim odlukama, koje postaju specifičan izvor prava, otklanja povrede Ustava i zakona.

DRAGOLJUB DRAŠKOVIĆ, LL.D.,
Judge, Constitutional Court

THE LEGAL EFFECTS AND LEGAL CONSEQUENCE
OF THE DECISION OF THE CONSTITUTIONAL COURT

Summary

Here are discussed some aspects of the effects and legal consequences of decisions of the Constitutional Court in its two most important competences: in the field of abstract control of the constitutionality and legality of normative acts, and in the procedure upon the constitutional complaints. It is noted that Constitutional Court's decisions in either case have certain common characteristics and effects deriving from its place and role in the State, apropos legal power and authority of the Court as a decision-maker, but also some features which are a result of different nature and character of the Constitutional Court's competences. It is determined, also, that both cases are dealing with protection of human rights and fundamental freedoms guaranteed by the Constitution and international treaties, which are indirectly protected in the proceedings for review of constitutionality and legality of normative acts, while in the proceedings upon the constitutional complaint against the competent State authorities are protected directly. Special attention is dedicated to the protection of human rights and fundamental freedoms in case of its violation by legal acts of the judiciary, which is the most common cause of their violation. Some aspects of the effectiveness of domestic legal remedies including the constitutional complaint before the Constitutional Court are also discussed. It is noted that these remedies, together with the constitutional complaint in Montenegro, still have not reached the level of effectiveness required for effective protection of human rights in accordance with international treaties.

KRITERIJUMI SLOBODNIH I POŠTENIH IZBORA – MEĐUNARODNI STANDARDI I SRBIJA

U V O D

Izbori se pojavljuju kao najznačajnije učesće građana u procesu političkog odlučivanja u jednoj državi. Putem izbora omogućena je politička participacija svih građana, kao nosilaca suverenosti. Time, izbori “postaju mehanizam koji omogućava da se integrišu svi individualni izbori birača u zajedničku odluku čitave zajednice”.¹ Istovremeno, funkcionisanje ovog “mehanizma” predstavlja indikator demokratije i merilo stabilnosti političkog sistema. Izbori, sami po sebi, ne znače demokratiju, ali su neophodan element u njenom postojanju i prepoznavanju. Izbori su osnov legitimnosti vlasti i kamen temeljac demokratije; oni koji vladaju imaju legitimitet ukoliko su proizašli iz volje naroda izraženoj na izborima. Samim tim, “funkcija izbora nije u tome da demokratiju učine demokratskom, već da je učine mogućom.”²

Demokratski su samo oni izbori koji odgovaraju određenim načelima, i jedino demokratski izbori mogu dati legitimnost političkoj vlasti. Legitimnost nosilaca političkog predstavljanja je značajna za procenu karaktera i uloge političke vladavine i institucija predstavljanja u njoj. Istovremeno, kredibilitet izbornog

Dr Maja Nastić, docent Pravnog fakulteta u Nišu. Rad je rezultat istraživanja na projektu “Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru”, br. 179046 koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

¹ V. Vasović, V. Goati, *Izbori i izborni sistem*, Beograd, 1993, str. 167.

² M. Pajvančić, *Uvod u izborne sisteme*, Niš, 2003, str. 6.

procesa proizilazi iz efekata koji on ima na demokratiju, ali i iz poverenja koje građani imaju u izabrane političke institucije. Zato izborne procedure moraju biti takve da "prema merilima potrebne kompleksnosti stvore neizvesnost i alternative; i moraju sadržati regulativ podrške i kontrole, koji omogućuje da se o ovim problemima odlučuje".³

Izbori se mogu transformisati u svoju suprotnost: u moćna sredstva koja pribavljaju prividnu legitimnost. Tako, možemo uočiti kvantitativnu razliku u pogledu održavanja i sprovođenja izbora u različitim državama. U nekim državama, izbori se svode na "puko glasanje sa unapred poznatim ishodom, dok je u drugima, reč o ravnopravnoj borbi za podršku birača sa neizvesnim rezultatom".⁴ Postojanje jasnih pravila i kodifikovanih procedura može biti efikasan način da se izborni proces zaštiti od pristrasnosti i manipulacija, dok njihovo odsustvo stvara prostor za arbitrarnost i proizvoljnost. Ipak, i procedura može biti uređena tako da se sprovodi u ime demokratije, ali su efekti potpuno suprotni. Vlast koja proizilazi iz takvih izbora je legalna, ali joj nedostaje legitimitet. Ako vlast nema legitimitet onda sve forme demokratije i prava i slobode postaju i ostaju samo lep dekor na političkoj pozornici, na kojoj drugi subjekti, a ne građani imaju glavnu ulogu i odlučujuću reč u političkom procesu i vršenju vlasti. Izbori u kojima birači nemaju mogućnost izbora i slobodu biranja između više kandidata i različitih političkih stranaka, najneposredniji su proizvod poretka diktature i imaju karakteristike nekompetetivnih izbora. Izbori u kojima pak postoje razna ograničenja nose karakteristike semikompetetivnih izbora⁵. U "režiranim" izborima važnu ulogu imaju ne samo neposredni učesnici izbornog procesa (političke stranke i kandidati), već i državni aparat koji, umesto da osigura princip ravnopravnosti svih učesnika, osigurava prednost nekima od njih. U takvim okolnostima, nosioci vlasti nastoje da na legalan način manipulišu voljom građana i da izborni zakon prilagode sebi i svojim političkim aspiracijama. Tek kompetetivni izbori jesu izbori koji vode reprezentativnoj i odgovornoj vladi, u pravnom sistemu koji se zasniva na vladavini prava, podeli vlasti, nezavisnom sudstvu, zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda i efektivnom primenom ekonomskih i socijalnih prava. Takvi izbori predstavljaju uslov minimalne demokratije, a kao svoju osnovnu komponentu obuhvataju slobodne i poštene izbore.

U zavisnosti od kvaliteta izbora, koji se sprovode u jednoj zemlji, možemo razlikovati tri tipa država. Prvu, čine one države u kojima izbori ne ispunjavaju kriterijume ni jedne dimenzije, odnosno nisu ni poštene, ni slobodni. Drugu, one

³ N. Luhman, *Legitimnost kroz proceduru*, Zagreb, 1992, str. 142.

⁴ V. Goati, "Slobodni i poštene izbori – pretpostavka demokratskog poretka", *Pravni informator*, br. 3, 2001.

⁵ Videti Š. deren-Antoljak, "Izbori i izborni sustavi", *Društveno istraživanje*, Zagreb, br. 2, 1992, str. 217.

države u kojima izbori imaju nedostatke u jednoj ili u obe dimenzije, ali se ti propusti tolerišu, a izbori se kvalifikuju kao slobodni i poštenu jer vode demokratskom poretku. Treću, najidealniju grupu, čine države u kojima izbori ispunjavaju oštre kriterijume slobodnih i poštenih izbora.⁶

Slobodni i poštenu izbori – značenje u međunarodnim dokumentima i u teoriji

Kada govorimo o slobodnim i poštenim izborima čini se da nema prijemčivije sintagme jasnijeg značenja, koja se jednostavno može ispuniti. Izborna praksa u mnogim državama, kako u tradicionalnim demokratijama, tako i u novouspostavljenim demokratskim državama uverava nas da nije tako. Od svog “nastanka” sredinom 50-ih godina prošlog veka, ova kovanica izaziva neprestanu pažnju naučne i stručne javnosti, ali i političara i građana, kao najdirektnijih učesnika izbornog procesa. Tome verovatno doprinosi i činjenica da slobodni i poštenu izbori nisu aksiom, koji kada je jednom ostvaren, više ne treba dokazivati. Naprotiv, stalno i iznova treba insistirati na njihovom ostvarivanju povodom svakih izbora koji se u jednoj državi održavaju. To ovu temu svrstava u klasične teme konstitucionalne teorije i čini je uvek aktuelnom.

Rani nagoveštaji termina “slobodni i poštenu izbori” prvi put se prepoznaju u klasičnoj demokratskoj teoriji, u kojoj se izborni proces doživljava kao jedan od činilaca demokratije. Robert Dal (Robert Dahl) u svom delu “Uvod u demokratsku teoriju (1956)” (A Preface to Democratic Theory) nudi osam različitih karakteristika izbornog procesa i kako njegov ishod može biti meren. Međutim, on tada ne koristi izričito termin “slobodni i poštenu izbori”, ali to čini u “Poliarhiji” iz 1971. pozivajući se na svoj rad iz 1956. godine. Iako teoretičari nisu saglasni o nekim detaljima vezanim za merenje demokratije, kriterijumi koje je Dal predložio i dalje uživaju široku podršku. To su: 1). sloboda da se stvaraju organizacije i da se u njih stupa, 2). sloboda govora, 3). pravo glasa, 4). pravo izbora u javne službe, 5). pravo političkih vođa da se takmiče za podršku, 5a). pravo političkih vođa da se takmiče za glasove, 6). alternativni izvori informacija, 7). slobodni i poštenu izbori, 8). da institucije koje stvaraju politiku vlade zavise od izbora i na druge načine izraženih zahteva.⁷ Nolen (Nohlen) smatra da bi izbori zaista bili demokratski, potrebno je da imaju sledeća obeležja: 1. izborni predlog koji izbore podvrgava jednakim merilima (sloboda izbornog nadmetanja), 2. nadmetanje kandidata koje se spaja sa konkurencijom između političkih pozicija i programa; 3. jednakost šansi u području izbornog nadmetanja (kandidatura i izborna borba), 4. sloboda biranja koja se osigurava tajnim glasanjem, 5. izborni sastav (pra-

⁶ M. Jovanović, “Konsolidacija, principi “slobodnih” i “fer” izbora i ustavni dizajn, u D. Pavlović (ur.), *Konsolidacija demokratskih ustanova u Srbiji - godinu dana posle*, Beograd, 2008, str. 60.

⁷ R. Dal, *Poliarhija-participacija i opozicija*, Beograd, 1997, str. 13.

vila pretvaranja glasova u mandate) koji ne sme da uzrokuje političke konflikte ili za demokratiju opasne izborne rezultate (poput prevelikih većina), 6. izborna odluka za vreme jednog izbornog razdoblja. U protivnom, i formalno demokratski izbori mogu proizvesti nedemokratska stanja i odnose.⁸

Termin “slobodni i poštenu izbori” ustaljuje se nakon izveštaja Ujedinjenih nacija o referendumu o nezavisnosti Togolenda 1965. godine.⁹ OUN su se u ovoj oblasti angažovale imajući u vidu čl. 21 Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima¹⁰ i izvestan broj fundamentalnih kriterijuma za slobodne i poštenu izbore sadržan je u međunarodnim dokumentima, koji su usvojeni pod njenim okriljem¹¹. Tajno glasanje, kao mehanizam za obezbeđivanje procesa glasanja od zastrašivanja, potiče upravo iz pomenute Univerzalne deklaracije. Ovaj standard je uveden iz ubeđenja međunarodne zajednice da ukoliko se želi da glasanje zaista bude slobodno, ono mora sadržati garanciju da glasanje svakog pojedinca mora predstavljati apsolutnu tajnu.

Na održavanju slobodnih i poštenih izbora insistira se i u Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (čl. 3 Protokola br. 1). Visoke strane ugovornice obavezuju se da u primerenim vremenskim razmacima održavaju slobodne izbore sa tajnim glasanjem, pod uslovima koji obezbeđuju slobodno izražavanje mišljenje naroda pri izboru zakonodavnog tela. Evropski sud za ljudska prava prepoznaje da je u ovom članu sadržano karakteristično načelo stvarne političke demokratije i da je od kapitalnog značaja za sistem Konvencije.¹²

Na području Evrope, snažan podstrek ka uspostavljanju slobodnih i poštenih izbora učinjen je pod okriljem najpre Konferencije, a sada Organizacije za evropsku bezbednost i saradnju. Na sastanku u Kopenhagenu 1990. godine usvojen je Završni dokument, u kojem su sadržani osnovni principi i mere koje države članice treba da poštuju i primene ih u zaštiti ljudskih prava. U ovom dokumentu je, između ostalog, naglašeno da izbori predstavljaju osnov legitimnosti svih vlada i da države imaju obavezu da sprovode slobodne izbore sa neograničenim pristupom svim medijima, kao i obavezu zaštite slobode izražavanja bez ikakvih granica.

⁸ D. Nohlen, *Izborna pravo i stranački sustav*, Zagreb 1992, str. 16.

⁹ UNGA Doc A/3169, 1956: I.7 Navedeno prema M. Boda (eds), *Revisiting Free and Fair Elections*, Geneva, 2005, pp. 8-9

¹⁰ Član 21 glasi: “svako ima pravo da učestvuje u upravljanju javnim poslovima svoje zemlje neposredno ili preko slobodno izabranih predstavnika, da svako ima pravo na pristup servisima u svojoj zemlji; volja naroda je osnova državne vlasti koja treba da se izražava na povremenim i slobodnim izborima, koji će se sprovesti opštim i jednakim pravom glasa, tajnim glasanje ili odgovarajućim postupkom kojim se obezbeđuje sloboda glasanja”.

¹¹ Npr. Pakt o građanskim i političkim pravima, Konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije, Konvencija o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena.

¹² Case of Matheiu-Mohin and Clerfayt v. Belgium (judgment of 22 October 1985).

Značajan pomak na međunarodnom planu ostvaren je usvajanjem Pariške deklaracije, odnosno Deklaracije o kriterijumima slobodnih i poštenih izbora (Declaration on criteria for free and fair elections). Deklaracija je usvojena na 154. sastanku Interparlamentarne unije 1994. godine i danas, nakon 20 godina od donošenja, ona ne gubi na aktuelnosti i značaju. Njome se postavljaju principi i standardi, koje vlade i parlamenti, treba da slede kada je reč o izborima; naglašava se uloga slobodnih izbora, u želji da se promoviše uspostavljanje demokratskih, pluralističkih sistema vlasti u svetu, uz svest o činjenici da svaka država ima suvereno pravo da, u skladu sa voljom svog naroda, bez mešanja drugih država slobodno bira i razvija sopstveni politički, socijalni, ekonomski i kulturni sistem. Deklaracijom se reafirmiše značaj Univerzalne deklaracije i PGP. Sadržana su i detaljna pravila o vođenju izborne kampanje i obavezama onih koji u tome uzimaju učešće, a na države se apeluje da ohrabre učesnike i medije u uspostavljanju pravila ponašanja u vezi sa izbornim aktivnostima.

Dalji korak napred predstavljalo je usvajanje Kodeksa dobre prakse u izbornim stvarima¹³ u okviru Venecijanske komisije. Ovim dokumentom su definisani osnovni standardi evropskog izbornog nasleđa. U Kodeksu se slobodno i pošteno glasanje prepoznaje kao osnovna vrednost i, za razliku od drugih međunarodnih dokumenata, vrlo su detaljno uređeni uslovi njegovog ostvarivanja. Nije reč samo o principu, već su temeljno obrazloženi svi njegovi elementi i način njihovog ostvarivanja. Naime, slobodno glasanje obuhvata slobodno formiranje mišljenja birača i slobodno izražavanje ovog mišljenja, tj. slobodan postupak glasanja i tačno prikazivanja rezultata. Da bi birači mogli da slobodno formiraju mišljenje, državni organi moraju da poštuju obavezu neutralnosti. U tom smislu, naglašava se da je obaveza državnih organa da na zakonit način prezentuju kandidature građanima, ali i da obezbede biračima pristup listama i kandidatima na izborima. Ove informacije moraju biti dostupne i na jezicima nacionalnih manjina, posebno tamo gde oni čine određeni procenat stanovništva. Slobodno izražavanje volje birača prvenstveno zahteva striktno poštovanje postupka glasanja. Prepoznaje se da postupak glasanja ima centralnu ulogu u celokupnom izbornom postupku i da je tada najveća verovatnoća da dođe do izborne krađe. To se može sprečiti, ili bar svesti na najmanju moguću meru, ukoliko se među članovima biračkog odbora nalaze predstavnici različitih stranaka i uz prisustvo posmatrača. Država mora da obezbedi odgovarajuće prostorije za glasanje u kome će se sprovesti izborne radnje, a birači moraju biti zaštićeni od pretnji. Birači treba da uvek imaju mogućnost da glasaju na biračkim mestima. Iako je glasanje putem pošte i glasanje preko zastupnika dopušteno u većini država Zapadne Evrope, treba biti obazriv sa njihovim prihvatanjem. Preporučuje se da glasanje putem pošte bude dopušteno samo ako je poštanska služba bezbedna i pouzdana, dok glasanje preko zastu-

¹³ Mišljenje br. 190/2002 . CDL-AD (2002)023 rev. Strazbur, 30. oktobar 2002. god.

pnika treba dozvoliti samo pod veoma strogim pravilima. Poseban oprez je neophodan ukoliko je pojačan rizik od "porodičnog glasanja". Venecijanska komisija podržava i primenu elektronskog sistema glasanja, koji mora biti takav da obezbeđuje tajnost glasanja i istovremeno siguran i pouzdan. U cilju sprečavanja izborne krađe i doslednog transponovanja glasova birača u mandate predstavnika, vrlo je važno da se brojanje glasova sprovede na transparentan način. Poželjno je da se glasovi broje na samom biračkom mestu, a vrlo je bitna i operacija prenošenja rezultata, koja se mora sprovesti otvoreno i transparentno.

Prema Kodeksu dobre prakse u izbornim stvarima pretpostavke poštenih izbora jesu jednako i opšte pravo glasa, nediskriminacija i periodičnost izbora. Jednako biračko pravo obuhvata jednaku glasačku moć, koja podrazumeva da predstavnička mesta moraju biti jednako raspodeljena po izbornim jedinicama, ali i ravnopravnost stranaka i kandidata. Za potrebe izborne kampanje, za sve učesnike, a u skladu sa slobodom izražavanja treba zakonom utvrditi minimalni pristup audiovizuelnim medijima u privatnom vlasništvu. Posebno se obrađuje i učešće pripadnika nacionalnih manjina i paritet polova. Opšte pravo glasa podrazumeva da je ono zajamčeno najširem mogućem krugu birača, koji su navršili određeni broj godina. Izbori se moraju održavati periodično, u odgovarajućim vremenskim intervalima, koje svaka država uređuje svojim propisima.

Imajući u vidu sve navedene kriterijume možemo reći da precizno i potpuno sagledavanje izbora u bilo kojoj državi, u smislu njihove ocene da li su slobodni i poštenu, podrazumeva da se moraju uzeti u obzir svi aspekti izbornog procesa, kao i da se izborni sistem mora posmatrati u sklopu političkog konteksta u kome se odigrava. Da bi se moglo govoriti o postojanju slobodnih izbora, u kojima građani mogu da se slobodno, bez ikakve prinude opredeljuju za ponudene opcije, treba da budu ispunjeni brojni uslovi. Slobodni i poštenu izbori, u širem smislu, podrazumevaju poštovanje širokog spektra ljudskih prava. Sloboda misli i izražavanja mišljenja, sloboda govora i mirnog okupljanja i sloboda udruživanja su imperativ u kontekstu izbora, jer je autentično utvrđivanje volje naroda nemoguće u uslovima gde nema ovakve slobode ili je ona na bilo koji način ograničena. Svako ograničavanje slobode izražavanja mora biti na zakonu zasnovano i neophodno radi zaštite taksativno pobrojanih ciljeva. Ukoliko svi ljudi, učesnici izbornog procesa nisu slobodni da izraze svoje mišljenje i ukoliko je javna komunikacija sputana za razmenu i širenje političkih informacija, onda izbori nisu verodostojni izraz naše političke volje. Pretpostavka demokratskih izbora jeste i politički pluralizam, jer tek tada možemo govoriti o mogućnosti izbora između više opcija. Slobodni izbori podrazumevaju da na dan izbora bude obezbeđen pristup izbornim mestima od strane političkih partija, domaćih i stranih posmatrača i medija, da postoji tajnost glasanja, odgovarajući oblik glasačkih listića uz adekvatnu proceduru brojanja glasova. Posle završenih izbora neophodno je obezbediti oficijelno i brzo objavljivanje rezultata uz nepristrasno razmatra-

nje svih izbornih žalbi i prihvatanje rezultata izbora od strane svih učesnika¹⁴. Za prepoznavanje poštenih izbora takođe postoji niz kriterijuma vezanih za period pre, za vreme i nakon izbora. Izborni proces mora biti transparent uz izborne zakone, koji ne daju prednost ni jednoj političkoj partiji. Upis u birački spisak treba da bude omogućen svakom biraču, a svi kandidati moraju imati jednak tretman i jednak pristup javno kontrolisanim medijima.

Odličan pokazatelj demokratskog kvaliteta izbora je izlazak birača na birališta. To odražava meru u kojoj su građani stvarno zainteresovani da budu predstavljeni. U korelaciji sa socioekonomskim statusom to može poslužiti kao merilo političke jednakosti: visok stepen izlaska na birališta znači veći stepen jednakosti u participaciji i veću političku jednakost. Izlaznost birača treba postaviti u kontekst prirode biračkog prava, kao i stepena učestalosti izbornih mogućnosti.¹⁵ Vrlo je važno i kako sami građani ocenjuju izbore. Ako oni smatraju da su izbori fer i slobodni, onda to može da razvije poverenje građana u demokratiju. U takvim okolnostima građani pokazuju optimizam u pogledu prosperiteta njihove države. Iz slobodnih i fer izbora proizilazi i njihov kredibilitet, a time se stvara i poverenje u političke institucije. Posmatrajući izbore u jednom širem društvenom kontekstu, možemo reći da se rezultati izbora odražavaju na celokupan društveni razvoj. Od toga kako glasamo, zavisi priroda društva u kome ćemo živeti, stepen razvoja tog društva, koliko ćemo biti siromašni, koliko bogati. Tako, na izborima ne biramo samo svoje predstavnike u parlamentu, već i društvo u kome živimo i u kome ćemo živeti. U tzv. postsocijalističkim sistemima, kojima pripada i naša država, izbori su predstavljali i polaznu osnovu i ključni oslonac za manje ili više uspešno odvijanje svih narednih reformskih faza.¹⁶

Izbori u Srbiji – istorijska retrospektiva

Pre nego imamo u vidu savremena izborna pravila, vratićemo se na početak naše izborne istorije i ukratko analizirati izbore sa aspekta slobodnih i poštenih izbora.

Naime, o izborima i biračkom pravu u Srbiji može se govoriti tek nakon obrazovanja Narodne skupštine kao posebnog organa. Prvim Zakonom o Narodnoj skupštini od 1858. godine, utvrđena su tri uslova koja građani moraju da ispunе da bi postali birači. To su državljanstvo, punoletstvo i plaćanje građanskog danka, a postojao je i četvrti koji se sam po sebi podrazumevao: pripadnost muš-

¹⁴ Više o tome V. Goati, *Izbori u SRJ od 1990. do 1998. godine-volja građana ili izborna manipulacija*, Beograd, 2001, str. 18-19.

¹⁵ Videti o tome A. Lajphart, *Modeli demokratije: oblici i učinak vlade u trideset i šest zemalja*, Beograd, 2003, str. 271-272.

¹⁶ Više o tome M. Jovanović, *Izborni sistemi postkomunističkih država*, Beograd, 2004, str. 34.

kom polu. Od donošenja ovog zakona pa za narednih petnaestak godina, pitanje slobode izbora je tinjalo, ali nije otvarano. Vlast je tada, u još patrijarhalnoj Srbiji, uživala veliki ugled pa je policija “skoro bez nasilja mogla praviti kakve je htela izbore”.¹⁷ U izborima koji su vršeni po skupštinskom zakonu od 1859. godine, a pod vladom kneza Miloša, nije se moglo govoriti o kakvom pritisku. Ljudi su glasali potpuno slobodno, ali se dešavalo da ako bude izabran predstavnik liberalne inteligencije, pronalazeni su razlozi da im se poništi mandat; jedan od razloga je da su pojedini kandidati navodno bili nametani biračima na samom biralištu. Izbori koji su se održavali po zakonu od 1860. i 1861. godine, za vreme vladavine kneza Mihaila, bili su pod jakim uticajem policije. Policija je imala odlučujući uticaj na izbor kandidata, a svako ko ne bi glasao za takvog kandidata smatrao bi se protivnikom kneza. U takvim okolnostima teško je govoriti o bilo kakvoj slobodi izbora. Posle ubistva kneza Mihaila, izbori za Veliku skupštinu 1868. i 1869. godine izvršeni su mirno i bez većeg pritiska. Narod je nakon ubistva inače bio zaplašen i vrlo poslušan.¹⁸

Prvi Ustav kojim je regulisano biračko pravo je Ustav iz 1869. godine.¹⁹ Izbornim zakonom od 10. oktobra 1870. godine bilo je utvrđeno javno glasanje s neposrednim izborima u okružnim varošima i posrednim u srezovima. Izbori organizovani u to vreme mogu se označiti kao neslobodni: postojao je pritisak policije, izbornom korupcijom služila se i vlast i opozicija. Zabeleženo je da je tadašnji ministar policije Aćim Čumić uveo postizborno kažnjavanje i nagrađivanje, što će ostati u nasleđe i kasnijim ministrima policije.²⁰ Izbore održane novembra 1880. godine organizovala je vlada mladokonzervativaca u vreme političke istrošenosti liberala i ti izbori se mogu označiti kao prvi slobodni izbori, ali na naknadnim izborima 1882. i 1883. godine izborna situacija je bila drugačija. Raspisujući ustavotvorne izbore za 20. novembar 1888. godine, kralj Milan je garantovao “svojom kraljevskom rečju za slobodu izbora”. Sloboda izbora trebalo je da u međustranačke odnose unese pomirljivu atmosferu i mogući sporazuman ustavotvoran rad. Međutim, Vlada, sastavljena od starih birokrata i naprednjaka, i policija nisu uzimali kraljeve reči za ozbiljno.

¹⁷ M. Pavlović, “Pitanje slobode izbora u Srbiji i jugoslovenskoj državi”, *Slobode i prava čoveka i građanina u konceptu novog zakonodavstva Republike Srbije* (prva knjiga), Kragujevac, 2002, str. 557-590.

¹⁸ Ž. Ristić, *Izborni zakoni Srbije* (doktorska teza), Beograd, 1934, str. 165-180.

¹⁹ Prema čl. 46 Ustava biračko pravo pripadalo je svakom Srbinu, koji je punoletan i plaća građanski danak. Aktivnog biračkog prava bili su lišeni vojnici stajaće vojske. Pasivno biračko pravo uživali su svi oni koji imaju najmanje 30 godina i koji plaćaju danak najmanje šest talira godišnje na imanje, rad ili prihod. Pasivnog biračkog prava bili su lišeni vojnici i službenici.

²⁰ M. Pavlović, *op. cit.*, str. 559.

Ustav iz 1888. godine je imao vrlo razrađene odredbe o biračkom pravu i čak jedna trećina ustavnih normi je uređivala izbore. Ustavom su regulisani aktivno i pasivno biračko pravo, kao i uslovi za privremeni gubitak biračkog prava, ali i neka pitanja koja retko čine ustavnu materiju.²¹ Glasanje je bilo tajno i vršilo se kuglicama. Rešenjima u izbornom zakonu iz 1890. godine nastojalo se da se unesu svi elementi kojima bi se mogla postići puna sloboda izbora. Međutim, kada su takva rešenja počela da daju pozitivne rezultate u praksi, zakon je ukinut 1894. godine i vraćen je stari namesnički zakon iz 1870. godine. Izbori su opet došli u ruke vlasti i njena veština i energičnost mogli su svuda biti jači od pojedinih agitatora. Smatralo se da je “demokratsko” sunce zašlo.²² Sa dolaskom novog demokratskog režima 1903. godine vraćen je izborni zakon iz 1890. godine. Izbori su oslobođeni pritiska vlasti i može se reći da su u periodu od 1903. do 1914. godine sprovedeni skoro potpuno slobodno. Međutim, zabeleženo je da su izbore održane 1908. godine obeležila predizborna nasilja i krivotvoreni birački spiskovi.²³

U novostvorenoj državi, Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca, donet je najpre Zakon o izboru poslanika u Ustavotvornu skupštinu 3. septembra. 1920. godine. Aktivno biračko pravo je opšte (za muškarce), jednako i slobodno, a ostvaruje se neposredno i tajno. Ukinut je imovinski cenzus, ali žene i dalje nisu imale pravo glasa. Posle donošenja Vidovdanskog Ustava donet je novi izborni zakon (27. aprila 1922. godine)²⁴. Pod Ustavom iz 1931. godine usvojeni su Zakon o bi-

²¹ Ustavom je tako bio uređen sastav biračkih odbora. Shodno čl. 91 Ustava na svakom biračkom mestu, gde se vrši glasanje biće organizovan birački odbor sastavljen od jednog opštinskog odbornika, kojeg je opštinski odbor izabrao, od po jednog predstavnika sa svake izborne liste, i jednog sudije, sudijskog činovnika ili pravnika.

²² Ž. Ristić, *op.cit.*, str. 165-180.

²³ Dešavalo se da opštinske vlasti upisuju bespravne glasače ili da ispisuju birače u periodu od isteka vremena za podnošenje žalbi na birački spisak do njegovog zaključenja. Pošto se po isteku roka niko nije mogao žaliti, to ni nadležni sud nije imao mogućnost da kontroliše naknadne izmene opštinske vlasti u birački spisak. Tako je opštinska vlast bila skoro potpuni gospodar biračkog spiska i bila je u stanju da ga podešava kako ona hoće, i da njegova tačnost zavisi od njene savesnosti. Iako je uvedeno opšte pravo glasa za muškarce, biti upisan u birački spisak nije bilo za svakoga laka stvar. Svi su imali jednako biračko pravo, ali nisu svi podjednako glasali: neko je glasao i po dva puta i po tri puta, a neko nijedanput. Načelo neposrednog glasanje nije moglo da spreči da se glasa na tuđe ime. Glasanje je bilo tajno, ali su sreski načelnici u svakom selu znali ko je kako glasao. Viđeti o tome Lj. Radovanović, *Narodna skupština i izborni zakon*, Beograd, 1937. str. 33-34.

²⁴ Kako su se sprovedili izbori pod Vidovdanskim Ustavom najbolje ilustruje jedan izveštaj britanskog poslanstva: “nema sumnje da je u svim delovima zemlje bilo raznih zloupotreba, neizbežnih pod jednim balkanskim režimom. Vicekonzuli u Skoplju i na Cetinju javili su da se na mnogim biralištima opozicioni redari uhapšeni, pristalice opozicije izložene pretnjama ili sprečene da glasaju, a opozicioni glasovi računati u vladine. U celini, međutim, ne može se reći da su izbori pružili sasvim izvitoperenu sliku raspoloženja u zemlji. Izvor: Ž. Avramovski, “Britanci o Kraljevini Jugoslaviji”, Godišnji izveštaji britanskog poslanstva u Beogradu, 1921-1938, knj. I, str. 312-324.

račkim spiskovima, Zakon o izboru narodnih poslanika i Zakon o izboru senatora. Skupština je, prvi put, dvodomna i sastojala se iz Narodne skupštine i Senata. Glasanje je javno i usmeno, a uvode se birački spiskovi kao stalna i jedinstvena evidencija o biračima. Žene i nadalje nemaju pravo glasa.

Posle okončanja II svetskog rata, Privremena Narodna skupština donela je 1945. godine Zakon o biračkim spiskovima ("Sl. list DFJ", br. 63/1945) i Zakon o izboru narodnih poslanika ("Sl. list DFJ", br. 63/1945). Aktivno biračko pravo je opšte i jednako²⁵, a uživaju ga svi državljani Jugoslavije sa navršenih 18 godina, uključujući i žene. Od izbora za Ustavotvornu skupštinu počinje ubrzana degradacija, pre svega legitimacijske, ali i ostalih funkcija izbora. Odsustvo političkog pluralizma oduzelo je smisao izbornom pravu. Aktivno biračko pravo bilo je garantovano Ustavom (1946, 1963 i 1974. godine) kao opšte, jednako, neposredno i tajno. Ali, zakoni koji su uređivali izbornu pravu su odstupili od načela jednakog biračkog prava. Zakonom od 1950. godine uvodi se kategorija birača, koji ima dva glasa, a ta kategorija se kasnijim zakonima proširuje. Sve faze izbornog procesa, a posebno kandidovanje, bili su pod strogom kontrolom Saveza komunista Jugoslavije, jedine i vladajuće partije. Kako je bila isključena bilo kakva politička konkurencija, izborni proces se sveo na nominaciju onih koji su predloženi partijskim sistemom kandidovanja.

Ustavom iz 1974. godine uvode se delegatski izbori, kojim je biračko pravo izgubilo neposredan karakter i postalo višestruko posredovano, a samim tim i minimizirano. Ovakav izborni sistem je potpuno deformisao osnovne principe demokratskog izbornog sistema. "Izbornost je do te mere degradirana da je, čak, anatemisana sama reč "birač" i zamenjena sintagmom "radni čovek i građanin".²⁶

Izbori u Srbiji od 1990. godine do danas

Nakon donošenja Ustava (1990) u Srbiji oživljava višepartijski sistem, a izborni sistem dobija novi smisao u izmenjenim okolnostima. Sa aspekta postojanja slobodnih izbora, proteklo razdoblje možemo podeliti na dva perioda²⁷. Prvi, koji je započeo 1990. godine i trajao do 2000. godine, i drugi koji započinje nakon toga i traje i danas. Period od 1990. do 2000. godine je obeležen dinamičnim razvitkom izbornog prava uz česte izmene izbornog zakonodavstva, modifikovanog u odsustvu saglasnosti relevantnih političkih stranaka. Ove promene izbor-

²⁵ Ali, aktivnog biračkog prava bila su lišena lica koja su svesno i dobrovoljno pomagala okupatoru i njegovim domaćim pomagačima, što je u praksi značilo privremeni gubitak biračkog prava za oko 194.000 birača.

²⁶ M. Jovanović, *Izborni sistemi- Izbori u Srbiji 1990-1996*, Beograd, 1997, str. 118.

²⁷ Više o tome V. Goati, *Izbori u Srbiji i Crnoj Gori od 1990. do 2013. godine i u SRJ od 1992. do 2003. godine*, Beograd, 2013.

nih propisa često su se sprovodile neposredno pre održavanja izbora, što je izborne uslove činilo nepoznatim ili nedovoljno poznatim za sve učesnike izbora. Postojale su i brojne praznine u izbornom zakonodavstvu, posebno u procesnom delu, što je otežavalo primenu propisa i ostavljalo mesta za arbitrarno tumačenje.

Prvi višestranački parlamentarni izbori u Srbiji održani su u decembru 1990. godine prema pravilima većinskog izbornog sistema. Ovakav sistem imao je vrlo pozitivan efekat sa aspekta birača. Za razliku od do tada prisutnog vrlo komplikovanog posrednog biranja, ovakav sistem je bio vrlo jasan i razumljiv biračima. Međutim, proizveo je brojne negativne posledice za mnoge opozicione političke partije, koje su učestvovala na izborima. One koje su ovaj model “preživjele” snažno su se zalagale za izmenu izbornog sistema i tražile održavanje prevremenih izbora. Posle brojnih protesta, izbori su održani 1992. godine, a tome je prethodilo usvajanje novog izbornog zakona. Od tog trenutka pa nadalje, parlamentarni izbori će se odvijati isključivo po proporcionalnom izbornom modelu. Time je omogućeno i učešće manjih, a posebno partija nacionalnih manjina. Neizmjenjena izborna pravila primenjena su i na prevremenim parlamentarnim izborima u decembru 1993. godine.

U ovom periodu su posebno izražene izborne neregularnosti, poput dvostrukog glasanja, organizovanog ubacivanja unapred popunjenih glasačkih listića, preinačavanja izbornih rezultata od strane izbornih komisija, falsifikovanje izbornih zapisnika. Vrhunac izbornih mahinacija bili su lokalni izbori, održani novembra 1996. godine. Potpuno proizvoljnim sudskim odlukama preinačeni su rezultati izbora za mnoge lokalne skupštine. “Reč je o poduhvatu koji je bio izveden u “dosluhu” sa državnom izbornom administracijom i sa vladajućom partijom, u čijem su interesu izvršene navedene manipulacije.”²⁸ Ove izborne neregularnosti su dovele do višemesečnih masovnih protesta širom zemlje, proizvele su krupne promene na političkoj sceni i ukazale na potpunu zavisnost pravosudnog sistema od vladajuće partije. Epilog je bilo usvajanje *lex specialis*-a, kojim je Narodna skupština proglasila konačnim rezultate izbora od 17. novembra 1996. godine za odbornike 19 opština u Srbiji i odbornike skupštine gradova Kragujevac, Niš i Beograd, a kako je to utvrđeno u izveštaju OEBS-a. Donošenje ovog zakona je trebalo da prikrije sve prethodne zloupotrebe vlasti, kako bi se izbegla pravna ili politička odgovornost vlasti. “Time je otvoreno instrumentalizovan parlament sa visokim stepenom drskosti i to na primeru tako važnog zakona, kakav je izborni zakon, i na primeru tako značajne procedure kakva je izborna.”²⁹

Parlamentarni izbori održani 1997. godine takođe, ne zaslužuju prelaznu ocenu, sa aspekta ostvarivanja principa slobodnih i poštenih izbora, ako imamo

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ S. Pihler “Lex specialis” i zloupotreba parlamenta”, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, br. 3/1997, str. 66-72.

u vidu da je pred same izbore povećan broj izbornih jedinica sa devet na dvadeset devet. Enormno povećanje izbornih jedinica onemogućilo je manjim strankama da organizuju efikasnu kontrolu glasanja u svim jedinicama, čime se vladajućim strankama ponovo pružila prilika za izborne zloupotrebe.

Jednom rečju, izbori u tzv. Miloševićevo doba bili su nedovoljno poštteni i nisu bili dovoljno slobodni. Izbori nisu bili poštteni usled netačnog brojanja glasova i nisu mogli biti poštteni u okolnostima kada je vlast kontrolisala svaku "kritičnu" tačku u izbornom postupku- od biračkih odbora do sudova.³⁰ Posebno je bila zabrinjavajuća aktivna uloga pravosudnog sistema u "režiranju" izbora i preinačavanje izbornih rezultata putem sudskih odluka u korist vladajuće partije. Iako su u ovom periodu ponovo uspostavljeni višestranački izbori, kao i ostale demokratske institucije, zbog svega navedenog, pre se može govoriti o "fasadnoj", nego o stvarnoj demokratiji." Pred predsedničke izbore u septembru 2000. godine, politički režim je čak ispoljio sličnosti sa sultanizmom, čija su obeležja: nejasne granice između režima i demokratije, personalizacija vlasti, konstitucionalna hipokrizija, uska socijalna osnova i odsustvo razgraničenja vladarevog bogatstva i "javne blagajne".³¹

Odmah nakon petooktobarskih promena, "odlazeća" skupština je širokim političkim konsenzusom usvojila novi izborni zakon. Reč je o Zakonu o izboru narodnih poslanika (ZINP), i pod njim započinje nova izborna "era", koja traje i danas. Iako reguliše oblast parlamentarnih izbora, ovaj zakon se može smatrati centralnim izbornim zakonom. Ovaj zakon je u proteklom periodu više puta promenjen, ali je njegova celovita revizija izostala čak i nakon donošenja novog Ustava (2006). Sa druge strane, zakoni koji uređuju lokalne i predsedničke izbore više puta su revidirani.

Parlamentarni izbori održani 23. decembra 2000. godine predstavljaju značajan napredak u odnosu na prethodni period, iako su održani svega tri meseca nakon vrlo spornih saveznih izbora. Predizborno okruženje je bilo znatno povoljnije nego na prethodnim izborima, uz odsustvo zastrašivanja. Poštovane su osnovne ljudske slobode, a značajno je poboljšano i medijsko okruženje. Po prvi put je omogućeno nestranačkim posmatračima da posmatraju rad svih komisija i biračkih odbora tokom izbornog dana. Tokom izbornog dana vladala je mirna atmosfera i svi građani su mogli da slobodno izraze svoju volju.³² Pozitivan efekat u smislu ostvarivanja uslova za održavanje slobodnih i poštenih izbora imale

³⁰ Više o tome D. Pavlović, S. Antonić, *Konsolidacija demokratskih ustanova u Srbiji posle 2000. godine*, Beograd, 2007, str. 85.

³¹ V. Goati, *Izbori u SRJ od 1990-1998: volja građana ili izborna manipulacija: dodatak: Izbori 2000*, Beograd, 2001, str. 228.

³² Konačni Izveštaj OEBS-a povodom parlamentarnih izbora, održanih u Srbiji 2000. godine (izvor: www.osce.org).

su odredbe ZINP, koje se odnose na svojeručno potpisivanje biračkog spiska, kao i upotreba “identifikacionog” spreja, koji onemogućava višestruko glasanje jednog lica.

Sada, možemo reći da se Srbija svrstala u zemlje u kojoj je izborna procedura standardizovana, a njeno nepoštovanje predstavlja tek izuzetak. Ustav Srbije sadrži garancije poštovanja osnovnih ljudskih prava i sloboda, pre svega, slobode mišljenja i izražavanja, slobode zboru i udruživanja, biračkog prava, prava na učešće u vođenju javnih poslova. Izborna pravila su lako dostupna javnosti, transparentna i obrađuju sve komponente izbornog sistema neophodne za obezbeđenje demokratičnosti izbora. Osnovni principi izbornog sistema utvrđeni su Ustavom (2006), kao najvišim pravnim aktom, čime su zaštićeni od čestih izmena. Potrebna fleksibilnost u izbornoj sferi je obezbeđena detaljnom razradom ovih pravila u izbornom zakonodavstvu. Izbori se sprovode u svemu u skladu sa obavezama usvojenim pod okriljem OEBS-a i drugim međunarodnim standardima u pogledu demokratskih izbora. Iako zakonski okvir obezbeđuje dobru osnovu za demokratske izbore sa atributima slobodnih i poštenih izbora, uočavaju se izvesni nedostaci.

U oblasti biračke evidencije glavni “defekt” izbornog sistema odnosio se na nepostojanje jedinstvenog biračkog spiska, kao i nedovoljnu transparentnost i javnost biračkog spiska. Navedeni nedostaci, u velikoj meri, otklonjeni su početkom primene Zakona o jedinstvenom biračkom spisku (“Sl. glasnik RS”, br. 104/2009 i 99/2011). Jedinstveni birački spisak, kao javna isprava, u kojoj se vodi jedinstvena evidencija državljana Republike Srbije koji imaju biračko pravo, prvi put je primenjen povodom izbora održanih 2012. godine. Ali, neophodno je uložiti napor da se birački spisak dodatno poboljša. Posebno, treba voditi računa da imena svih birača koji pripadaju nacionalnim manjinama treba da budu uneti u birački spisak na njihovim jezicima.

U skladu sa ranijim preporukama OEBS-a, Venecijanske komisije, ali i intervencije Ustavnog suda, 2011. godine je izmenjen ZINP i uvedena je raspodela poslaničkih mandata prema redosledu na listi. Time je ukinuta dugogodišnja praksa da političke partije nakon završenih izbora potpuno arbitrarno i mimo bilo kakvih kriterijuma dodeljuju mandat poslanicima bez obzira na redosled na listi. Usledilo je ukidanje “blanko” ostavki, čime je poslanički mandat, i pored “ozloglašene” odredbe čl. 102 st. 2 Ustava Srbije, oslobođen partijske vezanosti. Glasanje se odvija u okolnostima i pod uslovima koji se ne razlikuju značajnije od istovetnih postupaka u tradicionalnim demokratijama. Brojanje glasova obavlja se na profesionalan, transparentan i uredan način. Međutim, jedna od primedbi koja je prisutna u svim izveštajima OEBS-a tiče se tajnosti glasanja. Naime, zaštiti tajnosti glasanja treba unaprediti obezbeđivanjem posebnih prostorija za glasanje i boljih paravana, ali i učiniti ih dostupnim osobama sa invaliditetom. Da bi se obezbedila potpuna usklađenost sa stavom 8 Dokumenta iz Kopenhagen i

međunarodnim standardima, pravni okvir treba izmeniti i dopuniti tako da obuhvati odredbe kojima se uređuje status domaćih i stranih posmatrača. Republička izborna komisija pak, trebalo bi da razmotri mogućnost usvajanja konzistentnih procedura u pogledu mera predostrožnosti i čuvanja osetljivog izbornog materijala.³³

Biračima je omogućen pristup širokom spektru informacija o raznim učesnicima izbora, čime im je omogućeno da pre donošenja konačne odluke za koga će glasati budu dobro obavješteni. Međutim, primetan je nedostatak kritičnog izveštavanja o kampanji i državni organima, kao i sklonost autocenzuri, što se delimično može pripisati ekonomskom uticaju državnih institucija u uslovima krize. "Zabrinjavajući trend zloupotrebe medija u političkim i drugim kampanjama"³⁴ trebalo bi da nakon usvajanja seta medijskih zakona³⁵ bude sveden na najmanju moguću meru i da osnaži nezavisnost novinara, a da se građanima mogu pružiti informacije iz svih oblasti društvenog života, bez diskriminacije.

ZAKLJUČAK

Duga tradicija održavanja izbora u Srbiji ukazuje na domišljatost vlast i njihovu neograničenu inspiraciju u pogledu prilagođavanja izbora i izbornih pravila "sebi", a kako bi im očekivani izborni rezultat obezbedio opstanak na vlasti. Stoga, izbori u Srbiji dugo nisu mogli da ponesu epitet slobodnih i poštenih izbora, bar ne na onaj način kako su oni okarakterisani u pravnoj teoriji i uticajnim međunarodnim dokumentima. Poseban problem predstavljalo je nepovoljno okruženje u kome su se izbori sprovodili. Tek poslednjih godina, sa popravljanjem opšteg ambijenta u kome se izbori održavaju, praćenih odgovarajućim izmenama izbornog zakonodavstva, jasnim distanciranjem sudstva od ostalih grana vlasti (pre svega izvršne), stvaraju se uslovi u kojima se mogu održavati demokratski izbori. Iako nisu oslobođenih svih nedostataka, za izbore u Srbiji možemo reći da su ispunili standard slobodnih i poštenih izbora. Međutim, ključno je u narednim periodima, u okolnostima neizbežne i celovite izmene izbornog zakonodavstva, zadržati kriterijume slobodnih i poštenih izbora.

³³ Iz Izveštaja OEBS povodom vanrednih parlamentarnih izbora održanih 2014. godine <http://www.osce.org/sr/odihr/elections/serbia/119405>.

³⁴ Iz izveštaja zaštitnika građana [http://www.ombudsman.rs/ attachments/ 3237_Godisnji%20izvestaj%20Zasttnika%20građjana%20za%202013%20%20godinu.pdf](http://www.ombudsman.rs/attachments/3237_Godisnji%20izvestaj%20Zasttnika%20građjana%20za%202013%20%20godinu.pdf).

³⁵ Zakon o javno informisanju i medijima, Zakon o elektronskim medijima i Zakon o javnim medijskim servisima usvojeni su 2. avgusta 2014. godine, a njihova primena je otpočela 13. avgusta 2014. god.

MAJA NASTIĆ, LL.D.,

Assitant Professor, Faculty of Law, University of Niš

CRITERIA FOR FREE AND FAIR ELECTIONS
– INTERNATIONAL STANDARDS AND SERBIA

Summary

The elections are the most important citizens' participation in political decision-making in every state. Electoral rules shape the electoral democracy as one of the essential component of democracy. Free and fair elections are the basis for government legitimacy and the cornerstone of democracy. Electoral right is a fundamental political right, which allows the most direct participation of citizens in decision making. Electoral right is a sustainable part of democracy.

Expecting soon reform of electoral legislation in our country, the article aims to present the international law dimension to the criteria and conditions for the free and fair elections. Concerning these criteria special attention is given to the elections in Serbia starting from 1858 till nowadays. For a long time, elections in Serbia were not free or/and fair due to the inappropriate ambiente in which they have been held, inadequate electoral rules, followed by coupling influence of electoral administration and courts in rigging election results. Nowadays, Serbia belongs to the group of countries in which electoral procedure is standardized and its contempt is only the exception. The Constitution of Serbia (2006) contains guarantees for respecting the fundamental rights and freedoms. Election rules are transparent, easily accessible to the public and handle all of the components of the electoral system. Elections are conducted in accordance with OSCE and the other international standards. Therefore, election in Serbia, despite minor shortcomings, can be identified as fair and free.

VLADIMIR MIKIĆ

O ZLOUPOTREBAMA USTAVOTVORNE VLASTI

– Ustav za privatni interes ili za mnogo generacija –

U V O D

Zloupotreba ustava u privatne političke svrhe moguća je u istoj meri kao i slična zloupotreba bilo kojeg drugog pravnog propisa. Viši hijerarhijski status u odnosu prema ostalim proizvodima normativne delatnosti ne obavlja ustavni akt posebno delotvornom zaštitom od političkih ambicija njegovih tvoraca.

U isto vreme, zloupotreba ustavotvorne vlasti opasnija je od bilo koje druge zloupotrebe prava. Odgovornost koju nad političkim razvojem određene države ima donosilac ustava je velika. Da bi bila svrsishodna, njegoova moć mora da bude ograničena zahtevima koji služe ispunjenju opštih društvenih ciljeva i poštovanju standarda pravde, odnosno načela *bona fide* prenetog na plan ustavnog prava. U teoriji se smatra da savremeni konstitucionalizam traži da pisano ustavno pravo bude objektivno, impersonalno i – u granicama ljudske moći – dugovečno.¹ Ipak, istorijski razvoj ove naučne discipline daje pregršt primera koji vode zaključku da

Dr Vladimir Mikić, stručni saradnik Univerziteta u Beogradu.

¹ “Kada kažem da je predmet zakona uvek opšti, ja pod tim podrazumevam da zakon posmatra podanike kao jednu celinu, a radnje uzima apstraktno; nikad ne gleda čoveka kao pojedinca niti radnju kao pojedinačnu, konkretnu radnju. (...) Ne spada u funkciju zakonodavne vlasti ništa što se odnosi na pojedinačan predmet” (Ž. Ž. Ruso, *Društveni ugovor*, Beograd 2003, Ruso, str. 52). “Da bi vlast opstala i da bi se prenosila, potrebno je da prevlada individualni stupanj i dostigne impersonalizaciju. (...) To je moguće samo razdvajanjem vlasti kao takve od pojedinaca koji je trenutno obnašaju” (M. Prélot, *Političke institucije: Opća teorija političkih institucija*, Zagreb 2002, str. 26–27).

se najviši normativni izraz političke zajednice često stvara, održava i doživljava kao akt koji služi interesima pojedinaca ili užih političkih skupina u njenom sastavu. Drugim rečima, ono što nosioci vlasti u doba usvajanja ustava prepoznaju kao svoj vlastiti interes – *legis habet vigorem*.

Ovakav pristup predstavlja najteži poraz koji pravo može da pretrpi od “niske”, svakodnevne politike, koju, inače, po svojoj prirodi i ulozi u društvu mora da posmatra sa prezirom. Ako prevrtljivi lični ciljevi pretežu nad potrebom za stabilnim i pravičnim uređenjem društvenih odnosa, pravo, shvaćeno kao izraz pravde, nužno gubi svoju vrednost. Pred pokušajima legitimizacije grube sile oružje polažu i takvi izumi pravnih i političkih nauka kao što su legitimitet, demokratija i suverenost. Na taj način se poriče prvenstvena funkcija prava, a svaka (pa i najviša) norma postaje žrtva “objektivnih” odnosa među političkim snagama.

Između realnih odnosa u društvu i prava stoji ustav, kao poslednja “barikada” koja razdvaja striktno političko od normativnog. Pojedinačni (ili grupni) interes prerasta na tom mestu u svečano potvrđenu zajedničku i opštu vrednost najšire grupe učesnika političkih procesa. U toj je tački, da se poslužimo analogijom sa privatnim pravom, moguće da se dogodi da se preprodavac sklon prevarama pretvori u trgovca sa zakonom zaštićenim (i neretko privilegovanim) statusom. Normativni učinak političkog postupka stvaranja formalnog ustavnog prava često ukazuje na želju ustavotvorca da se okoristi istorijskim okolnostima. Ovaj rad služi tome da bude ispitano kakav odnos može da ima ustavotvorac prema konceptu prava shvaćenog kao sredstva za nepristrasno uređenje odnosa među članovima savremene slobodne političke zajednice. U svrhu nalaženja odgovora na pitanje šta zloupotreba ustavotvorne vlasti zapravo znači i kako ju je moguće prepoznati, u radu su analizirani tekstovi istorijskih i važećih ustavnih dokumenata raznih zemalja.

POJAM ZLOUPOTREBE USTAVOTVORNE VLASTI I OPASNOSTI KOJE OD NJE PROIZLAZE

Ustavotvornu vlast predstavljaju oni pojedinci ili, češće, grupe (po pravilu organizovane u političke stranke) koje, samostalno ili u saradnji sa drugim užim zajednicama, odlučujuće doprinose usvajanju najvišeg pravnog akta u određenoj zemlji, kao i formulisanju bitnih elemenata njegove sadržine. Istovremeno, ustavotvorni kapacitet priznat je u savremenim ustavnim demokratijama celokupnoj populaciji, čiji su predstavnici okupljeni u zasebnu ustavotvornu skupštinu (konstituantu) ili u redovan parlament kojem je, za tu posebnu priliku, data nadležnost za usvajanje propisa višeg od svih ostalih.

Međutim, kao što komparativna ustavnost pokazuje, često se dešava da sama predstavnička tela ne predstavljaju ništa više od oruđa kojim politički činioци pokušavaju da izvrše precutnu legitimizaciju pojedinačnih interesa (najčešće inokosne egzekutive, odnosno njenog *de iure* ili *de facto* šefa). Kao dodatni instrument koristi se i referendumsko izjašnjavanje stanovništva kojim se potvrđuje novi ustavni dokument. Ovi mehanizmi ponekad služe tome da pravi izvor ustavotvorne vlasti ostane prikriven. “Fasada” demokratskih procesa odlučivanja ima tada ulogu da ustavni propis bude predstavljen kao ishod autentične volje suverene vlasti, koja, razume se, počiva u “naciji”, “narodu”, odnosno “građanima”, već prema terminološkom izboru autora ustava.

U takvim okolnostima, *pouvoir constituant* zapravo predstavljaju donocioci najznačajnijih političkih odluka. Ustavi stvoreni na taj način služe kreiranju formalnopravnih osnova za ličnu vlast pojedinca ili uže grupe. Zloupotrebu ustavotvorne vlasti čini zanemarivanje ili potpuno negiranje osnovne funkcije savremenih ustava, koja se sastoji u kreiranju demokratskih institucija sa smenjivim nosiocima na čelu, uz garantovanje osnovnih prava i sloboda i vladavine prava.²

Uz rizik osude zbog upotrebe ponešto radikalne kvalifikacije, ovde se može istaći da ustavni dokument ponekad ima takve karakteristike da, po svojoj sadržini i svrsi usvajanja, gotovo da može da bude posmatran kao *jednostrani pravni posao*. Nosilac autoritarne vlasti u tim okolnostima vrši svoje “subjektivno ustavno pravo” i, kao kod otkaza, testamenta, ili javnog obećanja nagrade, proizvodi pravna dejstva izjavom individualne volje, koja se javlja u simuliranoj formi demokratske procedure usvajanja ustavnog dokumenta. Jedino ta forma razlikuje ove akte od istorijskih primera oktroisanih ustava. Naravno, u opisanom procesu, o postojanju konstitucionalizma ne može biti ni reči.

Zloupotreba konstituentne vlasti nosi značajan rizik za vladavinu prava i dugoročnu političku stabilnost.³ Olako posezanje za nesavesnom upotrebom ustavotvorne vlasti kompromituje koncept ustavnosti, naročito u zemljama u ko-

² “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.” V. Petrov, D. Simović, “Regionalna država – (ne)ispravan put decentralizacije Republike Srbije”, *Pravni život*, 12/2013, str. 557–571, 568.

³ “Stvaranje ustava (constitution-making) predstavlja veliko obećanje. Ustavna politika ima potencijal da uspostavi legitimitet (...) nad širokim spektrom društvenih grupa. (...) Ali, stvaranje ustava je istovremeno opasno i često zloupotrebjeno (...) u svrhu nametanja ciljeva pojedinih društvenih grupa ili (...) pojedinaca koji nastoje da konsoliduju svoju vlast. Takvi procesi teže tome da vode državama koje loše funkcionišu i nestabilne su. (...) Glavni rizik stvaranja ustava je taj da će ono biti zloupotrebjeno od strane moćnih političkih činilaca ili društvenih grupa u interesu ostvarivanja njihovih vlastitih ciljeva” (D. Landau, *The Importance of Constitution-Making*, *Dennver University Law Review*, Vol. 89, No. 2, 2011, str. 3). Reč je o “ustavotvorstvu koje služi svojim

jima je tradicija konstitucionalizma nedovoljno razvijena, ili onima koje se – kao Srbija – nalaze u fazi političke i društvene tranzicije.⁴ Ukoliko se najvišem unutrašnjem propisu ne ukazuje dugovano društveno poštovanje, rad na izgradnji i stalnom usavršavanju vladavine prava nužno ostaje bez učinka. Istovremeno, i načelo pravne sigurnosti biva ugroženo manipulisanjem ustavnim institucijama i vrednostima. Očekuje se da se lojalnost stanovnika (čak više ne ni “građana”) u takvim sistemima ne duguje ustavu niti pravu, već ličnostima sa najvišim političkim statusom. Razlog tome je što ustavi u tim porecima i nisu pravi izvor vlasti, a naročito ne predstavljaju nikakvo jemstvo zaštite pojedinačnih ili kolektivnih prava i sloboda.

METODI KOJIMA SE VRŠI ZLOUPOTREBA USTAVOTVORNE VLASTI

Ustavotvorac svoje jedinstveno (istorijsko) ovlašćenje može da zloupotrebi na mnogo načina. Metode mala fide postupanja konstituentne vlasti relativno je lako uočiti u građi koju nudi komparativna ustavna analiza, čak i ukoliko je ona ograničena kriterijumom analitičke relevantnosti i geografsko-istorijske reprezentativnosti.

Pre svega, do zloupotrebe može doći pri izboru sastava ustavotvorne konvencije, ili, redovnog zakonodavnog organa, ukoliko je njemu poverena funkcija usvajanja najvišeg državnog akta. Naime, u manipulisanom izboru predstavnika tog tela može da počiva “klica” problema legitimnosti ustava, a time i njegovog opšteg autoriteta. Isto važi i za odabir postupka rada konstituante, odnosno načina usvajanja njenih odluka (primera radi, usvajanje ustava natpolovičnom većinom glasova svih, ili, čak, samo prisutnih članova).

Dalje, politička zloupotreba “ustavnog momenta” može da bude ostvarena i odabirom predmeta ustavnog normiranja. Opređeljujući se za neopravdanu meru tekstualnog regulisanja, ustavotvorac neka pitanja isključuje iz opsega nadležnosti redovnog zakonodavstva. Tako se urušava i “dostojanstvo ustava” kao najvišeg pravnog akta.⁵ Ovakav pristup neposredno se sukobljava sa tezom o ograničenom predmetu ustavnog regulisanja, prema kojem u *materia constitutionis* spadaju

stvaraocima” (self-serving constitution-making) (J. Elster, Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process, *Duke Law Journal*, Vol. 45 (1995), 364–396, str. 377).

⁴ V.: O. Vučić, D. Stojanović, “Ustavno sudstvo na preseku prava i politike”, *Anali Pravnog fakulteta*, godina LVII, br. 2, 2009, 89–109, str. 92–93. Mnogi “disfunkcionalni” ustavi “su osmišljeni na brzinu u mnogim bivšim komunističkim zemljama”: Đ. Sartori, *Uporedni ustavni inženjering*, Beograd 2003, str. 176. Najveći broj postkolonijalnih ustava afričkih zemalja “potonuo je u irelevantnost i potpuni neuspeh” (R. Gordon, Growing Constitutions, *Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, Vol. 1/1999, 528–582, str. 531).

⁵ Petrov, Simović, str. 569.

samo pitanja i problemi vezani za temeljne vrednosti društva i konture njegove političke organizacije, dakle, teme koje su *trajne* prirode. Sa druge strane, zloupotrebu konstituentne vlasti moguće je učiniti i ukoliko ustavnim aktom ne bude *u dovoljnoj meri* regulisan niz važnih pitanja, poput sastava, strukture, načina izbora i imenovanja predstavnika najviših vlasti i njihovih nadležnosti, kao i odnos javnih vlasti prema ljudskim pravima. Tako ustavotvorac faktički prepušta zakonodavnoj vlasti bliže uređenje pitanja koja su ustavnopravne prirode. Subjekt koji bliže uređuje ove probleme (zakonodavno telo) lako može da se nađe pod kontrolom političkih snaga koje stoje iza usvajanja ustava. U isto vreme, prepuštanje značajnog broja javnih pitanja mogućnosti referendumskog izjašnjavanja može da predstavlja instrument za snaženje izvršne vlasti *iznad* i *protiv* zakonodavca (koji na ovaj način gubi važan deo svojih nadležnosti), putem neposrednog izjašnjavanja građana.⁶

Priistrasno uređenje značajnih ustavnih pitanja najčešće se prepoznaje u odnosu prema uređenju državnih vlasti. Kad je reč o zakonodavnom telu, ustavotvorac može – isključivo iz razloga svojih neposrednih političkih interesa – da se opredeli za stvaranje dvodomog predstavničkog tela, iako se takvo rešenje smatra atipičnim ili nepotrebnim u datom političkom sistemu. Razume se, slični efekat moguće je postići i unikameralizacijom prethodno postojeće dvodome legistlativne. Isto se odnosi i na proizvoljno slabljenje ili snaženje nekog od parlamentarnih domova u odnosu prema onom drugom. Najlakši način za uspostavljanje trajnije kontrole nad političkim procesima sastoji se u utvrđivanju procedura za izbor članova predstavničkog tela, odnosno njegov sastav, koje bi bile usklađene sa ličnim interesima faktičkog ustavotvorca. Ovo se najupečatljivije postiže konstitucionalizacijom izbornog sistema koji služi interesu najsnažnijih političkih snaga. Isto važi i za propisivanje uskog obima kontrolnih nadležnosti parlamenta nad izvršnom vlašću, iz čijih redova i inače najčešće potiče inicijativa za usvajanje novog ustava.

Odabir načina izbora šefa države koji je podlozan različitim oblicima manipulacije, utvrđivanje izuzetno teških uslova za njegov opoziv, te veoma široko utvrđivanje njegovih nadležnosti u odnosu prema drugim granama vlasti (uz široku mogućnost poveravanja zakonodavnih ovlašćenja šefu države) – jasni su pokazatelji zloupotrebe ustavotvorne vlasti od strane aktuelne egzekutive, čiji nosi-

⁶ U Francuskoj je koncepcija snažne vlasti šefa države, oličene u figuri De Gola (C. De Gaulle), učvršćena Ustavom iz 1954, osnaživanjem položaja predsednika republike i konstitucionalizacijom (i čestom upotrebom) referenduma sprovedenih na njegovu inicijativu. Građani su, tako, na referendumu potvrdili De Golov predlog za uvođenje instituta neposrednog izbora šefa države, uprkos protivljenju najvećeg broja članova predstavničkog tela. Izbori za predsednika predstavljaju, od tada do današnjih dana, ključni politički događaj Pete republike (P. Geiss, G. Le Quintrec, Histoire/Geschichte: L'Europe et le monde depuis 1945, Nathan/Klett 2006, 26).

oci nameravaju da taj položaj zadrže u budućnosti i dodatno ga osnaže.⁷ Posebni uslovi za izbor šefa države (najčešće u sistemima koji se odlikuju zapaženom ulogom predsednika) ponekad predstavljaju predizbornu selekciju koja treba da posluži izboru "ispravnog" kandidata.⁸ Indikator da je ustavotvorstvo instrumentalizovano predstavljaju i odredbe kojima je izvršnoj vlasti povereno isključivo ili privilegovano pravo predlaganja zakona, kao i postavljanje izrazito otežanih uslova za njihovo stupanje na snagu mimo volje egzekutive. Isto važi i za pravo vlade ili šefa države na raspuštanje predstavničkog tela koje nije praćeno analognom mogućnošću opoziva nosilaca izvršne vlasti od strane parlamenta.

Stvaranje uslova za zavisnu, nestabilnu i potčinjenu sudsku vlast predstavlja nedvosmislen izraz težnje ustavotvorca za kreiranje političkog sistema na čijem će se vrhu nalaziti faktički pravno neodgovoran pojedinac. Odredbe posvećene načinu izbora i utvrđivanju obima imuniteta sudija i nadležnostima sudova pružaju odgovor na pitanje da li je ustavotvorac svoj zadatak izvršio u skladu sa postulativima konstitucionalizma ili ne. Isto se može reći i kada je u pitanju odnos donosioca ustava prema ustavnosudskoj vlasti, ali i zaštitniku građana, centralnoj banci i drugim nezavisnim institucijama.

Poseban oblik zloupotrebe ustavotvornih ovlašćenja predstavljaju primeri apsolutističke i autokratske ustavnosti zemalja Južne i Srednje Amerike. Lična vladavina ostala je prepoznatljiva odlika ustavnih sistema ovog regiona kroz najveći deo XX stoleća, stvaranih najčešće od strane vojnih hunti po uzoru na autoritarne i totalitarne režime nastale na evropskom kontinentu u osvit Drugog svetskog rata.⁹ Ustav kao akt kojim se učvršćuje lična vlast predstavlja dominantnu odliku i

⁷ Poučen iskustvima iz ustavne krize iz 1993. godine, šef države Ruske Federacije B. Jeljcin je podzakonskim aktima konsolidovao svoju vlast. Osnovni mehanizmi nadmoći predsednika iz ovih propisa uneti su u kasnije usvojeni "decembarski" Ustav iz 1993. godine: Landau, str. 17–18.

⁸ Prema odredbama čl. 59 t. "f" Ustava Mjanmara iz 2008, za predsednika republike ne može da bude izabrano lice koje je, pored ostalih (rigoroznih) uslova, imalo ili i dalje ima za braćnog druga stranog državljanina. Ova odredba nesumnjivo "cilja" na to da bude onemogućena kandidatura A. S. Suu Kyi, dugogodišnje predvodnice opozicije u ovoj zemlji, koja je bila udata za stranog državljanina. Sličan (samo, obrnut) efekat trebalo je da ima odredba čl. 50, st. 1 Ustava Madagaskara iz 2010. Njom je, naime, snižen uslov godina starosti za kandidate za predsednika republike sa 40 (čl. 46 st. 1 Ustava iz 1992. godine) na 35. Kandidat (i budući predsednik) A. N. Rajoelina imao je u doba usvajanja novog ustava upravo 35 godina. Ustav Čada iz 1996, koji u čl. 62 predviđa da kandidat za predsednika republike, pored ostalog, mora da bude "visokomoralna osoba" (*de bonne moralité*) pruža jasnu priliku za diskriminisanje "nepoželjnih" predsedničkih kandidata. Brojni drugi savremeni ustavni dokumenti postavljaju važna ograničenja za kandidovanje na najviše izvršne funkcije. Ipak, važno je ustanoviti da li do utvrđivanja ovih uslova dolazi u svrhu ispunjenja pojedinačnih (privatnih) političkih ciljeva.

⁹ Takvi su: Ustav Brazila iz 1937. (koji je bio na snazi do 1946), Ustav Paname iz 1941 (važio do 1946), Ustav Haitija iz 1801. (važio do 1804), ustavi Paragvaja iz 1940. i 1967, Ustav Perua iz 1933. (na snazi do 1979) itd. Nakon osamostaljenja od kolonijalnih vlasti, u zemljama ovog podne-

azijske i afričke ustavnosti, ponekad praćenu normama bizarne i očigledno antiliberalne sadržine.¹⁰ Ovim dokumentima često su se služili represivni režimi, kako bi, putem kontinuiranog održavanja vanrednog stanja (za čije su proglašenje i ukidanje sami bili ovlašćeni), učvrstili vlast svojih nosilaca i suspendovali primenu ustavnih garancija osnovnih prava ili redovnog funkcionisanja institucija.

Ponekad manipulatori ustavotvornom vlašću ne moraju ni da ulože znatniji stvaralački napor da bi postavili predušlove za političku instrumentalizaciju prava i ogoljenu autokratiju. Za to su im dovoljni i dobri poznavaoi stranih jezika. Dokaz za to nude postkolonijalni ustavni dokumenti afričkih zemalja s početka druge polovine XX veka, koji su često predstavljali imitaciju ustava doskorašnjih kolonijalnih sila. Razlika je bila jedino u tome što je u novim nezavisnim zemljama demokratsko funkcionisanje "preuzetih" institucija onemogućavano u praksi, prećutnim kršenjem ustava. Ipak, u izvesnom broju slučajeva, ovi ustavi su bili i ukidani.¹¹ S druge strane, ustavni akti tzv. socijalističke ustavnosti, koji su, sa veoma retkim izuzecima, bili "duplikati" jednopartijskog ustavnog modela nastalog i usavršavanog u Sovjetskom Savezu (na osnovu Ustava iz 1936. godine), služili su tome da na unutrašnji plan pojedinih država budu preneti normativni uslovi za vršenje autoritarne vlasti.¹² Još jednu odliku ustavnih tekstova koji služe stvaranju uslova za vršenje lične vlasti, a koja je prepoznata i u navedenoj grupi dokumenata, predstavlja njihova previše ideološki obojena (i, samim tim, u izvesnoj meri iracionalna) sadržina.

Zloupotreba konstituentnih ovlašćenja može imati i blaže forme. One se ogledaju u uvođenju određenih instituta u ustavni dokument, koji, prema svedočenjima ustavnih istoričara i komentatora, za svrhu nisu imali (odnosno, nemaju) promovisanje ustavne stabilnosti i pluralističke demokratske kulture, već zadovoljenje posebnih interesa političkih aktera (pojedinaca ili stranaka). Ovi metodi

blja "predsednička vlast zamenila je monarhiju, ali predsednici nastavljaju da se ponašaju više kao izabrani despoti nego kao lideri vezani ustavom" (M. Schor, *Constitutionalism Through the Looking Glass of Latin America*, *Texas International Law Journal*, Vol. 41/2006, 1–37, str. 16).

¹⁰ Ustav Kazahstana iz 1995, u čl. 46, omogućava opsežne doživotne privilegije koje uživa predsednik republike i svim prethodnim nosiocima te funkcije. Zanimljiv je podatak da u toj zemlji, od njene nezavisnosti (1990. godine) dužnost predsednika vrši jedna osoba. Manipulisanje ustavotvornom vlašću od strane (i inače autokratskog) šefa države u lične svrhe ovde je očigledno.

¹¹ Vrlo brzo po usvajanju ovih dokumenata usledile su njihove česte opsežne revizije, ili, čak, potpune abrogacije, sa ciljem ustanovljavanja autoritarne predsedničke vlasti. I ustavi koji su krajem HH veka usvojeni u pojedinim afričkim zemljama neposredno su služili interesima ratnih vođa (J. T. Gathii, *Popular Authorship and Constitution Making: Comparing and Contrasting the DRC and Kenya*, *William and Mary Law Review*, Vol 49/2008, 1109–1138, str. 1111).

¹² U njih se ubrajaju: ustavi Albanije iz 1946. i 1976, ustavi Bugarske iz 1947. i 1971, Ustav Poljske iz 1952, ustavi Rumunije iz 1948, 1952. i 1965, Ustav DR Nemačke iz 1949, Ustav Čehoslovačke iz 1960, ustavi NR Kine iz 1954. i 1975 (na snazi do 1982), te Ustav DNR Koreje iz 1948. god.

nemaju za cilj stvaranje uslova za vršenje autokratske vlasti i to objašnjava njihovu iznenađujuće čestu primenu u savremenim ustavnim demokratijama.¹³ Ipak, činjenica da je dejstvo korišćenja ovih metoda umereno u odnosu prema ozbiljnijim zloupotrebama ustavotvorne vlasti u drugim sistemima, ne oslobađa autore ovih tekstova odgovornosti za zanemarivanje načela savesnosti pri konstituisanju ustavnog poretka i utvrđivanju njegovih temeljnih odlika.

NAČIN PROMENE USTAVNOG DOKUMENTA: KLJUČ STVARANJA USTAVA ZA MNOGO GENERACIJA

Ustavi teže da imaju trajniji karakter od propisa niže pravne snage, bez obzira da li su nastali kao kreacija zloupotrebene konstitutentne vlasti ili ne. Ovo se prepoznaje u sadržini odredaba posvećenih načinima njihove izmene.¹⁴ Naravno, svaki ustavotvorac nada se da će plod njegovog stvaralačkog truda ostati na snazi dovoljno dug vremenski period da bi odredbe sadržane u njemu bile primenjene u stvarnosti i da bi na osnovu njega bio izvršen željeni društveni razvoj. Upravo je duže trajanje jedna od suštinskih odlika koje razdvajaju ustave od običnog zakonodavstva, pa ima istine u tvrdnji da “suviše prilagodljiv ustav, koji se suviše lako može modifikovati, lišava vrhovni zakon njegove vrhovnosti”.¹⁵ Izuzetak čine samo okolnosti u kojima se poseže za usvajanjem privremenih ustavnih aka-

¹³ U Španiji je institut konstruktivnog izglasavanja nepoverenja vladi unet u Ustav iz 1978. na insistiranje vodećih stranaka, koje su nastojale da učvrste položaj vlade (Elster, str. 377). U Slovačkoj je amandmanom iz 1999. na Ustav iz 1992. uveden institut neposrednog izbora predsednika zato što parlament (koji je odredbama čl. 101 st. 2–3. Ustava bio ovlašćen na njegov izbor) nije mogao da se usaglasi o konkretnoj ličnosti nosioca ove funkcije. Uporediva promena je bila izvršena i u srpskom zakonodavstvu. Naime, Zakon o izmenama zakona o izboru predsednika Republike (“Sl. glasnik RS”, br. 18/2004) predvideo je u čl. 2 da je za predsednika izabran “kandidat koji je dobio većinu glasova birača koji su glasali”, čime je ukinut čl. 6 Zakona o predsedniku Republike (“Sl. glasnik RS”, br. 1/90, 79/92), koji je predviđao da je na tu funkciju izabran “kandidat koji je dobio većinu glasova birača koji su glasali, *ako je na izbore izašla najmanje polovina od ukupnog broja birača u Republici*” (podvukao V.M). Novo rešenje zadržano je i u čl. 18 st. 1. i čl. 21 st. 1 (važećeg) Zakona o izboru predsednika Republike (“Sl. glasnik RS”, br. 111/2007 i 104/2009 - dr. zakon). Za neuspešan ogled sa neposrednim izborom premijera Izraela krajem HH veka (kao posledicom hronične nestabilnosti vlade), v.: Sartori, str. 128.

¹⁴ Uporedni standard poznaje zahtev za proširenim konsensualnim osnovom u odnosu na postupak usvajanja zakona, pa je često potrebna ubedljiva većina u predstavničkom telu (procenat članova parlamenta koji treba da podrže izmenu kreću se u rasponu od 60 do čak 80), pa ponekad i obavezna referendumska potvrda. Ustavi često utvrđuju i unutrašnju hijerarhiju (stepenovanje važnosti) pojedinih svojih normi, time što za izmenu nekih među njima traže i obavezan uspešan referendum, ili, čak, ne dopuštaju mogućnost izmene određenih (najvažnijih) odredaba.

¹⁵ Sartori, str. 150.

ta.¹⁶ U ovoj odlici ustava ogleda se i formalna (objektivna) komponenta njegovog dostojanstva.¹⁷ Zanimljivo je da dokumenti koji su postali autentični pravni spomenici, odnosno koji su na snazi izuzetno dug vremenski period, nisu predstavljali proizvod zloupotrebe konstituentne vlasti, shvaćene na način iznet u ovom radu.¹⁸ Razlog tome leži upravo u okolnosti da su normativni kvalitet tih ustava i njihov potencijal za uključivanje što šire grupe građana u ustavne i političke procese odvrćali opštu javnost od težnje za njihovom obimnijom izmenom, odnosno ukidanjem.

Sadržina odredaba ustavnog dokumenta koje su posvećene načinima njegove delimične ili potpune revizije imaju veliki značaj za utvrđivanje još jednog aspekta moguće zloupotrebe ustavotvorne vlasti. Ustav, naime, mora priznati mogućnost, ili čak verovatnost, svoje nesavršenosti, odnosno njime mora da bude uvažena potreba za stalnim usaglašavanjem sa društvenom i političkom realnošću.¹⁹ Propust da bude određen *razuman* mehanizam promene ustavnog teksta ne predstavlja tehnički, već suštinski, organski nedostatak jednog ustava.

Ipak, kao što pokazuju primeri nekih od ustavnih dokumenata koji su uzorni sa aspekta zahteva konstitucionalizma,²⁰ složen postupak promene ustava ne mora po automatizmu da vodi njegovoj faktičkoj ili formalnoj abrogaciji.

Ustavi koji nisu usvojeni u svrhu promovisanja privatnih interesa imaju veću mogućnost da nadžive svoje autore, čak i u slučaju da se odredbe posvećene regulisanju njihove revizije čine krutim. Tamo gde konstituentna vlast nije zloupotrebljena, legitimnost ustava dobija na snazi zbog toga što se njegova revizija (ili abrogacija) ne doživljava kao čin pružanja otpora origirernoj manipulaciji, već kao postupak usavršavanja i osavremenjivanja ustavnog aranžmana koji, sâm po sebi, nije loš (nedemokratski ili antiliberalan). U tom smislu, čak ni delimično odsustvo demokratskog legitimiteta koji bi stajao iza ustava nije dovoljno da

¹⁶ U novijoj istoriji, takav je slučaj sa prelaznim ili privremenim ustavima: Albanije (na snazi od 1991. do 1997), Južnoafričke Republike (važio od 1994. do 1997), Iraka (od 2004. do 2005), Južnog Sudana (iz 2011. godine), Egipta (na snazi od 2011. do 2012), itd.

¹⁷ Petrov, Simović, str. 568.

¹⁸ Primere predstavljaju: Ustav Sjedinjenih Američkih Država iz 1787, Ustav Norveške iz 1814, Ustav Japana iz 1946, Ustav Španije iz 1976, Osnovni zakon Nemačke iz 1949. godine itd.

¹⁹ Postupak izmene ustava "predstavlja više od metoda za rešavanje pojedinačnih problema"; on "nam pruža sredstva" da važni trenuci u istoriji države kao "moralne zajednice" budu "formalizovani uključivanjem spiska naših dostignuća" u tekst ustava (H. J. Powell, *Parchment Matters: A Mediation on the Constitution as Text*, *Iowa Law Review* 71/1986, 1427–1435, str. 1432).

²⁰ Izuzetno složen postupak izmene ustava predviđen je odredbama čl. 88 Ustava Danske iz 1953, čl. V Ustava SAD, te čl. 96 Ustava Japana.

određeni ustavi budu okvalifikovani kao neusklađeni sa zahtevima konstitucionalizma.²¹

S druge strane, česte totalne ustavne revizije koje su se “kao na traci” odvijale u zemljama sa nerazvijenom tradicijom demokratske ustavnosti predstavljale su posledicu lišenosti ustava bilo kakvog vrednosnog statusa u društvu.²² Ustav koji se “grbo rodi” (u smislu da se njegova funkcija iscrpljuje u omogućavanju razvoja uslova za ličnu vlast) *ab initio* gubi legitimitet koji bi trebalo da bude dugovan aktu namenjenom uređivanju najvažnijih političkih i pravnih pitanja. Sasvim logična posledica takvih ustavnih procesa sastoji se u tome da svaka promena vršena novom zloupotrebom konstituentnih kapaciteta nikako ne može da doprinese trajnijem važenju ustavnog propisa, kao ni njegovom zapaženijem opštem autoritetu. Podatak o učestalosti promene ustava u ogromnom broju država nije u toj meri dokaz da je reč o lošim pravnim dokumentima, koliko je pokazatelj toga da iza pojedinačnih elemenata ovakvih ustavnih ciklusa stoji ponavljana zloupotreba ustavotvorne vlasti.

Izuzetno stroge odredbe posvećene reviziji ponekad služe zadržavanju ustavnog *status quo*-a. Njima se ignoriše mogući razvoj ustavnopolitičke dinamike u neposrednoj ili veoma dalekoj budućnosti. One su, istorija to često pokazuje, uistinu “papirne barijere”.²³ Ukoliko je konstitucionalizam shvaćen kao “složen sistem pripremanja redovnih promjena”,²⁴ činjenica da neki dokument postavlja previsok “prag” za mogućnost vlastite izmene svedoči o tome da ustavotvorac zapravo ne razume jednu od osnovnih funkcija ustava. Naime, ukoliko ne pretenduje da bude trajan, ustav po definiciji ne ispunjava svrhu zbog koje je usvojen. Ta se svrha ogleda u uzdizanju načela pravde, savesnosti, objektivnosti i jednakosti na najviši normativni nivo. Nema razloga da dokument koji bi na ispravan način odražavao ove principe ne bude na pravnoj snazi dovoljno dugo da stvori pravnu i političku stabilnost kojoj ustavotvorac prirodno teži.

Na ovoj tački kao da gubi na značaju (inače, nesporno važno) pitanje koje glasi: “Zašto bi politički lideri jedne generacije raspolagali vlašću da obavežu buduće generacije u svetlosti svojih vlastitih koncepcija dobrog i lošeg?”²⁵ Istina je, naime, da novi naraštaji građana i političara (potencijalnih ustavotvoraca) mogu da imaju sopstvena načela i vrednosti, koje se ne moraju poklapati sa onima koji

²¹ Primere pružaju ustavni akti Norveške, Japana i Nemačke, a delimično čak i SAD.

²² Dvadesetak latinoameričkih zemalja usvojilo je u svojoj istoriji ukupno preko 260 ustava: Sartori, str. 228, fus. 2.

²³ J. Barthélemy, *Précis de droit constitutionnel*, Paris 1936, str. 47.

²⁴ K. Fridrih, *Konstitucionalna demokratija: Teorija i praksa u Evropi i Americi*, Podgorica 2005, str. 24.

²⁵ A. Marmor, *Are Constitutions Legitimate? University of Southern California Law School, Legal Studies Working Paper Series 11/2006*, str. 6.

su promovisani važećim ustavnim pravom. Od pomoći bi u takvim slučajevima svakako bilo tumačenje važećih ustavnih normi koje bi pomoglo usklađivanju aktuelnih dominantnih stavova zajednice sa njihovom sadržinom (ukoliko bi takvo tumačenje bilo moguće). Ipak, stvarna funkcija ustava sastojala bi se u tome da se njime utvrdi prava mera između dinamike i stabilnosti, tog “odslikavanja postojećeg s nacrtanim usmjeravanjem budućega”,²⁶ pošto bi ustav “trebalo da bude trajna tvorevina, koja nadživljuje jednu generaciju, a pogotovo jednu generaciju političara.”²⁷

Jedna od središnjih slabosti zloupotrebijene ustavotvorne vlasti sastoji se u tome što njen proizvod ne može da ispuni navedenu funkciju. Ustavima koji teže ustanovljenju ili održavanju lične vlasti promiče značaj ustanovljavanja načela i ciljeva koji bi važili i u budućnosti. Sasvim je razumljivo da autokratska ustavnost ne dolazi u sukob samo sa inherentnim ustavotvornim kapacitetima postojeće šire populacije, već, u perspektivi, i sa suverenim pravima kojima raspolaže svaka generacija, slobodna da odbaci anahrona ili potpuno neprimerena ustavna rešenja, ukoliko joj okolnosti daju priliku za takav postupak.

Isto se *a fortiori* može reći za slučaj kada savestan ili nesavestan ustavotvorac predvidi zabranu izmene pojedinih odredaba ustava, naročito onih koje bi se ticale nepromenljivosti državnog uređenja²⁸ i osnovnih načela (“klauzule večnosti”), tvoreći od suštinski političkih pitanja nadustavne (“svete”) kategorije. Ipak, ukoliko se te zabrane odnose na norme koje svedoče o ostvarenom nivou zaštite prava i sloboda, kao i na odredbe o vladavini prava i načelima ustavnosti i zakonitosti, novi ustavotvorac ne bi smeo da osporava njihovu suštinu. To znači da bi on bio slobodan da formalno usvoji sasvim novi dokument, ali bi u njemu morale da budu sadržane norme koje jamče isti ili viši nivo zaštite priznatih ljudskih prava, ali i načelo podele vlasti i vladavinu prava. Svako drugo rešenje ukazivalo bi na odstupanje od temeljnih načela konstitucionalizma i, time, na *novu* zloupotrebu ustavotvorne vlasti.

²⁶ P. Häberle, *Ustavna država*, Zagreb, 2002, str. 102. “Suštinski je aspekt ustava taj da oni treba da budu trajni, da su osmišljeni u svrhu primene na generacije koje dolaze znatno nakon generacije koja ih stvara” (Marmor, str. 2).

²⁷ Petrov, Simović, str. 570.

²⁸ V. odredbe: čl. 139 Ustava Italije, čl. 110 st. 1 Ustava Grčke iz 1975, čl. 288 t. “b” Ustava Portugala iz 1976, čl. 4 Ustava Turske iz 1982, čl. 142 Ustava Madagaskara iz 1992. godine itd. Istorijski posmatrano, još je “Treća” francuska republika poznavala navedenu klauzulu; razlog njenog unošenja u Zakon od 14. avgusta 1884. godine predstavljala je ubedljiva antimonarhistička većina u oba doma parlamenta u to doba (Barthélemy, str. 36). Danas, čl. 38 st. 5 Ustava Indonezije iz 1945. zabranjuje promenu odredbe o unitarnom obliku države, a čl. 79 st. 3 Osnovnog zakona Nemačke čini nedopuštenom reviziju koja bi se odnosila na federalnu strukturu države i učešće država članica u saveznom zakonodavnom procesu.

ZAKLJUČAK
ILI PRILOG SPREČAVANJU ZLOUPOTREBE USTAVOTVORNE VLASTI

Najteži zadatak pred kojim se nalazi svaki nosilac ustavotvorne vlasti predstavlja odupiranje porivima za njenom zloupotrebom. Kvalitetni dugovečni ustavi predstavljaju retkost upravo zato što je čak i moderna istorija prepuna primera ovakve zloupotrebe. Istina, pošto su ustavi uvek posledica posebnih istorijskih uslova i kulturno-političkih prilika, nije lako ustanoviti da li je određeni ustavni akt proizvod njihovog samostalnog delovanja ili plod želje za neograničenom vlašću. Ipak, savremena uporedna ustavnost nudi izvesne pokazatelje na osnovu kojih je moguće identifikovati najviše propise čije nastajanje nije predstavljalo proizvod nesavesnog postupanja ustavotvorca.

Nepriistrasne, vanpolitičke vrednosti ustavnog poretka ne postoje. Uslovi pod kojima zemlja ulazi u ustavotvorni proces vrše veliki uticaj na sadržinu ustavnih normi. Svaki ustavotvorac mora da se opredeli da li će šef države biti monarh ili predsednik, da li će (eventualni) predsednik biti biran od strane građana ili u parlamentu, kao i da li će vlada biti odgovorna parlamentu ili šefu države (ili i jednom i drugom izvoru vlasti), itd. Ako se uzme u obzir visok stepen verovatnoće da je svaki nov ustav gotovo uvek pisan u osvit krize ili vanredne okolnosti neke vrste,²⁹ pragmatičan izazov da se “pogreši” u uspostavljanju optimalnog ustavnog poretka ne može da bude zanemaren.

Ipak, potreba za pronalaženjem pravila i načela kojima će biti sprečena zloupotreba ustavotvorne vlasti predstavlja dužnost svakog modernog ustavotvorca. Ravnoteža između grana vlasti, zaštita prava i sloboda i garancije poštovanja vladavine prava predstavljaju temelj za konstituisanje slobodne, demokratske i ustavne vlasti. Nekoliko pojedinosti mogu da budu od pomoći za ustanovljavanje optimalnih mehanizama kojima bi zloupotreba ustavotvorne vlasti bila sprečena.

Pre svega, ustavni dokument mora da bude usvojen nakon konsultovanja najšireg mogućeg kruga učesnika političkih procesa. Ustavi koji su pomogli stvaranju političke stabilnosti u pojedinim zemljama odlikuju se sadržinom koja je, u konkretnom istorijskom trenutku, predstavljala plod kompromisa između različitih političkih činilaca (stranaka ili drugih grupa).³⁰ Ova okolnost utiče na legiti-

²⁹ Elster, str. 370, 390 i 394.

³⁰ Ovakvi “ustavi-kompromisi” usvojeni su u: SAD, Italiji, Nemačkoj, Portugalu, Španiji itd. Do pravne i političke stabilnosti, ipak, neće doći ukoliko ustav predstavlja ishod običnog “cenkanja”, umesto autentične političke vizije ustavotvor(a)ca. Problematici su u tom smislu ustavi koji odražavaju “duh transakcije” (Barthélemy, str. 44–45), odnosno koji “ne proizvode dobre kompromise već loše uklopljene mozaike” (Sartori, str. 112). Teško je odrediti u koju od ove dve kategorije mogu biti ubrojani tzv. konsocijativni ustavni modeli.

mnost najvišeg propisa i njom se izbegava majorizacija u tako važnom postupku kao što je donošenje osnovnog normativnog akta političke zajednice.

Od velike koristi bi bilo i referendumsko izjašnjenje – nakon ubedljive potvrde u parlamentu – o nacrtu ustava koji je usavršen predlozima stručne javnosti. Pored toga što bi na taj način došlo do praktične potvrde teorijskih postavki o njemu kao pluralističkom demokratskom dokumentu, ustav bi ovim dao do znanja – od prve faze svog života – da su stvarni subjekti procesa ustavotvorstva građani, čije slobode treba da budu zaštićene efektivnom primenom ustava. Građanin treba da bude središte zanimanja ustavnog dokumenta i taj zaključak predstavlja ishod procesa konstitucionalizacije ustavotvorne vlasti naroda (zajednice građana) u savremenom ustavnom pravu. Stoga se među najvažnije državne zadatke određene ustavom ubraja zaštita neotuđivih ljudskih prava. Na taj način kod građana se najbolje razvija osećaj pripadnosti legitimnom ustavnom sistemu i želja za njegovim poštovanjem i usavršavanjem.³¹ Jedan od pouzdanih indikatora ustavotvorne vlasti koja je upotrebljena u skladu sa načelom savesnosti predstavlja i izlaganje ekstenzivne liste karakteristika pojedinaca koje ne smeju da predstavljaju osnov za diskriminaciju i koja, sama po sebi, nema odlike *numerus clausus* pobrajanja.

Dalje, objektivno orijentisanu ustavotvornu vlast odlikuje izbor užeg predmeta normiranja. To znači da će ustavotvorac koji je nezainteresovan za kapitalizaciju neposrednih političkih dobitaka sastaviti relativno kratak, optimalan tekst. U njemu će biti obrađene središnje političke i vrednosne teme društva, odnosno, teme koje su nesumnjivo ustavnog ranga. Njihova normativna redakcija treba da se odlikuje odsustvom dogmatskog pristupa autora. Iz primene takvog teksta nužno bi usledila snaga ustavnih običaja, koji, pak, ne bi smeli da imaju sadržinu *contra constitutionem*. Na žalost, nije moguće postaviti standard obima ustavnog regulisanja, ali on svakako ne bi trebalo da obuhvata norme koje na prvi pogled sugerišu mogućnost preteranog (ili, sa druge strane, previše ograničenog) normiranja. Istovremeno, zakonska konkretizacija ustavnih normi treba da bude omeđena zabranom ili rigoroznim uslovljavanjem delegacije ovlašćenja u korist egzekutive, kako povoljan normativni okvir ne bi predstavljao izgovor za previše čestu upotrebu vanrednih ovlašćenja izvršne vlasti (ili, češće, njenog šefa).

Najzad, nema zloupotrebjene ustavotvorne vlasti koja dopušta slobodno funkcionisanje redovnog i ustavnog sudstva. Konstitucionalizacija stvarno nezavisne sudske vlasti predstavlja veliku “žrtvu” ustavotvorca, njegovo odricanje od pretenzija nad ocenom pravne valjanosti sopstvenih postupaka.³² Ovo je uvek

³¹ Na takav se osećaj misli kada se govori o fenomenu “ustavnog patriotizma”, razvijenog u Nemačkoj od samih početaka primene Osnovnog zakona (prema: Häberle, str. 237).

³² Ustavno sudstvo je imalo zapaženu ulogu u konstitucionalizaciji osnovnih sloboda i vladavine prava u SAD, Norveškoj, Italiji, Nemačkoj, Turskoj, Južnoafričkoj Republici, itd.

važno merilo za utvrđivanje da li je ustavotvorna vlast zloupotrebljena ili ne. Uz to, osnovne konture izbornog sistema za izbor predstavničkog tela (odabir konkretnog izbornog sistema: većinskog, proporcionalog, ili mešovitog) moraju se naći u ustavu, pošto je mogućnost izigravanja volje ustavotvorca na tom planu potencijalno veoma štetna po ustavnu stabilnost.

Ustav mora da sadrži opšta, objektivna i impersonalna pravila, te da stvori optimalne uslove za svoju izmenu, u svrhu usklađivanja ustavnog prava sa političkom dinamikom društva. Ustavotvorac koji zanemari ove zahteve suočava se sa opasnošću da njegovo delo bude kratkog veka i da ne ostavi dublji trag u istoriji zemlje čije temelje bi trebalo da uredi. *Utvrdjivanje normativnih osnova države, u obliku "iscrtavanja" temeljnih karakteristika njenog političkog i pravnog uređenja, prilika je koja se pruža svakom ustavotvorcu, bio on sklon zloupotrebi nadležnosti kojom raspolaže ili ne. Zato ključ uspešnog konstitucionalizma (shvaćenog kao ograničavanja najviših vlasti opštim pisanim normama) ne leži u razdvajanju prava od politike, već u odvajanju prave ustavne politike od obične, svakodnevne politike.*

VLADIMIR MIKIĆ, LL.D.,
Associate of the University of Belgrade

ABUSES OF THE CONSTITUENT POWER:
A DOCUMENT FOR ONE'S INDIVIDUAL INTEREST
OR FOR MANY GENERATIONS

Summary

The constituent power – understood as the power to frame constitutional documents – in any, even a modern society, can be abused, i. e. used contrary to the principles of the rule of law, democracy, and constitutionalism. The examples are not offered only by the outcomes of the post-colonial, socialist, or other authoritarian modern constitution-making processes, but also by some normative products of liberal constitutional theory. This article provides methods and patterns for the abuse of the constituent power in the purposes of gains of powerful individuals or political groups, which can be found in the contemporary comparative constitutional law. It also indicates the risks for the political and legal stability, legitimacy and sovereignty which could be avoided or overcome by the long-term-oriented, objective and more thoughtful constitution-making, as well as by setting the optimal limits of constitutional change. The article proves that absence of the abuse of the constituent power leads to adopting the (comparatively rather rare) constitutions which have a profound effect of political stabilization and are more long-lasting than the other ones.

SAVO D. MANOJLOVIĆ

ZAKONSKO REGULISANJE FINANSIRANJA POLITIČKIH AKTIVNOSTI

– Da li je potrebno zakonom urediti finansiranje
zakonodavne inicijative i referendum –

U V O D

Osnovni cilj ovog rada je vrlo uzak; i on se iscrpljuje u odgovoru na pitanje da li je potrebno regulisati finansiranje političkih aktivnosti. Sva ostala pitanja koja se odnose na koncepte i ocenu celishodnosti postojećih rešenja ostaju van doma-ta ove analize. U radu je ukazano koje oblasti spadaju, kao i koje bi bi trebalo da spadaju u predmet zakona kojim(a) bi se regulisalo finansiranje političkih aktivnosti, a zatim je odvojeno izložena analiza argumentacije za obe podvrste političkih aktivnosti. Finansiranje političkih subjekata je zakonom već regulisano. Tako-đe, pitanje opravdanosti zakonskog formulisanja je već bilo više naučnih radova.¹ Stoga je u tom delu doprinos našeg rada usmeren na klasifikaciju i izlaganje naj-validnijih argumenata, uz afirmisanje određenih razloga kao ključnih za zakon-sko regulisanje finansiranja političkih subjekata. Pitanje finansiranja aktivnosti ve-

Savo D. Manojlović, mlađi savetnik Ustavnog suda.

¹ I samim smo se analizirajući rešenja prethodna dva zakona, bez dubljeg ulaženja u pro-blematiku, bavili razlozima njihovog donošenja. Uporedi: S. Manojlović, Finansiranje političkih ak-tivnosti (u susret novom zakonu), Izbor sudske prakse 4/2011, str. 9–11 i S. Manojlović, Zakon o fi-nansiranju političkih aktivnosti, Zbornik radova: “Perspektive implementacija evropskih standarda u pravni sistem Srbije”, str. 275–280.

zanih za referendum i narodnu inicijativu u Srbiji, koliko je nama poznato, nije bilo predmet razmatranja u naučnim radovima. Takođe Zakon o finansiranju političkih aktivnosti² pitanje referenduma i narodne inicijative uopšte ne tretira kao političku aktivnost. Otuda je ključni doprinos ovog rada, ako ne u kvantitativnom (po količini otkucanog teksta), onda u kvalitativnom smislu – našta i podnaslov rada ukazuje – upravo odgovor na pitanje da li je potrebno zakonom regulisati finansiranje zakonodavne inicijative građana i referenduma.

FINANSIRANJE POLITIČKIH AKTIVNOSTI

De lege lata, prema slovu važećeg Zakona o finansiranju političkih aktivnosti, političke aktivnosti se odnose isključivo na rad političkih subjekata. Politički subjekt je generički naziv koji smo pre donošenja novog zakona predlagali i za koji smo se u radu Radne grupe Ministarstva pravde³ zalagali i koji je kao takav prihvaćen i sa izvesnim modifikacijama uvršten u tekst zakona. Politički subjekti (u smislu navedenog zakona) su oni subjekti koji dobijaju sredstva za finansiranje izborne kampanje i redovnog rada. U njih pored političkih stranaka, spadaju i grupe građana, koalicije i poslaničke, odnosno odborničke grupe. Prethodni zakon je nosio naziv Zakon o finansiranju političkih stranaka⁴. Već u članu 1. ovog zakona bilo je jasno, međutim, da se radi o širem krugu subjekata: “Ovim zakonom uređuje se finansiranje, evidencija i način kontrole finansijskog poslovanja registrovanih političkih stranaka (u daljem tekstu: političke stranke), podnosioca proglašanih izbornih lista i predlagača kandidata za predsednika Republike Srbije, predsednika opštine i gradonačelnika.” Jasno je, stoga, da je naslov zakona bio neadekvatan, jer je njegov predmet obuhvatao širi krug subjekata od onog zakonom omeđenog. Uzrok toga svakako je bio u nepostojanju generičkog pojma, što je terminom *političkog subjekta* nadomešćeno. Takođe navedeni zakon se pretežno odnosio upravo na finansiranje političkih stranaka, pa tako njime za razliku od postojećeg zakona nije bila predviđena mogućnost da politički subjekti koji nisu političke stranke dobijaju sredstva za finansiranje redovnog rada. Ključni razlog svakako treba tražiti i učinjenici da je prema tada važećem Zakonu o političkim strankama osnivanje bilo znatno olakšano od postojećeg rešenja, te bilo kojoj političkoj grupaciji nije bilo naročito teško da stekne status političke stranke.⁵

² Službeni glasnik RS, broj 43/11.

³ Autor ovog rada je bio sekretar radne grupe za izradu Nacrta Zakona o finansiranju političkih aktivnosti.

⁴ Službeni glasnik RS, br. 72/03, 75/03, 97/08 i 60/09.

⁵ Prema postojećem (čl. 8. i 9.) Zakonu o političkim strankama (Službeni glasnik RS, broj 36/09) je potrebno 10.000 potpisa za osnivanje političke stranke, odnosno 1.000 potpisa ukoliko se

Imajući u vidu na trenutne visoko postavljene uslove za osnivanje političkih stranka, apsolutno je opravdano zakonom regulisati i finansiranje ostalih političkih subjekata.

Političke aktivnosti u jednom širem, kolokvijalnom, smislu svakako predstavljaju brojne aktivnosti. Polazeći od Aristotelove definicije da je svaki čovek političko biće, subjekt, i mnoge njegove aktivnosti bi se mogle smatrati političkim u jednom širem značenju. Tu spadaju i aktivnosti medija; zatim javno iznošenje stavova političara, analitičara, istaknutih, manje istaknutih, opravdano, ali i neopravdano istaknutih pojedinaca koji nastupima utiču na kreiranje javnog mnjenja. Takođe i rad nevladinih organizacija (naročito onih koji se bave izrazito političkim temama) spada u političku aktivnost. Sve su to aktivnosti koje su od značaja, manjeg ili većeg, za kreiranje mnjenja i političkih stavova građana. Međutim u zakonskom smislu, kada govorimo o finansiranju političkih aktivnosti potrebno je da ostanemo u okviru onih aktivnosti koje u direktnom smislu jesu usmerene na formulisanje narodne volje. Saglasno članu 2. Suverenost koju potiče od građana, oni izražavanu narodnom inicijativom, referendumom i preko svojih slobodno izabраниh predstavnika. Upravo zato je političke aktivnosti potrebno posmatrati za direktno izražavanje volje građana vezano za izjašnjavanje na referendumu, putem narodne inicijative i na neposrednim izborima. Politički subjekti u samoj izbornoj kampanji, ali i kroz svoj redovan rad traže podršku građana na narednim izborima. Takođe subjekti koji se kroz referendumsku kampanju i zakonodavnu inicijativu zalažu za usvajanje određenog zakonskog rešenja se bave aktivnošću koja kao svoj direktni produkt ima formulisanje određene politike u zvaničan pravno obavezujući akt.

Otuda pod nešem sudu, kada govorimo o finansiranju političkih aktivnosti pod time treba podrazumevati i redovan rad i izbornu kampanju političkih subjekata koji traže podršku građana za izbor svojih kandidata, ali i aktivnosti vezane za narodnu inicijativu, kao i referendum.

Finansiranje političkih subjekata

Da li finansiranje političkih subjekata treba prepustiti isključivo savesnosti i poštenju njihovih aktera bez bilo kakvih pravnih ograničenja? I da li je prepustanje slobodnoj volji podrazumeva nepostajanje potrebe za bilo kakvom pravno institucionalizovanoj kontroli? Samo argumentacija koja bi opravdala pozitivne

radi o stranci nacionalne manjine. Prema prethodnom Zakonu o političkim organizacijama (Službeni glasnik SRS, broj 37/90, Službeni glasnik RS, br. 30/92, 53/93, 67/93, 48/94 i 101/05) za osnivanje je bilo dovoljno 100 građana.

odgovore na obe navedena pitanja dovela bi do teze da nije potrebno pravno regulisati finansiranje političkih subjekata.

Od odgovora na navedeno pitanje od značaja je, često navođena, podela Karla Nasmahera o modelima regulisanja oblasti finansiranja političkih stranaka. Prvi je model autonomije koji podrazumeva da finansiranje političkih stranaka ostaje njihov "privatni atar" skriven od očiju javnosti (najbliži mu je švedski model). Drugi je *transparentni model*, karakterističan za Nemačku, koji se zasniva na tezi da stranke finansijska sredstva mogu skupljati na bilo koji (legalan) način, a da javnost samo treba da ima uvid u to, pa će sama oceniti kome će dati poverenje na izborima. Treći, zastupnički model podrazumeva formiranje nezavisnog kontrolnog tela, koje vrši kontrolu finansiranja političkih subjekata (zastupljen u SAD, gde Federalna izborna komisija ima ulogu kontrolnog tela). I četvrti je diverzifikovani model, koji u suštini predstavlja kvalitativno unapređen zastupnički model, kome prednost daje i sam Nasmaher, i osnovne karakteristike su mu: jasno uspostavljena pravila ograničenja i nezavisno kontrolno telo sa snažnim ovlašćenjima (Kanada).⁶

Jedino bi dakle u prvom modelu mogli govoriti o nepostojanju potrebe za regulisanjem oblasti finansiranja političkih stranaka. Međutim, kako se u Švedskoj političke stranke finansiraju iz javnih izvora, i u toj zemlji postoji dakle određena pravna regulativa u vezi sa finansiranjem političkih stranaka. Nevezano od koncepta za koji bi smo se opredelili, bilo kakvo ustanovljavanje određenih pravila zahteva svoj zakonski osnov: dobijanje sredstava iz javnih izvora; ograničenje privatnih donacija; uspostavljanje kontrolnog tela; obaveza javnog objavljivanja donatora; propisivanje kazni; itd. Postoje izuzetno brojna pitanja i koliko god da se određeni koncept liberalno postavi prema finansiranju političkih subjekata, uvek ostaje neko pitanje koje zahteva opštenormativno uobličavanje. Čak i najliberalniji sistem koji podrazumeva nepostojanje javnih izvora finansiranja i ne poznaje ograničavanje privatnih donacija (SAD) uglavnom traži transparentnost i samim tim postojanje određenog kontrolnog tela.

Razlog koji se uvek navodi kao potreba za regulisanjem ove oblasti je suzbijanje korupcije. Drugi međutim ništa manje bitan razlog, koji je sa prvo navedenim spojen po principu spojenih sudova jeste nesmetano funkcionisanje političke scene. Moderni višepartijski sistemi podrazumevaju izborne kampanje i redovan rad, pre svega političkih stranaka. Marketinške kampanje, spotovi, bilbordi, troškovi zakupa kancelarija, komunalije... Sve su to stvari koje predstavljaju nužan

⁶ K. H. Nassmaher, *Funding of Parties and Election Campaigns*, 2003, str. 5–10 i šire. Videti i: M. Milosavljević, *Nasmaherova klasifikacija sistema kontrole finansiranja stranaka*, "Finansiranje političkih partija (između norme i prakse)", 2008, str. 131–135

trošak demokratije.⁷ Da bi višepartijski sistem funkcionisao neophodno je otuda obezbediti finansiranje političke scene u određenim realnim okvirima. To znači da zakon treba da ponudi društveno poželjan, ali i realan sistem finansiranja. Upravo zato zakonom se mora omogućiti finansijsko disanje političkih subjekata. U suprotnom one će po prirodi stvari otići u druge bliže korupciji oblike finansiranja.

Kod samog regulisanja finansiranja političkih aktivnosti, obično se uglavnom ističe antikoruptivni karakter navedenog zakona. Međutim u praksi upravo sama potreba da se stvori funkcionalni uslovi za finansiranje najčešće motivišu zakonodavca, koji je sastavljen od predstavnika političkih stranaka, da pristupi regulisanju ove oblasti.⁸ Upravo su tako i nakon uspostavljanja višestranačja, regulisanju sa par šturih odredbi pristupilo kako bi se uspostavio efikasan sistem finansiranja političkih stranaka. Antikoruptivni motivi su doveli do donošenja zakona iz 2003. godine, kao i sada važećeg zakona od 2010. godine. No u oba slučaja su motivi za donošenja bili zapravo ispunjavanje uslova u procesu pridruživanja Evropskoj uniji.

Finansiranje zakonodavne inicijative i referenduma

I referendum i narodna inicijativa jesu ustavne kategorije. Oni su najvišim aktom ustanovljene i definisane.⁹ Već se članom 2. Ustava uz izbor neposredno izabраниh predstavnika navode kao način ostvarivanja suverenosti. Oba navedena principa afimišu načelo neposredne demokratije. Narodnom inicijativom se određeni zakonski predlog može staviti na odlučivanje pred Skupštinom. Referendumom građani sami odlučuju da li određeno pitanje iz nadležnosti narodne skupštine postaje zvaničan državni akt. Takođe, činjenica da u slučaju da građani sakupe 100.000 potpisa o određenom pitanju će se glasati na referendumu. Što znači da je utrt put da građani sami bez parlamenta mogu doneti određeni zakon. Svaki referendum, kao i izbore prati kampanja, koja podrazumeva i ne male troškove. Samim tim jasno se nameća potreba za regulisanjem finansiranja aktivnosti

⁷ Slično: Đ. Vuković, *Izborna zakonodavstvo i izborni proces u Srbiji*, 2011, str. 159.

⁸ Zato se u teoriji uređivanje ovih odnosa i naziva "partijsko finansiranje partija" (Peter Mair, *Party System Change: Approaches and Interpretations*, Oxford, 1997, str. 144).

⁹ Član 107. stav 1. Ustava: "Pravo predlaganja zakona, drugih propisa i opštih akata imaju svaki narodni poslanik, Vlada, skupština autonomne pokrajine ili najmanje 30.000 birača." Član 108. Ustava: "Na zahtev većine svih narodnih poslanika ili najmanje 100.000 birača Narodna skupština raspisuje referendum, o pitanju iz svoje nadležnosti, u skladu sa Ustavom i zakonom. Predmet referenduma ne mogu biti obaveze koje proizlaze iz međunarodnih ugovora, zakoni koji se odnose na ljudska i manjinska prava i slobode, poreski i drugi finansijski zakoni, budžet i završni račun, uvođenje vanrednog stanja i amnestija, kao ni pitanja koja se tiču izbornih nadležnosti Narodne skupštine."

koje prate ova dva instrumenta neposrednog izražavanja narodne volje. Da li će se obezbediti sredstva iz javnih izvora? Da li će se omogućiti privatne donacije? Da li private donacije treba ograničiti? Itd. Jasno je da se finansiranjem određene kampanje može ishodovati sam zakon, ili predlog zakona, što automatski ukazuje na značaj određenog pitanja. Zatim ne treba zaboraviti da je referendum, jedini način promene skoro celog najvišeg pravnog akta u Republici Srbiji – Ustava.¹⁰

Postavlja se pitanje postoje li razlozi kojima bi se poduprla teza o nepostojanju potrebe za zakonsko regulisanje finansiranja referendum i narodne inicijative. Jedan od razloga bi mogao biti izuzetno retka primena u praksi, oba navedena sredstva nepotrebne demokratije. Retka primena uzrokovana je međutim pre svega restriktivnim i lošim zakonskim rešenjima,¹¹ kao i nepostojanjem tradicije neposrednog izjašnjavanja. Takođe, referendumsko izjašnjavanje o promeni Ustava, koje je obavezno, po prirodi stvari i ne treba da bude učestalo, jer ustav nije akt koji se donosi za kratkoročnu primenu. U prilog tezi o potrebi regulisanja finansiranja navedenih oblasti je i slučaj sa poslednjeg referendum održanog 2006 prilikom izjašnjavanja građana o Ustavu, kada su za referendumsku kampanju parlamentarne stranke dobile sredstva iz budžeta Republike Srbije, bez bilo kakvog zakonskog osnova (*sic!*). Stoga ma koliko se retko primenjivali ifinansiranje referendum i kampanje neophodno ih je zakonom regulisati. I to iz razloga da se učesnicima obezbedi ravnopravna i fer kampanja, pa tek onda iz eventualno antikoruptivnih motiva. Eventualni odnosi u vezi navedenih aktivnosti, iako mogući, znatno su manjeg volumena od odnosa u vezi finansiranja političkih stranaka. Naime, ukoliko neko poželi da primera radi investiranjem sopstvenog novca pogura određeno zakosko rešenje, mnogo je jeftinije i logičnije da će to raditi korumpiranjem same političke stranke, koja bi taj zadatak izvršila znatno diskretnije u tami birokratskih kulora usvajanjem unutar parlamenta, nego ulaganjem

¹⁰ Član 203. stav 6. Ustava “Narodna skupština je dužna da akt o promeni Ustava stavi na republički referendum radi potvrđivanja, ako se promena Ustava odnosi na preambulu Ustava, načela Ustava, ljudska i manjinska prava i slobode, uređenje vlasti, proglašavanje ratnog i vanrednog stanja, odstupanje od ljudskih i manjinskih prava u vanrednom i ratnom stanju ili postupak za promenu Ustava.”

¹¹ U tom smislu se kritikuje važeća zakonska odredba člana 36. stav 1. “Zakona o referendumu i narodnoj inicijativi, po kojoj prikupljanje (30.000) potpisa građana može trajati najduže 7 dana. Ilustracije radi izbornim listama za prikupljanje 10.000 potpisa za kandidaturu prilikom izbora za narodne poslanike, uz svu stranačku mašineriju, ostavlja se rok i do 40 dana. Štaviše, prilikom izbornog kandidovanja, vremenska ograničenja su nužna jer se institucije države moraju formirati u nekom razumnom roku. Prilikom zakonodavne inicijative, ovako izražena rigidnost je apsolutno neopravdana.” Videti: S. Manojlović, *Četiri teze o učešću građana u zakonodavnom postupku*, “Parlamentarna praksa: uvodni referati, članci i prilozi o unapređivanju kvaliteta zakonodavnog postupka sa težištem na inicijativi građana, javnom slušanju i javnoj raspravi”, str. 115–116.

u neizvesnu referendumsku kampanju i prepuštanju “čudima” prosečnog birača. Stoga su za razliku od finansiranja političkih subjekata, antikoruptivni motivi za regulisanje finansiranja aktivnosti u vezi sa referendumom i narodnom inicijativom u drugom planu, dok je primarno omogućavanje normalnog funkcionisanja ovih vidova izjašnjavanja. Iako same političke stranke mogu biti akteri ovih procesa, njihovo nesmetano funkcionisanje je neophodno pre svega zbog građana kojima se omogućava političko delovanje bez političkih stranaka, direktno. Samim tim budući da, za razliku od strana, nemaju regulisan način finansiranja, niti izgrađenu infrastrukturu, regulisanje finansiranja neophodan je uslov da ovi institute zažive u praksi.

Valja napomenuti da je tokom izrade Nacrta postojećeg Zakona o finansiranju političkih aktivnosti bilo predloga da se postojećim zakonom reguliše i pitanje finansiranja aktivnosti vezanih za referendum i narodnu inicijativu. Ovaj predlog nije zadobio podršku u okviru same Radne grupe. Uzroci toga bili su u tome što je Radna grupa formirana sa striktnim zadatkom (finansiranje političkih stranaka); dodatni proširivanjem teme probili bi se rokovi; imajući u vidu osetljivost oblasti finansiranja političkih stranaka ubacivanje nove teme moglo je samo dodatno opteretiti rad; stručni deo Radne grupe ocenio je da je svu energiju potrebno fokusirati na postojeća rešenja budu što potponije prihvaćena od političkih činioca... Na kraju, ključni razlog, po našem sudu, svakako je bio i što navedena oblast nema tako atraktivan antikoruptivni prizvuk, pa samim tim nije ni bilo na listi uslova u procesu priključenja Evropskoj Uniji. Takođe, imajući u vidu da su važećim Ustavom ipored retke primene, pooštreni uslovi za narodnu inicijativu i referendum, skloni smo tezi da neregulisanje ove oblasti zapravo krije iintimnu želju političkih stranaka da kao činioci zakonodavnog tela, monopolišu zakonodavnu nadležnost.

ZAKLJUČAK

Osnovna teza rada je da je pored finansiranja plitičkih subjekata, zakonom potrebno regulisati finansiranje aktivnosti vzanih za referendum i narodnu inicijativu. Političke aktivnosti potrebno je vezati za izražavanje suverenosti, koja potiče od građana. Suverenost se izražava preko neposredno izabranih predstavnika građana, pa se samim tim na njih prenosi putem izbora; kao i direktno putem narodne inicijative i izjašnjavanjem na referendumu.

Prethodni Zakon o finansiranju političkih stranaka je imao preuzak naziv, imajući u vidu da je njime bilo regulisano i finansiranje drugih političkih subjekata. Postojeći Zakon o finansiranju političkih aktivnosti, ima međutim ekstenzivan naziv. Stoga je ili potrebno u njega integrisati i odredbe kojima bi se regulisa-

lo finansiranja aktivnosti vezanih za referendum i narodnu inicijativu, ili bi njih trebao regulisati posebnim zakonom, a naziv postojećeg bi trebao biti Zakon o finansiranju političkih subjekata. Preduslov opredeljivanja za prvu opciju bi bio kompatibilnost koncepta ove dve podgrupe političkih aktivnosti, naročito ona vezana za njihovu kontrolu.

Ključni razlozi za donošenje zakona u oblasti finansiranja političkih stranaka jesu ravnopravno antikoruptivni razlozi, ali i obezbeđivanje nesmetanog funkcionisanja političke scene. Kod formulisanja razloga za finansiranja aktivnosti vezanih za referendum i narodnu inicijativu, primarni razlozi su nesmetano funkcionisanje ovih oblika funkcionisanja neposredne demokratije, dok su antikoruptivni razlozi u drugom planu.

Na kraju ostaje i gorčina zaključka da je opredeljujući faktor za donošenje zakona, naročito onih sa antikoruptivnom funkcijom, uglavnom ispunjavanje uslova u procesu pridruživanja Evropskoj uniji. Stoga bi jedna opšta poruka, u skladu sa temom ovogodišnje Kopaoničke škole, bila da načelo savesnosti i poštenja obavezuje zakonotvorce da pravo tvore u skladu sa potreba društva, a ne zarad ostvarivanja kratkoročnih političkih ciljeva ili ispunjavanja uslova u procesu pridruživanja Evropskoj uniji.

SAVO D. MANOJLOVIĆ
Constitutional Court of Serbia

LAW REGULATION ABOUT FINANCING POLITICAL ACTIVITIES
- Should financing referendum and public legislative initiative be regulated by law -

Summary

In the paper is given definition about political activities. Author main aim is to give answer which area of political activities should be regulated by law. It is particularly emphasized that the main purpose of law on financing political activities is to enable undisturbed financing of political activities and repress corruptive processes in politic.

According to the author, financing of the referendum-campaign and legislative public initiative should be regulated by this Law, as well.

SASTAV I IZBOR ČLANOVA PRAVOSUDNIH SAVETA U BUGARSKOJ, MAĐARSKOJ, RUMUNIJI I SLOVAČKOJ

PRAVOSUDNI SAVETI, NJIHOV SASTAV I IZBOR ČLANOVA – UOPŠTENO

Nakon Drugog svetskog rata postoji tendencija stvaranja pravosudnih save-
ta u mnogim, pre svega latinoameričkim i evropskim zemljama,¹ kako bi se usta-
novio i održao odgovarajući balans između sudijske nezavisnosti i odgovornosti.²
Oni imaju posredničku ulogu između političkih vlasti i sudstva, a kako bi se ga-
rantovala njegova nezavisnost.³ U samoj Evropi su nastala dva modela pravosud-
nih saveta, severnoevropski i južnoevropski.⁴ Adekvatan sastav ovih tela je jedan
od glavnih garanata da se sudijska nezavisnost i samouprava ne pretvore u sudij-

Mr Miloš Stanić, istraživač - pripravnik u Institutu za uporedno pravo u Beogradu, stu-
dent doktorskih studija na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu.

¹ Mihajlo Dika, "O razvitku instituta sudske (sudačke) nezavisnosti u zapadnoevropskom civilizacijskom krugu, pokušaj rekonstrukcije povijesne geneze instituta", *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 42/1992, 529-530, http://alanuzelac.from.hr/izborni/Dika_nezavisnost.pdf, 30.07.2014.

² Nuno Garoupa, Tom Ginsburg, "Guarding the Guardians: Judicial Councils and Judicial Independence", 1-3, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1303847, 31.07.2014.

³ Irena Pejić, "Institucionalne garancije nezavisnog sudstva", *Sudije u pravnom sistemu* (ur. Edin Šarčević, Vladan Petrov), Centar za javno pravo, Sarajevo 2013, 117.

⁴ Vid. Wim Voermans, Pim Albers, *Councils for the Judiciary in EU Countries*, European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), Leiden-TheHague 2003, http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/textes/CouncilOfJusticeEurope_en.pdf, 31.07.2014.

sku neodgovornost.⁵ No, nije lako pronaći pravu meru. Sa jedne strane, neophodno je da o pravosuđu odlučuju, pre svega, nosioci pravosudnih funkcija. S druge strane, ne bi trebalo da članovi saveta budu isključivo nosioci pravosudnih funkcija. Postojanje autonomnog tela ne znači da sudije mogu same da upravljaju sistemom.⁶ Potrebna je prava ravnoteža da bi se izbegli negativni efekti korporatizma unutar sudstva.⁷ Korporativistička osobina se čini inherentna ovoj instituciji, bez detaljnog ispitivanja na koji to način pomaže ostvarivanju njenih ciljeva.⁸

Ipak, čini se da postoji osnovno pravilo. Značajan deo ili većinu članova trebalo bi da čine sudije izabrane od svojih kolega.⁹ Neophodno je da se formira savet sa uravnoteženim sastavom.¹⁰ Generalno, sudski saveti uključuju i članove koji nisu iz pravosuđa i koji predstavljaju druge grane vlasti ili akademske ili profesionalne sektore, jer je nužno da se u okviru njih čuju i druga mišljenja. Takođe, parlamenti, predstavnici suverena, bi trebalo da imaju mogućnost uticaja na sastav pravosudnih saveta, pre svega kroz pravo izbora određenog broja članova saveta. Isto tako, kako bi se ovi organi distancirali od politike smatra se da parlamentarci ne bi trebalo da budu članovi ovih organa,¹¹ a predlaže se kvalifikovana većina koja je potrebna da bi neko u parlamentu bio izabran.¹² Članstvo predstavnika izvršne vlasti u savetima je često, uz sugestiju da oni ne bi trebalo da učestvuju u donošenju odluka koje se odnose na disciplinske mere prema sudijama.¹³

⁵ Vladan Petrov, "Izbor sudija uporedno i u Republici Srbiji-predlozi za promenu Ustava", *Sudije u pravnom sistemu* (ur. Edin Šarčević, Vladan Petrov), 45.

⁶ Venecijanska komisija, *Mišljenje na novije amandmane na Zakon o glavnim ustavnim odredbama Republike Albanije*, CDL-INF (1998)009, alineja 2, Cit. prema Evropska komisija za demokratiju kroz zakon (Venecijanska komisija), *Imenovanje sudija*, CDL-JD(2007)001rev, 6, <http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-JD%282007%29001rev-srb,07.08.2014>.

⁷ Evropska komisija za demokratiju kroz zakon (Venecijanska komisija), *Imenovanje sudija*, CDL-JD(2007)001rev, 7.

⁸ Simina Elena Tanasescu, Ramona Delia Popescu, "Romanian High Judicial Council-between analogy of law and trifles", *Transylvanian Review of Administrative Sciences* No. 36 E/2012, 166, fn. 1, <http://rtsa.ro/en/files/TRAS-36E-2012-12TANASESCU,%20POPESCU.pdf>, 07.08.2014.

⁹ Evropska komisija za demokratiju kroz zakon (Venecijanska komisija), *Imenovanje sudija*, CDL-JD(2007)001rev, 7.

¹⁰ *Ibid.*, 7..

¹¹ *Ibid.*, 8.

¹² Venecijanska komisija, *Mišljenje o Nacrtu zakona o izmjenama i dopunama Zakona o pravosudnom sistemu Bugarske*, CDL-AD (2002) 015,§ 5, Cit. prema Evropska komisija za demokratiju kroz zakon (Venecijanska komisija), *Imenovanje sudija*, 8.

¹³ Evropska komisija za demokratiju kroz zakon (Venecijanska komisija), *Imenovanje sudija*, CDL-JD(2007)001rev, 8.

Ipak, ustavotvorci i zakonodavci u svakoj zemlji stvaraju pravni okvir, koji se nekada može pokazati kao uspešan, a nekada ne. Smatra se da je "pogrešna predstava da je nezavisnost sudstva univerzalna vrednost precizno određene sadržine, do koje se dolazi uvođenjem jednoobraznih ustavnih rešenja, često sasvim neprilagođenih karakteristikama pojedine države".¹⁴ Pravne norme nastaju u državnim okvirima, a i kroz instrumente međunarodnog javnog prava,¹⁵ te su svakako bitne za uspeh pravosudnih reformi.¹⁶ One su različite, jer se sačinjavaju za konkretno društvo. Uporedno gledano može da se zaključi da su prema sastavu i načinu odabira članova saveta moguća četiri rešenja: (1) pravosudni savet sastoji se isključivo od sudija koji se biraju među sobom (takvo rešenje je izuzetno postojalo u Francuskoj prema Zakonu od 1883); (2) mešoviti sastav u 3 varijante: a) većina sudija i manjina članova koji nisu sudije (Italija-manjinu čine profesori prava i advokati; Poljska – manjinu čine parlamentarci), b) manjina sudija (Francuska prema Ustavu od 1946), c) jednak broj sudija i članova koji nisu sudije (Belgija prema Ustavu od 1999); (3) pravosudni savet sastoji se isključivo od sudija koje bira parlament (Španija prema Organskom zakonu od 1985); 4) politički sastav saveta-članove saveta bira parlament ili imenuje vlada.¹⁷

SASTAV I IZBOR PRAVOSUDNIH SAVETA NA PRIMERIMA BUGARSKE, MAĐARSKE, RUMUNIJE I SLOVAČKE

Mađarska

Mađarska je prva bivša komunistička zemlja u Evropi koja je ustanovila snažan pravosudni savet sa širokim nadležnostima.¹⁸ Međutim, u Mađarskoj se 2011. godine pristupilo reformisanju pravosudnog saveta, jer je prethodni Nacionalni

¹⁴ Vladan Petrov, 40.

¹⁵ Vid. Ljiljana Blagojević, "Visoki savet sudstva kao garant nezavisnosti pravosuđa u Republici Srbiji", *Sudije u pravnom sistemu* (ur. Edin Šarčević, Vladan Petrov), 11-13; Darko Simović, *Institucionalna jemtva sudijske (ne)zavisnosti u Republici Srbiji, Sudije u pravnom sistemu* (ur. Edin Šarčević, Vladan Petrov), 87-88.

¹⁶ Pedro C. Magalhaes, "The politics of Judicial Reform in Eastern Europe", *Comparative politics* Vol.32, No.1, Oct. 1999, 59.

¹⁷ Vid. Venice Commission, *Seminar on International Experiences and Standards in the Field of the Independence of the Judiciary*, CDL-JU (2009)063syn, Cit. prema Vladan Petrov, 45.

¹⁸ European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), *Opinion on Act CLXII of 2011 on the Legal Status and Remuneration of Judges and Act CLXI of 2011 on the Organisation and Administration of Courts of Hungary*, Opinion 663/2012, Strasbourg 19.03.2012, CDL-AD(2012)001, <http://www.statewatch.org/news/2012/mar/hungary-venic-commission-report-CDL-AD%282012%29001-e.pdf>, 01.08.2014, 7.

pravosudni savet bio kritikovan. Razlog je onemogućavanje bilo kakve odgovornosti i stvaranje zatvorenog pravosuđa u okviru kojeg je rastao uticaj visokih pravosudnih funkcionera. Ukazivano je i na to da je nedopustivo da predsednik najvišeg suda u zemlji bude predsednik Saveta i da u suštini sve poslove Saveta vodi njegova administrativna kancelarija.¹⁹ Čini se da ovaj problem nije rešen.²⁰

Nakon reforme, za upravljanje pravosudnim sistemom, odnosno za celokupnu sudsku administraciju odgovorna je Nacionalna kancelarija za pravosuđe, zajedno sa ostalim telima sudske samouprave. Predsednika Kancelarije bira Parlament i potrebno je da za izbor glasa 2/3 članova ovog organa. Jasno je da u parlamentu tom prilikom mora da dođe do široke saglasnosti. Za predsednika ovog organa može biti izabrano samo lice koje je sudija već 9 godina i koje je predložio predsednik Republike. Bitna ovlašćenja su u rukama jednog lica, predsednika Kancelarije, a bez postojanja odgovarajuće odgovornosti. Ovakvo rešenje je kritikovano, jer ne postoji u zemljama članicama Saveta Evrope.²¹ Predsednika Kancelarije koji ima široke nadležnosti bira telo koje je izvan pravosuđa, te onda ne može biti govora o organu sudijske samouprave.²²

Mađarska specifičnost je da uporedo postoji i Nacionalni pravosudni savet, čija je nadležnost nadzor nad radom Nacionalne kancelarije za pravosuđe. Uloga ovog organa u pravosudnoj administraciji je zanemarljiva.²³ Ustav predviđa da će predsednik Kurie, a što je naziv za najviši sud u zemlji biti *ex officio* član Nacionalnog pravosudnog saveta, dok će ostali članovi Saveta biti izabrani iz redova sudija, a u skladu sa posebnim zakonom.²⁴

Zakonom se predviđa da Nacionalni pravosudni savet ima 15 članova i da se sastoji od predsednika Kurie i 14 sudija, sa najmanje 5 godina sudijskog iskustva, koji se biraju tajnim glasanjem, većinom glasova sudijskih delegata na njihovoj posebnoj sednici.

¹⁹ *Monitoring the EU Accession Process: Judicial Independence, report on Hungary*, Open Society Institute, Budapest 2001, http://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/judicialind_20011010.pdf, 01.08.2014, 189; Vid. <http://www.birosag.hu/en/national-office-judiciary>, 01.08.2014.

²⁰ Vid. Opinion on the Acts of Parliament on Courts, Judges and the Prosecution Service in Hungary, February 2012, http://helsinki.hu/wp-content/uploads/NGO_Analysis_on_New_Hungarian_Laws_Concerning_Courts_and_Prosecution_2012.pdf, 01.08.2014, 3-6.

²¹ European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), *Opinion on Act CLXII of 2011 on the Legal Status and Remuneration of Judges and Act CLXI of 2011 on the Organisation and Administration of Courts of Hungary*, Opinion 663/2012, 7.

²² *Ibid.*, 15.

²³ *Ibid.*, 15.

²⁴ Vid. Čl. 25. Osnovnog zakona Mađarske, <http://www.parlament.hu/documents/125505/138409/Fundamental+law/73811993-c377-428d-9808-ee03d6fb8178>, 01.08.2014.

Dužnost predsednika Saveta će obavljati svaki član Saveta, na svakih 6 meseci. Vodilo se računa o tome da u Savetu budu predstavnici svih sudova, te je određeno koliko će predstavnika imati regionalni apelacioni sud, okružni, prvostepeni, kao i sudovi posebne nadležnosti, kao što su upravni i radnopravni sud. Uočljivo je da najviše predstavnika imaju prvostepeni sudovi, a to su tribunali i okružni sudovi.²⁵ Ovakvo rešenje je dobro, jer bi u takvim telima trebalo da bude reprezentovano celo sudstvo.²⁶ Problematično je to što su članovi ovog organa samo sudije. Takav sastav može da dovede do odsustva odgovornosti i razumevanja spoljnih potreba i zahteva, posebno onih koje dolaze od “korisnika” pravosudnog sistema (advokata, predstavnika civilnog društva), kao i predstavnika akademske zajednice.²⁷

Slovačka

Pravosudni savet Slovačke Republike je nastao kao deo šire reforme, sastoji se od 18 članova i postoji od 2001. godine. Oni mogu najviše dva puta obavljati funkciju člana Saveta.²⁸ U Slovačkoj ne postoji uslov u pogledu broja sudija određenog stepena koji mogu biti članovi Saveta. Takvo rešenje nije dobro, jer postoji opasnost da sudije najviših sudova zauzmu većinu ili sva mesta u Savetu.

Predsednik Slovačke imenuje, a Vlada i Parlament biraju po 3 člana. Ukupno 8 članova Saveta biraju sudije, a aktivno i pasivno biračko pravo imaju svi nosioci sudijske funkcije na dan izbora.²⁹ Predsednik najvišeg suda, Vrhovnog suda

²⁵ Vid. Sekcije 88-102, Zakona CLXI od 2011 o Organizaciji i administraciji sudova u Mađarskoj, <http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-REF%282012%29007-e>, 01.08.2014; Vid. sajt Nacionalne kancelarije za pravosuđe i Nacionalnog pravosudnog saveta, <http://www.birosag.hu/en/njc/national-judicial-council>, 01.08.2014; Vid. European e-Justice, https://e-justice.europa.eu/content_judicial_systems_in_member_states-16-hu-en.do?member=1, 01.08.2014.

²⁶ V. Vladan Petrov, 65; Irena Pejić, 124;

²⁷ European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), *Opinion on Act CLXII of 2011 on the Legal Status and Remuneration of Judges and Act CLXI of 2011 on the Organisation and Administration of Courts of Hungary*, Opinion 663/2012, 14.

²⁸ Vid. Samuel Spac, *Judiciary development after the breakdown of communism in the Czech Republic and Slovakia*, Central European University, Department of Political Science, Budapest, 2013, http://www.researchgate.net/publication/242079232_JUDICIARY_DEVELOPMENT_AFTER_THE_BREAKDOWN_OF_COMMUNISM_IN_THE_CZECH_REPUBLIC_AND_SLOVAKIA, 01.08.2014.

²⁹ Vid. Čl. 10. Zakona 185/2002 o Pravosudnom savetu Slovačke Republike, sajt Pravosudnog saveta Slovačke Republike, http://www.sudnarada.gov.sk/data/files/526_act-185-on-the-judicial-council-of-the-slovak-republic.pdf, 01.08.2014

Slovačke Republike je istovremeno i predsednik Pravosudnog saveta.³⁰ Predsednika Vrhovnog suda postavlja predsednik Slovačke.³¹ Neophodno je da je lice diplomirani pravnik i da ima 15 godina radnog iskustva kako bi moglo da bude član Pravosudnog saveta. Sastav pravosudnog saveta u Slovačkoj nije u skladu sa međunarodnim standardima prema kojima bi pravosudni savet trebalo da se sastoji od ne manje od polovine članova koji su sudije i koji su izabrani od svojih kolega.³² Podložno je kritici i rešenje po kojem je predsednik Vrhovnog suda automatski i predsednik Saveta. Venecijanska komisija preporučuje da predsednika saveta bira savet, a iz redova članova koji nisu iz sudstva, čime bi se "postigla ravnoteža između neophodne nezavisnosti predsednika i potrebe da se izbegnu moguće korporativističke težnje unutar saveta".³³

Bugarska

Pravosudni savet u Bugarskoj je ustanovljen Ustavom od 1991. godine.³⁴ Njegov naziv je Vrhovni pravosudni savet i sastoji se od 25 članova. Predsednici Vrhovnog kasacionog suda i Vrhovnog upravnog suda, kao i generalni tužilac su po položaju članovi Saveta, a njih imenuje predsednik Republike, na predlog Vrhovnog pravosudnog saveta na period od 7 godina. Predsednik Republike nema pravo da odbije drugi predlog za imenovanje ovih članova Saveta.³⁵ Neophodna je podrška dve trećine članova Saveta kako bi se neko lice predložilo predsedniku

³⁰ Vid. Čl. 3. Zakona 185/2002 o Pravosudnom savetu Slovačke Republike; Čl. 141a Ustava Slovačke Republike, sajt Pravosudnog saveta Slovačke Republike, http://www.sudnarada.gov.sk/data/files/527_constitution-of-the-slovak-republic.pdf, 01.08.2014.

³¹ Čl. 102. Ustava Slovačke Republike.

³² The Slovak Judiciary: its current state and challenges, Report prepared for the Open society Foundation, Slovakia, 2011, 87, http://www.inpris.pl/fileadmin/user_upload/slovak_judiciary_state_challenges.pdf, 01.08.2014; Vid. Poglavlje IV, čl. 27, Preporuka CM/Rec (2010)12 i eksplanatorni memorandum, Council of Europe, http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ%20Recommendations/CMRec%282010%2912E_%20judges.pdf, 01.08.2014.

³³ V. Vladan Petrov, 65; Evropska komisija za demokratiju kroz zakon (Venecijanska komisija), *Imenovanje sudija*, CDL-JD(2007)001rev, 9.

³⁴ Vid. Ljubiša Dragašević et al., *Tužilački i pravosudni saveti, primeri i rešenja iz prakse, sastav, izbor, mandat i nadležnosti saveta*, Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije, Beograd 2009, 103; Vid. Sergio Bartole, Organizing the Judiciary in Central and Eastern Europe, *7 East European Constitutional Review* 62/1998; Albert P. Melone, Judicial independence and constitutional politics in Bulgaria, *Judicature* Vol. 80 6/1997; Vid. Čl. 130-133., Ustava Republike Bugarske, *State Gazette* 56/13.07.1991, 85/26.09.2003, 18/25.02.2005, 27/31.03.2006, Odluka broj 7 Ustavnog suda Republike Bugarske od 13.09.2006 - 78/26.09.2006, 12/6.02.2007, sajt Vrhovnog pravosudnog saveta Bugarske, <http://www.vss.justice.bg/en/start.htm>, 02.08.2014.

³⁵ Vid. Čl. 129. st. 2, Ustava Republike Bugarske.

Republike za ove funkcije.³⁶ Ostali članovi Vrhovnog pravosudnog saveta moraju biti lica koji su diplomirani pravnici sa 15 godina iskustva u struci, visokih stručnih i moralnih kvaliteta. Narodna skupština bira 11 članova Saveta, a 11 članova biraju pravosudne vlasti. Narodna skupština bira članove Saveta među sudijama, tužiocima, istražiteljima, redovnim profesorima pravnih nauka, advokatima i drugim pravnicima. Ovakvo rešenje je dobro, jer se na taj način omogućava pravnicima koji se u najrazličitijim vidovima bave pravom da postanu članovi Saveta. Svojim pogledima na određene probleme oni mogu da donesu novi kvalitet u rad ovog organa. Pravosudna tela biraju 11 članova na taj način što sudije biraju 6 članova, tužioci 4, a istražitelji 1.³⁷ Narodnoj skupštini kandidate predlaže odgovarajući parlamentarni odbor.³⁸ Kada je reč o pravosudni vlastima, članove će birati posebne delegatske skupštine sudija i tužilaca. U Bugarskoj se na detaljan način Zakonom o pravosudnom sistemu propisuje način biranja delegata i formiranja skupština.³⁹ Mandat izabranih članova traje 5 godina i oni ne mogu biti izabrani u dva uzastopna mandata. Sastancima Saveta predsedava ministar nadležan za pravosuđe, ali bez prava glasa.⁴⁰

Ovakav sastav bugarskog pravosudnog saveta je kritikovan. Smatra se da savet u kojem su predstavljeni i tužioci, kao i istražitelji, predstavlja izvor tenzija i može da dovede do konflikta interesa.⁴¹ Bilo bi bolje i efikasnije da postoje odvojena tela i za tužioce i za sudije, zbog efiksanije zaštite njihovih interesa. Rešenje prema kojem sastancima saveta predsedava ministar nadležan za pravosuđe je isto podložno kritici, a imajući u vidu izloženu preporuku Venecijanske komisije. Takođe, može da se primeti da manjinu članova biraju nosioci pravosudnih funkcija, pošto 11 članova bira parlament, a lica koja se *ex officio* članovi Saveta imenuje predsednik, doduše na predlog samog Saveta.

³⁶ Vid. Čl. 4. st. 2. Proceduralnih pravila za izbor kandidata za predsednika Vrhovnog kasacionog suda, predsednika Vrhovnog upravnog suda i generalnog tužioca, sajt Vrhovnog pravosudnog saveta Bugarske, <http://www.vss.justice.bg/en/start.htm>, 02.08.2014.

³⁷ Vid. Čl. 17. Sistemskog zakona o pravosuđu, State Gazette 64/7.08.2007, 69/5.08.2008, 109/23.12.2008, 25/3.04.2009, effective 3.04.2009, 33/30.04.2009, 42/5.06.2009, 102/22.12.2009, 103/29.12.2009, 59/31.07.2010, 1/4.01.2011, 23/22.03.2011, effective 22.03.2011, 32/19.04.2011, 45/14.06.2011, 81/18.10.2011, 82/21.10.2011, Odluka broj 10 Ustavnog suda Republike Bugarske, 93/25.11.2011, 20/9.03.2012, 50/ 3.07.2012, sajt Vrhovnog pravosudnog saveta Bugarske, <http://www.vss.justice.bg/en/start.htm>, 02.08.2014.

³⁸ Vid. Čl. 19. Sistemskog zakona o pravosuđu.

³⁹ Vid. Čl. 20-23. Sistemskog zakona o pravosuđu.

⁴⁰ Vid. Čl. 130. Ustava Republike Bugarske.

⁴¹ Monitoring the EU Accession Process: Judicial Independence, report on Bulgaria, Open Society Institute, Budapest 2001, http://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/judicialind_20011010.pdf, 02.08.2014, 76;

Rumunija

Pravosudni savet Rumunije ustanovljen je Ustavom, naziva se Vrhovni savet magistrature i sastoji se od 19 članova.⁴² Na generalnim skupštinama sudija i tužilaca se bira 14 članova, a taj izbor potvrđuje Senat. Oni su raspoređeni u dve sekcije i to u jednu za sudije koja ima 9 članova i jednu za tužioce koja ima 5 članova. Civilno društvo ima 2 predstavnika i to pravne stručnjake dobre stručne i moralne reputacije, a bira ih Senat. Članova po položaju ima 3 i to ministar nadležan za pravosuđe, predsednik Visokog suda kasacije i pravde i generalni javni tužilac iz kancelarije javnog tužioca vezane za Visoki sud kasacije i pravde.⁴³ Mandat članova Saveta traje 6 godina, a predsednik se bira između sudija i tužilaca i njegov mandat traje jednu godinu i ne može se obnoviti.⁴⁴

Sekcija sudija se sastoji od dvoje sudija Visokog suda kasacije i pravde, troje sudija apelacionih sudova, dvoje sudija tribunala i dvoje sudija prvostepenih sudova. Sekcija tužilaca se sastoji od jednog tužioca vezanog za Visoki sud kasacije i pravde ili za Odsek nacionalnog tužioca za borbu protiv korupcije, zatim od jednog tužioca vezanog za apelacioni sud, dva vezana za tribunale i jednog vezanog za prvostepene sudove.⁴⁵ Zanimljivo je da kandidati prilikom podnošenja kandidature moraju da prilože i posebnu izjavu da nisu bili članovi tajne službe (Sekuritetea) pre 1990. godine ili da nisu bili njihovi saradnici.⁴⁶ Kada je reč o predstavnicima civilnog društva njih predlažu profesionalne organizacije pravnika, saveti akreditovanih pravnih fakulteta, kao i asocijacije i fondacije koje se bave zaštitom ljudskih prava.⁴⁷

Kritika koja je upućena bugarskom Savetu, a tiče se predstavljenosti tužilaca u ovom telu, važi i za Rumuniju. U toj zemlji se smatra da sastav Vrhovnog sa-

⁴² Prvi rumunski pravosudni savet je ustanovljen još 1909. godine. Vid. http://www.encj.eu/images/stories/pdf/factsheets/csm_romania.pdf, 07.08.2014.

⁴³ Vid. Čl. 133, Ustava Rumunije, Official Gazette of Romania, Part I, No. 233/21.11.1991, Zakon br. 429/2003 o reviziji Ustava Rumunije, Official Gazette of Romania, Part I, No. 758/29.11.2003, sajt Predstavničkog doma Parlamenta Rumunije, http://www.cdep.ro/pls/dic/site.page?den=act_2_2&par1=3#t3c6, 03.08.2014; Vid. Ljubiša Dragašević *et al.*, 89-90.

⁴⁴ Vid. Čl. 133, Ustava Rumunije, 03.08.2014.

⁴⁵ Vid. Član 4 i 5. Zakona broj 317/2004 o Visokom savetu magistrature, Official Journal of Romania, Part I, No. 827/13.09.2005, izmene i dopune Zakon broj 247/2005, Official Journal of Romania, Part I, No. 653/22.07.2005 hitna ordinansa Vlade broj 27/29.03.2006 o nagradama i drugim pravima magistrata, objavljena u Part I of the Official Journal of Romania no.314/07.04.2006 <http://www.csm1909.ro/csm/index.php?cmd=0702> i http://www.google.rs/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CBoQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.csm1909.ro%2F%2Flinkuri%2F25_01_2007__7781_en.doc&ei=pS3eU9ytB9CV0QWY1YcGdW&usg=AFQjCNH6YsZGGRkI3TLHhU4n80JeaJUpKQ&bvm=bv.72197243,d.bGQ, 03.08.2014.

⁴⁶ Vid. Član 7. Zakona broj 317/2004 o Visokom savetu magistrature.

⁴⁷ Vid. Član 19. Zakona broj 317/2004 o Visokom savetu magistrature.

veta magistrature ilustruje jasnu naklonost ka jakom korporativizmu, uz postoja-
nje visokog stepena izolacije pravosudne funkcije državne vlasti od preostale dve
funkcije. Ovo može da objasni neodgovornost članova Saveta kako drugim funk-
cijama državne vlasti, tako i građanima. Činjenica je da je velika većina članova
Saveta izabrana od strane svojih kolega, a što kasnije potvrđuje Senat, je uticala da
se veza između građana i Saveta pokida.⁴⁸ Predlaže se i reforma Saveta, radi otkla-
njanja uočenih nedostataka.⁴⁹ Na ovom primeru može da se vidi i da izražena ve-
ćina neke od komponenti saveta može da dovede do poremećaja balansa.

ZAKLJUČAK

– Predlog za reformu Visokog saveta sudstva u Srbiji –

U Srbiji Visoki savet sudstva ima 11 članova, tri po položaju, a to su pred-
sednik Vrhovnog kasacionog suda, ministar nadležan za pravosuđe i predsednik
nadležnog odbora Narodne skupštine. Izbornih članova ima 8 i to šest sudija sa
stalnom sudskom funkcijom, od kojih je jedan sa teritorije autonomnih pokraji-
na i dva ugledna i istaknuta pravnika od kojih je jedan advokat, a drugi profesor
pravnog fakulteta. Izborne članove bira Narodna skupština u skladu sa zakonom.
Predsednik Vrhovnog kasacionog suda je i predsednik VSS-a po položaju.⁵⁰

Prvo, nesporno je da mora da se umanjí uticaj Narodne skupštine prilikom
izbora članova Saveta. Neprihvatljivo je rešenje prema kojem su pojedini parla-
mentarci automatski članovi Saveta. Videli smo da u ove četiri zemlje parlamen-
tarcí nisu *ex officio* članovi saveta. Takvo rešenje je dobro i u tom smeru bi treba-
la da ide i reforma u Srbiji. Narodnoj skupštini može da se omogući izbor jednog
ili više članova Saveta, koji nisu sudije. Ipak, zakonodavna vlast ne bi trebalo da
bira sve ili većinu članova. Valjalo bi da se izbegne i slovačko rešenje, gde većinu
članova saveta čine lica koja nisu sudije izabrane od svojih kolega. Većinu člano-
va Saveta bi trebalo da čine sudije koje su izabrale njihove kolege. Opet, ta većina
ne sme da bude tolika da se omogući da sudijski element potpuno zavlada ovim

⁴⁸ Simina Elena Tanasescu, Ramona Delia Popescu, 172; Vid. o kritici Visokog saveta ma-
gistrature na: Martin Mendelski, EU driven judicial reforms in Romania, *East European Politics*,
volume 28, Issue 1, 2012, 33, <http://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/13523279.2011.636806>,
07.08.2014.

⁴⁹ Vid. Simina Elena Tanasescu, Ramona Delia Popescu, 173-175; Vid. o razvoju rumun-
skog pravosudnog sistema na: Marian Enache, The Evolution of the Justice Reform in Romania, *US-
CHINA Law Review*, vol 9:175, <http://www.google.rs/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CBoQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.davidpublishing.com%2FDownload%2F%3Fid%3D6709&ei=GoXeU7CWJsKhyAPUgYKlAw&usg=AFQjCNGlsneKQ8NKYC8iCdkYlku24NTlaQ&bv m=bv.72197243,d.bGQ>, 03.08.2014.

⁵⁰ Vid. Čl. 153-155. Ustava Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/06.

organom. Drugo, u suštini valjalo bi da saveti za sudstvo i tužilaštvo ostanu odvojeni, a ne da budu spojeni, kao u Rumuniji i Bugarskoj. Treće, kada su u pitanju druge pravne profesije može da se uzme u obzir i bugarsko rešenje prema kojem parlament bira članove različitih pravnih profesija. Naše rešenje kojim se favorizuje članstvo predstavnika advokature, ne bi trebalo da ostane. Podrazumeva se da bi i predstavnici advokature mogli da imaju mesta u Savetu, ali bez favorizovanja ove profesije. Četvrto, neprihvatljivo je i bugarsko rešenje da sastancima saveta predsedava ministar nadležan za pravosuđe, bez prava glasa. Trebalo bi i da se izbegne slovačko rešenje prema kojem je predsednik najvišeg suda u zemlji predsednik saveta po položaju.⁵¹

Na kraju, da se zaključiti da u okviru svih zemalja koje su analizirane postoje rešenja koja su podložna kritici. To nam govori o tome da se u ovim zemljama još uvek traži idealna formula u ovoj materiji i da je nije lako pronaći. U većini projekata ustava u Srbiji od 2000 do 2006. godine ova institucija je dobila normativno obličje.⁵² Izgleda da Ustavom od 2006. godine ona nije valjano uobličena i da će to uslediti. U tom poslu, iskustva drugih mogu svakako da budu korisna, a kako se prilikom ispravljanja uočenih manjkavosti ne bi činile nove.

MILOŠ STANIĆ, LL.M.,
Research Assistant, Institute
of Comparative Law, Belgrade

THE COMPOSITION AND ELECTION OF THE JUDICIAL COUNCIL MEMBER'S IN HUNGARY, SLOVAKIA, BULGARIA AND ROMANIA

Summary

As a matter of fact, judicial councils (JC) have been established in many countries in order to realize the principle of judicial independence. Appropriate composition and method of JC's members election are very important to fulfill the proclaimed goal. In this paper author analyzes the composition and election of JC member's in Hungary, Slovakia, Bulgaria and Romania. The author has selected four countries in Europe, which are all ex-communist countries and now the European Union members. The aim of this paper is to present and to compare the legal solutions regarding this topic, and to point out their advantages and disadvantages. That is the main benefit of the comparative method. The author wants to provide a modest contribution to the knowledge of this subject. This knowledge could in the future gain an importance, if at one time in the future it comes to the reform of the High Judicial Council in Serbia.

⁵¹ Vid. više o predlozima za reformu VSS-a u: *Sudije u pravnom sistemu* (ur. Edin Šarčević, Vladan Petrov), Centar za javno pravo, Sarajevo 2013.

⁵² Tanasije Marinković, *Ustavna jemstva sudijske nezavisnosti*, u: *U susret novom ustavu Srbije*, Beograd 2004, 119-124, Nav. prema Vladan Petrov, 56.

SADRŽAJ – TABLE OF CONTENTS

Pravda i pravo

Justice and Law

La Justice et le Droit

PRAVO I NAČELO SAVESNOSTI I POŠTENJA – IV tom

LAW AND PRINCIPLE OF GOOD FAITH – Vol. IV

Peta katedra

Fifth Department

PRAVO NA PRAVDU

RIGHT TO JUSTICE

1. Sud u koneksitetu pravde

Court in Connexity of Justice

Gordana Stanković

Zloupotreba prava stranaka u izvršnom postupku

Abuse of the rights of the parties in executive proceedings

5

Arsen Janevski,

Tatjana Zoroska-Kamilovska

Protivizvršenje prema Zakonu o izvršenju Republike Makedonije

Counter-execution according to the law on enforcement of the

Republic of Macedonia

19

711

Nevena Petrušić

Upotreba statističkih podataka u antidiskriminacionim parnicama Using statistic data in antidiscrimination litigations	33
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

Ljubica Mandić

Obaveštenje trećeg lica o parnici Informing of third person about pending litigation	51
---------------------------------------------------------------------------------------------------	----

Milena Trgovčević-Prokić

Povrede službene dužnosti javnog beležnika Violation of official duties of the notary	61
----------------------------------------------------------------------------------------------------	----

Velibor Korać

Notarski zapis bračnog ugovora Notary instrument of marital agreement	75
------------------------------------------------------------------------------------	----

Vukašin Ristić

Da li su neizabrane sudije u 2009. godini pravo na naknadu štete protiv države Srbije morale da ostvaruju preko suda Unlected judges and the right to compensation earned by the court	93
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

Branka Babović

Zabrana iznošenja novih činjenica i dokaza u prvostepenom parničnom postupku Preclusion to present new facts and evidence in the first instance litigation proceedings	105
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Vladimir Boranijašević

Postupak u parnicama za zaštitu od nasilja u porodici Procedure in litigations for protection from domestic violence . . .	119
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Nikola Glavinče

Savesnost i poštenje kao načela, u sudskom postupku i odlučivanju Conscientiousness and honesty as principles of judicial acting and decision-making	135
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Međunarodni odnosi i pravde

International Relations and Justice

a) Međunarodno pravo – elementi inostranosti

International law – foreign elements

Rodoljub Etinski

- Načelo savjesnosti kao opšte pravno načelo u međunarodnom pravu
Principle of good faith as a general legal principle in
international law 145

Bojan Milisavljević

- Tumačenje međunarodnih ugovora kroz rad komisije za
međunarodno pravo
Interpretation of international agreements through the work
of the international law commission. 159

Vladan Jončić

- Promene u međunarodnim odnosima i u politici primene sile
Changes in international relations and the politics of power 169

Bojana Čučković

- Procena uticaja na životnu sredinu u praksi Međunarodnog
suda pravde
Environmental impact assessment in the jurisprudence
of the International Court of justice 183

Zoran Radivojević

- Načelo savjesnosti i poštovanje međunarodnih ugovora
The principle of good faith and respect for international treaties .. 199

Sanja Đajić

- Pravo na vodu
The human right to water 211

Stevan Đorđević

- U očekivanju presude Međunarodnog suda pravde u sporu
Hrvatska–Srbija
Expecting judgment of the International Court of justice in case
of Croatia and Serbia concerning application of the genocide
Convention 229

<i>Duško Dimitrijević</i>	
Sukcesija sfr jugoslavije u odnosu na državne arhive Succession sfr yugoslavia in respect of state archives	249
<i>Jelena Lopičić-Jančić</i>	
Međunarodnopravni aspekt agresije International law aspects of aggression	263
<i>Filip Turčinović</i>	
Istorijski zalivi u međunarodnom javnom pravu Historic bays in public international law	281
<i>Slavoljub Carić</i>	
Zloupotreba prava na predstavku u postupcima pred Evropskim sudom za ljudska prava The admissibility criteria of the European convention on human rights system	291
 b) <i>Pravo Evropske Unije</i> <i>European Union Law</i>	
 <i>Radovan Vukadinović</i>	
Neka pitanja naknade štete u slučaju kartelnih zaštićenih cena u pravu EU The right to claim damages resulting from umbrella pricing, case Kone and others	301
<i>Veljko Milutinović</i>	
Imunitet i nagodba u zaštiti konkurencije Immunity and settlement in the protection of competition	315
<i>Dragan Pavić</i>	
Pravo prodaje evropske unije European sales law.	331
<i>Jelena Čeranić</i>	
Istočno partnerstvo – pregled i perspektive Eastern partnership – survey and perspectives	343

Mirjana Glintić

- Odnos država članica evropske unije prema načelu primata
prava Evropske unije
EU member states' relation to the principle of primacy
of EU law 357

Vesna Ćorić

- Pravo na delotvoran pravni lek u svetlu novije prakse Suda pravde
Evropske unije
The right to an effective remedy in the light of the recent Case law
of the Court of Justice of European Union 371

Nebojša Šarkić,

Milan Počuča

- Evropski izvršni naslov
European enforcement order 387

Goce Galev

- Politika zaštite potrošača u EU i u Republici Makedoniji
Consumer protection in the EU and the Republic of Macedonia .. 401

Šesta katedra

Sixth Department

PRAVO NA PRAVNU DRŽAVU

RIGHT TO LEGAL STATE

Rodolfo Sacco

- Pravo i princip dobre vere
Diritto, e principio di buona fede 419

Saša Bovan

- Načelo savesnosti i poštenja u svetlu teorije hermeneutičkog
pragmatizma
Principle of consciousness and fairness in light of the hermeneutics
pragmatism theory 425

Boris Krivokapić

- O zloupotrebi ljudskih prava
On human rights abuses 441

<i>Zoran Jelić</i>	
Centralni problem interpretacije prava Central problem of interpretation of law	459
<i>Sanja Đurđić</i>	
Princip dobre vere u Rolsovoj koncepciji pravde za pojedince Principle of good faith in Rawls' conception of justice for individuals	473
<i>Refki Tač</i>	
Ljudski karakter u pravnom načelu savesnosti i poštenja Human character in the legal principle of consciences and honesty.	487
<i>Slavoljub J. Vukićević, Sofija Vukićević</i>	
Značaj pariskih principa za formiranje nacionalnih institucija za zaštitu ljudskih prava i sloboda The paris principles for the creation the united institutions	505
<i>Marko S. Trajković, Kosta D. Mitrović</i>	
Globalno upravljanje i opšte dobro Global government and common good	517
<i>Vladimir Bangievski</i>	
Na rubu prava i neprava On the egde of law and lawlessness	531
<i>Mirko Bartulović</i>	
Ko sudi - sud ili sudija Who tried – the court or judge	545
<i>Ustavno pravna pitanja Constitutional Law Questions</i>	
<i>Vladan Petrov, Darko Simović, Dragutin Avramović</i>	
Ustav Srbije od 1888. – delo monarhove i/ili narodne suverenosti 1888 Constitution of Serbia – the act of king` s sovereignty and/or popular sovereignty	553

Mile Dmičić

- O bosanskohercegovačkoj “nedovršenoj državi”, “podijeljenom društvu” i “narodima bez ustavnog patriotizma”
About of B&H unfinished state and the people without constitutional patriotism 567

Renata Treneska-Deskoska

- Is the organization of power in the republic of macedonia semi-presidential number and size of municipalities in Serbia
Da li je sistem organizacije vlasti u Republici Makedoniji polupredsednički 585

Marko Stanković

- Dva veka norveškog Ustava – vladavina prava u okrilju Parlamentarne monarhije i državne religije
Two centuries of norwegian constitution – the rule of law in terms of parliamentary monarchy and state religion 595

Vladimir Đurić

- Ustavnosudska kontrola ustavnih promena u Republici Srbiji
Constitutional review of constitutional amendmenst in the Republic Of Serbia 607

Duško Medić

- Neki aspekti zaštite vitalnih nacionalnih interesa u Republici Srpskoj
Some aspects of the protection of vital national interests in the Republic of Srpska 621

Hamdija Šarkinović

- Pola vijeka ustavnog sudstva u Crnoj Gori
Half a century of constitutiona judiciary in Montenegro 631

Dragoljub Drašković

- Pravno dejstvo odluka Ustavnog suda donijetih u reviziji normativnih akata i sudskih odluka
The legal effects and legal consequence of the decision of the Constitutional Court 647

Maja Nastić

Kriterijumi slobodnih i poštenih izbora – međunarodni standardi i Srbija Criteria for free and fair elections – international standards and Serbia	663
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Vladimir Mikić

O zloupotrebama ustavotvorne vlasti Abuses of the constituent power	679
------------------------------------------------------------------------------	-----

Savo D. Manojlović

Zakonsko regulisanje finansiranja političkih aktivnosti Law regulation about financing political activities	693
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Miloš Stanić

Sastav i izbor članova pravosudnih saveta u Bugarskoj, Mađarskoj, Rumuniji i Slovačkoj The composition and election of the judicial council member's in Hungary, Slovakia, Bulgaria and Romania	701
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

